



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Justicia Restaurativa en el Sistema Acusatorio Penal

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Justicia Restaurativa en el Sistema Acusatorio Penal

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Justicia Restaurativa en el Sistema Acusatorio Penal

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: 30 de septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Vicente Emilio Gaviria Londoño**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Justicia Restaurativa en el Sistema Acusatorio Penal** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies"*, *organizaciones que aprenden "learning organizations"*, y *redes de aprendizaje "learning networks"*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "lo público" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema Acusatorio Penal**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	24
JUSTIFICACIÓN	25
RESUMEN DEL MÓDULO	25
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	26
OBJETIVOS	27
Objetivo general del módulo	27
Objetivos específicos del módulo	27
1. JUSTICIA RESTAURATIVA O RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	29
Objetivo general de la unidad	29
Objetivos específicos de la unidad	29
1.1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?	31
1.2. REEMPLAZO DEL FRACASADO PARADIGMA RETRIBUTIVO	33
1.3. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	34
1.4. DIRECTRICES DESARROLLADAS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	37
Actividades de aprendizaje	41
Autoevaluación	41
2. VÍCTIMA, RESPONSABILIDAD Y DERECHOS	43
Objetivo general	43
Objetivos específicos	43
2.1. VÍCTIMAS, PERJUDICADOS Y AFECTADOS CON EL DELITO	44
2.2. DERECHO DE ACCIÓN	46
2.3. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA	47

2.4.	PERJUICIOS DE REBOTE O CONTRAGOLPE	51
2.5.	EL SUJETO PASIVO DEL DELITO	53
2.6.	EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO Y VÍCTIMAS DEL DELITO ESPECIAL PROPIO	54
2.7.	CONCEPTO DE VÍCTIMA	56
2.8.	VÍCTIMA Y SUJETO PASIVO	63
2.9.	SUCESOR Y VÍCTIMA	65
2.10.	LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO PENAL. SUS DERECHOS	68
	2.10.1. Las víctimas en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004	95
2.11.	LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	106
	Actividades pedagógicas	130
3.	MECANISMOS LEGALES DE JUSTICIA RESTAURATIVA. CARACTERÍSTICAS, PROCEDENCIA Y CRÍTICA	131
	Objetivo general	131
	Objetivos específicos	131
3.1.	MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA	132
3.2.	CONCILIACIÓN PREPROCESAL	132
3.3.	MEDIACIÓN	139
3.4.	INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	155
	Actividades	178
4.	TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE Y CITACIÓN AL ASEGURADOR	179
	Objetivo general de la unidad	179
	Objetivos específicos de la unidad	179

4.1.	TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE	180
4.2.	CITACIÓN DEL ASEGURADOR	188
	Actividades pedagógicas	192
5.	SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS OBTENIDOS	193
	Objetivo general de la unidad	193
	Objetivos específicos de la unidad	193
5.1.	LA SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS OBTENIDOS EN FORMA FRAUDULENTO, COMO MECANISMO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	194
5.2.	CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS, FRENTE A LOS TERCEROS DE BUENA FE	217
5.3.	OPORTUNIDAD PARA ORDENAR LA CANCELACIÓN	225
5.4.	FUNCIONARIO COMPETENTE PARA ORDENAR LA CANCELACIÓN DE TÍTULOS	228
5.5.	IMPORTANCIA DE LA DEMOSTRACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO	230
5.6.	OBJETO DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN	232
5.7.	CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y PROCESOS JUDICIALES ANTE OTRAS AUTORIDADES	238
	Actividades Pedagógicas	240
	Bibliografía	240

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

JUSTIFICACIÓN

En la historia del procedimiento penal colombiano, desde el siglo XIX, el rol de la víctima y de sus facultades al interior del proceso penal han sido temas de los cuales se han ocupado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Independientemente de la posición académica que se quiera asumir sobre la temática, lo cierto es que el restablecimiento del derecho de quien sufre daño como consecuencia del delito es uno de los temas más importantes del Derecho Penal en la actualidad, a tal punto de que se afirma que desde hace algunos años, la ciencia penal abandonó el fracasado modelo retributivo para mejor adoptar el de la reparación. Por eso, su estudio teórico, jurisprudencial y normativo adquiere relevancia tanto para un adecuado manejo de los mecanismos de Justicia Restaurativa al interior del proceso penal, como para su crítica y formulación de nuevas propuestas al respecto, labores a las cuales están llamados de manera privilegiada los funcionarios judiciales.

Así, dentro del conocimiento y manejo que deben tener los jueces y juezas de Colombia, debe estar presente lo concerniente a la Justicia Restaurativa, a sus fundamentos, sus aplicaciones prácticas en el procedimiento penal y los conceptos afines y necesarios para su correcta comprensión. Sobre estos aspectos tratará este módulo.

RESUMEN DEL MÓDULO

En primer lugar, se hará una conceptualización sobre la Justicia Restaurativa y se explicará su diferencia y ventajas frente al tradicional paradigma retributivo. Posteriormente, se precisarán conceptos necesarios para una adecuada comprensión de la Justicia Restaurativa en el proceso penal colombiano, tales como víctimas, derecho de acción, daño, perjuicio, entre otros, y se estudiarán, con sentido crítico, los derechos que para las víctimas ha contemplado la legislación y la jurisprudencia.

Una vez decantado lo anterior, corresponderá tratar con total detalle los mecanismos que la Ley 906 de 2004 cataloga como instrumentos de Justicia Restaurativa: conciliación prejudicial, mediación e incidente de

reparación integral. Finalmente, en dos unidades especiales, se estudiarán los temas de los llamados terceros en el proceso penal -entre ellos el asegurador- así como la figura de suspensión y cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, cuyas particularidades y complejidades merecen ser analizadas en extenso.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma Universidad. Autor de varios artículos de derecho penal y de libros relacionados con los temas de víctimas y acción civil en el proceso penal. Actualmente, es Profesor Titular de la Universidad Externado de Colombia en la Comunidad de Trabajo de Derecho Penal General en Pregrado y en la materia Aspectos Civiles del Delito en la Maestría en Derecho Penal y en la Especialización de Derecho Procesal Penal. Laboró en los Juzgados 56 Penal Municipal y 9 Penal del Circuito de Bogotá; fue abogado interno del Banco de la República y Asesor del Ministerio de Justicia. En la actualidad, se desempeña como abogado litigante y consultor, y es socio de la firma Gaitán Parra & Gaviria Abogados.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Comprender la importancia de la Justicia Restaurativa en el proceso penal contemporáneo y las particularidades, modalidades y dificultades de esa institución en el derecho procesal penal colombiano.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Aprender los conceptos básicos y fundantes para comprender la Justicia Restaurativa.
- Distinguir entre responsabilidad civil y responsabilidad penal.
- Reflexionar sobre el papel de las víctimas y sus derechos en el sistema penal acusatorio colombiano.
- Identificar los mecanismos de Justicia Restaurativa en el proceso penal colombiano y establecer sus características y diferencias.
- Estudiar las figuras del tercero civilmente responsable y el asegurador en el proceso penal colombiano.

Unidad 1

JUSTICIA RESTAURATIVA O RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Aprender el concepto de Justicia Restaurativa y sus principales características

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Comprender la importancia de la víctima en el proceso penal.
- Conocer los principales lineamientos que mundialmente existen en la materia.
- Analizar la trascendencia de la Justicia Restaurativa en el escenario contemporáneo.

*“Cuanto más tenga en cuenta la ley todos estos elementos
y sepa buscar y encontrar la manera de que el ofendido obtenga
una reparación pecuniaria aproximadamente justa,
tanto más conseguirá disminuir en aquél el deseo de venganza*

*Por consiguiente, el progreso en este sentido debe producir
el efecto de dulcificar más cada vez aquellos sentimientos de venganza,
que en su mayor fiereza existen cabalmente en las sociedades
donde la acción de la justicia es débil e ineficaz.
En lugar de exigir el padecimiento del reo y su larga reclusión,
el ofendido exigirá una reparación pecuniaria,
con tal que ésta no sea una irrisión,
con tal que se compute con criterio amplio,
con tal que el poder social no se limite a concederle un derecho,
sino que obre con energía,
para que el reo no pueda sustraerse
al cumplimiento de la obligación que sobre él pesa”.*

GARÓFALO

*“El fundamento del derecho de castigar
es la necesidad social de mantener
las condiciones indispensables
para la vida completa.
Por tanto, si se ha violado una de esas condiciones,
la primera cosa que debe exigirse del culpable es que,
en cuanto sea posible, vuelva a colocar las cosas
en su estado anterior, es decir, que repare el daño”.*

SPENCER

1.1 ¿QUÉ ES LA JUSTICIA RESTAURATIVA?

Antes de cualquier consideración sobre la definición de Justicia Restaurativa, es importante destacar que en este módulo, no vamos a hablar de Justicia Restaurativa en un sentido restringido sino en un sentido amplio.

Tratar la temática con un alcance restringido, llevaría a que el contenido de este módulo tratara sólo sobre comentarios a las normas contenidas en el Libro VI de la Ley 906 de 2004. Pero desde nuestro punto de vista, si bien el contenido de ese apartado del Código de Procedimiento Penal es una parte importante de la Justicia Restaurativa, no corresponde al contenido integral de la misma, por lo cual, antes de estudiar ese Libro VI, es menester tratar otras cuestiones que integran el concepto amplio de Justicia Restaurativa.

Justicia Restaurativa (JR) es un movimiento nuevo en las áreas de la victimología y criminología. Al reconocer que el crimen causa heridas tanto en la gente como en las comunidades, este tipo de justicia insiste en la reparación de dicho daños, a la vez que permite que las partes involucradas participen en el proceso. Por lo tanto, los programas de JR permiten que los tres actores principales: la víctima, el ofensor y los miembros afectados de la comunidad se involucren de manera directa en la solución que se le dará al crimen cometido. Éstos se vuelven actores centrales en el proceso de la justicia criminal, mientras que el Estado y los legisladores se convierten en los facilitadores de un sistema enfocado hacia la rendición de cuentas del ofensor, la reparación que éste hace a la víctima y la participación plena de los tres actores mencionados anteriormente. En el proceso restaurativo el involucramiento de todas las partes es fundamental para alcanzar como resultado final la reparación y la paz¹.

También se dice que la Justicia Restaurativa es el procedimiento por virtud del cual las partes involucradas en el conflicto que se genera con la ofensa, resuelven de manera colectiva la forma como se va a tratar el problema y las repercusiones que puede tener en el futuro.

1 VAN NESS, Dan. En <http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/home.php?l=es>

Y aunque en la actualidad, el tema es presentado por muchos como novedoso, es lo cierto que su esencia como modelo alternativo para la solución de conflictos, es practicado de vieja data, incluso por comunidades aborígenes, a las cuales en otra época, como ocurrió en el caso colombiano, se les consideró inimputables por supuestamente carecer de la capacidad de comprender la ilicitud de un determinado comportamiento.

Como ejemplo de esta política criminal aborigen, Neuman² cita el secular modelo punitivo que los indios cunas aplican en el archipiélago de San Blas, cerca de Panamá, para quien haya delinquido. Quien viola el tabú es obligado a comparecer ante el sacerdote, dos chamanes y buena parte de la tribu, ante quienes, según ocurre casi siempre, confiesa de viva voz su infracción, reconoce los hechos, puede pedir perdón a la víctima, a su familia y a la tribu.

Usualmente, la sentencia es similar –dice Neuman- e implica que el infractor debe alejarse a una isla, por tiempo indeterminado, donde su vida continuará como lo ha sido siempre, pues no se le priva de la compañía de su familia ni de la de sus amigos, como tampoco de la posibilidad de continuar trabajando ni de la libertad de locomoción, como al contrario acontece en el civilizado modelo retributivo.

Transcurrido un tiempo, cuando el infractor siente la necesidad de regresar tras un profundo ejercicio de introspección que le permitió entender la magnitud del daño que ha causado a la víctima y a la comunidad, puede hacerlo cuando siente que su culpa penal ha sido purgada y que todo vuelve a la armonía tanto en él como en sus lazos comunitarios.

La libertad es dueña de las decisiones: habrá quien no desee volver y quien no se proponga realizar ejercicios de introspección, o sienta que no posee la imprescindible paz interior para intentarlo. Puede ocurrir que se sienta mejor en ese nuevo mundo, alejado del lugar del suceso que lo involucró o que haya decidido formar familia en ese nuevo destino.

2 NEWMAN, Elías. *La mediación penal y la Justicia Restaurativa*. Porrúa. México, 2005., pp. 1 a 3.

Pero si opta por regresar, lo comunica así, y comparece nuevamente ante el sacerdote, los chamanes y la víctima, donde es sometido a preguntas para establecer si ya es tiempo de readmitirlo en comunidad, para lo cual es fundamental establecer que en su interior ya no hay culpas y que está dispuesto, en determinados casos, a compensar a la víctima, la cual hasta el momento ha recibido la asistencia de la tribu. Si se le readmite, la vida continua “sin rencores, estigmas o señalamientos.

Frente a esta forma de resolver los conflictos, el autor citado se pregunta con razón, si en la historia de la humanidad se produjo un progreso o si lo que aconteció fue precisamente lo contrario, cuando el Estado arrasa las tradiciones tribales y monopoliza para sí la facultad de ejercer el derecho de castigar.

1.2 REEMPLAZO DEL FRACASADO PARADIGMA RETRIBUTIVO

Tal vez entonces, existe razón cuando se afirma que el derecho penal en la actualidad, ha dado un significativo viraje al abandonar el fracasado modelo retributivo, para optar por el paradigma de la reparación.

De ahí que algunos defensores y defensoras de los “programas de restitución” señalen que la justicia penal se halla ante un nuevo “paradigma”, el de la restitución o reparación, que habrá de sustituir al fracasado modelo retributivo³, si bien reconocen las limitaciones de tal perspectiva, especialmente en cuanto ésta partiría de una consideración de la naturaleza privada de la infracción – a lo cual cada día se acerca más nuestro sistema, en virtud de instituciones como la conciliación, el desistimiento y la terminación del proceso por indemnización integral- posición que no siempre puede mantenerse teórica ni legalmente, por una parte, y por la otra, en cuanto la capacidad económica del culpable puede dar al traste

3 BARNET, R.E. Restitution a new paradigm of criminal justice. In: *Perspectives on crime victims*. St. Louis, C.V., Mosby, 1981. Citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La Función de la víctima en el Estado de Derecho: víctima, política criminal y política social*. En: *Revista Derecho Penal y Criminología* No. 46, Universidad Externando de Colombia, Bogotá.

con los programas de restitución o reparación, especialmente cuando éste de manera permisiva y sistemáticamente fraudulenta para los intereses de la víctima y del propio ideal de justicia, elude su responsabilidad civil con el fácil mecanismo de demostración de insolvencia económica⁴.

1.3 LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Mediante Sentencia C-979 del 26 de septiembre de 2005, la Corte Constitucional, hizo importantes precisiones en relación con el tema de la Justicia Restaurativa y los instrumentos que según la Ley 906 de 2004 sirven para que se pueda materializar.

Tales precisiones son de particular importancia porque permiten entender mejor una temática que por lo menos como enunciado, es nueva en nuestro ordenamiento a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, en el cual de manera concreta, se alude a la Justicia Restaurativa. La Sentencia C-979 de 2005, fue proferida por la Corte Constitucional al entrar a estudiar la exequibidad de los artículos 78, 192, 327, 330 y 527⁵, por manera que es pertinente recordar, lo que allí se adoctrinó.

4 GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal*. Monografías de Derecho Penal, No. 11. Universidad Externando de Colombia, Santafé de Bogotá, 1995., p. 27.

5 Se transcribe a continuación, las disposiciones objeto del proceso, subrayándose los apartes que fueron demandados. "Ley 906 del 31 de agosto 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. El Congreso de Colombia decreta [...] Artículo 78. *Trámite de la extinción. La ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación. A partir de la formulación de la imputación la fiscalía deberá solicitar al juez de conocimiento la preclusión. Parágrafo. El imputado o acusado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal dentro de los 5 días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación. Si se tratare de solicitud de preclusión, el imputado podrá manifestar su renuncia únicamente durante la audiencia correspondiente [...] Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: 1. Cuando se haya condenado a 2 o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas; 2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal; 3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad; 4. Cuando después del fallo absolutorio en procesos*

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional puso de presente que los múltiples problemas generados por un sistema penal que de vieja data buscó justificarse en propósitos básicamente de retribución y punición, tuvo como consecuencia la aparición de nuevos postulados para afrontar las iniquidades que se encierran en una tal situación, entre aquellos, quienes proponen una perspectiva restauradora, como un nuevo o alternativo paradigma capaz de afrontar y corregir las disfunciones del cuestionado sistema.

De esta suerte, para la Corporación la Justicia Restaurativa se constituye en un mecanismo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, con el cual se modifica el entendimiento tradicional fundado en la idea de castigo o retribución, para optar por una visión que pone de presente que para la sociedad no sólo tiene valor el castigo del responsable, sino que puede ser de mayor valía la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario que resultan afectadas con el delito. Así, “el centro

por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar sería e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates; 5. Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un delito del juez o de un tercero; 6. Cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó, en todo o en parte, en prueba falsa fundante para sus conclusiones, y 7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad. Parágrafo. Lo dispuesto en los numerales 5 y 6 se aplicará también en los casos de preclusión y sentencia absolutoria [...] Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los 5 días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con ésta se extinga la acción penal. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno. La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad [...] Artículo 330. Reglamentación. El Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley. El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado [...] Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de Justicia Restaurativa.

de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido”.

Y continúa la Corte Constitucional señalando:

Conforme a este modelo, la respuesta al fenómeno de la criminalidad, debe diversificar las finalidades del sistema. Debe estar orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social, y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.

43. Desde una perspectiva psicológica se destaca que en este modelo, esa mirada al pasado orientada a escudriñar la culpa del ofensor, propia de los esquemas retributivos, es desplazada por una visión de futuro anclada en el propósito de búsqueda de mecanismos mediante los cuales se propicie que el ofensor se enfrente con sus propios actos y sus consecuencias, adquiera conciencia acerca del daño que ocasionó, reconozca y asuma su responsabilidad e intente la reparación del agravio. En consecuencia, no es un enfoque basado en los merecimientos, sino en las necesidades emocionales, relacionales y reparatorias de las personas involucradas en el conflicto.

El modelo de Justicia Restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto, se reúnan, compartan sus sentimientos, y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos.

44. La relevancia que esta materia ha adquirido en los últimos tiempos en las orientaciones político criminales, se refleja de manera significativa en Colombia, en el rango constitucional que se imprimió a la

Justicia Restaurativa en materia penal. En efecto, el Acto Legislativo n° 02 de 2003 (sic) explícitamente estableció que ‘La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de Justicia Restaurativa’.

En materia de regulación legal, si bien el sistema normativo colombiano, antes de la mencionada reforma ya contemplaba, en materia penal, ciertos instrumentos que responden a la filosofía de la Justicia Restaurativa, como la conciliación preprocesal en los delitos querellables, la Ley 906 de 2004 sistematiza, afianza y crea nuevos espacios para la aplicación de este esquema de justicia.

1.4 DIRECTRICES DESARROLLADAS EN EL SENO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

La Corte Constitucional, en el mismo fallo que antes se venía comentando, destacó la preocupación que en los últimos años ha manifestado la comunidad internacional, sobre la aplicación de la Justicia Restaurativa en los sistemas nacionales, y recordó que en el 10º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en Viena del 10 al 17 de abril de 2000, se discutió el tema y se elaboró un plan de acción.

Señala la Corte Constitucional que:

El 27 de julio de 2000 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas emitió su Resolución 2000/14 en la que establece los “Principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal”, promoviendo un amplio debate sobre el tema. Para el efecto dispuso solicitar observaciones a los Estados miembros, así como a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y a los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito en materia penal, acerca del contenido de la resolución.

Promovió así mismo convocar una reunión de expertos para examinar las observaciones recibidas y formular propuestas ulteriores de medidas de Justicia Restaurativa.

En el 11 período de sesiones de la Comisión de prevención de delito y Justicia Penal celebrado en Viena del 16 al 25 de abril de 2002, el grupo de expertos sobre Justicia Restaurativa creado con base en la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, presentó el correspondiente informe, que contiene recomendaciones del grupo así como el proyecto de principios revisado, sobre la aplicación de Justicia Restaurativa.

La resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas denominada 'Principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal', revisada por el grupo de expertos, elabora conceptos y directrices generales acerca de los programas de Justicia Restaurativa, a la vez que recomienda a los Estados miembros de esa organización considerar la posibilidad de formular estrategias y políticas nacionales encaminadas al desarrollo de la Justicia Restaurativa, y al desarrollo de una cultura propicia para su utilización entre las autoridades policiales, judiciales, organizaciones sociales y las comunidades locales.

Aunque la temática de la Justicia Restaurativa no es extraña al ordenamiento jurídico colombiano, resultan de utilidad las definiciones que se encuentran en la mencionada Resolución 2000/14, pues contribuyen a crear un marco conceptual que debe ser observado y complementado con las regulaciones del procedimiento penal introducido en Colombia a partir del Acto Legislativo 03 de 2002.

En la referida Resolución se expone⁶:

Principios básicos sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal.

1. Definiciones

6 <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/tratados/jusrestaurativa.htm>

Dispone al efecto la Resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas:

- 1. Por ‘programa de Justicia Restaurativa’ se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.*
- 2. Por ‘proceso restaurativo’ se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.*
- 3. Por ‘resultado restaurativo’ se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.*
- 4. Por ‘partes’ se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.*
- 5. Por ‘facilitador’ se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.*

Cuando el Grupo de Expertos analizó el concepto de “facilitador”, señaló también que las referencias a “persona” y “facilitador” no debían limitarse a los nombrados o autorizados por el Estado, pues igual podrían serlo personas con preparación adecuada, pero que no estuvieran necesariamente empleadas por el Estado o asociadas oficialmente con él, aspecto éste de interés a la hora de analizar la figura de la *mediación*.

En la misma Resolución 2000/14, acerca de la utilización de programas de Justicia Restaurativa se expuso:

1. *Los programas de Justicia Restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional.*
 - *Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Los acuerdos se alcanzarán en forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.*
 - *La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*
 - *Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*
 - *La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.*
 - *Cuando los procesos restaurativos no sean un recurso apropiado o posible, el caso deberá remitirse a la justicia penal y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la manera de proceder. En esos casos, los funcionarios de justicia penal se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y las comunidades afectadas, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad.*

En su Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional recordó que la Resolución que se viene mencionando, contiene apartes sobre reglas para el funcionamiento de la Justicia Restaurativa, sobre la necesidad de su desarrollo continuo e introduce, una protección con lo que se denomina *cláusula de salvaguardia* según la cual, nada de lo enunciado en los principios básicos, afectará los derechos del infractor o de la víctima reconocidos por la legislación nacional o por el derecho internacional pertinente.

Ap

ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

Se realizará un coloquio, con el objeto de discutir los siguientes interrogantes: ¿el sistema procesal penal colombiano es conforme con el contexto internacional que existe sobre las víctimas y sus derechos? ¿Nos debemos dirigir hacia un paradigma retributivo o hacia el paradigma restaurativo?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Desarrolle una reseña no superior a dos páginas, de la Sentencia C-979 de 2005, en la cual presente los postulados fundamentales de dicho pronunciamiento en relación con la Justicia Restaurativa.

Unidad 2

VÍCTIMA, RESPONSABILIDAD Y DERECHOS

Og

OBJETIVO GENERAL

Aprender los conceptos relacionados con las víctimas y la responsabilidad civil que puede surgir con la conducta punible, así como los derechos de las víctimas en el proceso penal colombiano.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir quién es “víctima” y distinguir este concepto de otros afines.
- Distinguir los presupuestos y características de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.
- Identificar los derechos de las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio colombiano y formular críticas al respecto.

2.1 VÍCTIMAS, PERJUDICADOS Y AFECTADOS CON EL DELITO

El artículo 132⁷ intenta dar un *concepto* del término *víctima* y, en este sentido, señala que para los efectos del Código de Procedimiento Penal se entiende por víctimas “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño *directo* como consecuencia del injusto”.

Se agrega, lo cual parece innecesario, que la condición de víctima se tiene “independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste”.

Esta definición es extractada del pronunciamiento de las Naciones Unidas en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

Siendo entonces que aquí el legislador pretende dar un concepto de “víctima” y allí se alude, a su vez, al de *perjuicio directo*, no está de más intentar hacer algunas precisiones con las cuales creemos que se pondrá en evidencia la desatinada definición del artículo 132, la cual por fortuna en algo viene a ser modificada por virtud de lo resuelto en la Sentencia C- 516 de 2007⁸.

Una primera precisión es que el artículo 250 Superior, luego de su modificación por el Acto Legislativo 03 de 2002, amplió el plexo de personas que pueden sufrir las consecuencias del delito, pues aparte de la reiteración que hizo respecto de las víctimas, también habló de los “afectados” con el delito.

7 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, artículo 132. *Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste.*

8 CORTE CONSTITUCIONAL. *En este fallo, entre otras decisiones se declaró la inexecutable de la palabra “directo” incluida en el artículo 132, argumentándose, en resumen, que cercena de manera injustificada las posibilidades de acceso de otros sujetos de derechos que por haber sufrido un menoscabo material o moral con la conducta punible tendrían derecho a una reparación integral.*

Así, el numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Nacional, dispone que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde no sólo buscar las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas y disponer el restablecimiento del derecho, sino alcanzar la “reparación integral a los *afectados* con el delito”.

De esta suerte, al utilizar el constituyente un concepto más amplio y genérico como lo es el de “*afectado*”, respecto del de “*víctima*”, no resulta descabellado que por lo menos se considere la inconstitucionalidad o la constitucionalidad condicionada de una disposición legal que por sus términos restrictivos, limita las posibilidades de obtener una indemnización de perjuicios sólo a un grupo de quienes han sido afectados con el delito.

Y aunque esta consideración podría ser suficiente para poner de presente que el intento de conceptualización del artículo 132 es erróneo, no está de más traer a colación algunas consideraciones adicionales, las cuales se relacionan con los conceptos de *perjuicio directo* y *perjuicio indirecto*.

La Corte Suprema de Justicia para evitar lo que se ha denominado constitución de *partes civiles en cascada*, ha dicho que sólo está legitimado, para tener la calidad de perjudicado, quien recibe daño inmediato con el delito o es el titular del bien jurídico tutelado, posición que nos resulta incorrecta, dado que sería violatoria del artículo 1494 del CC y de las disposiciones concordantes, pues en parte alguna la legislación, al referirse a la indemnización de perjuicios, la limita para determinadas personas, pues la regla general es que los perjuicios que provienen del delito deben ser indemnizados.

En otras palabras, siempre que exista un perjuicio proveniente de un delito, como éste se genera por virtud de una actividad antijurídica, tiene derecho quien lo padece a obtener la correspondiente indemnización, y resultaría contrario al más elemental sentido de justicia y equidad impedirle acceder a la jurisdicción, pretextando que sus perjuicios no pueden ser indemnizados por no ser considerados *directos*.

A pesar de lo anterior, entendemos las dificultades prácticas que podrían presentarse al interior del proceso penal en caso de admitir a cualquier persona como parte civil (Ley 600 de 2000), pues ello comportaría graves

consecuencias, particularmente, en relación con la reserva del sumario, a la cual podría acceder cualquier individuo, alegando ser perjudicado con el delito, pudiéndose decir otro tanto respecto de la víctima al interior del sistema acusatorio, razón por la cual pensamos que la situación de cada persona debe analizarse con la debida ponderación y medida, a efectos de no negar el ejercicio de lícitos derechos.

Siguiendo las enseñanzas de Carnelutti, es pertinente determinar, si por la insignificancia del perjuicio, el cual siempre lo sufrirá cualquier miembro de la comunidad, éste pierde toda relevancia práctica.

En todo caso, como el punto no es ni ha sido de pacífica solución, es oportuno traer a colación lo que al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

Extender el derecho de acción indemnizatoria a toda persona que hipotéticamente hubiere recibido daño con el delito, sería permitir la interminable constitución de tantas partes civiles cuantas personas se sintieren lesionadas, lo que en verdad no ha querido la ley. No cabe duda que el legislador de conformidad con los artículos 2341 del Código Civil, 224 y 125 del CPP –Decreto 050 de 1987– han establecido este específico derecho de acción a favor de quienes realmente han sufrido daño con el delito, esto es, en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio, o de sus herederos⁹.

Unas definiciones pueden resultar de interés.

2.2 DERECHO DE ACCIÓN

Esta tradicional postura de la judicatura plasmada en el anterior extracto de la Jurisprudencia debe, necesariamente, invitar a la reflexión, pues desde nuestra óptica la misma termina prohijando un procedimiento que creemos puede implicar un claro desconocimiento del *derecho de acción* como manifestación específica del *derecho de petición* al que se refiere la Carta Fundamental.

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación Penal, auto del 14 mayo de 1981.

El *derecho de acción* les permite a las personas acudir ante las *autoridades*, por medio de una *demanda*, para presentar una *pretensión* que debe ser resuelta luego del trámite del proceso correspondiente. Así lo anterior, accionar no implica necesariamente que la decisión de la pretensión sea favorable, pues puede ocurrir que la sentencia sea desestimatoria.

Siendo que el proceso penal es declarativo y que el tema de la responsabilidad civil extracontractual que se ventila en dicho proceso se somete o, mejor, se debería someter a las mismas reglas del proceso declarativo –al igual que ocurriría de elevarse la pretensión indemnizatoria ante la jurisdicción civil–, es claro que todo el trámite procedimental es el escenario en el cual habrá de discutirse y probarse si existió un daño; si hubo una conducta o hecho, y si entre uno y otro existe una relación de causalidad, de manera que sólo en la sentencia podrá declararse con certeza que el perjuicio existió, que el demandante lo soportó y que, en consecuencia, es acreedor de la correspondiente indemnización.

Y si ello es así, cuando dentro del proceso penal por medio de una providencia interlocutoria se rechaza la demanda de parte civil por ilegitimidad en la causa ya que el demandante no sufrió un perjuicio directo, se está pretermitiendo todo el trámite procesal que, según se dijo, es necesario adelantar para llegar a una sentencia donde, con autoridad, sí puede definirse si el demandante es o no perjudicado con el hecho.

Con una decisión de esta naturaleza, se estaría adoptando la *Teoría de la acción como derecho concreto de obrar*, según la cual únicamente tendría acción quien basa su pretensión en el derecho material, de manera que únicamente quien tenía la razón y el derecho podría presentar una demanda, más como sólo es en la sentencia donde resulta posible definir estas condiciones, siendo ésta desestimatoria, ilógicamente se estaría concluyendo que no existía el derecho de acción, por lo que la acción sería, entonces, un derecho posterior al proceso.

2.3 LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Resulta entonces que pese a tratarse del mismo tema civil, el cual no cambia de naturaleza a voluntad de la jurisdicción que se escoja para ventilar la pretensión indemnizatoria, en el proceso penal se exige, en la práctica,

legitimación en la causa, la cual, en caso de no existir, amerita el rechazo de la demanda de parte civil, decisión que no encuentra otra similar o análoga en el Código de Procedimiento Civil, pues no es requisito de la demanda ni de sus anexos (artículos 75 y 77 del CPC), que se demuestre dicha legitimidad, amén de que el artículo 85 del Estatuto Procedimental Civil no contempla como causal para rechazar la demanda, que el demandante carezca de legitimidad en la causa, principio éste entendido como la actitud específica que tienen ciertas personas para demandar y otras para contradecir, lo cual sugiere que es perfectamente posible demandar así la acción no se fundamente en el derecho material; esta posición se rechaza en el proceso penal, pese a tratarse de una misma materia.

Agréguese, por otra parte, que al tenor literal del artículo 2341 del CC es de claridad meridiana, y allí en parte alguna se limita la indemnización de perjuicios a los que tengan una naturaleza o calidad determinada, pues la disposición establece que “quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”.

En otras palabras, entendemos que la ley dice que todo perjuicio que provenga de un delito debe ser indemnizado, y si se acepta sin más lo que ha venido adoctrinando la jurisprudencia, se estaría concluyendo que los perjuicios que no tienen la calidad de *directos* no serían entonces perjuicios, lo cual nos parece inaceptable.

Al referirse la Corte en otra ocasión al tema de la *legitimatio ad causam* señalaba:

Sin eufemismos hay que admitir que ese derecho responde a un interés jurídico privado y no sólo a un interés de carácter general o público, y debe aceptarse que apunta a aquel daño que se causa de manera inmediata y directa con el delito. Debe ser del interés privado de la persona natural o jurídica afectada porque es la única forma en que derecho y daño se concretan en un sujeto determinado, pues si fuese público todos podrían alegar su lesión y demandar perjuicios, lo que sería absurdo. Y debe ser daño resarcible el que ha sido causado de modo inmediato o directo, porque de no ser así se caería en el abuso del derecho¹⁰.

10 Ibíd. Casación Penal, 5 de mayo de 1982, MP. Fabio Calderón Botero. Cita en

Más recientemente, diría la Corporación¹¹:

El tema central que la demanda se plantea bajo el cargo primero y que a juicio del casacionista llevará a la anulación en parte de lo actuado, atañe con la legitimidad de la personería de la C. de cai, y M., para intervenir como parte civil dentro de las presentes diligencias, pues de esa condición concluye el censor que hubo ausencia de titularidad e interés para recurrir el auto calificadorio favorable al acusado y luego el fallo absoluto.

Para darle respuesta a la inquietud propuesta, de utilidad resulta recordar que para la aceptación de la demanda de parte civil tan solo se requiere que aparezca razonable la posibilidad de que quien reclama el resarcimiento haya sido la persona directamente ofendida o perjudicada con la infracción, porque la prueba del perjuicio y su cuantía es precisamente motivo de debate que habrá de definirse en la sentencia respectiva, de modo que mal podría imaginarse la posibilidad de invalidar lo actuado con la intervención de la parte civil, por el solo hecho de que a la postre en el fallo se concluya que no se dio el perjuicio o que éste no logró acreditarse, o bien que el acusado no resulta ante las consecuencias dañosas, responsable.

Cierto es que por lo general la víctima del daño y titular en el resarcimiento se deduce consultando el bien jurídicamente vulnerado o puesto en riesgo con la infracción penal.

Según se observa, si bien la Corporación puntualiza que los perjuicios ni su cuantía deben estar demostrados al momento de presentar la demanda de parte civil, pues es el proceso el escenario donde habrá de debatirse sobre el tema, ésta nuevamente indica que los perjuicios indemnizables son únicamente los que provienen de manera inmediata o directa del delito y de ello dependerá, en consecuencia, la legitimación para constituirse en parte civil.

PRECIADO AGUDELO, DORIS. *Indemnización de perjuicios*. T. 1. 2 ed. Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, 1997, p. 475.

11 *Ibíd.* Casación Penal, 23 de mayo de 1994, MP. Juan Manuel Torres Fresneda. *Ibíd.*, pp. 584 y ss.

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, *inmediato* significa *contiguo o muy cercano a otra cosa; que sucede de seguido, sin tardanza*; mientras que *directo* es definido como *lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios*; *mediato* es entendido como *lo que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos; como el nieto respecto del abuelo*; de donde podría afirmarse, que únicamente aquellos perjuicios que aparecen cercanos al delito son consecuencia directa, mientras que serían considerados perjuicios mediatos los que si bien aparecen cercanos al delito, media entre aquellos y éste algo que se les interpone.

Pese a lo anterior, de ninguna manera puede afirmarse que sólo tendrán la categoría de perjuicios indemnizables los que sufre el titular del bien jurídico tutelado y los que padecen los familiares más cercanos a aquél, pues, desde nuestra óptica, personas completamente diferentes a aquellas pueden recibir perjuicios directos o inmediatos, como podría predicarse, a guisa de ejemplo, con los perjuicios morales que puede sufrir el amigo o amiga de la persona que fue brutalmente asesinada o los y las trabajadores de la empresa que quedaron cesantes por la iliquidez en que ésta entró como consecuencia de la millonaria extorsión que debió pagar su propietario o propietaria.

Cada caso demanda una evaluación que no puede someterse a teorías radicales, pues es cierto que cada conjunto de hechos, pese a la similitud que puedan tener con otros parecidos, tendrá siempre unas especiales características que terminan individualizándolos y diferenciándolos de otros.

Así, en el ejemplo de los trabajadores cesantes, si bien éstos pueden ser considerados perjudicados con el delito de la extorsión, si se tratara de un delito de hurto del vehículo de propiedad del dueño de la fábrica, en tal caso no podrían alegar dicha calidad, pues si fuere el caso que alcanzaran a recibir un perjuicio moral, al compartir el dolor y la preocupación de su empleador, sería un perjuicio de tan poca entidad que perdería todo interés para el derecho.

Creemos son oportunas estas reflexiones, dada la tendencia que puede existir en el proceso penal a descalificar la legitimidad de los demandantes, lo cual de hecho también aplica para quien bajo el sistema acusatorio alega

la calidad de víctima, argumentado que la carencia de cercanos vínculos de consanguinidad con el titular del bien jurídico, hace que en ellos no sea posible predicar la calidad de personas perjudicadas con la conducta punible.

2.4 PERJUICIOS DE REBOTE O CONTRAGOLPE

Igualmente, a menudo los conceptos de perjuicios *de rebote* o *de contragolpe* son identificados como perjuicios *indirectos* y por dicha vía se arriba a la misma conclusión antes precitada: ilegitimidad de personería del demandante, posición que nos resulta equivocada, particularmente si se tiene en cuenta la máxima que enseña que toda interpretación que conduzca a ampliar el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual debe preferirse a aquella que la restrinja, siendo en consecuencia más lógico pensar y aceptar que el delito puede generar una pluralidad de víctimas, perjudicados o afectados, y que para tener esta condición no es necesario ser el titular del bien jurídico tutelado (el propietario del taxi hurtado), ni que la conducta se haya dirigido respecto de él directamente (el conductor que conducía el taxi al momento de ser hurtado), pues bien puede serlo alguien completamente diferente (las familias que obtenían su sustento de lo que el taxi le producía a su propietario y/o a su conductor).

Sobre esta temática, conviene tener en cuenta lo que expresó la Corte Suprema de Justicia en su Sala Casación Civil en Sentencia del 8 de abril de 1980:

1. Atendiendo al campo de expansión del daño originado por culpa aquiliana, éste puede contraerse a una única persona, o por el contrario, puede comprender a muchas, pues suele suceder que un mismo hecho culposo dé lugar a pluralidad de víctimas de tal manera que cada una de ellas experimente su propio perjuicio personal y, por ende, se encuentra legitimada para solicitar su propia indemnización. Tal sucede, según ejemplo elaborado por la doctrina, con el incendio de un inmueble, puesto que este hecho no sólo le puede causar perjuicio al propietario sino, además, al usufructuario, usuario, habitador, arrendatario, etc. De ahí que la preceptiva legal, en lo atinente al daño de las cosas, establezca que puede pedir la indemnización 'no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario,

si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso...' (artículo 2342 CC).

2. Empero, el fenómeno de la pluralidad de víctimas no sólo ocurre en el daño a las cosas cuando en éstas existe igualmente pluralidad de derechos que radican en cabeza de diferentes personas, sino también cuando el daño lo reciben las personas mismas en su existencia o integridad, como si explota una caldera y causa la muerte o lesiones a los circundantes. En este caso, el mismo hecho culposo ha ocasionado la pluralidad de víctimas, cada una de las cuales, por sufrir su propio perjuicio, puede pedir la consiguiente reparación.

3. También surge la pluralidad de víctimas, cuando se presenta lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar los daños “de rebote” o “de contragolpe”, esto es los irrogados a todas aquellas personas que sin haber sido lesionadas en su persona física, sufren también el perjuicio como consecuencia del accidente que otra sufriera, por verse aquéllas privadas de los beneficios económicos que esta última les proporcionaba. En otros términos, el daño producido a la víctima directa o sea, el muerto o herido, repercute en otros, llámese éstos, marido o mujer, padres, hijos, alimentario, etc.

[...]

4. Visto, entonces, en materia de culpa aquiliana, que el acto ilícito puede causar perjuicios “por contragolpe”, no sólo se encuentra legitimado para reclamar la correspondiente indemnización, basada en su propio perjuicio, la víctima inmediata o directa que los ha sufrido como el lesionado, sino también, por tener intereses o la suficiente titularidad, pueden reclamar indemnización mediata o indirecta, como ocurre con todas aquellas personas que de rebote o por contragolpe se ven privadas de ciertos derechos o ayudas económicas, o sufren daño moral. Es lo que acontece cuando el padre es el lesionado e incapacitado, y con tal hecho, se priva a su esposa e hijos de la adecuada asistencia o protección alimentaria o el mismo hecho les produce un daño moral.

En este evento, en que el hecho ilícito no sólo afecta al físicamente ofendido en su persona sino a otras personas que viven a expensas de éste, se tiene que cada una, dentro de la órbita de su propio daño, puede reclamar su reparación, pues incuestionablemente todas son víctimas del hecho ilícito. Por tal virtud, la esposa o los hijos del marido o padre accidentado pueden reclamar los propios perjuicios –materiales y morales– que el hecho ilícito les ha causado y, el padre lesionado los propios de él. Empero, por la independencia entre unos y otros, éste no puede reclamar para sí los propios de aquéllos ni viceversa.

[...]

6. En el evento de que la víctima directa del daño, o sea, el lesionado fallezca posteriormente, tampoco se requiere que la víctima indirecta deba tener la calidad de heredero, en virtud de que ésta generalmente reclama la reparación del perjuicio iure proprio y no iure hereditario. Sólo, excepcionalmente, puede y debe reclamar como heredero la indemnización de perjuicios, lo cual ocurre con los que reciba la víctima directa antes de su fallecimiento y que su deceso posterior le transmitió a su heredero como el crédito derivado de los gastos de enfermedad –clínicas, médicos, drogas– que hizo la víctima directa antes de producirse su deceso. Estos perjuicios materiales, por ser transmisibles, deben ser reclamados por los respectivos herederos de la víctima que fallece¹².

2.5 EL SUJETO PASIVO DEL DELITO

El *sujeto pasivo del delito*, es decir, la persona titular del bien jurídico que el legislador protege con el respectivo tipo penal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente¹³, no siempre coincide ostenta la condición de *víctima* o perjudicado con el delito, pues ésta es la persona que recibe perjuicio como consecuencia del ilícito.

12 Ibid. Sentencia del 8 de abril de 1980. En: CÓDIGO CIVIL. Legis, Bogotá., pp. 1042 y 1043, § 11694.

13 REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal*. Parte general. 11 ed. Temis, Bogotá, 1988., p. 104.

Según lo enseñaba el maestro Reyes Echandía, generalmente las dos calidades coinciden en el mismo individuo, como cuando la cosa sustraída en el hurto lo fue en cabeza de su dueño; otras veces, en cambio, se distingue una de la otra claramente; tal es el caso del homicidio en el que es sujeto pasivo la persona muerta y perjudicados sus familiares inmediatos y, en general, quienes de él dependían¹⁴.

Ahora bien, y al contrario de lo que ocurre con el sujeto activo del delito, todas las personas naturales, como las jurídicas, pueden tener dicha calidad de sujetos pasivos y de perjudicados, pues la titularidad de los bienes jurídicos protegidos no es patrimonio exclusivo de las personas naturales¹⁵.

Estas precisiones son de interés para efectos del ejercicio de la acción civil toda vez que cuando las calidades de *sujeto pasivo* del delito y *perjudicado* coincidan en la misma persona, la pretensión civil podrá ejercitarla el sujeto pasivo del delito; pero cuando son diversas, podrán ejercitarla uno y otro, pero a condición de que ese sujeto pasivo se haya perjudicado con el delito.

2.6 EL ESTADO COMO SUJETO PASIVO Y VÍCTIMAS DEL DELITO ESPECIAL PROPIO

La calidad que tenga el sujeto pasivo no es un factor determinante que impida la concurrencia de diversas personas perjudicadas con el delito, ni puede sostenerse tampoco que respecto de bienes jurídicos cuya titularidad esté en el Estado, como ocurre en principio con los delitos contra la administración de justicia, no hay cabida para la existencia de perjudicados diferentes al Estado, pues, a manera de ejemplo, el *falso testimonio* puede perjudicar a una persona que resulta vulnerada en sus intereses, al perder un litigio fallado con base en la atestación espuria. En tal caso, uno es el sujeto pasivo del delito y otro el perjudicado con dicho delito.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

¹⁴ *Ibíd.*, p. 105.

¹⁵ *Ibíd. La tipicidad*. 5 ed. Temis, Bogotá, 1984., p. 43.

No se puede afirmar, como lo sostiene el recurrente, que delitos como aquellos contra la administración pública no permiten la constitución de parte civil por carecer de interés jurídico el particular para hacerlo, por no acarrearle perjuicios.

El hecho de que el bien jurídico tutelado en el título III del libro II del Código Penal sea la administración pública, lo cual implica un perjuicio directo de ella cuando se está frente a uno de estos ilícitos, no excluye el que pueda haber personas naturales o jurídicas que puedan sufrir perjuicios con la comisión de aquellos¹⁶.

Bajo el mismo entendimiento, se ha dicho también que, en delitos como el fraude procesal, pese a que la titularidad del bien jurídico tutelado (la administración de justicia), no se encuentra en cabeza de las partes que intervienen en el proceso, es perfectamente posible que la conducta ocasione perjuicios directos a quienes participan en el trámite del proceso, de ahí que:

Creemos que la mayoría, en este caso, ha olvidado un aspecto de suma trascendencia, vale decir, que la conducta tomada como delictuosa se cumplió en un proceso penal y que en éste no sólo el sindicado y su apoderado sino el titular sustantivo de la acción civil y su apoderado, pueden y es hasta obvio que resulten simultáneamente cada conjunto o grupo, doblemente perjudicados. Cuando se sostiene que acciones de esta índole, cumplidas en este específico marco, sólo pueden dañar al procesado o al titular de la acción civil, con prescindencia absoluta de sus respectivos apoderados, se está olvidando el papel esencial y jurídicamente tutelado que estos últimos cumplen. Si el abogado asume una crecida serie de responsabilidades, repartiéndosele ponderosa carga de obligaciones y deberes, si la forma como actúe y se le atienda condiciona la efectividad de los derechos de su poderdante y la normalidad y retribución de su gestión, no resulta forzado sino natural afirmar que todo aquello que con visos de delito se cumple en ese proceso, se refleja, de primera mano, en perjuicio suyo y de manera casi simultánea, pero

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, auto del 17 de febrero de 1983.

diversa, hacia el respectivo representado. La prevaricación, el fraude procesal, etc., figuras muy propias del proceso, envuelven un daño para el abogado, sea éste el representante de la parte civil o del sindicado. ¿Acaso sus honorarios no pueden sufrir mengua o deterioro? ¿O su reputación y eficacia profesional no insinuarán probablemente una desmejora? ¿Y la responsabilidad inherente al mandato no presentará matices de complejidad?¹⁷.

De esta suerte, no puede afirmarse la inexistencia de un perjudicado con el delito por el hecho de que el comportamiento criminal no se dirija hacia él directamente, pues esta circunstancia se relaciona con una dificultad de visualización de la persona que sufre daño, cuestión bastante diferente a que por tal razón no exista perjuicio.

2.7 CONCEPTO DE VÍCTIMA

El *Diccionario de la Real Academia española*¹⁸ define que víctima es: “Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. 2. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”, mientras Manuel Ossorio la define¹⁹ como el sujeto pasivo del delito, posición para la cual caben las anteriores anotaciones debido a la diferencia que entrañan los conceptos de víctima y sujeto pasivo del delito.

Nuestro Código Penal no define el concepto de víctima, aunque jurídicamente podría ser entendido como la persona natural o jurídica, a quien antijurídicamente se le infieren daños materiales, morales y/o fisiológicos que de una u otra forma son consecuencia del delito. Por su parte, el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, dispone que *se entienda por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (directo)²⁰, como consecuencia del injusto.*

17 Ibíd. Providencia del 14 de mayo de 1981, con salvamento de voto.

18 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. .

19 OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Ed. Electrónica, 2008.

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 516 del 11 de julio de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño. Declaró inexecutable el término *directo*.

En suma, puede considerarse víctima del delito a la persona que como consecuencia de él, sufre perjuicios materiales, morales y/o a la vida en relación, independientemente de que la conducta delictiva se haya desarrollado directamente sobre ella, o de que sea o no el titular del bien jurídico que resultó ofendido con la conducta dañina.

Como se verá más adelante, la doctrina constitucional ha aclarado que la condición de víctima no se reserva solamente a quien haya sufrido un perjuicio *directo*, por manera que la calidad de víctima del delito la ostentaría no sólo quien era propietario del taxi que había prestado a un amigo y que fue hurtado por desconocidos o la persona a quien se le ocasionaron lesiones personales que le determinaron una pérdida anatómica de órgano o miembro, sino también los familiares que dependían económicamente de dicha persona, en la medida en que la satisfacción de las necesidades primarias como el vestido, el techo, la alimentación, el estudio y el afecto resultarían afectadas con la conducta punible.

De ahí que resulte oportuno destacar, que por encima de las definiciones que en la actualidad ofrece la Ley 906 de 2004, como acontece con el artículo 132, a partir del contenido actual del artículo 250 de la Carta Fundamental, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, en su numeral 6 se indica con claridad que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, *solicitar las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito*, luego es posible sostener que con respaldo constitucional existe un concepto de mayor amplitud que el de *víctima*, como lo es el de *afectado* con el delito.

En nuestra opinión, toda persona que haya resultado *afectada* con el delito, tiene derecho a acudir al proceso penal, de la misma forma que lo puede hacer ante la jurisdicción civil o la contencioso administrativa, para que dentro de unos límites elementales pueda reclamar por medio de cualquier mecanismo de restablecimiento del derecho (embargo y secuestro, cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, reintegro del objeto material del delito, conciliación, indemnización integral, etc.), la restitución de las cosas a su *statu quo ante*.

Bien miradas las cosas, sin dificultad se advierte que la expresión “*directa*” que sigue al término *víctima* en el artículo 92, entre otros o la de *daño directo* que puntualmente se utiliza en el artículo 132, constituye una evidente limitación, la cual implica que bajo tal calidad sólo pocas personas podrían acudir al proceso penal a reclamar una indemnización de perjuicios o a buscar el reconocimiento de su condición de *víctima*, pues, a manera de ejemplo, ni siquiera los hijos, hijas o el cónyuge de la persona que fue asesinada tendrían legitimidad, pues su condición no sería la de *víctima directa* o lo que termina siendo lo mismo, se podría decir que su daño no es *directo* sino que es *indirecto* o reflejo o de contragolpe.

Partiendo del entendimiento restringido que de vieja data la jurisprudencia ha venido ofreciendo al concepto de *víctima* y al de *daño directo*, considerando que esa calidad únicamente la puede ostentar el titular del bien jurídico lesionado o la persona respecto de la cual se desarrolló la conducta, se tendría que podría ser víctima en un hurto, por ejemplo de un taxi, únicamente el propietario del automotor (titular del bien jurídico tutelado), y el conductor del taxi (persona respecto de la cual se desarrolló la conducta); pero en un homicidio, sólo sería víctima el occiso, pues él era el titular del bien jurídico y además, la persona respecto de la cual recayó la conducta, al paso que su cónyuge, hijos y familiares cercanos, al no quedar englobados bajo el concepto de *víctimas directas*, no podrían acudir al proceso penal ni podrían pretender allí indemnización alguna.

Reconocerle a una persona la calidad de *víctima*, no es lo mismo que aceptar que ostenta la condición de *víctima directa*, pues éste es un concepto más específico y restringido que aquél. Por eso, en el contexto de la justicia transicional, esta Corporación, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que son víctimas o perjudicados, entre otros, las víctimas directas y sus familiares, sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctimas del delito, el grado de relación o parentesco. Indicó que:

(...) el intérprete autorizado de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículos 8 y 25 hacen parte del bloque de constitucionalidad, ha señalado que los parientes, sin distinción, que puedan demostrar el daño, tienen derecho a un recurso

*efectivo para exigir la satisfacción de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación*²¹.

Resulta entonces que por lo menos, desde la Sentencia C-370 de 2006, la Corte Constitucional tenía definido de manera genérica, que *las víctimas que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico, así como sus familiares que cumplan los requisitos probatorios correspondientes, pueden hacer valer sus derechos.*

Sin embargo, víctima puede ser la persona natural o jurídica que sufre cualquier tipo de afectación o perjuicio material, moral o a la vida en relación y que es consecuencia de la conducta ilícita, luego aunque de ordinario los *familiares* pueden ser víctimas, ésta condición no depende ni puede depender del parentesco sino del hecho cierto de haber sufrido una afectación que es consecuencia del ilícito, por manera que no obstante los nexos de consanguinidad existentes, si la persona no resulta perjudicada, aún siendo familiar no será víctima y no siéndolo, no podrá obtener una indemnización de un perjuicio que no sufrió. Cuestión diferente es que puede pretender una indemnización, pero actuando, no *iure proprio*, sino *iure hereditatis*.

Al ocuparse la Corte Constitucional del estudio de algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004, en las cuales se alude a la calidad de *directa* que debe tener la *víctima* para que pueda comparecer al proceso en defensa y reclamación de derechos, tal y como ocurre, entre otros, en los artículos 92, 102 y 132, dijo:

21 *Ibíd.* Sentencia C-370 de 2006. La Corte declaró *exequibles*, por los cargos examinados, los incisos 2 y 5 del artículo 5 de la Ley 795 de 2005, en el entendido de que la presunción allí establecida no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Adicionalmente, procedió a declarar *exequible* la expresión en primer grado de consanguinidad de conformidad con el Presupuesto del Fondo para la reparación de las víctimas, contenida en el artículo 47, en el entendido que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometida por miembros de grupos armados al margen de la ley. Por último, declaró la *exequibilidad* de la expresión en primer grado de consanguinidad del numeral 49.3, en el entendido de que no excluye como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal cometido por miembros de grupos armados al margen de la ley.

El daño ‘directo’ como fuente de responsabilidad y correlativos derechos para la víctima

Teniendo en cuenta el marco conceptual así establecido la Sala determinará si el hecho de que el artículo 132 fundamente la calidad de víctima en el ‘daño directo’ que cualquier sujeto de derechos hubiese padecido como consecuencia del injusto, restringe el alcance que la jurisprudencia de esta Corte le ha asignado a los derechos de las víctimas, y que como se anotó incluye como titulares de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas y perjudicados que hubieren sufrido un daño real, concreto y específico como consecuencia del delito.

Encuentra la Corte que si bien la norma examinada fundamenta la determinación de la calidad de víctima, en el padecimiento de un daño que surge como consecuencia de la conducta punible (injusto), lo cual resulta acertado, la calificación que el precepto introduce al daño – daño ‘directo’ – como único generador de responsabilidad, restringe el alcance del concepto de víctima o perjudicado que ha acuñado la jurisprudencia constitucional. En el marco de la teoría de la responsabilidad por daño se ha considerado que para que el daño o el perjuicio²² sea indemnizable debe tener ciertas condiciones de existencia. Esto es, que no basta que se produzca un menoscabo patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda ser exigible judicialmente en calidad de víctima, perjudicado o afectado. El daño reparable del que deriva la calidad de víctima o perjudicado debe reunir determinadas condiciones: debe ser cierto y la persona que reclama debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque no tuviere la titularidad jurídica sobre el bien lesionado²³.

22 *Ibíd.* Sentencia C-220 de 2002. Algunos autores identifican el concepto de daño con el de perjuicio, tal como lo hace la jurisprudencia de esta Corporación. Otros en cambio, hacen una distinción conceptual para afirmar que el perjuicio es la consecuencia del daño. Para efectos del estudio que aquí se adelanta, tal distinción no resulta relevante.

23 *CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, fallo del 19 de junio de 1989, CP. Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Luis Yáñez Carrero y otros. Exp. 4678. El derecho a la indemnización de quien sufre una ‘alteración material de una situación favorable’ (que en esto consiste el daño) se deriva no del hecho de que la víctima tenga una ‘situación jurídicamente protegida’, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por*

En cuanto al carácter 'directo' del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132 asigna al daño el calificativo de 'directo' para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional las posibilidades de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo. Por las señaladas razones la Corte declarará la inexecutable de la expresión 'directo' del artículo 132 referida al daño.

El concepto de víctima 'directa' como límite de atribución de derechos

En cuanto al artículo 92 que contempla entre las personas legitimadas para solicitar medidas cautelares sobre bienes del imputado o del acusado, al fiscal y a la víctima 'directa', observa la Corte que si bien se trata de un ámbito que regula mecanismos de garantía del derecho a la reparación de las víctimas, reducir tal prerrogativa a las víctimas 'directas' cercena de manera injustificada las posibilidades de acceso de otros sujetos de derechos que por haber sufrido un menoscabo material o moral con la conducta punible tendrían derecho a una reparación integral.

En materia penal la idea de víctima 'directa' se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela; es claro que un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios individuales

culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho.

o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos. En la teoría del daño civil se usa la categoría de 'víctima directa' o 'damnificado directo' para hacer referencia a la calidad en la cual se comparece a solicitar el resarcimiento de un perjuicio. Si se trata de la persona directamente afectada por el hecho generador del daño se considera 'víctima o damnificado directo', en tanto que son víctimas o damnificados 'indirectos' los herederos o los comuneros (artículo 2342 del Código Civil)²⁴.

La regulación del artículo 92 excluye así a los perjudicados con el delito del derecho a obtener la garantía de reparación. Esta regulación es contraria a la concepción amplia de los derechos de las víctimas que ha adoptado la jurisprudencia de esta Corporación, que incluye como titulares de todas las prerrogativas que se derivan de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación a la víctimas o perjudicados que hubiese padecido un daño real, cierto y concreto. Es contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que considera como perjudicados a la víctima directa y su familia²⁵. Y es restrictiva frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que desarrollan la tesis del carácter personal del perjuicio conforme a la cual para demandar reparación no se exige ningún otro requisito distinto al de que el demandante haya sufrido un perjuicio²⁶. Esta regla se funda en el artículo 2341 del Código Civil que no limita la acción de responsabilidad únicamente a los parientes de la víctima (y mucho menos a la

24 *Ibíd.* Sección Tercera. Sentencia del 14 de diciembre de 1994, MP. Carlos Betancur Jaramillo. Esta diferenciación ha sido utilizada para desarrollar el principio del carácter personal del daño, del cual derivan los criterios para pedir a nombre personal o a nombre de una comunidad o a nombre de ambos. Con independencia de quien pida, el reclamante debe aportar la prueba del título de su derecho para reclamar, de conformidad con el artículo 2342 del CC. Es decir, demostrar el título con el cual comparece al proceso, presupuesto que exige la concordancia entre el título y la persona.

25 *Ver nota de pie de página número 69.*

26 *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación, fallo del 24 de junio de 1942, MP. Luis Escallón. Tienen derecho a solicitar reparación las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas. También EL CONSEJO DE ESTADO. En fallo del 21 de febrero de 1985, exp. 3253, sostuvo que la acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de la sucesión. Este criterio fue reiterado en el fallo del 19 de junio de 1989, exp. 4678, al reconocer un perjuicio ocasionado a una persona por la pérdida de un auxilio económico originado en la muerte de quien le ayudaba.*

víctima directa), sino que da, al contrario, derecho de indemnización a “todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño”²⁷.

El hecho de que la concepción que contempla el artículo 92 examinado sea restrictiva frente a la más amplia que aplican las jurisdicciones civil y contencioso administrativa en materia de legitimidad para reclamar garantía en el pago de los perjuicios ocasionados por el delito, coloca en abierta desventaja a la persona que acude a la jurisdicción penal en procura de hacer efectivo su derecho a la reparación. Adicionalmente, la limitación que el artículo 92 introduce a los derechos de las víctimas o perjudicados con el delito de obtener garantía de reparación, es contraria al artículo 250 numeral 6° de la Constitución que prevé que el restablecimiento del derecho y la garantía de reparación integral se reconoce a los “afectados con el delito”, expresión que incluye a víctimas directas y perjudicados que hubiesen sufrido un daño cierto como consecuencia del delito.

2.8 VÍCTIMA Y SUJETO PASIVO

Interesante resulta también, el evento cuando el sujeto pasivo del delito es a la vez víctima del mismo y, por la naturaleza del hecho punible, como ocurre con el homicidio, por obvia razón se encuentra en imposibilidad de ejercitar la acción indemnizatoria.

Cabe precisar que si bien la persona que pierde su vida como consecuencia de la conducta denominada homicidio es, evidentemente, sujeto pasivo de tal comportamiento, su condición de víctima para efectos indemnizatorios dependerá de que efectivamente el comportamiento delictivo le haya irrogado un perjuicio.

Así, cuando Juan recibe lesión que le implica sufrimiento y dolor físico y moral, la cual a la postre determina su muerte, es evidente que el comportamiento delictivo que recayó sobre dicha persona, considerada sujeto pasivo del delito de homicidio, también le ocasionó a éste unos perjuicios

27 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación, fallo del 15 de julio de 1949, MP. B. Agudelo.

morales susceptibles de indemnización, de modo que sus familiares perjudicados, al ejercitar la acción indemnizatoria, podrán perseguir se les indemnicen los daños materiales y morales que a ellos directamente les ocasionó el delito (*iure proprio*), y, a la vez, podrán también pretender que se indemnice el daño moral que se le ocasionó al sujeto pasivo del delito (*iure hereditario*), toda vez que éste, según el ejemplo, alcanzó a tener también la calidad de víctima del comportamiento criminal.

Para el éxito de las pretensiones será fundamental que aparezca demostrado el daño, el cual inexistirá en el evento en el cual el sujeto pasivo del delito de homicidio murió en forma inmediata a la conducta reprochable, pues en tal caso no se alcanzó a ocasionar un perjuicio moral respecto del sujeto pasivo, aunque sí puede existir respecto de sus parientes.

Sobre el tema se ha dicho:

Cabe decir en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la inmediatez del resultado nocivo máximo no da pie de derecho, que se transmitiera iure hereditario a sus herederos, quienes, como tales, únicamente podrán reclamar por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos del traslado del cadáver y su inhumación (sent. 23/41 de abril, LL-458/72), y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del de cuius.

Por lo cual, el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando sobreviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones. Que si la muerte fue instantánea o inmediata, el crédito no surgiría para el occiso, y no podría pronunciar condena en favor de la sucesión del mismo, y los herederos podrían entonces reclamar resarcimiento, pero sólo por derecho propio, en la

medida que demostraran quebranto de su individualidad y con él se hiciera presente su padecimiento afectivo o sentimental, habida consideración de los estrechos vínculos que los ataban al muerto (Cas. 20/43 de octubre Ibíd bis, T. v. 94), justificativos de dicha aflicción y consiguiente derecho²⁸.

En este orden de ideas, si el sujeto pasivo del homicidio alcanzó a ser también víctima del delito, entendiendo este concepto en el sentido estricto, consiguió adquirir el derecho a obtener una indemnización por los daños que se le irrogaron, derecho que, por virtud de su muerte, se transmite a sus sucesores.

2.9 SUCESOR Y VÍCTIMA

La condición de *sucesor* de la víctima no impone necesariamente la condición de víctima del delito que tuvo como sujeto pasivo a la persona respecto de la cual se desprende la calidad de sucesor, pues éste bien puede no resultar perjudicado con la muerte de aquél y sí puede serlo una persona diferente que incluso no tenga la calidad de sucesor.

Puede reflexionarse sobre este ejemplo: al morir Juan le sobrevivió su hijo Luis, con el cual nunca mantuvo alguna relación ni siquiera afectiva; éste último es un destacado profesional que ha vivido fuera del país desde niño, de modo que ni siquiera tiene recuerdos de su padre. Por otra parte, a Juan también le sobrevive Pedro, joven de 16 años que fue acogido por Juan y por quien éste veló siempre como si fuera su hijo sin serlo, ocupándose de sus necesidades afectivas, emocionales, de su educación, vestido, techo y alimentación.

Luis, en su condición de descendiente, estaría legitimado para elevar una pretensión indemnizatoria, buscando con ello una reparación de los perjuicios que el hecho delictivo ocasionó a su progenitor (reclamación *iure hereditario*), sin embargo no podría obtener una indemnización por los perjuicios que a él directamente le hubiera ocasionado el hecho, dado

28 *Ibíd.* Sala de Casación. Providencia del 4 de abril de 1968. En: CÓDIGO CIVIL. Legis, Bogotá, p. 1035, § 11669.

que no dependía económicamente de su padre, por una parte, y, por la otra, tampoco le unía a él un lazo afectivo que en principio impondría el parentesco, de modo que la muerte de su padre tampoco habría de implicarle un perjuicio moral. Podrá intentar una indemnización por los perjuicios que el delito le ocasionó en su condición de hijo de Juan, pero seguramente su pretensión debería desestimarse, al no poder probar que el hecho le ocasionó un perjuicio de índole moral.

Conviene entonces precisar aquí que la presentación de una demanda para reclamar el pago de una indemnización de perjuicios ora *iure proprio*, ora *iure hereditario* no implica *per se* la obtención de una decisión estimatoria de las pretensiones, pues los perjuicios deben demostrarse, de una parte, y, de otra, deben cuantificarse, obligaciones que el funcionario debe cumplir, aún de oficio, tal como lo establecían los artículos 120-3²⁹ y 334³⁰ del CPP de 1991³¹.

Continuando con el ejemplo, Pedro, su vez, en la medida en que dependía económicamente de Juan, sí estaría legitimado (*iure proprio*), para reclamar una indemnización por los perjuicios materiales que se le ocasionaron con la muerte de Juan y, en virtud del estrecho vínculo que lo unía a éste, estaría también legitimado para perseguir una indemnización por perjuicios morales. No tendría legitimidad para reclamar (*iure hereditario*) la indemnización que le correspondía a Juan por los perjuicios morales que se le ocasionaron antes de morir, por no tener la calidad de sucesor.

Sobre este tema de los perjuicios morales, que muchas veces de manera equivocada se ha estimado que necesariamente se generan en virtud de los lazos sanguíneos, indicó el Consejo de Estado:

29 DECRETO 2700 DE 1991, artículo 120, numeral 3, establecía: *Atribuciones de la Fiscalía General de la Nación. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación [...] 3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito [...] 6. Velar por la protección de las víctimas...*

30 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (1991), artículo 334: *Objeto de la instigación. El funcionario judicial ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente respecto de las siguientes cuestiones [...] 6. Los daños y perjuicios de orden moral y material que causó el hecho punible.*

31 LEY 600 DE 2000. *En el mismo sentido aparecen los numerales 3, 6 y 331 del artículo 114 y el numeral 6, sobre atribuciones de la fiscalía y finalidad de la etapa de instrucción, respectivamente.*

El occiso fue un niño que se levantó sin la ternura de su padre. Por ello no sabía nada de él. Esta realidad lleva a recordar el mensaje de F. DOSTOIEVSKI cuando afirma:

‘Sabed que no existe nada más elevado, más fuerte, más sano y más útil para el porvenir, en la vida, que cualquier buen recuerdo, y tanto más si éste pertenece a la infancia y a la casa paterna. Un bello recuerdo conservado de la infancia representa, posiblemente, la mejor educación; recogiendo en la vida muchos de tales recuerdos, el hombre está seguro en el curso de toda su existencia’.

El padre que ahora demanda el pago de perjuicios morales y materiales registra un gran pasivo en lo que respecta al amor hacia su hijo. Si lo abandonó en vida, es muy difícil aceptar que le haya dejado un gran vacío con su muerte. Los padres que no proporcionan a sus hijos el pan del amor, no pueden demandar de la administración que les indemnice, mortis causa, con el pan para el cuerpo³².

No obstante lo anterior, ha de entenderse que si bien tradicionalmente se entendió que los perjuicios de índole moral se presumían respecto de determinadas personas, como acontece con las relaciones afectivas que se presume existen entre padres e hijos, la jurisprudencia parece haberse orientado en un camino diferente, en verdad más equitativo, como es el de considerar que la demostración de la inexistencia de dichos vínculos determina la imposibilidad de reconocer la ocurrencia de perjuicios a quien realmente no resulta afectado con la conducta, de manera que hoy es perfectamente válido sostener que la muerte del hijo no necesariamente ocasiona perjuicios morales a su padre.

32 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de noviembre de 1992, exp. 7404, CP. Julio César Uribe Acosta.

2.10 LAS VÍCTIMAS EN EL DERECHO PENAL. SUS DERECHOS

Según lo ha afirmado la Corte Constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991, las víctimas fueron reconceptualizadas y constitucionalizadas, lo cual pondría de presente la importancia que en la hora actual tienen sus derechos. Por su parte en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 se encuentra un amplio enunciado de los derechos con los cuales cuenta la víctima dentro del proceso penal.

El artículo 11 de la Ley 906 de 2004, señala cuáles son los derechos de las víctimas en el marco del sistema procesal acusatorio, fue demandado por inconstitucionalidad, estimando el actor que la disposición cercena el derecho de impugnación en cuanto no le concede a la víctima, instrumentos para controvertir decisiones fundamentales entre las cuales puede citarse la confección de la acusación, las decisiones sobre incompetencias, recusaciones, inhabilidades, admisión o exclusión de pruebas.

En este sentido, argumentó el demandante que el artículo 11 resulta contrario a la Constitución Política:

(...) porque en él se evidencia una grave omisión legislativa, al no incluir dentro de las facultades de la víctima la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, participar activamente en todos y cada uno de los actos procesales o audiencias e impugnar las decisiones de los jueces de control de garantías que les sean adversas. Con esta omisión se genera un trato discriminatorio para con la víctima que va en contravía de su dignidad humana (artículo1, CN), del principio de igualdad (artículo13, CN), del debido proceso (artículo 29, CN) y del derecho de acceso a la justicia (artículo229, CN). Además de lo anterior, el artículo 11 literal h) genera también un trato desigual entre imputado y víctima, pues en primer lugar prevé la representación legal de ésta por medio de abogado sólo a partir del juicio, dejándola desamparada en las etapas anteriores; y en segundo lugar, se autoriza únicamente la designación de un abogado de oficio y no de uno pagado por el Estado como sí lo hace con el imputado, lo que genera obvias desigualdades en la representación, pues, por lo menos

en términos generales, no puede haber igual compromiso entre un profesional pagado que uno impago.

No obstante que el artículo 11 contempla 10 literales, cada uno de los cuales está referido a un derecho diferente, la Corte no se ocupó del estudio puntual, sino que en la Sentencia C- 209 del 21 de marzo de 2007 con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, efectuó un análisis general de la disposición y encontró que la misma es conforme con la Carta Fundamental.

La Corporación se pronunció así:

Como se advirtió anteriormente, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexecutable o executable condicionada con miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios.

Hecha la anterior referencia a un primer análisis de constitucionalidad del artículo 11 en cita, puede señalarse ahora que partiendo del tenor literal de esta disposición, la víctima contaría con un número importante de derechos, entre los cuales vale la pena destacar:

El derecho a la reparación

El cual le asiste para obtener pronta e integral reparación de los daños sufridos, “a cargo del autor que participe del injusto o de los *terceros* llamados a responder en los términos de este código”.

Es del caso destacar, que no obstante la expresa referencia de la norma a los “*terceros* llamados a responder” dentro del texto del articulado, exceptuado los artículos 107³³ y 108³⁴, no aparece alguna otra alusión a ellos, pues no se les menciona como sujetos procesales, como partes, como intervinientes ni con cualquier otro título, lo cual puede entenderse como un retroceso frente a la protección de los derechos de las víctimas, pues la posibilidad existente desde el Código de Procedimiento Penal de 1991 para que personas que sin tener compromiso criminal en la conducta puedan ser vinculadas al proceso penal, a efectos de responder por las consecuencias dañinas de la conducta, la cual constituye una mayor garantía de que las víctimas obtendrán de manera efectiva el pago de los perjuicios que sufrieron, desaparece en el nuevo estatuto por falta de adecuada regulación.

No obstante lo anterior, la previsión de este literal c del artículo 11 establece que la víctima tiene derecho a obtener la reparación de los daños sufridos con el delito, derecho que podrá ejercitar respecto del partícipe del injusto, o de los “*terceros* llamados a responder en los términos de este código”.

33 *Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del condenado. El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.*

34 *Citación del asegurador. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador. . .*

Pero lo que no dice la norma, ni tampoco lo menciona la Ley 906 de 2004 a lo largo de su articulado, son “los términos” del código bajo los cuales responde el tercero, grave omisión que crece en grados si se considera que en las otras disposiciones legales donde se vuelve a hablar del tercero, esto es, los artículos 107 y 108, no se establece cuál es el mecanismo procedimental para vincular y atar al tercero a las resultas del proceso, pues lo único que se indica respecto de él, es que deberá o podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor o que puede buscar la comparecencia del asegurador.

Así las cosas, mientras en el texto del Código de Procedimiento Penal de 2000 es amplia la regulación aplicable al tercero civilmente responsable, quien además tiene la calidad de sujeto procesal, en el procedimiento acusatorio de la Ley 906 de 2004 no ocurre ni lo uno ni lo otro, siendo entonces posible predicar que, no obstante la definición de “tercero civilmente responsable” del inciso 1° del artículo 107 como “la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado”, la operatividad de este instituto se afectará, pues no existiendo una mínima regulación legal que establezca de qué manera se traba respecto de él la relación jurídica procesal y de qué forma se prueba, analiza y define su responsabilidad civil extracontractual, podría controvertirse la constitucionalidad de su vinculación por violación al derecho de defensa, si se le permitiera al juez penal proferir una sentencia condenatoria respecto de una persona que en realidad no ha tenido oportunidad alguna de defenderse. Será fundamental, entonces, caso de que se le vincule a la actuación, que se le rodee de toda clase de garantías y posibilidades para que pueda ejercitar su derecho de defensa sin limitación alguna, pues al fin y al cabo, lo que respecto de él se resolverá en el incidente de reparación integral, es nada menos que su eventual responsabilidad civil extracontractual.

Si bien esta inexcusable omisión del legislador resulta deplorable, no sólo por ser desconocedora de los derechos del tercero, sino también porque priva en la práctica a la víctima de acceder a mejores mecanismos por medio de los cuales podría alcanzar el restablecimiento del derecho a que se refiere el artículo 250 de la Constitución Política, resulta más preocu-

pante que este tratamiento equivocado en esencia, se repite en cuanto dice relación con la definición de la responsabilidad civil del autor o partícipe.

Para constatar esta realidad, basta con partir del presupuesto según el cual ninguna de las audiencias, ni particularmente la del juicio público, se ocupa del tema relacionado con la determinación de los perjuicios materiales, morales y/o aun a la vida en relación –otrora llamados fisiológicos- ocasionados o que se hubieran podido ocasionar con la infracción a la ley penal, como tampoco se discute ni prueba cuál es el monto de los perjuicios.

Tampoco el proceso penal se ocupa de establecer los extremos de la responsabilidad civil que podría ser inherente al autor o partícipe, por manera que frente a esta realidad, resulta apenas obvio que la sentencia que se pronuncie luego de concluir el debate oral, sólo puede comprender la responsabilidad penal del procesado mas no así la civil que pudiera corresponderle como autor o partícipe de la conducta punible con la cual se lesionó a la víctima.

Con todo y ser palpable esta realidad, los artículos 102 a 108 pretenden desarrollar y reglamentar la forma en que se adelanta el “incidente de reparación integral”, sin distinguir en esencia en contra de quién se adelanta, pues es cierto que aunque se alude a que el trámite se lleva a cabo en contra del “declarado penalmente responsable”, según las voces del inciso 1 del artículo 103 de la Ley 906 de 2004, también hay referencias al “tercero civilmente responsable” (artículo 107), y al “asegurador de la responsabilidad civil” (artículo 108).

También es evidente que no hay disposición o norma alguna que haga claridad acerca de qué es lo que será materia de debate probatorio en esta instancia, ni se sabe en últimas si servirá para probar o determinar la existencia o no de responsabilidad, o si simple y llanamente el incidente se ocupará de cuantificar unos perjuicios, situación ésta que necesariamente presupondría que ya la responsabilidad civil ha sido definida previamente.

En cualquier caso, se pone de presente una realidad, como lo es no sólo que el legislador de 2004 restó importancia al mandato constitucional del artículo 250 sobre restablecimiento del derecho quebrantado con el delito, sino que, una vez más y como ha sido lugar común en otros estatutos procedimentales, se confunde la responsabilidad penal con la responsabilidad civil, tratándose las muchas veces como si correspondieran a un mismo fenómeno jurídico.

Un entendimiento como el anterior, supone un acostumbrado error y confusión entre el contenido de la responsabilidad civil y el de la responsabilidad penal. En las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal celebradas en la Universidad Externado de Colombia en agosto de 2005³⁵, con suficiente amplitud se aludió a las diferencias existentes entre ellas y a la importancia de tal distinción en el escenario práctico del proceso penal. La lectura del documento a que se alude resulta aconsejable.

Así lo anterior, cuando el proceso penal ha llegado válidamente a la competencia del juez o jueza penal por virtud de la acusación correspondiente formulada por la Fiscalía General de la Nación, podrá y deberá el funcionario o funcionaria emitir sentencia condenatoria sobre responsabilidad civil, la cual dependerá no de que exista también un fallo condenatorio en lo penal como que éste puede ser absolutorio, sino de que se haya establecido la ocurrencia de perjuicios que provienen del hecho investigado y de que, claro está, se hayan demostrado los extremos de la responsabilidad civil, a los que nos referiremos más adelante.

No obstante lo anterior y pese a ser hoy de claridad meridiana que la responsabilidad civil no es un apéndice de la penal, ni depende de ella, ni le es accesoria, sino que es también principal según particularmente puede entenderse al aceptar que el concepto de víctimas es de rango constitucional al igual que sus derechos y las acciones para garantizarlos según se desprende de la sentencia C-228 del 3 de abril de 2002³⁶, es lo

35 *Revista Digital de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. En: http://portal.uexternado.edu.co/irj/portal/anonymous?guest_user=biblioteca&NavigationTarget=navurl://5f9eb76120191a756a0eb4a1ec5bf16c*

36 *CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda. Por la importancia que ofrece esta decisión para el entendimiento de los derechos de las víctimas del delito, el texto completo de la norma se presenta en la parte final de esta obra, a manera de anexo.*

cierto que el tema de la responsabilidad civil que se tramita al interior del proceso penal continúa siendo un añadido de la responsabilidad penal, mientras que el Principio del Restablecimiento del Derecho, no obstante constituir un derecho de rango constitucional, sigue siendo un aspecto ligado a la declaratoria de responsabilidad penal, a tal punto que incluso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha adoctrinado que institutos como el de la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, es decisión que sólo puede adoptarse de manera definitiva en la sentencia condenatoria, con lo que, en la práctica y de manera por entero equivocada, el restablecimiento del derecho quebrantado y la misma declaratoria de responsabilidad civil, se hacen depender, no de la demostración del daño y del quebrantamiento del derecho, sino de la declaratoria de la responsabilidad penal.

Tal vez por esta equivocada comprensión de la responsabilidad civil, por el yerro mismo del entendimiento de que la condena en perjuicios no es, por lo menos en nuestro medio, una sanción penal que opera como una tercera vía al lado de las penas y medidas de seguridad, es por lo que se sigue considerando que las decisiones que producen efectos civiles sólo pueden adoptarse a condición de que previamente se imponga una condena penal.

Seguramente por este erróneo juicio, durante casi cuatro lustros resultaron insulares decisiones como la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar del 17 de junio de 1992³⁷, donde se ordenó la cancelación de los títulos y registros fraudulentos obtenidos respecto de un bien inmueble no obstante que la acción penal se encontraba prescrita y, por ende, resultaba imposible una condena penal, dejando entrever que aun hoy, y no obstante la clara evolución que el tema ha tenido en nuestro medio gracias a la doctrina de la Corte Constitucional, los derechos de las víctimas y la responsabilidad civil del victimario, bajo el esquema procedimental de la Ley 600 de 2000, dependen de la declaratoria de responsabilidad penal

37 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de junio de 2009, Rad. 22881, MP. Alfredo Gómez Quintero. Diecisiete años después, consideró que la competencia del funcionario judicial para tomar las decisiones pertinentes para cumplir con el mandato constitucional de restablecimiento del derecho, se mantiene aunque la acción penal se encuentre prescrita.

del procesado, lo cual de por sí resulta ser un *ex abrupto* si, por ejemplo, se considera la responsabilidad civil de los llamados “terceros civilmente responsables”, realidad que se hace más evidente, lamentable y desconsoladora bajo el régimen de la Ley 906 de 2004, donde, como se dijo, para el adelantamiento del incidente de reparación integral de perjuicios es requisito *sine qua non* que exista un fallo penal condenatorio, epílogo de un proceso en el que, en puridad, no se discute, prueba, ni analiza el tema de la responsabilidad civil del encausado.

En fin, sin necesidad de ahondar más en esa distinción que la doctrina y la jurisprudencia han examinado detenidamente, lo cierto es que entre ellas existe una nítida separación e independencia, que explica porqué la sentencia penal absolutoria, por ausencia de culpa del autor del ilícito, no produce efectos de cosa juzgada para enervar la acción civil indemnizatoria respecto de las actividades peligrosas y, por tanto, que no resulta contradictorio que quien fue absuelto penalmente pueda resultar responsable civilmente con relación a un mismo hecho³⁸.

Reiterando la independencia que existe entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, es de ver que de ello surgen importantes consecuencias³⁹.

– consecuencias de la independencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal

- 1. Puede haber responsabilidad penal sin que haya responsabilidad civil, como cuando el hecho está penado por la ley, pero no ha causado daño indemnizable;*
- 2. Al contrario, puede haber responsabilidad civil por estar en presencia de un hecho que ocasionó daño, lo cual no requiere que además el hecho sea a la vez constitutivo de conducta punible;*

38 *Ibíd.* Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero 2009, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

39 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago, 1943., pp. 35 y ss.

3. Si bien ambas responsabilidades pueden ser declaradas en el proceso penal, también pueden ventilarse en jurisdicciones independientes;

4. Para intentar que se declare responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, no es necesario que previamente se haya decretado responsabilidad penal; y

5. Si la responsabilidad se decreta en un proceso penal a instancias del perjudicado constituido en parte civil, lo allí resuelto tendrá fuerza o valor de cosa juzgada ante la jurisdicción civil.

Pero si el fallo no se emite a instancias de la parte civil, según el artículo 59 del CPP no se permite que la responsabilidad se discuta en el proceso civil⁴⁰, pues en éste sólo podrá ser materia de debate la clase de perjuicios y su monto, con lo cual el proceso ordinario se desnaturaliza, convirtiéndose más en un incidente de liquidación de perjuicios, similar al regulado en la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, bajo similares términos a los que se proveían en el artículo 202 de un Código de Procedimiento chileno, el artículo 57 de la Ley 600 de 2000 contempla que la decisión con la que se absuelve de responsabilidad penal al procesado tendrá efectos de cosa juzgada absoluta frente a la acción civil, la cual no podrá iniciarse ni proseguirse cuando aquella se haya basado en la demostración de que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no la ejecutó o que, habiéndola hecho, obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Se trata entonces de eventos donde el legislador se anticipa a una eventual tramitación de un proceso civil, para ordenar que una decisión de absolución penal produzca efectos erga omnes, cuando ésta se ha basado en causales que ponen de presente la no realización de la conducta, la falta de conducta en el procesado, o la ocurrencia de eventos que el legislador puede haber considerado no sólo justos, sino también necesarios.

Por consiguiente, en el juicio en que se ejercite la acción civil no será lícito tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en la sentencia criminal o con los hechos que le sirven

40 SAVATIER, René. "La decisión del juez penal en cuanto a la existencia del hecho que sirve de base común a la acción pública y a la acción civil, liga al juez civil en cuanto a la existencia de este hecho". En: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de la responsabilidad civil. Legis, Bogotá, 2007., p. 29.

de necesario fundamento (artículo 203 CC), y si la sentencia hubiera sido condenatoria, no podrá ponerse en duda, en dicho juicio, la existencia del hecho constitutivo del delito [...] ni sostenerse la inculparidad del condenado. En tales casos, la decisión dictada en lo criminal es obligatoria para el juez civil: éste no puede desconocerla⁴¹. – responsabilidad objetiva y teoría del riesgo

En lo dicho hasta ahora, si bien no se ha hecho alusión a la importancia del dolo y la culpa tanto para la responsabilidad penal como para la civil, tampoco se ha puesto de presente que dichos conceptos resultan de utilidad en cuanto se discuta responsabilidad subjetiva, dado que al tratarse de responsabilidad civil objetiva o por el riesgo, no es que dolo y culpa se presuman; es que simple y llanamente se prescinde del aspecto subjetivo, pues la responsabilidad no se funda en el dolo o en la culpa del agente, sino en el riesgo que entraña su conducta. No obstante esta consideración, en decisión de enero 20 de 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indica, en sentido contrario afirmó que en el régimen especial respecto de las actividades peligrosas, existe una ‘presunción de culpa’: ‘la mentada responsabilidad, tratándose de una actividad peligrosa, se fundamenta en un régimen de culpa presunta, en el que la exoneración del demandado se asienta en el ámbito de la causalidad, es decir, ante la demostración de que el perjuicio fue el resultante de un hecho extraño, en los términos ya enunciados, circunstancias éstas que, como quedó dicho, no aparecen probadas en el proceso’⁴².

Según esta afirmación se tendría entonces que no existiría una responsabilidad objetiva propiamente dicha, sino que en la teoría del riesgo la culpa se presumiría y, por consecuencia, se trataría de responsabilidad subjetiva.

El correcto entendimiento de la cuestión es que frente a la teoría del riesgo o a la responsabilidad objetiva, no es que la ley establezca una presunción de culpa sino que prescinde de ella, pues, si la culpa

41 *Ibíd.*, p. 39.

42 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

fuera presunta , habría que entender que en todo caso se trata de una responsabilidad subjetiva, donde el legislador presume o da por probada la culpa, evento que naturalmente permitiría destruir la presunción y, por ende, la responsabilidad.

Debe insistirse entonces que lo que en realidad ocurre en cuanto a la responsabilidad objetiva, es que se prescinde del aspecto subjetivo, por manera que para que el demandado se pueda liberar de responsabilidad, le compete demostrar, no que no medió culpa de su parte, sino que el hecho dañino ocurrió por una causa extraña a él “de donde llega a decirse que también se presume el vínculo de causalidad”⁴³.

En resumen:

[S]e denomina objetivo el sistema que consiste en atribuir a una persona la obligación de indemnizar a otra con independencia de que haya o no intervenido culpa o negligencia. Como afirma SALVADOR, ‘en la responsabilidad objetiva, quien cause daños responderá por ellos con independencia del nivel de precauciones que haya adoptado siempre que la ley así lo hubiere establecido’⁴⁴.

De conformidad con lo establecido por la norma rectora del artículo 12 del C. P. sobre culpabilidad, sólo se pueden imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, estando proscrita, prohibida o erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, es de notar que esta disposición sólo se refiere a la responsabilidad penal, pues, de una parte, la responsabilidad civil no puede decidirse o imponerse como una pena según el sentido que el derecho penal colombiano le asigna a este tipo de sanción y, de otra, una clase de responsabilidad civil, posible incluso de deducir en el proceso penal⁴⁵, es la objetiva o por ejercicio de actividades reputadas

43 TAMAYO. Ob. Cit., p. 262. En sentido contrario, MONTOYA GÓMEZ, Mario. Considera que el artículo 2356 del CC consagra una presunción de culpa, la que se presume de derecho “a cargo de quien al ejercer una actividad peligrosa, lesione un derecho ajeno”. *Ibíd.*, p. 263.

44 ROCA, Encarna. *Derecho de daños*. 2 ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1998., p. 211.

45 CREUS, Carlos. *Derecho Penal*. Parte General. Astrea, Madrid, 2003., pp. 75 a 77. Sobre este particular se ha dicho: *La teoría del riesgo y la competencia del juez*. Esta cuestión (que no se

peligrosas, en la cual es el hecho dañino o perjudicial el que genera el deber específico de responder.

“El que crea un riesgo –dice Alessandri–, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva”⁴⁶, concepto dentro del cual los dementes y los infantes serían responsables de los daños que causan.

Según lo anterior, parecería que poco o nada habría que discutir frente a esta clase de responsabilidad civil al interior del proceso penal. Sin embargo, aceptando que es perfectamente lícito y conveniente que en un momento dado haya condenación civil pese a la absolución penal, la declaratoria de responsabilidad civil objetiva puede presentarse dentro del proceso penal en eventos diferentes a aquellos que tienen la virtud de producir efectos de cosa juzgada penal absolutoria. Recuérdese lo que atrás se transcribió: ‘...no resulta contradictorio que quien fue absuelto penalmente pueda resultar responsable civilmente con relación a un mismo hecho’.

En este sentido, si la decisión penal absolutoria se ha basado en la demostración, por ejemplo, de que se actuó en legítima defensa, creemos que aunque se haya utilizado un arma de fuego para la defensa, no sería posible reconocer responsabilidad civil objetiva por más que el empleo del arma sea considerado como una actividad peligrosa, ya que aquí es cierto que se prescinde del aspecto subjetivo de la conducta, pero reviste trascendencia jurídica el sustento de la causal excluyente de la responsabilidad citada, la cual no sólo aduce

plantea en los sistemas que requieren la condena penal para que el juez pueda pronunciarse sobre la reparación) ha originado en nuestra doctrina y jurisprudencia un debate puesto en términos muy contradictorios. Aquella es la siguiente: dado que el juez penal tiene que pronunciarse sobre la reparación pese a la absolución que hubiere dictado con respecto al delito, ¿puede pronunciarse sobre ella desde la base de la teoría del riesgo (artículo 13, § 2 C. C.)? [...] Por ello, decidir que el juez penal asuma la competencia ‘remanente’ de juzgar un hecho –que ha desconsiderado como delito– invocando en el aspecto reparatorio la teoría del riesgo, meritando una responsabilidad objetiva, depende de la actitud del legislador que tiene que proveer una regla taxativa [...] Cabe reconocer que la tesis de la incompetencia del juez penal para resolver la cuestión civil sobre la base de la teoría del riesgo ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina argentina, especialmente la procedente del sector civil pero de la que participan también autores incluidos en el penalismo.

46 *Ibid.*, p. 39.

relación con una conducta que se puede estimar justa y necesaria para el derecho, sino que, además, el daño podría terminar siendo obra de la conducta de un tercero, evento éste que elimina o destruye la responsabilidad objetiva.

Pero en eventos diferentes donde la decisión penal absolutoria no tiene los mismos efectos de cosa juzgada, la situación puede ser diferente.

Tal podría ser el caso del proceso penal que se adelanta en contra de Juan, cazador deportivo que, no obstante el cuidado que despliega en su actividad, al disparar contra un venado impacta a otro cazador que no le era visible, ocasionándole la muerte. Si en tal caso se estableciera la atipicidad de la conducta por falta del tipo subjetivo o porque simple y llanamente se determinara que no existe acción final de matar sino de disparar, lo cual de ordinario determina la absolución por el delito de homicidio culposo, subsiste en todo caso la responsabilidad civil, objetiva para el caso, porque el empleo de armas de fuego es una actividad reputada de peligrosa, en la cual al ocasionarse un daño se genera la obligación de indemnizar.

De conformidad con la teoría del riesgo⁴⁷, quien crea un peligro queda expuesto a responder por sus consecuencias si el riesgo llega a realizarse, consideración que es por completo independiente de si ha habido o no dolo o culpa de su parte. 'El autor del daño no es responsable porque lo haya causado con culpa o dolo, sino porque lo causó' o, como dice JOSSERAND⁴⁸, el que causa un daño no responde de él por ser culpable, sino por ser el autor del mismo.

Según lo anterior, la teoría del riesgo prescinde por completo de la noción de dolo o culpa ateniéndose exclusivamente al daño, de manera que en ella la responsabilidad es un problema de causalidad y no de imputabilidad, de suerte que habiéndose causado daño en la persona o en la propiedad ajena, para que el causante quede obligado a indemnizar basta demostrar su acción u omisión, pudiendo

47 CREUS. *Ob. Cit.*, p. 114.

48 JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. T. II. 2 ed. Paris, 1933., p. 307.

exonerarse de responsabilidad al demostrar fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

En tales condiciones, la defensa del demandado que pretenda exonerarse, para que resulte exitosa, debe plantearse en el terreno de la causalidad, esto es que le corresponde destruir el aludido nexo causal demostrando que en la generación del suceso medió una causa extraña, vale decir, un caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el de un tercero⁴⁹.

Ahora bien, si a la responsabilidad subjetiva se opone la objetiva, que como se ha dicho es extraña a la idea de dolo o culpa y se deriva exclusivamente de la existencia de un daño, al ser éste y no aquel (el dolo) o aquella (la culpa) lo que genera la responsabilidad de indemnizar, se ve con mayor claridad la independencia existente entre la responsabilidad penal y la civil, pues ni en la subjetiva ni en la objetiva la obligación depende de la constatación de una conducta punible, sino de la existencia de un daño.

Según JOSSERAND⁵⁰, la teoría del riesgo realiza plenamente la separación entre la responsabilidad penal y civil: ‘al prescindir de la conducta del agente, elimina de esta última responsabilidad toda idea de pena o castigo para no ver en la reparación sino el medio de restablecer el equilibrio económico destruido por el hecho ilícito’.

– presupuestos de la responsabilidad civil subjetiva

Se estima que la teoría del riesgo es de más fácil aplicación que la teoría de la responsabilidad subjetiva, dado que no es necesario el examen de la conducta para desentrañar en ella el dolo o la culpa, pues la responsabilidad objetiva se reduce a un problema de causalidad, donde sólo bastará establecer el daño y el hecho que lo produjo, mientras que respecto de la responsabilidad civil subjetiva, y según

49 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2009, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

50 JOSSERAND. *Ob. Cit.*, p. 115.

se desprende de los artículos 2302⁵¹, 2341⁵² y 2346⁵³, para que el hecho de la persona genere responsabilidad, se requiere:

- 1º Que el autor sea capaz de ejecutar el hecho;*
- 2º Que el hecho provenga de su dolo o culpa;*
- 3º Que se cause un daño, y*
- 4º Que entre el hecho o la omisión dolosa o culposa y el daño exista una relación de causalidad.*

Son entonces estos los extremos de la responsabilidad civil subjetiva que es la que por lo general –aunque no exclusivamente– se analiza en el proceso penal, por manera que en estos supuestos y en su determinación plena debe concentrarse el funcionario judicial a la hora de emitir un fallo civil condenatorio, ya que las decisiones de esta estirpe que se basan simple y llanamente en la determinación de una conducta punible, no sólo resultan equivocadas, sino que son abiertamente ilegales, particularmente en la medida en que la conducta punible como tal no es fuente de obligaciones según los términos del artículo 1494 del C. C., dado que la verdadera fuente se encuentra en el hecho que ha inferido injuria o daño a otro, del cual puede ser un ejemplo el delito⁵⁴.

Resultaría largo tratar aquí el tema de la capacidad. Basta decir que quien para el derecho penal es considerado inimputable, de todas maneras está llamado a indemnizar los perjuicios ocasionados con su conducta, frente a la cual deben tenerse en cuenta las excepciones del Código Civil. Otro tanto cabría predicar sobre un intento de conceptualización del dolo y la culpa.

51 CÓDIGO CIVIL, artículo 2302. *Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si del hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.*

52 *Ibíd.*, artículo 2341. *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.*

53 *Ibíd.*, artículo 2346. *“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de lo daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o elementos, si a tales personas pudiera imputárseles negligencia”.*

54 *En otro sentido, se afirma que “la obligación de indemnizar encuentra su fuente en el hecho ilícito. Es este último el que grava la responsabilidad”.* TAMAYO. Ob. Cit., p. 169.

El daño

Pero no puede decirse lo mismo ni pasar por alto una referencia, por breve que ésta sea, sobre el fenómeno del daño, ya que es éste el que, en últimas, justifica la teoría de la responsabilidad, pues es sobre el supuesto o verificación de un daño que se pretende una indemnización y sólo al verificarse aquél puede haber lugar a una declaración de responsabilidad civil, la cual verdaderamente no se entiende sin daño.

Sin daño, podrá el hecho eventualmente ser constitutivo de responsabilidad penal, pero jamás lo será de responsabilidad civil, porque son contrarias a derecho todas aquellas decisiones judiciales adoptadas en lo penal usando y abusando de los artículos 106⁵⁵ y 107⁵⁶ del CP de 1980 ó del artículo 97⁵⁷ del CP de 2000, pues en dichas disposiciones de manera alguna se dice o se ha dicho que los perjuicios pueden cuantificarse en salarios mínimos legales mensuales o en gramos oro, cuando no se ha demostrado su ocurrencia o causación, pues lo que en verdad ha sido materia de regulación legal es algo completamente diferente, esto es, la posibilidad de cuantificar los daños en las formas señaladas, pero a condición de que haya sido demostrada o probada su ocurrencia, no obstante que por su naturaleza sean de difícil cuantificación pecuniaria.

No es lo mismo entonces presumir o dar por probado un perjuicio, que probarlo y que exista dificultad en tasarlo en términos pecuniarios.

55 *CÓDIGO PENAL 1980, artículo 106. Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido.*

56 *Ibíd., artículo 107. Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible no pudiere evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos hora. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible.*

57 *Ibíd., artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso.*

Así las cosas, es de claridad meridiana que no obstante la presentación de una demanda de parte civil donde además de justicia y verdad se solicita o pretende una indemnización de perjuicios, así se haya definido la existencia de una conducta punible con el consecuente reconocimiento de responsabilidad penal, no podrá haber lugar a una declaración de responsabilidad civil cuando no se demostró la ocurrencia de un daño o cuando habiendo sido demostrado en su acontecer, no se cuantificó pese a que ello era posible.

Se reafirma así la idea de que la existencia de la responsabilidad civil no depende de la determinación de la responsabilidad penal por la demostración de una conducta punible, sino de la real ocurrencia y posterior verificación de un daño indemnizable, entendiéndolo éste como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afecto, creencias, etc., el cual además supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea⁵⁸, de las ventajas o beneficios patrimoniales de que goza un individuo”, pudiendo agregarse la opinión de Planiol y Ripert⁵⁹, según la cual la ley no considera la cuantía del daño o la menor dificultad para acreditarlo.

Debe destacarse que el daño que permite predicar la responsabilidad civil debe ser cierto, esto es, debe ser real, efectivamente causado, de forma que de “no mediar él, la víctima se habría hallado en mejor situación”⁶⁰, calidad que –al ser cierta– no desaparecerá por la dificultad de determinar su cuantía, pues “un daño cierto en cuanto a su existencia, pero incierto en cuanto a su monto, es indemnizable”⁶¹, casos en los cuales queda a la prudencia del juez, y de conformidad con claros parámetros legales, fijar la cuantía correspondiente.

Además, no sólo el daño actual es cierto o real, pues también puede serlo el futuro, a condición de que necesariamente deba realizarse, con lo cual se descarta la idea del daño eventual o hipotético, que naturalmente no es indemnizable.

58 MAZEAUD, Henri et al. *Derecho Civil. Obligaciones. Zabalia*, Buenos Aires, 1997., p. 235.

59 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Cours élémentaire de droit civil français*. T. V. Librairie de Droit, Paris, 1948., p. 744.

60 MAZEAUD et al. *Ob. Cit.*, p. 213.

61 PLANIOL y RIPERT. *Ob. Cit.*, p. 745.

Daños indemnizables

Los daños que deben indemnizarse y que pueden ser objeto de la sentencia que declare la responsabilidad civil, son aquellos que se derivan forzosa-mente del hecho ilícito, que se producen cuando existe el hecho ilícito y desaparecen en cuanto éste no ocurre.

Este entendimiento resulta fundamental, pues muchas veces la doctrina y la jurisprudencia, incluso la misma ley, han pretendido por medio de ambiguas definiciones precisar cuáles son los perjuicios indemnizables, recurriendo a menudo al concepto de “perjuicio directo”, el cual equivocadamente se ha hecho entender como aquél que recae directamente sobre el sujeto pasivo de la conducta o sobre el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

Bien entendido el tema de la indemnización de perjuicios y del restablecimiento del derecho quebrantado, puede aceptarse que “sólo es indemnizable el daño directo, sea inmediato o mediato. Se entiende por tal el que es consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito”⁶², pudiendo agregarse que no sólo constituye perjuicio indemnizable la lesión o fractura que sufre el ofendido titular del bien jurídico afectado (daño inmediato), sino también las afectaciones que sufren material y moralmente las personas cercanas a él (daño mediato).

Según lo anterior, se pone de presente que por encima de los confusos intentos por delimitar el ámbito de los daños indemnizables, a lo que fundamentalmente hay que ceñirse para saber si un daño es directo o indirecto y en consecuencia indemnizable, no es a su proximidad con el hecho ilícito o a su denominación de inmediato o mediato, dado que incluso el daño mediato puede ser directo, sino únicamente a “si entre el hecho ilícito y el daño hay o no relación de causa a efecto, a si el daño es o no consecuencia directa y necesaria o, como dice un autor (SAVATER), es su consecuencia lógica”⁶³, siendo claro que entre más se aleja el daño del hecho ilícito, menor probabilidad existe de que pueda tenersele por directo, siendo también cierto que el daño en cuanto insignificante, no obstante ser directo, pierde todo interés desde el punto de vista indemnizatorio.

62 MAZEAUD *et al.* *Ob. Cit.*, pp. 518 y 519.

63 ALESSANDRI RODRIGUEZ. *Ob. Cit.*, p. 234.

Dígase además que la relación de causalidad, como uno de los extremos a establecer para que sea predicable la responsabilidad civil, es de expresa consagración por el artículo 2341 del CC, al decir que “quien ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a su indemnización”, agregando el artículo 2356, que “*por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*”, pues “*inferir es ‘inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado’, e imputar, ‘atribuir a alguno una culpa, delito o acción’*”⁶⁴.

Ahora bien, la relación de causalidad puede ser inmediata o mediata. Será del primer tipo

(...) cuando el daño deriva directamente del daño ilícito, cuando entre ambos no se interpone otra causa: la muerte de una persona producida por el atropellamiento o un balazo. Es mediata cuando entre el hecho ilícito y el daño se interponen otras causas, que también han influido en su producción, como en los casos de responsabilidad compleja, y de daños sucesivos. Un tren atropella a una persona, a cuyas expensas vivía otra, y le causa lesiones que le producen la muerte: en el orden cronológico tenemos primero las lesiones, luego la muerte y, por último, la pérdida que con ella experimenta la persona que vivía a sus expensas.

*Es indiferente que la relación causal sea mediata o inmediata. Lo esencial es que el daño sea la consecuencia necesaria y directa del hecho ilícito, que en cualquier forma o condiciones en que el daño se presente, éste no se habría producido sin el hecho doloso o culpable. Concurriendo esta circunstancia, la relación causal existe por mediato o alejado que sea el daño*⁶⁵.

Es este, *grosso modo*, el panorama de la responsabilidad civil, particularmente cuando se la relaciona con la responsabilidad penal, restando agregar que mientras la responsabilidad penal en esencia no es susceptible de ser declarada cuando la conducta es atípica o cuando siendo

64 *Ibid.*, p. 239.

65 *Ibid.*, p. 247.

típica concurre alguna causal de ausencia de responsabilidad, como en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, consentimiento del derechohabiente, estado de necesidad, legítima defensa, etc., o, finalmente, cuando la conducta no puede ser reprochable, la responsabilidad civil *objetiva* no podrá declararse o reconocerse cuando haya habido fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero, al paso que la civil subjetiva no podrá ser declarada cuando falte alguno de los requisitos que previamente se enumeraron.

Nada de novedoso existe en estas consideraciones, máxime cuando son o han sido lugar común en la jurisprudencia y la doctrina que se han ocupado de la responsabilidad civil y de su independencia y también conexión con la responsabilidad penal.

Sin embargo, a diario se desconoce esta realidad al interior del proceso penal, pues con absoluta tozudez se sigue actuando bajo el entendimiento errado de que sólo la responsabilidad penal está sujeta a claras y reales exigencias para que se pueda declarar, mientras que la responsabilidad civil carecería de todo formalismo y rigor y su declaratoria o reconocimiento dependería, según se dijo *ab initio*, no de la demostración de unos presupuestos mínimos, pero medulares, sino simple y llanamente de la determinación de la responsabilidad penal.

Y si este panorama de cara al mandato constitucional sobre restablecimiento del derecho, resulta desolador por decir lo menos, y evidencia que en nuestro medio se ha perpetuado la creencia de que el proceso penal se justifica sólo en cuanto propenda por la imposición de sanciones penales, que en realidad en nada contribuyen a la restauración de la armonía individual y social quebrantada con la conducta punible, es más dramática aun la situación que se entroniza con las nuevas disposiciones de la Ley 906 de 2004, donde, confundida en la maraña de múltiples disposiciones alusivas a las víctimas y sus derechos, lo que en realidad ocurre es que se resienten los derechos constitucionales fundamentales que desde hace algunos años para acá se sostiene son predicables respecto de las víctimas.

En este sentido, el nuevo sistema que se implementó con la Ley 906 de 2004, recurre a toda suerte de disposiciones y previsiones en las cuales se alude a los derechos de la víctima y a su intervención en el nuevo proceso penal, destacándose que si bien se le considera como “*interviniente*” dentro de la actuación, término al cual se alude claramente en el artículo 250-7 constitucional, según la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, en realidad tal calidad al ser analizada dentro del proceso penal sólo corresponde a una formulación más material que sustancial, pues en la nueva normatividad la víctima no tiene ya la calidad de *sujeto procesal*, ni puede realizar actuaciones de *parte* –aunque más de una vez se le reconoce tal calidad–, puesto que, a guisa de ejemplo, no se le permite solicitar pruebas, ni participar en los interrogatorios, ni, como regla general, interponer recursos.

De esta suerte, en el nuevo proceso penal no sólo desaparece la víctima como sujeto procesal pues no obstante sus derechos constitucionales fundamentales a la verdad, justicia y reparación⁶⁶, ya no le es posible constituirse en parte civil, quedando limitada su intervención en el proceso, pero habiendo en realidad perdido importantes posibilidades para ejercitar sus derechos.

No obstante esta situación, resulta apenas obvio preguntarse si en el nuevo procedimiento penal, por encima del presuntamente constitucional tratamiento que se dispensa a las víctimas, hay lugar en realidad a declarar responsabilidad civil o si, por el contrario, el proceso penal quedó única y exclusivamente reservado a procurar la declaratoria de una responsabilidad penal, propósito que al parecer se ha venido alcanzando pero respecto de una clase de criminalidad que no es la de mayor gravedad, ni es la que socava los cimientos de nuestra sociedad ni es tampoco la criminalidad real.

En este sentido, el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 dispone que “emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado”, el fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños, a

66 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Jaime. *El proceso penal*. 5 ed. T. 1. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004., p. 352. “La existencia de un derecho fundamental a la verdad, a la justicia y a la reparación implica necesariamente la posibilidad de que la víctima y el perjudicado puedan participar en el proceso penal”. El num. 7, artículo 250 CN establece que la “ley fijará los términos en que podrá intervenir”.

condición de que exista en ese sentido una petición previa y expresa de la víctima o del fiscal o del Ministerio Público y salvo que la pretensión sea exclusivamente económica, pues en tal caso la solicitud solamente la puede formular la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

No nos ocuparemos aquí de una cuestión que de por sí suscita perplejidad, por decir lo menos, como es la regulación legal o la esencia y naturaleza procedimental de un incidente que es llamado “de reparación integral” de los daños, pero que al parecer también admite la posibilidad de que lo sea, curiosamente, para ventilar otras cuestiones como podrían ser las de *verdad y justicia*.

Importa para este momento, precisar que si bien es cierto bajo el rigor del Código de Procedimiento Penal de 2000 y de los análogos que lo han precedido, resulta posible, por lo menos teóricamente, que en la sentencia se absuelva penalmente al procesado y se condene civilmente⁶⁷ a quien esté llamado a responder por el daño, sea propio o ajeno, de conformidad con la nueva legislación tal posibilidad es absolutamente inadmisibles.

En este sentido, claramente establece el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 que la posibilidad de adelantar el incidente de reparación está atada a la emisión de un fallo penal condenatorio.

67 TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. *Contrariamente, en auto del 11 de abril de 1983, MP. Juan Fernández Carrasquilla (en Revista Nuevo Foro Penal, n.º 28, Bogotá, Temis, 1985, pp. 251 y 252), decía que no parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente”, refiriéndose a que cuando se está en presencia de una causal de exención de responsabilidad o de culpabilidad, debe ser declarada y reconocida, terminando el proceso por vía extraordinaria por ‘sustracción de materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin)’, decisión que no lesiona (...) los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también que recurrir ante una sentencia condenatoria. Por su parte, AGUDELO BETANCUR, Nódier. El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal. Vol. i. La Fórmula, Bogotá, 1991., pp. 97 y 98. Ha dicho: (...) los artículos 2341 y 2356 del C. C. colombiano, son los artículos básicos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual. Según ellos, la conducta dañosa genera la obligación de reparar; el artículo 33 (refiriéndose al CP de 1980), dice en su última parte que en caso de trastorno mental transitorio del cual quedan perturbaciones mentales no habrá lugar a imposición de medida de seguridad, ‘sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar’. Mi idea es la siguiente: la ley penal no necesitaba hacer el último agregado. Si lo hizo, esto tiene un sentido: el de facultar al juez penal para que haga la declaración de responsabilidad civil y condene, no obstante la absolución en relación con la responsabilidad penal. En resumen, el juez tiene competencia, la que le da el mismo artículo 33, para pronunciarse sobre la responsabilidad civil y más aún cuando hay bienes embargados.*

De esta consideración se desprende, a su vez, otra conclusión: como la sentencia absolutoria tendría efectos patrimoniales, sería por esta razón susceptible del recurso de apelación, según los términos del artículo 20 de la Ley 906 de 2004. La casación podría proceder respecto de lo resuelto en el incidente de reparación, pero esta posibilidad implica de todas maneras que haya habido “fallo penal condenatorio”, lo cual plantea un galimatías, pues si al parecer la víctima en su condición de “interviniente” puede interponer el recurso de casación respecto de la providencia que resolvió el incidente de reparación integral (num. 4, artículo 181), esta posibilidad tiene como lógico antecedente que el fallo penal haya sido condenatorio, pues sólo así pudo darse trámite al incidente de reparación integral.

Pero si lo que acontece es que el fallo penal de primera instancia es absolutorio, al igual que el de segunda, sería admisible pensar que como dichas decisiones producen efectos patrimoniales, ya que inhiben el adelantamiento del incidente de reparación, serían susceptibles del recurso de casación por parte de la víctima, pues ésta sería un interviniente con un claro interés jurídico en el recurso; recurso que en caso de prosperar generaría una situación bastante particular: que luego de resolverse el recurso de casación con decisión que tiene los efectos de un fallo penal condenatorio, sería posible solicitar e iniciar el trámite del incidente de reparación integral, el cual, una vez resuelto con decisión que se incorpora a la sentencia⁶⁸, también sería susceptible del recurso extraordinario de casación (num 4, artículo 181, Ley 906 de 2004).

Ahora bien, no obstante que el artículo 250 Superior se refiere a la obligación que tienen los funcionarios judiciales de velar por el restablecimiento del derecho y que así lo reitera el artículo 22 de la ley últimamente citada, el cual tiene la calidad de norma rectora, y pese a ser la reparación integral de los perjuicios un mecanismo concreto y eficaz para restablecer el derecho perturbado, en la sentencia el juez pierde esta facultad y se le sustrae del cumplimiento de tan importante deber, pues, según se dijo, sólo podrá pronunciarse sobre el tema en un trámite adicional que de manera alguna puede adelantar oficiosamente.

68 LEY 906 DE 2004, artículo 105. “En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal”.

Con todo, no está de más recordar que “las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición” del Código de Procedimiento Penal (artículo 26 Ley 906 de 2004). A pesar de las anteriores observaciones y de lo que se ha expuesto desde el inicio en cuanto a la independencia de la responsabilidad civil respecto de la responsabilidad penal, el artículo 102 del nuevo CPP da la idea de que para que se estructure la responsabilidad civil el único presupuesto es que se decrete la responsabilidad penal⁶⁹, pues, bien miradas las cosas, el incidente de reparación integral a que se refiere el capítulo iv del título ii del CPP de 2004 da más la representación de que es una actuación o trámite donde no se busca analizar ni probar la existencia de una responsabilidad civil extracontractual, sea objetiva o subjetiva, directa o indirecta, sino simple y llanamente cuantificar unos perjuicios, con lo cual es ineludible preguntarse: ¿cuál es entonces el momento para discutir, probar y analizar si se reúnen o no los extremos de la responsabilidad civil?

En principio, y partiendo de la base de que dentro del trámite del proceso y de sus audiencias no se ejercita ya la acción civil y que en consecuencia el juez en el fallo no tendría por qué referirse a unas pretensiones civiles, que entre otras cosas no han sido formuladas porque no hay demanda de parte civil en ese sentido o en cualquier otro, habrá que afirmar, en sana lógica y no obstante lo inconstitucional que puede resultar un tratamiento tal, que en el proceso penal ya no se discute ni hace parte de su objeto definir una responsabilidad civil, ni para el penalmente responsable ni para quien de acuerdo con la ley está llamado a indemnizar.

Siendo así, el juez no tendrá por qué pronunciarse en el fallo sobre la responsabilidad, siendo cuestión por entero diferente que el fallo penal condenatorio, el cual será propiamente de contenidos y efectos penales, se constituye en condición *sine qua non* para poder adelantar el incidente de reparación.

69 Posición similar a la de Agudelo Betancur. Ob. Cit., p. 100. Para quien “existe un principio general que hace depender la condena civil, por el juez penal, de la condena por el hecho punible”. Posición que no compartimos según se ha expuesto, dado que la determinación de la responsabilidad civil en manera alguna puede depender de la declaratoria de la responsabilidad penal, pues en realidad está condicionada a la existencia de una conducta, de un daño y de un nexo de causalidad entre uno y otro.

Sin embargo, este intento de dilucidar el tema del momento en el que se resuelve la responsabilidad civil, tampoco es que aparezca muy claro al interior del incidente de reparación, particularmente porque las normas que lo regulan, como se dijo, no dan la idea de que allí con el rigor que se actuaría ante un juez civil, se discuta, pruebe y concluya si en realidad existía o no responsabilidad civil.

En efecto, las pretensiones, que pueden ser patrimoniales y, al parecer, también de otro tipo, como serían las de verdad y justicia, se presentan oralmente al iniciarse la audiencia. Pero dice el artículo 103 que ello lo hace el “incidentante” y “en contra del declarado penalmente responsable”. El juez analiza la pretensión y puede rechazarla si considera que quien la promueve no es víctima, de manera que una definición que en general sólo puede hacerse en la sentencia luego de surtirse el trámite probatorio pertinente, como lo es la de definir si el demandante es o no perjudicado, en este caso se permite que sea resuelta de plano por el juez y desligada de toda valoración probatoria.

Ahora bien, si se admite la pretensión, “el juez la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable” (inc. 3 artículo 103), ofrece la posibilidad de conciliación y si no se logra, “el declarado penalmente responsable” –lo dice el inciso 3 del artículo 103– “debe ofrecer sus propios medios de prueba”.

Como se advertirá, estas disposiciones aluden concretamente a la posibilidad que tiene la víctima de elevar pretensiones en contra del “declarado penalmente responsable” y de la facultad que tiene éste, a su vez, de ofrecer sus propios medios de prueba; con lo que sugiere la ley que el debate probatorio sobre la responsabilidad civil del penalmente responsable no se adelanta en las audiencias del proceso, ni en el juicio oral previo al fallo, sino en un incidente, donde, en esencia, toda la discusión que de ordinario se adelantaba a lo largo de un proceso declarativo, queda reducida al trámite de una audiencia oral (artículo 104), en la que se practican las pruebas que cada parte ofrece y se oye el fundamento de sus pretensiones.

Y se establece también que si el “declarado penalmente responsable” injustificadamente no comparece, se resuelve con base en la prueba aportada por los presentes, disposición que puede ser violatoria al derecho de defensa, pues si no existe en este trámite incidental una demanda, no habrá tampoco notificación personal de una decisión admisorio de una demanda –evento que tradicionalmente permite que se trabe la relación jurídica procesal–, por lo que no se entiende, ni menos se justifica, cómo puede resultar posible que bajo bases tan precarias se condene civilmente a una persona, imponiéndosele la carga de indemnizar los perjuicios ocasionados con la conducta.

Esta situación debe invitar a reflexionar acerca del tratamiento que el legislador terminó dando al tema de los derechos de las víctimas y al restablecimiento del derecho.

En este sentido, es de notar que la nueva legislación, al igual que el Código de Procedimiento Penal de 2000, habló del tercero civilmente responsable y entendió que es “la persona que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del procesado” (artículo 107).

Sin embargo y aunque en el literal c del artículo 11 se establece que la víctima tiene derecho a obtener “una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto o de los *terceros* llamados a responder en los términos de este código”, el nuevo código por parte alguna determina o sugiere bajo cuáles términos debe responder el civilmente responsable.

Así, es claro, de una parte, que la participación del tercero no está contemplada ni permitida dentro de las audiencias previas al fallo, lo que haría inconcebible que a pesar de ello se le pueda hacer comparecer al trámite del incidente de reparación integral, lo que constituye un *exabrupto* monumental, si es que cabe tal expresión, pues siendo que las pretensiones que se formulan en el incidente se elevan directamente en contra del “declarado penalmente responsable” –como expresamente lo dispone el artículo 103–, al tercero civilmente responsable se le puede hacer comparecer al incidente a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor (artículo 103).

Si en el curso del proceso no se discutió la responsabilidad civil del tercero civilmente responsable, como que ni siquiera se discutió la responsabilidad civil del imputado o acusado, amén de que no está previsto que pueda intervenir en el proceso, constituiría una violación de su derecho de defensa que le pueda “citar” la víctima, sin que a ésta se le exija que formule pretensiones en contra del tercero; o que a manera de un llamamiento en garantía o de una denuncia del pleito, se le haga citar por el condenado, eventos estos en los que, en todo caso, no previó la ley la posibilidad de que el citado solicite o acompañe pruebas y se pronuncie sobre las pretensiones, pues lo que dice el nuevo código es que la posibilidad de ofrecer medios de prueba y de oír el fundamento de sus pretensiones sólo se le otorga al “declarado penalmente responsable” (inc. 3 artículo 103).

Resulta entonces que de conformidad con las particulares disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal en cuanto al trámite del incidente de reparación integral, al tercero civilmente responsable podría deferírsele responsabilidad o ser condenado por el daño que causó la conducta del declarado penalmente responsable, sin haberle dado la posibilidad de defenderse, de haber sido oído y vencido en juicio, con lo cual se entronizaría en el sistema jurídico colombiano una clase de responsabilidad que incluso iría más allá que la responsabilidad objetiva, como lo sería la responsabilidad de los que no tienen derecho a defenderse.

Más lógico resulta el tratamiento que el artículo 108 dispensa al asegurador, así ello constituya un retroceso enorme y un desperdicio del esfuerzo que significó consagrar en su momento en la ley la posibilidad de hacer comparecer al proceso a las compañías de seguros e incluso de condenarlas civilmente, ya que aquí el legislador dispuso que a esta clase de personas jurídicas solamente se les puede hacer concurrir al proceso para efectos de buscar con ellas una conciliación, de manera que la posibilidad de que en el proceso penal se les vincule con el deber de reparar los daños, dependerá exclusivamente de que la aseguradora voluntariamente así lo acepte, lo cual denota entonces que se trata de una disposición legal completamente carente de significado, pues elimina la posibilidad de cualquier medida coercitiva que pudiera obligar a la compañía de seguros a pagar el siniestro asegurado.

Se tiene, en suma, que aunque en el Código de Procedimiento Penal de 2000, la víctima cuenta con múltiples mecanismos reales para hacer valer sus derechos, en todo caso la definición de una responsabilidad civil parte del supuesto de que el condenado tuvo oportunidad de defenderse de la imputación civil.

Pero en el esquema del nuevo sistema procesal penal, la sensación que queda del estudio de su articulado es que, por encima de los derechos constitucionales de las víctimas, prima el interés de rendir culto a las características de un foráneo sistema acusatorio puro que no es el que en definitiva se implementó en Colombia, y que, para disfrazar esta realidad, se recurre a violentar Derechos Fundamentales, por cuya vía se desnaturaliza aún más la responsabilidad civil que puede decretarse en el proceso penal, pues ya no dependerá ésta de que se haya declarado una responsabilidad penal, como ha venido aconteciendo en el modelo del Código de Procedimiento Penal de 2000, equivocado en todo caso, sino, simple y llanamente, de que quien deba responder civilmente haya sido citado a comparecer a un trámite puramente incidental.

2.10.1 Las víctimas en el sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004

a) El sistema penal acusatorio introducido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002

Muchas de las disposiciones de la Ley 906 de 2004 en relación con las víctimas y sus derechos, no pasan de ser formulaciones con las que se pretende dar la apariencia de que el legislador fue respetuoso de los mandatos constitucionales y de la jurisprudencia constitucional que desde hace varios años ha venido haciendo énfasis en la importancia y supremacía de los derechos de las víctimas.

Por eso las disposiciones del nuevo estatuto procedimental penal, deben ser interpretadas desde una óptica constitucional, la cual permite conocer que por encima de las previsiones de ley, están las garantías constitucio-

nales que forzosamente deben respetarse a efectos de no hacer nugatorios en la práctica, los derechos fundamentales de las víctimas.

Bajo el mismo entendimiento, se traen a colación innumerables citas y transcripciones de decisiones de la Corte Constitucional, con las cuales se hace claridad en cuanto a los derechos de las víctimas y al marco constitucional en que se apoya su protección. Sin embargo, obligado es destacarlo, en varias de esas decisiones del Alto Tribunal, desafortunadamente se desconocen lo que han sido sus propias posturas, haciendo que para el intérprete, para el operador judicial y para todo aquél que se relacione con el nuevo sistema procesal, resulte difícil intentar definir al fin en qué quedan los derechos de las víctimas.

La sentencia C- 209 de 2007 corresponde, a uno de esos eventos en los cuales la Corte Constitucional desconoce lo que han sido sus decisiones anteriores y deja por dicha vía múltiples incógnitas y cuestionamientos acerca del alcance real de los derechos de las víctimas.

Por estas y otras razones es oportuno transcribir algunos apartes de la sentencia C-209 de 2007, donde claramente se hacen afirmaciones que comportan el claro reconocimiento de los derechos de las víctimas, al paso que en otras se precisan las características de un sistema importado, lo cual plantea restricciones para el ejercicio real de los derechos de las víctimas. Nada fácil resulta hoy definir el verdadero *status* de las víctimas, pues incluso la Corte Constitucional refiere que no tiene la calidad de *parte* y la califica de *interviniente especial*, concepto que inexiste en la teoría del proceso, que no tiene su génesis en el artículo 250 de la Carta, que tampoco aparece específicamente relacionado como tal en la Ley 906 de 2004 y que de ninguna manera se compadece con el verdadero protagonismo que debería tener la víctima al interior del sistema procedimental penal que hoy rige en Colombia.

Sostiene la Corte Constitucional respecto del sistema procedimental introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y el título de *interviniente especial* para la víctima que allí se definieron los rasgos estructurales y las características esenciales del nuevo sistema de tendencia acusatoria, identificando las funciones que habrá de cumplir el Fiscal, lo mismo que

el lugar que le corresponderá ocupar a la víctima en su nueva calidad de *interviniente especial*, aclarando que el nuevo sistema corresponde a un diseño original de parte del constituyente para la realidad colombiana, por manera que no importó o trasladó de manera automática, sistemas que existieran previamente en otras latitudes, no obstante obedecer a una filosofía acusatoria.

Así lo anterior, la Corte considera importante recordar cuál es el rol que en el nuevo sistema se le asigna a la Fiscalía General de la Nación en relación con las víctimas, lo mismo que precisar qué facultades se le reservaron a éstas.

En este sentido, precisa la Corporación que la forma como dentro del nuevo sistema puede actuar la víctima del delito, depende de varios factores, a saber:

- (i) del papel asignado a otros participantes, en particular al Fiscal;*
- (ii) del rol que le reconoce la propia Constitución a la víctima;*
- (iii) del lugar donde se ha previsto su participación;*
- (iv) de las características de cada una de las etapas del proceso penal; y del impacto que esa participación tenga tanto para los derechos de la víctima como para la estructura y formas propias del sistema penal acusatorio.*

(iii) (iv) (v)

Aunque es indiscutible que la titularidad de la acción penal le corresponde a la Fiscalía, lo cual implica representar los intereses del Estado al igual que los de las víctimas, no por ello puede sostenerse que en el nuevo sistema la víctima carece de posibilidades de participación (artículos 1 y 2 CP), le es posible actuar, sin que ello implique desplazar o sustituir al Fiscal.

Y sostiene la Corte que “Según el propio artículo 250, numeral 7, de la Carta, la víctima actúa como *interviniente especial*”.

Respecto de esta afirmación, vale la pena resaltar que si bien es cierto en el numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política se alude al término interviniente, también lo es que allí en ninguna parte se le asigna a la víctima la calidad de interviniente especial, pues lo que hace la disposición es algo sustancialmente diferente como lo es referir que “la ley definirá los términos en que podrá intervenir la víctima, de una parte, y de otra, destaca que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes”, siendo evidente que interviniente es quien interviene, calidad que la tienen todos y cada uno de los que de una u otra forma participan en el proceso penal. Por lo demás, la propia Ley 906 de 2004 en varias ocasiones utiliza los términos parte e interviniente de forma aleatoria.

En la sentencia C-873 de 2003,⁷⁰ en lo que tiene que ver con las víctimas, la Corte Constitucional resaltó respecto de las funciones del Fiscal, que el Acto Legislativo 03 de 2002 modificó de manera considerable las funciones propias de la Fiscalía. (...) *el Acto Legislativo que se estudia supone una modificación considerable en la enunciación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación (...)*

Así, ya no le compete adoptar medidas cautelares personales para asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, pues ahora debe solicitarle al juez de control de garantías que adopte esas cautelas, no sólo para asegurar la comparecencia, sino para garantizar la conservación de las pruebas, lo mismo que para proteger a la comunidad, particularmente a las víctimas. Es decir el constituyente trasladó una facultad a un funcionario judicial diferente, el cual, además, debe ser diferente al juez de conocimiento.

(...)

Indica también la Corte Constitucional que en el numeral 6º del artículo 250, por virtud de su reforma, aparece otra importante modificación, puesto que *corresponde al juez de conocimiento de cada proceso adoptar las*

70 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-873 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentarías. Salvamento y aclaración de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía, al paso que en el texto original era a la Fiscalía a quien correspondía adoptar, de manera directa, “las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito”.

Aunque el numeral 7 del artículo 250 Superior también fue materia de modificación, en todo caso mantuvo en cabeza de la Fiscalía la función de *velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso penal*, agregando a los jurados como sujetos de protección, aspecto éste sobre el cual dice la Corte que *Debe ser el Congreso quien precise cuál es la diferencia entre esta atribución de la Fiscalía, y la que consagra el numeral 6 del mismo artículo reformado, según se reseñó en el literal precedente.*

Y dijo también la Corte en la decisión que se comenta, que es al legislador a quien corresponde fijar los términos según los cuales las víctimas podrán intervenir en el proceso, lo mismo que diseñar los mecanismos de Justicia Restaurativa. *“De tal manera que, tempranamente la Corte subrayó que el artículo 250 (7) 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 confía al legislador desarrollar dicha posibilidad”.*

En este recuento jurisprudencial que efectuó la propia Corte Constitucional, señala que en la sentencia C-591 de 2005,⁷¹ se analizó la forma como tales cambios constitucionales se proyectaron en la ley procesal penal.

En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpaado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas (...).

71 *Ibíd.* Sentencia C-591 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández. Salvamento parcial del magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

*Además, cabe recordar, que el nuevo diseño **no corresponde a un típico proceso adversarial** ⁷² entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; **y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima**. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, **en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (...)** (negritas fuera de texto).*

Y en tal oportunidad, agregó la Corporación que en lo que dice relación con las *partes e intervinientes en el proceso*, se prohibió el principio “*nemo iudex sine actore*”, según el cual hay una marcada separación en las funciones del órgano que acusa y de aquél al que le corresponde el juzgamiento.

(...)

En tal sistema –dice la Corte- la víctima tiene derecho a conocer la verdad, a que se haga justicia, a obtener una reparación de los perjuicios que se le infirieron, a que se emitan decisiones judiciales para su protección, todo lo cual no enerva la posibilidad de que acuda, si lo desea, ante la jurisdicción civil ordinaria para perseguir allí una decisión que comporte la reparación de los perjuicios, por manera que, entonces, el hecho de que la

⁷² *Ibíd.* De particular importancia resulta esta afirmación, pues mientras en esta decisión, la Corte afirma que el nuevo modelo procedimental penal no corresponde a un típico sistema adversarial, en su sentencia C-209 de 2004 afirma lo contrario, y gracias a tal conclusión, le resulta posible sostener que en la etapa del juicio, la víctima, en respeto al principio de igualdad de armas, no puede participar directamente en los interrogatorios ni presentar objeciones, pues tales facultades están reservadas como sería propio de un sistema adversarial-, para el acusador y para el acusado.

víctima tenga la posibilidad de intervenir en el proceso penal, se constituye en otra de las características de este sistema de tendencia acusatoria.

Así mismo, en cuanto al ejercicio de la *acción penal*, se consagra como regla general el *principio de legalidad*, imponiéndose a la Fiscalía la obligación de ejercitar la acción penal, investigando los hechos que lleguen a su conocimiento cuando éstos puedan constituir un delito, por manera que el Estado realiza su pretensión penal sin que entre en juego la voluntad del ofendido, excepto los casos de delitos que exijan querrela, interviniendo en la investigación de todos los hechos presuntamente punibles de que tenga conocimiento.

5.2. En relación con el papel que cumple el Fiscal frente a las víctimas dentro de este proceso penal, el artículo 250 de la Carta, tal como fue reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, consagra lo siguiente:

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

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:
(...)

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de Justicia Restaurativa.

Según la Corte, partiendo de este texto constitucional es posible afirmar que dentro de las funciones asignadas al Fiscal, algunas tienen que ver con la asistencia y protección de las víctimas, pudiéndolas ejercer al *“solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas”*, lo mismo que velar por su protección, correspondiéndole también asegurarle a la víctima el goce de sus derechos al disponer *“el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”*.

Merece especial mención la referencia que hace la Corte al numeral 7º del artículo 250 Superior, donde se esbozan los rasgos básicos del papel que cumplen las víctimas dentro del nuevo sistema.

En este sentido, se destaca, en primer lugar, la consideración según la cual las víctimas tienen el carácter de *interviniente*, apreciación que se desprendería del texto constitucional al decir que *“la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal.”* Y se agrega:

En segundo lugar, la facultad de intervención que tienen las víctimas se ejerce de manera autónoma de las funciones del Fiscal. Si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza del Fiscal la función de acusar, no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal. En tercer lugar, el legislador en ejercicio del margen de configuración que le reconoce la Carta, deberá determinar la forma como las víctimas harán ejercicio de ese derecho a *“intervenir”* en el proceso penal. En cuarto lugar, la intervención de las víctimas 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”*.

Pone de presente la Corporación que la reforma constitucional al artículo 250 no reguló un límite en la participación de las víctimas dentro alguna de las etapas del proceso, pudiendo hacerlo dentro de todo él, pero a condición de que su intervención no sea contraria a la estructura del nuevo sistema acusatorio y a la lógica que lo gobierna, siendo indiscutible, en todo caso, que la condición de las víctimas no es la de un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino la de un interviniente activo, quien tiene legitimación y amparo constitucional para hacer valer

sus derechos dentro del proceso penal instaurado por medio del Acto Legislativo 03 de 2002.

De esta suerte, se sigue que la víctima es una figura especial cuya intervención se encuentra garantizada en todas las etapas del proceso, sin que su participación para hacer valer sus derechos a reparación, verdad y justicia esté circunscrita al incidente de reparación integral, pues de ser así, ello implicaría un desconocimiento del artículo 250-7 y comportaría una significativa restricción de sus derechos, como que se le estaría limitando únicamente a propender por una indemnización.

Ahora bien. Partiendo de la definición y caracterización de las distintas etapas del proceso, esto es, investigación, imputación, acusación y juzgamiento, estima la Corte que ello tiene incidencia en la forma en que puede participar la víctima para asegurar el goce de sus derechos a reparación, verdad y justicia. Así, pues, como el constituyente sólo caracterizó la etapa del juicio, enfatizando en su *carácter adversarial*⁷³, no obstante que no se haya seguido un modelo puro en este sentido, se sigue de tal consideración que ello necesariamente ha de tener incidencia en la forma en que puede actuar la víctima en dicha etapa, a efectos de no desquiciar el sistema.

La definición y caracterización de las distintas etapas del proceso penal (investigación, imputación, acusación y juzgamiento) también tiene 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 sólo 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

73 CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 250. De su lectura y de su atento estudio, no es posible afirmar que el constituyente enfatizó o previó como característica del nuevo sistema procedimental penal, que éste sería de *carácter adversarial*. Incluso, revisados los antecedentes que llevaron a la construcción del Acto Legislativo 03 de 2002, no se encuentra que el constituyente derivado haya empleado el término adversarial, adversativo o cualquier otro similar para caracterizar o describir el nuevo sistema procedimental penal. *Gacetas del Congreso*: 148/2002, 157/2002, 174/2002, 210/2002, 210/2002, 232/2002, 244/2002, 258/2002, 401/2002, 432/2002, 467/2002, 531/2002, 553/2002, 590/2002 y 31/2003.

las víctimas, al margen del fiscal, se encuentra restringida por el propio texto constitucional que definió los rasgos del juicio.

Partiendo del presupuesto según el cual, un sistema adversarial supone la confrontación entre el acusador y el acusado, sería el propio texto constitucional el que definió la imposibilidad de que en el juicio la víctima actúe con independencia del Fiscal. No obstante, su intervención está garantizada y es más amplia que la existente en sistemas acusatorios tradicionales, donde incluso se le llega a asignar a la víctima únicamente un papel testimonial, correspondiéndole perseguir *por fuera del proceso penal*⁷⁴, la satisfacción de su derecho a una reparación.

No obstante, esta posición tradicional ha ido variando, hasta otorgarle incluso el derecho a impulsar sin excluir ni sustituir al Fiscal⁷⁵, la investigación criminal y el proceso penal, y permitiendo su intervención en algunas etapas previas y posteriores al juicio⁷⁶. En estos sistemas se le reconoce a las

74 PRADEL, Jean. *Droit Pénal Comparé*. Dalloz, Paris, 1995., pp. 490 y 534. En Inglaterra, aun cuando en un principio la víctima era considerada tan sólo como un testigo entre otros, sin derechos dentro del proceso penal y sin la posibilidad de solicitar una reparación económica ante el juez penal competente, esta regla ha ido cambiando con el tiempo, a fin de darle a la víctima no sólo el derecho a obtener una reparación material, sino también a impedir que haya impunidad, admitiendo, en ciertos casos definidos por la ley, que ella impulse la investigación o apele la decisión del Crown Prosecution Service de no acusar al sindicado. También DELMAS-MARTY, Mireille. *Procédures pénales d'Europe*. Presses Universitaires de France, 1995., p. 133). En los Estados Unidos, la víctima había sido excluida tradicionalmente del proceso penal. En 1996 se presentó una enmienda a la Constitución dirigida a proteger los derechos de la víctima, que reconocía, entre otros, los derechos de las víctimas de delitos a ser tratada con justicia, respeto y dignidad; a ser informadas oportunamente y a estar en las diligencias donde el acusado tenga el derecho a estar presente; a ser escuchadas en toda diligencia relativa a la detención y liberación del acusado, a la negociación de la condena, a la sentencia y libertad condicional; a que se adopten medidas razonables de protección a su favor durante el juicio y posteriormente, cuando la liberación o fuga del condenado pueda poner en peligro su seguridad; a un juicio rápido y una resolución definitiva del caso sin dilaciones indebidas; a recibir una pronta e integral reparación del condenado; a que no se difunda información confidencial. Si bien esta enmienda no fue adoptada, en el año 2004, el Congreso de los Estados Unidos adoptó el *Crime Victims' Rights Act*, que recogió tales derechos (Ver Butler, Russell P. *What Practitioners and Judges Need to Know Regarding Crime Victims' Participatory Rights in Federal Sentencing Proceedings*. In: 19 *Federal Sentencing Reporter* 21, octubre de 2006. Jon Kyl, Steven J. Twist y Stephen Higgins. *Crime Victim Law: Theory And Practice: Symposium Article: On The Wings Of Their Angels: The Scott Campbell, Stephanie Roper, Wendy Preston, Louarna Gillis, And Nila Lynn Crime Victims' Rights. Act*, 9. *Lewis & Clark, Law Review*, 581.

75 En algunos sistemas, cabe la acción penal privada cuando el Fiscal no ejerce la acción penal pública.

76 Por ejemplo: CASSELL, Paul G. *Recognizing Victims in the Federal Rules of Criminal Procedure: Proposed Amendments in Light of the Crime Victims' Rights Act*. 2005 *Brigham Young University Law Review* Brigham Young University Law Review, p. 835; STAHN, Carsten. *Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC*. In: *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University

víctimas, por ejemplo, el derecho a aportar pruebas dentro del proceso, el derecho a ser oídas dentro del juicio y a ser notificadas de actuaciones que puedan afectarlas, el derecho a que se adopte una resolución final dentro de un término prudencial, el derecho a que se proteja su seguridad, el derecho a una indemnización y a conocer la verdad de lo sucedido⁷⁷.

Partiendo de esta realidad, la Corte Constitucional se cuestiona si siendo que el sistema acusatorio adoptado en Colombia tiene sus propias especificidades, puede la víctima ostentar la calidad de parte o si su condición únicamente puede ser la de un interviniente especial, pues, entre otras consideraciones, de reconocérsele a la víctima la calidad de parte o de sujeto procesal, de permitírsele que presentara una acusación independiente o adicional a la del Fiscal, se resentiría el carácter adversarial del sistema, el cual se caracteriza por la igualdad de armas.

No ocurre igual en otras etapas del proceso, pues respecto de ellas el constituyente no definió sus características, delegando en el legislador la facultad de configurar esas etapas, de donde se sigue 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 trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor 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.

Press, abril 2006; BOYLE, David. *The Rights of Victim: Participation, Representation, Protection, Reparation*. In: *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, abril 2006; SIMON N. Verdun, JONES, J.S.D., and ADAMIRA A., y TIJERINO, M.A. *Victim Participation In The Plea Negotiation Process in Canadá, que describen cómo se han introducido modificaciones al sistema acusatorio tradicional para permitir que las víctimas sean escuchadas en la etapa prejudicial al adoptar una decisión sobre la liberación del procesado, en la negociación de penas, y también una vez declarada la culpabilidad, en la etapa post judicial al momento de definir la condena*.

77 DELMAS-MARTY. *Ob. Cit.*, pp. 77-78, 86-87, 97, 133, 144, 149, 161, 181, 231, 235, 237, 243, 246, 251, 294.

2.11 LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Según se ha dicho, la reconceptualización de la víctima ha sido posible no sólo por el hecho de haber sido constitucionalizada a partir de la Carta de 1991, sino porque la Corte Constitucional se ha encargado, por medio de varias de sus decisiones, de poner de presente su protagonismo y de destacar que cuenta con derechos constitucionales, tales como los de reparación, verdad y justicia, los que se protegen y ejercitan por medio de múltiples disposiciones legales.

De ahí por qué y no obstante las contradicciones que como se ha dicho se ponen de presente en varias decisiones de la Corporación, resulte conveniente traer a colación otros apartes de sus decisiones sobre lo que ha sido la evolución de la jurisprudencia en derredor de los derechos de las víctimas de los delitos, resultando en este sentido interesante el recuento que se efectúa en el cuerpo de la sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, de la cual fue ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Refiere en esta oportunidad la Corte, que partiendo de la interpretación que la Corporación le ha dado a los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229, y 250 de la Carta, y teniendo de presente los importantes avances del derecho internacional de los derechos humanos, se ha perfilado una doctrina acerca de la amplia protección que la normatividad colombiana dispensa a las víctimas de los delitos, precisando, a su vez, cuál es el verdadero alcance de los derechos a verdad, justicia y reparación integral, posición jurisprudencial que de manera particular se consolida con la Sentencia C-228 de 2002⁷⁸.

78 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería. Preciso el alcance constitucional de los derechos de las víctimas en el proceso penal y resolvió lo siguiente: Primero.- Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia en los términos de la presente sentencia. Así mismo, declarar EXEQUIBLES, en relación con los cargos estudiados, los incisos segundo y tercero del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, salvo la expresión “en forma prevalente y desplazar la constituida por las entidades mencionadas”, contenida en el inciso segundo, que se declara inexequible. Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 30 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos estudiados, en el entendido de que las víctimas o los perjudicados, una vez se hayan constituido en parte civil, pueden acceder directamente

Esta decisión, la cual bien puede considerarse como un hito en el procedimiento penal colombiano, planteó, entre otros temas, la consideración de que, distinto a lo que hasta el momento se sostenía al interior del proceso penal ordinario, la víctima no sólo podía concurrir a éste en procura de una reparación integral, sino que también le asistían derechos en conocer la verdad y a propender porque se realizara justicia en su caso concreto.

El derecho a la verdad implica *la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos*⁷⁹.

El derecho a que se haga justicia consiste en *el derecho a que no haya impunidad*.

Y el derecho a la reparación de los perjuicios se alcanza *por medio de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito*⁸⁰.

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

al expediente. Tercero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos estudiados, salvo la expresión “a partir de la resolución de apertura de instrucción” que se declara INEXEQUIBLE.

79 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Casos: Velásquez Rodríguez (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988; y Barrios Altos (fundamento 43), sentencia del 14 de marzo de 2001. En ellos, la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana, aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados parte que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia.

80 Casi todos los sistemas jurídicos reconocen el derecho de las víctimas de un delito, a algún tipo de reparación económica, en particular cuando se trata de delitos violentos. Esa reparación puede ser solicitada bien dentro del mismo proceso penal (principalmente en los sistemas romano germánicos), o bien por medio de la jurisdicción civil (generalmente en los sistemas del common law). PRADEL. Ob. Cit., pp. 532 y ss.

real, concreto y directo en que se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia por medio del proceso penal.

No obstante, aclara la Corte, lo anterior no significa que cualquier persona alegando interés en la verdad o en la justicia, se pueda constituir en parte civil, pues siempre será necesario, así no se reclame reparación, que haya existido un daño real y concreto así no tenga contenido patrimonial, pues termina siendo éste el que legitima la intervención de las víctimas al interior del proceso penal.

Aun cuando esté indemnizado el daño patrimonial, cuando éste existe, si tiene interés en la verdad y la justicia, puede continuar dentro de la actuación en calidad de parte. Lo anterior significa que el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.

Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimada para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial. Es más:

Posteriores decisiones de la Corte Constitucional fueron precisando la proyección de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, como aconteció con la Sentencia C-580 de 2002⁸¹, en la cual indicó que en tratándose de delitos de desaparición forzada, la acción penal resultaba imprescriptible a efectos de garantizar los derechos a la verdad y a la justicia, siempre que no se hubieras identificado e individualizado a los presuntos responsables.

Dijo entonces la Corte:

Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción.

81 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-580 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil, con Salvoamiento Parcial de Voto de los Magistrados Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

En primer lugar, por el interés en erradicar la impunidad, para lo cual es necesario que la sociedad y los afectados conozcan la verdad, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurrir en tales conductas.

(...)

El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1º de la Carta Política.

En efecto, el conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causados por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas. En general, la acción penal en los casos de desaparición forzada de personas es un mecanismo por medio del cual se establecen responsabilidades institucionales que llevan a que el Estado se sujete al derecho en el ejercicio de la fuerza, y a hacer efectivo el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos fundamentales (...).

En la sentencia C-875 de 2002⁸², la Corte estimó que no resultaba conforme con la Carta, que el beneficio de amparo de pobreza sólo se reconociera al Actor Popular, mas no así a la víctima, pese a que de sus condiciones económicas y sociales se desprendiera su incapacidad para contratar un abogado, razón por la cual se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión **“El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil”**, contenida en el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que la parte civil que no pretenda intervenir como Actor Popular, también puede obtener el amparo de pobreza dentro de los términos del Código de Procedimiento Civil.

Dijo entonces la Corte:

Otra importante decisión fue contenida en Sentencia C-228 de 2003,⁸³, pues allí se declaró inexecutable una norma (artículo 220 de la Ley 522 de 1999), del Código Penal Militar donde se restringía o impedía la posibilidad de que las víctimas pudieran constituirse en parte civil, pues la posibilidad de pretender una indemnización debía intentarse al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

82 *Ibid.* Sentencia C-875 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil, con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería. La Corte resolvió: PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil”, contenida en el artículo 45 de la Ley 600 de 2000, condicionada a que se entienda que la parte civil que no pretende intervenir como actor popular, no está excluida del amparo de pobreza. SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE la expresión “Quien pretenda constituirse en parte civil dentro del proceso penal, si no fuere abogado titulado otorgará poder para el efecto”, contenida en el artículo 48 de la Ley 600 de 2000. TERCERO.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-069 de 1996, en relación con el artículo 149 del Decreto 2700 de 1991, que declaró executable la expresión, “el perjudicado o sus sucesores, por medio de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”, y en consecuencia declarar EXEQUIBLE la expresión, “el perjudicado o sus sucesores, por medio de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”, contenida en el artículo 137 de la Ley 600 de 2000.

83 *Ibid.* Sentencia C-228 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra, con salvamento parcial de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra; con salvamento de voto del magistrado Rodrigo Escobar Gil, en donde la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de varias disposiciones del Código Penal Militar, y en lo que tiene que ver con los derechos de las víctimas, sobre la constitucionalidad del artículo 220 de la Ley 522 de 1999, la Corte resolvió: Décimo.- Declarar inexecutable la expresión “el resarcimiento de los perjuicios a que hubiere lugar se obtendrá por medio de la acción indemnizatoria que se ejercerá ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo contenida en el artículo 220 de la Ley 522 de 1999”.

En esta ocasión, dijo la Corte:

Dispone el último aparte del artículo 220, que el resarcimiento de los perjuicios debe intentarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Esta disposición va en contra del derecho a la administración de justicia, siguiendo los parámetros señalados por esta Corporación en sentencia C-1149 de 2001, en donde al estudiar el artículo 177 del Código Penal Militar que hacía referencia a la acción civil derivada de la comisión de un hecho punible de competencia de la justicia penal militar, expresó:

*Se vulnera el **derecho a acceder a la administración de justicia** de las víctimas y perjudicados con el delito cuya competencia está asignada a la justicia penal militar, por cuanto de una parte, no pueden acceder a dicha jurisdicción con la finalidad de obtener la reparación directa de los daños causados y de otra, el derecho a obtener una decisión judicial que solucione su conflicto en forma integral, al no tener el derecho a obtener una declaración judicial sobre los perjuicios ocasionados.*

El acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.P.) no es sólo para hacerse parte dentro del proceso, sino también para que se le reconozcan sus derechos y dentro de estos, el derecho a ser indemnizado por los daños que se le han causado, a más del derecho a que se haga justicia y a conocer la verdad de lo sucedido.

*En la forma como se ha previsto la institución de la parte civil en el Código Penal Militar, se desvirtúa su naturaleza misma que es esencialmente indemnizatoria y se le asigna una finalidad que no le es propia restándole toda efectividad y eficacia; además, se les limita o restringe **el derecho a elegir** entre el ejercer la acción civil dentro del proceso penal o fuera de éste ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, debiendo acudir única y necesariamente a ésta.*

En la Sentencia C-004 de 2003⁸⁴, se reconoció la facultad que poseen las víctimas para controvertir aquellas decisiones que resulten adversar a sus intereses, permitiéndoles impugnar la preclusión de investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria.

La Corte reconoció su derecho a impugnar decisiones tales como las de preclusión de la investigación, de cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria. Por su pertinencia para el asunto bajo estudio, se cita lo expresado por la Corte en la sentencia C-004 de 2003:

31- La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

32- Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más

84 *Ibíd.* Sentencia C-004 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynett, en la cual la Corte resolvió lo siguiente: Declarar EXEQUIBLE el numeral 3° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 ó Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que, de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

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

Otra interesante referencia a lo que ha sido la evolución de los derechos de las víctimas en la jurisprudencia constitucional, lo constituye en fallo contenido en la sentencia C-014 de 2004⁸⁵, en el cual se admitió la posibilidad de que las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, pudieran intervenir en los procesos disciplinarios.

Al efecto se expuso:

Se ha indicado ya que en esos supuestos excepcionales (faltas disciplinarias constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario) existen víctimas o perjudicados con faltas disciplinarias y que éstos están legitimados para concurrir al proceso disciplinario no como terceros sino como sujetos procesales y, desde luego, con todas las facultades que se reconocen a éstos. En ese marco, cabe interrogarse, ¿Cuál es el sentido de su intervención en ese proceso? La respuesta

85 *Ibid.* Sentencia C-014 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, con aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería. En ella, la Corte examinó la constitucionalidad de varias expresiones contenidas en los artículos 123 y 125 de la Ley 734 de 2002, cuestionados por restringir los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los procesos disciplinarios. La Corte resolvió lo siguiente: QUINTO. Declarar EXEQUIBLE el artículo 89 de la Ley 734 de 2002 en el entendido que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley.

es clara: Las víctimas o perjudicados con una falta disciplinaria constitutiva de una violación del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario están legitimadas para intervenir en el proceso disciplinario para que en éste se esclarezca la verdad de lo ocurrido, es decir, para que se reconstruya con fidelidad la secuencia fáctica acaecida, y para que en ese específico ámbito de control esas faltas no queden en la impunidad. Es decir, tales víctimas o perjudicados tienen derecho a exigir del Estado una intensa actividad investigativa para determinar las circunstancias en que se cometió la infracción al deber funcional que, de manera inescindible, condujo al menoscabo de sus derechos y a que, una vez esclarecidas esas circunstancias, se haga justicia disciplinaria (...)

18. Entonces, así como es legítimo que el Estado, a partir de un mismo hecho, promueva distintos juicios de responsabilidad y que el procesado despliegue sus derechos en cada uno de ellos; así también es legítimo que las víctimas o perjudicados ejerzan los derechos de que son titulares en cada uno de esos ámbitos de responsabilidad pues su derecho a la verdad y a la justicia se predica en cada uno de esos ámbitos y no sólo en uno de ellos.

En la sentencia C-370 de 2006⁸⁶, la Corte se refirió a los derechos de las víctimas que participan en los procesos relacionados con modalidades de justicia transicional de reconciliación:

4.5. Como conclusiones relevantes para el estudio de constitucionalidad que adelanta ahora la Corporación, extraídas de las Sentencias que se acaban de citar, la Corte señala las siguientes:

(...), la Corte aprecia que, dentro de las principales conclusiones que se extraen del Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad” en su última actualización, cabe mencionar las siguientes, de especial

86 *Ibid.* Sentencia C-370 de 2006, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto, cuando la Corte se pronunció sobre la exequibilidad de varias disposiciones de la ley de justicia y paz que restringían sus derechos.

relevancia para el estudio de constitucionalidad que adelanta: (i) durante los procesos de transición hacia la paz, como el que adelanta Colombia, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación; (ii) el derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima; (iii) el derecho a saber también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, derecho que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de 'memoria' pública sobre los resultados de las investigaciones; (iv) el derecho a la justicia implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación; (v) al derecho a la justicia corresponde el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción; (vi) dentro del proceso penal las víctimas tiene el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. (vii) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso; (viii) la prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los crímenes graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz; (ix) En cuanto a la disminución de las penas, las 'leyes de arrepentidos' son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se 'pero no deben exonerar totalmente a los autores'; (x) la reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación; (xi) en el plano colectivo, la reparación se logra por medio de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad; (xii) dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

Bajo la vigencia de la Ley 906 de 2006, en la sentencia C-046 de 2004⁸⁷, se recogió la garantía reconocida en la citada Sentencia C-004 de 2003, con la cual, según se dijo, la Corte protegió el derecho de las víctimas a impugnar decisiones que les resultan desfavorables como la sentencia absolutoria.

3.3. A lo anterior se suma la consideración de que, como ha sido reiterado por la Corte, el debido proceso se predica no solo respecto de los derechos del acusado sino de los de todos los intervinientes en el proceso penal, a quienes, junto al derecho al debido proceso, debe garantizárseles el derecho también superior de la eficacia del acceso a la justicia (artículo 229 CP)⁸⁸.

En particular la Corte Constitucional ha concluido que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas y perjudicados por un hecho punible unos derechos que desbordan el campo de la reparación económica, pues incluyen también el derecho a la verdad y a que se haga justicia⁸⁹. En ese contexto, si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del sindicado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo. Al pronunciarse en sede de constitucionalidad con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la posibilidad de interponer el recurso de casación frente a las sentencias absolutorias en materia penal, esta Corte señaló que ‘... si, se accediera a la petición hecha por el actor en el sentido de descartar la procedencia de la casación en las circunstancias que él invoca y por tanto no se permitiera al Ministerio Público, a la

87 *Ibid.* Sentencia C-046 de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil. En ella, la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de la expresión “absolutoria”, contenida en el inciso 3 del artículo 176 y en el numeral 1º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004, cuestionada porque supuestamente violaba la garantía del non bis ibidem a favor del procesado. La Corte declara la exequibilidad de los apartes demandados y señala que la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria en el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004, no sólo no viola el principio del non bis ibidem sino que es además una de las garantías a los derechos de las víctimas. La Corte resolvió: Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos estudiados, de la expresión “absolutoria”, contenida en el inciso 3º del artículo 176 y en el numeral 1º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

88 *Ibid.* Sentencias C-648 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-154 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis.

89 *Ibid.* Sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-282 de 2002.

Fiscalía, a la víctima, o a los perjudicados con el hecho punible solicitar la casación de la sentencia absolutoria con el fin de que se corrija un eventual desconocimiento de la Constitución y la Ley, se estaría no solo desconociendo el derecho a la igualdad de dichos intervinientes en el proceso penal sino su derecho al acceso a la administración de justicia en perjuicio de los derechos del estado, de la sociedad, de la víctima o de los eventuales perjudicados con el hecho punible y con grave detrimento de los derechos a la verdad a la justicia y a la reparación^{90_91}. Mutatis Mutandis, tales consideraciones resultan aplicables a la posibilidad de apelar la sentencia penal absolutoria.

En tales condiciones, la Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del non bis in ídem, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP artículo 2°).

De este modo, así como, por expreso mandato constitucional, que está previsto también en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, nuestro ordenamiento garantiza

90 *Ibíd. Sentencia C-228 de 2002, MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. En dicha sentencia se hicieron las siguientes consideraciones que resulta pertinente recordar “(t)anto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica – fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado por medio de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.*

91 *Ibíd. Sentencia C-998 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis.*

la posibilidad del sindicado de impugnar la sentencia condenatoria, también se ha previsto, en desarrollo de la garantía de la doble instancia, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, lo cual constituye una garantía para las víctimas y protege el interés de la sociedad en una sentencia que, con pleno respeto de los derechos del sindicado, conduzca a la verdad, la reparación y la justicia.

A su vez, en la sentencia C-979 de 2005⁹², la Corte protegió el derecho de las víctimas a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, a condición de que *una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria.*

Dijo entonces la Corte:

De la expresión acusada, efectivamente se deriva la imposibilidad para la justicia colombiana de reabrir, por la vía de la revisión extraordinaria, un proceso por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando después de un fallo condenatorio, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.

Este sentido de la norma resulta en efecto contrario no solamente a los deberes de investigación que en materia de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario le impone al Estado colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, sino que restringe, de manera injustificada, el ámbito de protección de los derechos de las víctimas y perjudicados de estas conductas, con el alcance que la jurisprudencia de esta Corte les ha dado, en particular su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia. Derechos que como se indicó se encuentran

92 *Ibíd.* Sentencia C-979 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería.

asociados de manera estrecha al deber de las autoridades de investigar y sancionar de manera seria e independiente estos crímenes.

El sentido de la norma que la expresión demandada permite, tolera que en el orden interno pervivan fenómenos de impunidad en materia de violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario, que ya han sido constatadas por instancias internacionales como producto de un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.

Esos espacios de impunidad desconocen el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (Preámbulo y artículo 2 de la CP).

En el marco de la potestad de configuración del legislador en este ámbito, y en desarrollo del deber estatal de protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, estableció la reapertura, por vía de revisión, de procesos referidos a estos delitos que hubieren culminado con fallos absolutorios. Sin embargo para hacerlos compatibles con los principios de cosa juzgada y non bis in idem que por regla general amparan a la persona absuelta, rodeó tal decisión de política criminal de especiales cautelas, como el condicionamiento de la procedencia de la causal de revisión al pronunciamiento de una instancia internacional.

Nada se opone entonces a que, por virtud de la exclusión de la expresión acusada, se extienda la posibilidad de reapertura de estos procesos, por la vía de la revisión, a aquellos que han culminado con fallos condenatorios y una instancia internacional haya establecido que son el producto del incumplimiento protuberante de los deberes de investigación seria e imparcial por parte del Estado, lo que ubica tales decisiones en el terreno de las condenas aparentes, que toleran o propician espacios de impunidad en un ámbito en que tanto el orden constitucional como el internacional, repudian tal posibilidad.

Las mismas cautelas que en su momento tuvo la Corte para autorizar la posibilidad de que por la vía de la revisión penal extraordinaria, se reabrieran procesos por violaciones de derechos humanos, que había culminado con una decisión favorable al sentenciado, con ruptura del principio del non bis in ídem operan en el caso de la reapertura de procesos culminados con sentencia condenatoria. Esas cautelas, orientadas a la preservación del non bis in ídem, para los delitos en general, se encuentran explícitas en la regla que contiene la expresión demandada, en cuanto que la reapertura se produce por medio de un mecanismo procesal extraordinario, opera para la criminalidad con mayor potencialidad ofensiva y desestabilizadora como son los crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y está condicionada al pronunciamiento de una instancia internacional acerca del incumplimiento del Estado de sus obligaciones de investigación y sanción de estos crímenes. El sentido de la causal, una vez excluida la expresión demandada, deja así a salvo el principio del non bis in ídem para los delitos en general, tal como lo ha establecido la Corte en el pronunciamiento referido.

223. De otra parte, tampoco puede perderse de vista en este análisis, que la extensión de la procedencia de la revisión a los fallos condenatorios en las hipótesis que contempla la causal, atiende también el derecho del sentenciado a un debido proceso y propugna por el establecimiento de un orden justo, por cuanto no resulta legítimo mantener la cosa juzgada en eventos en que una instancia internacional, en desarrollo de competencias reconocidas por el Estado colombiano, declaró que la investigación que dio lugar a la condena no fue seria ni imparcial.

24. Encuentra así la Corte que el alcance que la expresión demandada le imprime a la causal de revisión de la cual forma parte, entraña en primer término, una violación de la Constitución en virtud del desconocimiento de claros referentes internacionales aplicables a la materia por concurrir a integrar el bloque de constitucionalidad (artículo 93 CP); en segundo término, una actuación contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y

afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (artículo 2 CP); en tercer lugar, un desconocimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (artículo 9 CP); y en cuarto lugar una violación al debido proceso de la persona condenada en una actuación que desatiende los deberes constitucionales e internacionales de investigar seria e imparcialmente estos crímenes, aspecto que ha sido constado por una instancia internacional. Por ello, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión acusada que hace parte del artículo 1924 de la Ley 906 de 2004.

Con la sentencia C-1154 de 2005⁹³, se protegió el derecho de las víctimas para que se les comuniquen las decisiones de archivo de la investigación, pues éstas pueden tener incidencia sobre sus derechos, en la medida en que pueden tener interés en que se adelante una investigación previa para establecer la verdad y evitar la impunidad.

Así lo anterior, frente a una decisión de archivo, la víctima puede solicitar que la investigación se reanude:

*Como lo ha establecido esta Corporación en varias oportunidades las víctimas en el proceso penal tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación*⁹⁴.

93 *Ibíd.* Sentencia C-1154 de 2005, MP. Manuel José Cepeda Espinosa, con aclaración de voto del Magistrado Jaime Araújo Rentería. En ella, la Corte decidió lo siguiente: “Décimo octavo.- Declarar por el cargo analizado la exequibilidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 de 2004 en el entendido de que la expresión ‘motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito’ corresponde a la tipicidad objetiva y que la decisión será motivada y comunicada al denunciante y al Ministerio Público para el ejercicio de sus derechos y funciones”. En sentido similar, en la sentencia C-1177 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, la Corte dispuso la comunicación a las víctimas o denunciantes en el evento de inadmisión de denuncias o demandas cuando éstas carecen de fundamento. Allí, la Corte resolvió lo siguiente: “PRIMERO: Declarar EXEQUIBLE la expresión ‘En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento’, del inciso 2° del artículo 69 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la inadmisión de la denuncia únicamente procede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de delito. Esta decisión, debidamente motivada, debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al denunciante y al Ministerio Público”.

94 *Ibíd.*

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos se han pronunciado en varias ocasiones sobre los derechos de las víctimas⁹⁵. En sus pronunciamientos se han consolidado las formas de reparación de las víctimas que constituyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición que incluyen entre otras la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad⁹⁶.

(...) se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

En la Sentencia C-454 de 2006⁹⁷, la Corte Constitucional, además de precisar la posición de las víctimas en el sistema procesal penal de tendencia acusatoria resumió el alcance de los derechos de éstas de la siguiente manera:

a. El derecho a la verdad.

95 *Ibíd.*

96 *Ibíd.*

97 *Ibíd.* Sentencia C-454 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136, 137 y 357 de la Ley 906 de 2004. La Corte resolvió: Primero: Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre los artículos 11, 132, 133, 134, 136 y 137 de la Ley 906 de 2004, por ineptitud sustantiva de la demanda. Segundo: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Tercero: Declarar EXEQUIBLE, en relación con los cargos estudiados, el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido 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.

31. *El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*⁹⁸ (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es ‘preservar del olvido a la memoria colectiva’⁹⁹, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, por medio del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte¹⁰⁰.

32. *Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso*

98 ONU. Esta sistematización se apoya en el *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN. 4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

99 *Ibíd.* *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Principio 2.

100 CORTE CONSTITUCIONAL. *Entre otras, las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 2002.*

a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima¹⁰¹.

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

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal¹⁰², y el derecho a participar en el proceso penal¹⁰³, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “ que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas¹⁰⁴.

c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños

101 *Ibíd.* Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 293 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz.

102 *Ibíd.* Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

103 *Ibíd.* Sentencia C-275 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

104 *Ibíd.* Sentencia C-293 de 1995. ONU. Consejo Económico y Social. *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias.* Aprobados mediante Resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General, con la Resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989.

y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas¹⁰⁵.

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

En esa misma sentencia C-454 de 2006, la Corte precisó la posición de la víctima en el sistema procesal penal instaurado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

b. También ha señalado que si bien el nuevo sistema introduce rasgos del modelo acusatorio, mantiene su propia especificidad, sin que se le pueda adscribir o asimilar un sistema acusatorio de tradición anglosajona o continental europea:

(...)

c. También ha indicado la jurisprudencia de esta Corte que el nuevo sistema no se puede catalogar como un modelo típicamente adversarial, en donde el juez funge como árbitro entre dos partes que se enfrentan en igualdad de condiciones (...)

d. El sistema procesal penal configurado por la Ley 906 de 2004 pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso (inculcado o víctima), con prescindencia de su designación de parte o sujeto procesal:

105 *Ibíd.*, Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, artículo 33.

(...)

e. Finalmente, la Corte introdujo una regla de interpretación de particular relevancia para el estudio de la materia bajo examen, consistente en que el AL 03 de 2002, que sentó las bases constitucionales para la instauración del sistema de tendencia acusatoria, se limitó a modificar algunos artículos de la parte orgánica de la Constitución (116, 250 y 251), dejando intacta su parte dogmática, conforme a la cual se debe analizar las nuevas instituciones procesales:

(...)

46. Así las cosas, 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.

Tal como lo resaltó la Corte en la sentencia C-454 de 2006,

esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (artículo 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (artículo 2° CP); (iv) en el principio

de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (artículo 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias¹⁰⁶.

6.5. De conformidad con lo anterior, 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 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 (artículo 250, numeral 7 CP).

Pasa la Corte Constitucional a examinar los cargos planteados por el demandante, a la luz de las premisas anteriores¹⁰⁷.

Como es obvio, a esta relación de sentencias deben agregarse la C-210 de la misma fecha, lo mismo que la C-343 de 2007 y la C-516 de la misma anualidad.

106 *Ibíd.*

107 *Ibíd.*

Y como también es de particular importancia lo que adoctrinó la Corte Constitucional al realizar un recuento de la jurisprudencia constitucional relacionada con las víctimas y sus derechos, obligado es traer a colación lo que se indicó en la Sentencia C-516 de julio 11 de 2007, de la cual fue MP. Jaime Córdoba Triviño.

En tal oportunidad dijo la Corte:

En la sentencia C-209 de 2007¹⁰⁸, esta Corporación se pronunció sobre diversas facultades procesales de las víctimas en el proceso penal, tales como las facultades en materia probatoria; las facultades para solicitar medidas de aseguramiento y de protección; las facultades en la aplicación del principio de oportunidad; las facultades frente a la solicitud de preclusión; las facultades en la definición de

108 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-2009, MP. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia la Corte examinó cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 137, 284 (parcial), 306 (parcial), 316 (parcial), 324, 327 (parcial), 333 (parcial), 337, 339 (parcial), 342 (parcial), 344 (parcial), 356 (parcial), 357 (parcial), 358 (parcial), 359 (parcial), 371 (parcial), 378 (parcial), 391, 395 (parcial) de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. La Corporación decidió: “Primero.- Estarse a lo resuelto en la sentencia C-454 de 2006 en relación con la acusación formulada contra el artículo 357 de la Ley 906 de 2004. Segundo.- Declarar inexequibles las expresiones “y contra esta determinación no cabe recurso alguno” del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 y “con fines únicos de información” del inciso final del artículo 337 de la misma ley. Tercero.- Declarar exequibles en lo demandado y por los cargos analizados en esta sentencia, los artículos 11, 137, 324, 371, 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, así como las expresiones “las partes” del artículo 378 y “la parte que no está interrogando o el Ministerio Público”, del artículo 395 de la Ley 906 de 2004. Cuarto.- Declarar, por los cargos analizados en esta sentencia, la exequibilidad condicionada de las siguientes disposiciones de la Ley 906 de 2004: 1. El numeral 2 del artículo 284, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías. 2. El artículo 289, en el entendido de que la víctima también puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación. 3. El artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal. 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. 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. 6. El artículo 358, en el entendido de que la víctima también puede hacer dicha solicitud. 7. El inciso primero del artículo 359, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba. 8. Los artículos 306, 316 y 342, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente. 9. El artículo 339, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

*la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio; las facultades de impugnación de decisiones fundamentales. Como marco para la adopción de determinaciones sobre tales materias estimó que “los derechos de la víctimas 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 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 (artículo 250, numeral 7 CP) (negrillas fuera de texto).*

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Cada estudiante deberá realizar un ensayo no superior a 3 páginas, cuyo tema sea las implicaciones de las diferencias entre responsabilidad civil y responsabilidad penal en relación con los derechos de las víctimas.

Unidad 3

MECANISMOS LEGALES DE JUSTICIA RESTAURATIVA. CARACTERÍSTICAS, PROCEDENCIA Y CRÍTICA

Og

OBJETIVO GENERAL

Comprender las características y presupuestos de los mecanismos de Justicia Restaurativa empleados en la ley 906 de 2004.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los eventos en que es procedente cada uno de los mecanismos de Justicia Restaurativa.
- Establecer las ventajas y dificultades de cada uno de los mecanismos de Justicia Restaurativa.
- Analizar si los mecanismos de Justicia Restaurativa contemplados en el sistema acusatorio satisfacen las exigencias internacionales en la materia.
- Comparar los sistemas de Justicia Restaurativa del sistema acusatorio con mecanismos similares de la legislación procesal anterior.

3.1 MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

En primer lugar, se indica en el artículo 518 de la Ley 906 de 2004 que por *programa de Justicia Restaurativa* se entiende todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan de manera conjunta y activa, en la búsqueda conjunta de la resolución de cuestiones que se deriven del delito, persiguiendo un *resultado restaurativo*, pudiéndose contar o no, con la participación de un facilitador.

Y se agrega en la disposición que por *resultado restaurativo* ha de entenderse el acuerdo que se encamina a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las *partes* y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad, en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Aquí, ha de repararse en que según la disposición legal en cita, el legislador consideró a la víctima bajo la calidad de *parte*, concepto procesal que no se corresponde con lo adocinado por la Corte Constitucional según las citas que se efectúan en acápite anteriores, según la cual la víctima carece de dicha calidad, debiendo ser considerada como *interviniente especial* o *interviniente especialmente protegido*.

Más adelante, en el artículo 521 se enlistan como mecanismos de Justicia Restaurativa, i) la conciliación preprocesal, ii) la conciliación en el incidente de reparación integral y iii) la mediación. A ellas nos referimos a continuación.

3.2 CONCILIACIÓN PREPROCESAL

En sentencia C-979 de 2005, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, la Corte Constitucional desarrolló jurisprudencia acerca de este mecanismo de Justicia Restaurativa.

Expuso la Corte que la conciliación es uno de los mecanismos de Justicia Restaurativa por virtud del cual la víctima y su ofensor acuden ante un tercero neutral, quien colaborará en la obtención de un acuerdo conciliatorio, el cual en principio debe contener acuerdos recíprocos que permitan superar el conflicto suscitado con la infracción a la ley penal.

La conciliación preprocesal opera exclusivamente en tratándose de delitos querellables (artículo 74 CPP)¹⁰⁹, los cuales son desistibles, convirtiéndose en un requisito de procesabilidad, por manera que a la luz de las orientaciones normativas del nuevo sistema procedimental penal, los delitos querellables exigen para su investigación la instauración de la querrela y el agotamiento de la conciliación, la cual puede ventilarse fiscal que corresponda, en un centro de conciliación, o ante un conciliador reconocido como tal.

Siguiendo criterios que conforme a la Ley 640 de 2001 se aplican a la conciliación en áreas jurídicas diferentes a la penal, se exige como requisito de procedibilidad el agotamiento de la conciliación.

Si hubiere acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias; en caso contrario, este funcionario ejercerá la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

El imputado tiene derecho a que no se utilice en su contra el contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo, para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas 'o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse'.

Los rasgos que caracterizan la conciliación han sido recogidos sistemáticamente así por la Corte:

Un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes;

- i. Una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia;*
- ii. No tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para*

109 LEY 906 DE 2004, artículo 74, respecto del catálogo de delitos que requieren querrela de parte, fue modificado por el artículo 4 de la Ley 1142 de 2007.

- imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora;*
- iii. Es un mecanismo útil para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial;*
 - iv. Constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el criterio pacifista que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad;*
 - v. Es un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones;*
 - vi. Tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico;*
 - vii. Es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador;*
 - viii. No debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan;*
 - ix. Se trata de un mecanismo de estirpe democrática, en la medida en que genera espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social;*
 - x. Se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia;*
 - xi. Puede ser judicial o extrajudicial, y*

xii. *El legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en materia penal, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores.*

El artículo 522 de la Ley 906 de 2004, dispone:

Ahora bien. Si la conciliación se adelanta ante el fiscal y es exitosa, el funcionario o funcionaria, en principio, debería proceder a ordenar el archivo de las diligencias, de manera que no requeriría, como sí acontecía en el Proyecto de Ley 001 Cámara, que el fiscal o la fiscal le pidiera al juez o jueza que decretara la preclusión de la investigación, regulación que podría resultar apenas obvia, pues para el momento de la conciliación ni siquiera existe aún una imputación, ya que sólo se tiene una querrela y no se ha dado inicio al ejercicio de la acción penal, entendimiento del cual, como se vio, ha sido partícipe la Corte Constitucional al decir que ‘en el evento de que se logre un acuerdo procederá a archivar las diligencias’.

No obstante lo anterior, debe indicarse que ya la Corte Constitucional, en una decisión pretérita, de alguna manera sentó las pautas acerca del procedimiento que debe seguirse cuando la fiscalía decide no adelantar la acción penal.

En este sentido, resulta imperativo referirse a la sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, en la cual se decidió declarar inexecutable las expresiones “*mediante orden sucintamente motivada. Si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretar y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación*”, ambas del inciso 1 del artículo 78 del nuevo cpp; y “*a partir de la formulación de la imputación*” del artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, aunque en el artículo 77 *Ibíd.*, se enuncian eventos que determinan la extinción de la acción penal, no se menciona allí la conciliación, aunque, en todo caso, la norma dice en su parte final que la acción

también se extingue “en los demás casos contemplados por la ley”, dentro de los cuales evidentemente podría ubicarse el caso del artículo 522 sobre conciliación extraprocesal respecto de delitos querellables.

Siendo entonces que resulta atinado sostener que la conciliación preprocesal es un evento que determina la extinción de la acción penal cuando se trata de delitos querellables, podría afirmarse también que no obstante cuando ella se presenta o tiene lugar cuando aún no se ha formulado la imputación, en todo caso al resolver el fiscal archivar las diligencias según los términos del inciso 2 del artículo 522, debería solicitarle al juez de conocimiento que decretara la preclusión de la investigación, pues, como lo dijo la Corte Constitucional:

(...) al legislador le está vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio, acordarle adicionales facultades judiciales a la Fiscalía General de la Nación, como es aquella de decretar con efectos de cosa juzgada la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal y en consecuencia, ordenar el archivo de unas actuaciones, antes de la formulación de la imputación, cuya constatación, como quedó visto anteriormente, no es meramente objetiva o automática, sino que, en todos los casos, requiere de una valoración ponderada.

En efecto, en los casos previstos para la extinción de la acción, se trata de la toma de una medida preclusiva, acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución, numeral 5 artículo 250, al juez de conocimiento por solicitud del fiscal; por lo tanto, tal facultad no le fue asignada por la norma Superior a la fiscalía¹¹⁰.

En la misma decisión, refirió la Corte que de admitirse una disposición con la cual al fiscal le bastaría para ordenar el archivo de unas diligencias “el motivar sucintamente” su decisión, ello escaparía al control judicial, con lo cual se vulneraría gravemente los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

110 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Así las cosas, aunque es cierto que no se indica así de manera expresa en el texto del artículo 522, bien puede entenderse que cuando tenga lugar la conciliación preprocesal entre el querellante y el querellado, le corresponderá al fiscal efectuar la declaración correspondiente, y de manera motivada indicará que tal evento corresponde a una causal de extinción de la acción penal, que, como tal, debe ser reconocida y declarada por el juez de conocimiento, ante quien deberá solicitar audiencia preliminar para que en ella se decrete la correspondiente preclusión de la investigación penal.

Se tiene entonces que partiendo de los términos de la sentencia C-591 de 2005, no le correspondería al fiscal o la fiscal ordenar el archivo de las diligencias cuando ha mediado conciliación preprocesal, pues tal decisión sólo la puede tomar, con fundamento constitucional, el respectivo juez de conocimiento.

Ha de advertirse, en todo caso, que esta posición plantearía la inquietud de si, entonces, cuando el fiscal o la fiscal resuelve que no hay lugar a adelantar acción penal alguna, por ejemplo por considerar que el hecho no es una estafa sino un incumplimiento de contrato, debe motivar su decisión para que sea el juez quien decrete la preclusión de la investigación, lo cual nos parece equivocado, pues pensamos que la declaratoria de preclusión por parte del juez de conocimiento sólo debe tener lugar cuando la decisión se adopta por estimarse extinguida la acción penal, evento que ciertamente no corresponde al del ejemplo, pues es de claridad meridiana que cuando tiene lugar el incumplimiento de un contrato no nace acción penal alguna o no puede ejercitarse legítimamente, por lo que, en consecuencia, declarar que el hecho no constituye infracción a la ley penal en manera alguna equivale a afirmar que la acción penal se ha extinguido.

En armonía con este pensamiento, la Corte Constitucional en la sentencia C-1117 del 17 de noviembre de 2005, de la cual fue MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, condicionadamente declaró exequible la expresión *“En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento”* del inciso 2 del artículo 69 de la Ley 906 de 2004, en el *“entendido que la inadmisión de la denuncia únicamente procede cuando el hecho no existió, o no reviste las características de delito”*, agregando que *“Esta decisión, debidamente moti-*

vada, debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al denunciante y al Ministerio Público”.

Agréguese que en la sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 que se menciona, la Corte Constitucional se encargó, nuevamente, de poner de presente la importancia de los derechos de las víctimas y las posibilidades reales que debe tener para su protección:

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite, sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda motu proprio decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión¹¹¹.

De conformidad con el último aparte transcrito, sería admisible predicar que las decisiones que no hagan tránsito a cosa juzgada y que impliquen orden de archivar las diligencias podrán ser adoptadas por la fiscalía, precisamente porque al no tener ejecutoria material, pueden ser revisadas posteriormente, lo cual ciertamente no puede predicarse de una orden de preclusión, pues tiene ejecutoria material y hace tránsito a cosa juzgada.

Si el querellante no comparece, se entiende como si hubiera desistido de su querrela aunque el Código de Procedimiento Penal habla de “pretensión”, regulación ésta que si bien pone de presente que el trámite de conciliación es un presupuesto de procesabilidad, también puede comportar una violación a los Derechos Fundamentales de la víctima, entre otras razones porque se le conmina con la amenaza de no adelantar la acción penal cuando a ella, por diferentes factores, no le interesa confrontar a su victimario.

111 *Ibíd.*

Por fortuna, en el nuevo Estatuto no se mantuvo la condena en costas que en el proyecto del Código de Procedimiento Penal, se regulaba para la víctima querellante en caso de no asistir a la conciliación.

Debe aclararse que cuando el instrumento de la conciliación preprocesal no operó, y por ello se dio inicio a la acción penal correspondiente (inc. 3 artículo 522 CPP), ya no podrá acudirse a él dentro de la actuación, precisamente por tratarse de un trámite *preprocesal*, pero sería en todo caso factible alcanzar el restablecimiento del derecho, pero por medio de un mecanismo de Justicia Restaurativa diferente, como lo es la mediación (inc. 2 artículo 522 CPP).

Por último, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 9 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, señaló:

En ese orden, es importante precisar que la conciliación, como mecanismo para la solución de conflictos, debe entenderse como un acto complejo, integrado por el acuerdo entre las partes y el efectivo cumplimiento de lo pactado, porque de otra forma, si se limita su ejercicio al cumplimiento de una formalidad, o si se entiende agotada con el simple acuerdo de voluntades y no se materializa lo convenido, la aspiración de la víctima a obtener la reparación del agravio ocasionado con la conducta punible, se torna inocua.

Según lo anterior, es importante tener en cuenta que para que la conciliación preprocesal tenga la virtud de llevar al fin anticipado del proceso, no basta con el acuerdo entre víctima y victimario, sino que la Fiscalía debe verificar que éste cumpla con lo acordado; si no hay cumplimiento, la conciliación preprocesal deberá entenderse como fracasada y, por lo tanto, deberá darse continuidad al proceso.

3.3 MEDIACIÓN

Al referirse a este mecanismo de Justicia Restaurativa, en la Sentencia C-979 de 2005 la Corte Constitucional afirmó que la mediación permite, desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, acceder a un espacio institucional para que la víctima y su ofensor

intercambien opiniones y confronten puntos de vista a efectos de que, con la colaboración de una persona neutral, un mediador, consigan solucionar el conflicto generado con la infracción a la ley penal.

Puede orientarse a diversos objetivos por medio de los cuales es factible concretar la restauración, tales como la reparación, la restitución, el resarcimiento de los perjuicios causados, la realización o abstención de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad, o, incluso, el ofrecimiento de disculpas o perdón (inc. 2 artículo 523 CPP).

La restitución, se realiza por medio de acciones orientadas a devolver, en la medida de lo posible, a la víctima a la situación que se encontraba antes de ser afectada por el ilícito, tiene un alcance que trasciende lo meramente pecuniario en cuanto atañe al restablecimiento de todos sus derechos que le permitan continuar con una vida normal en su entorno social, familiar, de ciudadanía, laboral y económico.

La indemnización, se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños físico y mental; la pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad, las disminuciones patrimoniales).

La rehabilitación, corresponde al conjunto de acciones que se orientan a proporcionar a la víctima la atención y asistencia que requiera desde el punto de vista médico, psicológico, social y jurídico.

La satisfacción y las garantías de no repetición, atañen a aquellas acciones dirigidas, de una parte a deshacer el agravio inferido a la víctima, y de otra, a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron sus derechos, las cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa (...)

Aclara la Corte que este mecanismo de Justicia Restaurativa opera en dos ámbitos diferentes y con distintos efectos en cada uno, atendiendo el principio de proporcionalidad, siendo aplicable a delitos querellables

respecto de los cuales no fue exitosa la conciliación preprocesal, lo mismo que a eventos donde el ejercicio de la acción penal puede adelantarse oficiosamente.

El ámbito relacionado con delitos perseguibles oficiosamente, supone que el mecanismo procede para eventos que comportan un bajo rango de lesividad y que por ello la consecuencia punitiva debe ser de menor entidad. Requiere entonces que i.) se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de 5 años; ii.) que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y iii.) la aceptación expresa y voluntaria de víctima y victimario de someterse a un mecanismo de solución de Justicia Restaurativa (inc. 1 artículo 524 CPP).

El condicionamiento de la mediación a la naturaleza de bien jurídico protegido, restringiéndolo a aquel que no sobrepase la órbita personal del perjudicado, focaliza el efecto restaurador de la mediación en aquella criminalidad que afecta bienes jurídicos respecto de los cuales la víctima conserva un espacio de disponibilidad.

La Corporación también precisa que los efectos de la aplicación de la mediación a delitos de baja gravedad y punibilidad, se proyectan en dos aspectos: en lo que tiene que ver con la responsabilidad civil, pues el acuerdo resulta vinculante, excluyendo otros mecanismos que apunten al mismo objetivo, como puede serlo el ejercicio de la acción civil ante otra jurisdicción, y el incidente de reparación integral.

En lo que hace a la responsabilidad penal derivada del delito, la acción penal podría extinguirse por la vía de aplicación del principio de oportunidad, conforme a la causal 8 del artículo 324 del CPP que establece la aplicación de este principio, “Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la Justicia Restaurativa, y como consecuencia de éste se cumplan con las condiciones impuestas.

La suspensión del procedimiento a prueba es una de las formas por medio de las cuales actúa el principio de oportunidad (artículo 251 CP) y consiste en la prerrogativa para el imputado de solicitar la

suspensión del procedimiento, por un período de prueba que podrá ser hasta de 3 años, sometida al ofrecimiento de un plan de reparación integral del daño y al cumplimiento de unas condiciones que se encuentran determinadas en la propia ley (artículo 326 CPP).

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones impuestas durante el período de prueba, el fiscal ordenará el archivo de la actuación, en aplicación de la causal 8 del artículo 324 del CPP, decisión que desde luego será sometidas al control judicial por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías.

60. Ahora bien, en lo que hace al otro ámbito de aplicación de la mediación (inc. 2 artículo 524), es decir respecto de los delitos perseguibles de oficio con pena superior a 5 años, la mediación resulta perfectamente aplicable, pero sus efectos son sustancialmente distintos, particularmente en lo que tiene que ver con la acción penal. Si bien, respecto de estos punibles, la decisión de ofendido y ofensor de acudir a la mediación también adquiere efectos vinculantes en cuanto a que la obtención del resultado restaurativo excluye la posibilidad de acudir al ejercicio independiente de la acción civil derivada del hecho punible, y al incidente de reparación integral, en lo que atañe a la acción penal los efectos se restringen considerablemente.

Efectivamente, en esta criminalidad, perseguible de oficio, de mayor potencialidad lesiva y por ende de consecuencias punitivas más gravosas (pena superior a 5 años), la mediación únicamente será considerada para otorgar al imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales durante la actuación, en el momento de la imposición de pena para efectos de su dosificación, o en la fase de ejecución de la sanción.

Según se observa, cuando la mediación resulta exitosa al interior de un proceso por delito perseguible de oficio cuya pena mínima es superior a cinco años de prisión, aunque pueda extinguir la acción civil, no tiene la virtud de extinguir la acción penal, pues se parte de la consideración de que el bien jurídico afectado sobrepasa la órbita personal del afectado, no teniendo entonces éste un poder de disposición sobre él, como sí acontece cuando se trata de un delito cuya pena mínima no supera los 5 años de prisión.

El artículo 524 CPP, dispone que la *mediación* procede en los delitos perseguibles de oficio, cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión, y procede desde que se formula la imputación hasta antes del juicio oral, siempre y cuando víctima y victimario acepten expresamente someter su caso a un proceso de Justicia Restaurativa y se trate de un bien jurídico que no sobrepase la órbita personal del perjudicado.

Cuando la pena mínima sobrepasa los cinco años de prisión, la mediación como mecanismo de Justicia Restaurativa tiene utilidad, pero sólo para ser analizada a la hora de otorgar beneficios, para dosificar la pena o para purgar la sanción, sin que pueda ser considerada como una causal para extinguir la acción penal.

Así lo anterior, la *mediación* como mecanismo de Justicia Restaurativa podría determinar la aplicación del principio de oportunidad, concretamente por virtud de la causal del numeral 8 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, según la cual aquél puede tener lugar “cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la Justicia Restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas”.

Y aunque, como se verá más adelante, la mediación produce el efecto de excluir el ejercicio de la acción civil, en cuanto a la acción penal todo parece indicar que se podría ubicar dentro del artículo 77 CPP, como un evento que determina la extinción de la acción penal, extinción que única y exclusivamente tendría lugar cuando se está en presencia de un delito cuya pena mínima no exceda de cinco años de prisión, pues cuando fuere superior, se reitera, la mediación, aunque extinga la acción civil, sólo será considerada para otorgar algunos beneficios durante la actuación o relacionados con la dosificación de la pena o con la forma como se purgará la sanción, pero sin que comporte extinción de la acción penal.

No se dice nada de la posibilidad de que la *mediación* opere en el incidente de reparación integral.

El artículo 525 CPP, establece:

Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

Según lo anterior, la mediación no puede ser solicitada por la fiscalía ni por el Ministerio Público.

Y en el artículo 526 CPP, se establece:

Efectos. La decisión del mediador tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario. En consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

No dice la norma que la *mediación* produce el efecto de extinguir la acción penal, pues en tal sentido, sólo alude a la acción civil, por lo cual, salvo los casos de delitos perseguibles de oficio cuya pena mínima es superior a cinco años de prisión, cabría preguntarse qué utilidad tiene la medida para el imputado como para invitarlo a solucionar el conflicto que lo enfrenta con la víctima.

Para responder el interrogante es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que según el inciso final del artículo 526 CPP, “los resultados de la mediación serán valorados”, entre otros eventos, “para el ejercicio de la acción penal”, previsión que obligadamente nos remite a las normas sobre el *principio de oportunidad*.

Según el artículo 77 CPP, la acción penal se extingue por aplicación del *principio de oportunidad*. A su vez el artículo 80 dispone que la extinción de la acción penal, si bien produce efectos de cosa juzgada, no se extiende a la acción civil derivada del “injusto”.

Ahora bien, en el artículo 322 CPP, relacionado con el principio de oportunidad, se dispone que si bien la fiscalía está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible, la aplicación del principio de oportunidad se constituye como una excepción a este mandato, caso en el cual *podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal* en los casos que establece la ley.

Así lo anterior, una primera precisión es que la aplicación del principio de oportunidad no es obligatoria sino facultativa para la fiscalía, de manera que, aplicando el artículo 324 CPP, se tendría lo siguiente respecto de algunas de las causales que allí se consignan para aplicar el principio de oportunidad:

1º Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de 6 años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

Como se observa, este evento no coincide con el del inciso 1 del artículo 524 CPP sobre mediación, el cual habla de pena mínima de cinco años de prisión, pues en la misma norma transcrita se alude a una pena máxima de seis años; además, tiene requisitos adicionales para que el fiscal *pueda* resolver si suspende, interrumpe o renuncia a la persecución penal, como cuando ha habido reparación integral aunada a la determinación de manera objetiva de la ausencia o decadencia del interés del Estado en ejercitar la acción penal.

Así las cosas, podría aplicarse el principio de oportunidad en una actuación sobre un posible delito de incesto (artículo 237 de la Ley 599 de 2000), siempre y cuando la pena máxima para éste, incluido el aumento de pena del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, no sobrepase o exceda los seis años

de prisión, pero siempre y cuando *i*. Se haya reparado integralmente a la víctima, y además *ii*. Objetivamente, se pueda determinar que el interés del Estado en la persecución penal, ha decaído.

8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la Justicia Restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas.

El artículo 325 CPP¹¹² habla de la suspensión del procedimiento a *prueba* como instituto relacionado con la aplicación del principio de oportunidad, fenómeno que puede presentarse cuando el imputado así lo pide, manifestando tener un plan de reparación del daño, el cual puede consistir en la *mediación* con las víctimas, cuando ella sea procedente, la reparación integral o la reparación simbólica en forma inmediata o a plazos y dentro del marco de la Justicia Restaurativa. En estos casos, el fiscal “consultará” a la víctima y resuelve de inmediato la petición, fija las condiciones de la suspensión del proceso a prueba (la cual no puede ser superior a 3 años), y aprueba o modifica el plan de reparación.

Con lo hasta ahora dicho, podría afirmarse que como la mediación es considerada por el artículo 521 CPP, como uno de los tres mecanismos para hacer efectiva la Justicia Restaurativa, podría a su vez permitirle a la fiscalía renunciar al ejercicio de la acción penal, aplicando el principio de oportunidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 324-8.

112 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, artículo 325. *Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que ésta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la Justicia Restaurativa. Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de Justicia Restaurativa establecidos en este código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad. Parágrafo. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.*

Sin embargo, la dificultad puede estribar en determinar respecto de cuáles delitos cabe la mediación y, particularmente, en cuáles casos esa mediación determina la extinción de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad.

En este sentido, es claro que si se trata de un delito cuya pena máxima no es superior a 6 años de prisión, si bien respecto de él podría aplicarse la mediación, es evidente que nunca un delito con una pena máxima de prisión de 6 años tendrá una pena mínima superior a 5 años, por manera que el principio de oportunidad procedería, no tanto por la causal del numeral 8, sino por la del numeral 1 del artículo 324 CPP.

Ahora bien, si se trata de un delito querellable, como éstos de ordinario tienen una pena que no es de prisión o que siéndolo sería en su máximo no superior a 6 años, pensamos que respecto de ellos podría aplicarse el principio de oportunidad según los términos del numeral 1 del artículo 324 CPP, es decir, podría extinguirse la acción penal, pero a condición de que: *i.* Se repara integralmente a la víctima (de conocerse ésta), y *ii.* Objetivamente, pueda establecerse que el interés del Estado en la persecución ha decaído o inexistente.

Pero también respecto de esta clase de delitos podría operar el principio de oportunidad, sólo que bajo la aplicación de una causal diferente, concretamente por la del numeral 8 del artículo 324 CPP, que como se ha dicho alude a la aplicación de un mecanismo de Justicia Restaurativa.

De esta suerte, tratándose de un delito querellable sería posible que operara el instituto de la conciliación preprocesal, en el cual, como se dijo al tratar este tema, cuando hay acuerdo, al fiscal le correspondería declarar que se está en presencia de una causal de extinción de la acción penal, procediendo solicitar al juez o jueza de conocimiento, la preclusión.

Sin embargo, cabría preguntar: Cuando opera o se presenta la conciliación preprocesal, misma que determina la preclusión de la investigación, nos encontramos ante un mecanismo de Justicia Restaurativa que como tal permite aplicar el principio de oportunidad o simple y llanamente, ¿estamos frente a una causal de o improseguibilidad?

Sobre el particular, se tiene que en el artículo 77 CPP sobre extinción de la acción, se indica que ella puede tener lugar por aplicación del principio de oportunidad, y aunque no se enuncie allí la conciliación, es lo cierto que en la parte final del artículo se dice que la extinción de la acción penal puede presentarse “en los demás casos contemplados en la ley”, siendo legítimo pensar que precisamente uno de esos casos es el de la conciliación preprocesal, pues si la consecuencia que se establece en el inciso 2 del artículo 522 CPP para cuando tiene lugar la conciliación, es la de archivar las diligencias¹¹³, ello evidencia que la acción penal se ha extinguido.

Pero aunque se pueda arribar a esta conclusión, sigue gravitando la inquietud acerca de cuál decisión es la que corresponde tomar para acabar con la actuación penal, pues aunque sea cierto que la conclusión sea la misma, esto es, el archivo del proceso o la actuación, es cierto que a ello se llega por caminos diferentes, de una parte, y, de otra, que los jueces que intervienen son de distinta naturaleza.

En este sentido, en tratándose de la decisión de preclusión de la actuación (artículo 331 CPP), ésta debe ser solicitada ante el juez de conocimiento; pero si de lo que se trata es de aplicar el principio de oportunidad, una vez que la fiscalía ha tomado la decisión de aplicarlo, debe solicitar el control de legalidad ante el juez de control de garantías.

Precisado lo anterior, creemos que no obstante ser indiscutible que la conciliación preprocesal es un mecanismo de Justicia Restaurativa, cuando ella opera lo que procede es la declaratoria de preclusión de la investigación por parte del juez del conocimiento, así no se haya formulado la imputación.

Es ésta la decisión que procede y no la de dar aplicación al principio de oportunidad, pues para que éste opere por virtud de un mecanismo de Justicia Restaurativa se requiere, según los términos del artículo 324-8 CPP, que haya tenido lugar el trámite de “suspensión del procedimiento a prueba” a que se refiere el artículo 325 CPP y que, como consecuencia de éste, se haya cumplido con las condiciones impuestas, circunstancias

113 No obstante esta disposición legal, se recuerda que la Corte Constitucional, según se transcribió en apartes anteriores, tiene resuelto que esta clase de decisiones debe ser adoptada por el juez o jueza de conocimiento mediante orden de preclusión de la investigación.

estas que definitivamente no tienen lugar en tratándose de la conciliación preprocesal, pues es cierto que gracias a ésta y, no obstante la aplicación a que haya lugar de la Ley 640 de 2001, de la lectura del artículo 522 CPP, se desprende que en el trámite pertinente no hay lugar a suspender la actuación, sino que simple y llanamente tiene lugar una audiencia de conciliación, donde, en caso de no prosperar, procede el ejercicio de la acción penal correspondiente y en caso de ser exitosa, ocurre lo contrario, esto es, el no ejercicio de la acción penal, y en consecuencia el archivo de la actuación por preclusión de la misma.

Se aclara que si la conciliación resultó fallida y por ende, se procedió al ejercicio de la acción penal correspondiente, en todo caso el asunto puede resolverse por medio de un mecanismo de Justicia Restaurativa que obviamente, ya no podría ser el de conciliación preprocesal, pero sí el de la mediación. Si lo que opera es la conciliación en el incidente de reparación integral, ésta ya no podría determinar la aplicación del principio de oportunidad, por lo menos en lo que respecta a la regulación del artículo 324-8 CPP.

En todo caso, debe aclararse que la conciliación que tiene lugar en el incidente de reparación integral, si bien puede constituir un mecanismo de Justicia Restaurativa con el cual se extinguiría en principio la acción civil¹¹⁴, no tiene *per se* la potencialidad para extinguir la acción penal, máxime en un momento en que ya existe un fallo penal de contenido condenatorio.

Sin embargo, la conciliación que tiene lugar en el trámite del incidente de reparación integral, podría extinguir la acción penal, pero a condición de que la condena penal se haya referido a un delito respecto del cual la ley establezca la posibilidad de extinguir la acción penal por conciliación, siendo en este sentido posible considerar la aplicación, por favorabilidad, de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 600 de 2000.

114 *Se dice que en principio con ella se podría extinguir la acción civil, pues no ha de olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene dicho que la víctima, aparte de los derechos a la reparación, también los tiene a verdad y justicia, por manera que la conciliación, para que produzca plenos efectos, debería comprender los tres derechos mencionados.*

Dicho lo anterior, se analiza a continuación la forma como opera la figura de la mediación.

En cuanto al trámite de la mediación

Una primera precisión que se impone es la de que, para aplicar la figura del artículo 523 CPP, debe relacionársele con el artículo 325 *Ibíd.*, sobre suspensión del procedimiento a prueba.

Así lo anterior, para dar inicio al trámite de la mediación, todo parece indicar que lo primero que debe hacerse es que el imputado solicite la suspensión del procedimiento a prueba, lo cual hará oralmente manifestando un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir, plan que para el caso sería el de buscar una mediación con la víctima, mediación que puede referirse a la “reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad, o pedimento de disculpas o perdón” (inc. 2 artículo 523 CPP).

El imputado puede presentar esta petición desde el momento mismo de la formulación de la imputación –que es el momento en que se le comunica a la persona su calidad de imputado (artículo 286 CPP) – y hasta antes del inicio del juicio oral (inc. 1 artículo 524 CPP).

No obstante lo anterior, como en el artículo 525 CPP se señala que también la víctima puede solicitar la mediación, lo cual se hace ante el fiscal o la fiscal, el juez o la juez de control de garantías o el juez o la juez de conocimiento, pensamos que ello implicaría que ella –la víctima– debería solicitar la suspensión del procedimiento a prueba.

Si se acepta que es esta la solución correcta a un tema que ciertamente no lo regula la Ley 906 de 2004, pero que puede ofrecerse por aplicación analógica de la ley, se tendría entonces dos posibles caminos para seguir:

1. El primero, donde la víctima simplemente pide la suspensión del procedimiento, acompañada de la petición para que la fiscalía designe un tercero neutral, el mediador, quien permite el intercambio de opiniones entre víctima y victimario a efectos de buscar solución al conflicto que les enfrente, y

2. El segundo, donde la víctima pide la suspensión del procedimiento y, además, presenta un plan de reparación al que aspiraría y las condiciones bajo las cuales estaría dispuesta a aceptarlo.

Aunque en principio, las dos soluciones son admisibles, parece preferible la segunda, pues siendo que desde el artículo 250 Constitucional se anuncia que la víctima tiene entre otros derechos el de obtener la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron y, más genéricamente, el de obtener el restablecimiento del derecho conculcado, no existe óbice para que ella, al igual que lo puede hacer el victimario, manifieste a qué o cuál clase de reparación o mecanismo de restablecimiento del derecho aspiraría y bajo cuáles condiciones estaría dispuesta a aceptarlo.

Si lo que se pretende es que la víctima y victimario, en un momento dado, confronten sus diferencias y puedan superarlas, poco importa de quién parta la iniciativa, siempre que se consiga el fin perseguido.

Presentada por el imputado o por la víctima, la petición de suspensión del proceso a prueba, correspondería al fiscal o la fiscal consultar con la víctima su opinión sobre el plan propuesto por el victimario, o debería consultar con éste sobre las aspiraciones de la víctima, si fue ésta quien solicitó la suspensión del procedimiento a prueba.

Aunque no es expresa la referencia en la redacción del inciso 3, artículo 325 CPP, de ella se desprende que si el interviniente distinto a quien pidió la suspensión no está de acuerdo en someter su caso a un mecanismo de Justicia Restaurativa como la *mediación*, la actuación procedimental debe proseguir; en caso contrario, esto es, cuando exista manifestación que evidencie el interés de alcanzar el restablecimiento del derecho, le corresponderá al fiscal fijar las condiciones bajo las cuales se suspenderá a prueba el proceso, lo cual deberá ir acompañado de la designación, por parte del Fiscal General de la Nación o su delegado, de un mediador para el caso, quien podrá ser un particular o un servidor público.

Designado el mediador, éste buscará el intercambio de opiniones entre víctima y victimario, para que por medio de la confrontación de sus puntos de vista logren solucionar el conflicto que los enfrenta, solución

que no necesariamente tiene que traducirse en el pago de una indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, pues también puede consistir en el acuerdo para que se realice determinada conducta, para que haya abstención de un comportamiento en particular, para que se preste un servicio a la comunidad o, inclusive, para que el victimario pida perdón o disculpas u ofrezca una garantía de no repetición.

Una vez que víctima y victimario se hayan puesto de acuerdo en el sentido de aceptar genéricamente la mediación y específicamente una de las alternativas que ella puede plantear, le corresponderá al mediador expedir un informe, el cual remitirá al fiscal o al juez para que sea valorado y se determine qué efectos tendrá sobre la actuación.

Si el mediador llegare a informar que el plan de mediación no se concretó, la admisión que de los hechos hubiera hecho el victimario no podrá ser utilizada como prueba de su culpabilidad.

Si, por el contrario, en el informe se indica que el plan propuesto dentro de la mediación se cumplió, estando la actuación en poder de la fiscalía, le corresponderá a ésta aplicar el principio de oportunidad, procediendo la extinción de la acción penal, siempre y cuando se trate de un delito cuya pena mínima no exceda los cinco años de prisión, pues si ésta fuere mayor, el éxito del mecanismo de Justicia Restaurativa no tiene la virtud de extinguir la acción penal, pero, en todo caso, tendrá utilidad a efectos de la selección de la coerción personal y la individualidad de la pena al momento de dictar la sentencia, cuando el fallo hubiera sido condenatorio.

De esta suerte, cuando la mediación como mecanismo de Justicia Restaurativa opera exitosamente dentro de un proceso penal adelantado por un delito cuya pena mínima excede los 5 años de prisión, el proceso debería continuar, culminando con el fallo, sea condenatorio o absolutorio si es que existió acusación, pues, como se ha dicho, en estos eventos la mediación no tiene la virtud de extinguir la acción penal.

Complementariamente a la normatividad que regula la *mediación*, las disposiciones del inciso 1 del artículo 526 resultan particularmente interesantes, pues de entrada darían a entender que la simple decisión de

acudir a la mediación ya extingue la acción civil, de una parte, y de otra, que en el nuevo proceso penal de tendencia acusatoria habría lugar a “ejercitar la acción civil”, aspectos que por su importancia merecen por lo menos unas reflexiones adicionales.

En cuanto a lo primero, aunque ciertamente la parte inicial del inciso 1 del artículo 526 CPP, prescribe que “[l]a decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes” y que, en consecuencia, se “excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral”, ello en manera alguna puede significar que la simple decisión de acudir a la mediación debe producir unos efectos sobre las pretensiones indemnizatorias, pues la única consecuencia que puede aparecer es la de posibilitar la suspensión del proceso a prueba.

Así lo anterior, las consecuencias a que alude el inciso 1 del artículo 526 de la Ley 906 de 2004 solamente tendrán lugar cuando la mediación como mecanismo de Justicia Restaurativa ha resultado exitosa, esto es, ha permitido la “reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón”, pues resulta evidente que si la mediación es uno de los varios instrumentos dispuestos por el legislador para alcanzar el restablecimiento del derecho, cuando éste ya ha tenido lugar decae el interés, por lo menos el de naturaleza patrimonial, para ejercitar la acción civil y se pierde la legitimidad para promover el incidente de reparación integral.

Sobre este último particular, no sobra aclarar que la prohibición para intentar el incidente de reparación integral sólo tendría lugar en aquellos eventos en que de todas maneras habrá un fallo condenatorio, esto es, en los casos en que hubo mediación pero dentro de una actuación penal por un delito cuya pena mínima es superior a cinco años de prisión, pues, se recuerda, en los procesos donde la pena mínima que corresponda al delito no supere los cinco años, como la mediación permite aplicar el principio de oportunidad y éste a su vez determina la extinción de la acción penal, es evidente que nunca habrá fallo condenatorio y de contera faltará el requisito *sine qua non* para iniciar el incidente de reparación integral.

En cuanto al segundo aspecto que llama la atención, como lo es la referencia a la “exclusión del ejercicio de la acción civil derivada del delito”, esta disposición únicamente puede interpretarse bajo el entendimiento de que cuando la mediación ha sido exitosa, resulta imposible iniciar o continuar con el ejercicio de la acción civil ante las autoridades de la jurisdicción civil.

Al respecto habrá de repararse que es de entendimiento común que en el nuevo sistema procedimental penal, por lo menos en las instancias anteriores al incidente de reparación integral, no se ejercita la acción civil dentro del proceso penal, posibilidad que quedó relegada a aquellos procesos adelantados bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000.

De esta suerte, si dentro del nuevo proceso penal no se ejercita ya la acción civil en las etapas de investigación, intermedia y del juicio, el hecho de que la mediación haya evolucionado favorablemente a los intereses de víctima y victimario, ningún efecto puede tener respecto de aquella, pues, como se ha dicho, allí no se está ejercitando la acción civil.

Y si lo que se piensa es que la alusión en cita tendría aplicación respecto de la acción civil que supuestamente se ejercita en el incidente de reparación integral, habría que contestar que tal interpretación resulta inadmisibles, por la potísima consideración de que dentro del trámite de dicho incidente no es procedente o admisible la *mediación*, ya que por expresa disposición del artículo 524 CPP, ella sólo puede intentarse desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral.

No obstante lo anterior, resulta evidente que la referencia que el artículo 526 CPP hace al ejercicio de la acción civil es por entero desafortunada, pues genera la falsa percepción de que en el nuevo proceso penal aún es posible ejercitar la acción civil, lo cual parece poco o nada factible, siendo incluso discutible su ejercicio cuando se considera el tema que trata del incidente de reparación integral.

Y aunque existe convicción de que desde el marco constitucional la víctima sí está legitimada para ejercitar la acción civil dentro del nuevo proceso penal, no existen los instrumentos para hacerlo, ni siquiera por la vía de la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil,

pues aunque la norma rectora, el artículo 25 de la Ley 906 de 2004 sobre “integración”, alude a este estatuto, también es claro al referir que puede haber remisión a otros ordenamientos, “cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”, oposición que sería evidente, como cuando en el artículo 9 sobre “oralidad” se preceptúa que la actuación procesal será oral, lo cual no se compagina con las normas del Código de Procedimiento Civil.

3.4 INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Sobre este punto, cabe efectuar remisión a lo dicho sobre el incidente de reparación integral. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha dicho que en el artículo 250-7 de la Carta se le asignan a la Fiscalía varias responsabilidades en relación con las víctimas, entre las cuales se citan la de solicitarle al juez o la juez de control de garantías, que adopte las medidas que se estime necesarias para proteger a las víctimas; solicitarle al juez o la juez de conocimiento la adopción de medidas para asistencia a las víctimas, restablecimiento del derecho y reparación integral a los afectos, y además, velar por la protección de los jurados, testigos, víctimas y demás intervinientes.

En desarrollo de esa cláusula constitucional, el legislador reguló (arts. 102 a 108 Ley 906 de 2004) este mecanismo de Justicia Restaurativa que se inserta dentro de los cambios que el nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento procesal penal introduce sobre la posición de la víctima dentro del proceso, la cual abandona su condición de parte para convertirse en un interviniente dentro de la actuación.

Aunque las víctimas del injusto, en ejercicio de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal, sin necesidad de apoderado, hasta la audiencia preparatoria, es el incidente de reparación integral, el cual se surte ante el juez de conocimiento una vez establecida la responsabilidad penal del acusado, el escenario central para la garantía de sus derechos de reparación integral y adecuada.

La reclamación de la víctima dentro del proceso penal, a diferencia de los regímenes procesales anteriores, no exige una demanda de parte civil. Es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público a instancias de aquella, para que el juez de conocimiento, una vez ha proferido el fallo declaratorio de responsabilidad, abra de inmediato el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta punible el cual debe someterse al trámite de la audiencia oral.

La configuración que introduce el legislador sobre este mecanismo restaurador, permite al juez un amplio margen de maniobrabilidad orientado a propiciar, a esta altura del proceso, una conciliación entre víctima y sentenciado a cerca de la pretensión de reparación integral. Así, si en una primera audiencia fracasa en el propósito conciliatorio, puede convocar a una segunda audiencia para insistir en la búsqueda del acuerdo conciliatorio que ponga fin al incidente; de concretarse, se incorporará a la decisión condenatoria.

En caso contrario corresponderá al juez decidir sobre la pretensión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los interesados y los argumentos expuestos a favor de sus pretensiones. La decisión se adoptará en la misma audiencia, y se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

La amplia labor mediadora que se atribuye al juez en esta instancia procesal (luego del fallo condenatorio), debe estar asistida por los mismos propósitos, que alientan la Justicia Restaurativa en general, tales como “atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y (a) lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio de la comunidad (inc. 2 artículo 518 CPP).

Partiendo del texto legal recogido en el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, es claro que única y exclusivamente cuando se ha emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, y previa solicitud de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, el juez fallador puede abrir el incidente de reparación integral, convocando a audiencia pública

dentro de los ocho días siguientes. No es posible que este trámite se adelante por disposición oficiosa del juez de conocimiento, como tampoco es posible, según se ha dicho, que al emitirse el fallo condenatorio, aparte de la sanción penal que corresponda, se profiera decisión que contenga obligación indemnizatoria alguna, pues ésta solamente puede decretarse dentro del trámite del incidente de reparación integral, siendo cuestión por entero diferente que lo allí resuelto luego se integre con el fallo de responsabilidad penal.

Según el artículo 103, iniciada la audiencia, el incidentante formula verbalmente su *pretensión*, expresando de manera concreta la forma de reparación integral a que aspira e indica las pruebas que hará valer.

Se precisa en el inciso 2 del artículo 102, que “si la pretensión es únicamente económica”, sólo puede ser formulada por la víctima, sus herederos, sucesores o causahabientes, con lo cual la norma crea confusión pues si se trata de un incidente de reparación integral, necesario es preguntarse si allí es posible presentar una pretensión que no tenga naturaleza económica, lo cual en principio sería posible porque el inciso 1 dice que el Ministerio Público puede promoverlo a “instancia de ella”, aunque nada dice sobre el fiscal.

Es importante destacar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007, entre otras decisiones, declaró la inexecutable de la expresión *directa* contenida en el inciso 2 del artículo 102, considerando, en esencia, que un entendimiento constitucional del concepto de *víctima* debe tener un mayor espectro al que restringidamente se desprende de expresiones como la citada (*directa*), la cual termina limitando el número de personas que pueden ser consideradas como víctimas, pues al hablarse de *víctima directa*, únicamente quedaría cobijada bajo esa calidad, la persona que es titular del bien jurídicamente tutelado o la persona respecto de la cual recayó directamente la conducta.

En Sentencia del 22 de junio de 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵, al tratar el tema de la reparación de los perjuicios en delitos contra el patrimonio económico, presenta interesantes conside-

115 *Revista Jurisprudencia y Doctrina*. Legis, Bogotá, 2006., pp. 1543 y ss.

razones sobre la voluntariedad de la indemnización que se conviene por medio del incidente de reparación integral.

El artículo 106 sobre caducidad de la solicitud para la reparación integral indica, por una parte, que este incidente corresponde a un “procedimiento especial”, y por la otra, refiere que el plazo para solicitar se promueva el trámite incidental de reparación es de 30 días contados a partir de anunciarse el fallo de responsabilidad penal.

Así lo anterior, si la “solicitud” no se presenta oportunamente, tendría lugar un evento preclusivo, de manera que ya no sería posible promover este trámite ante la jurisdicción penal. Y si ello es así, obligadamente surge una inquietud: ¿podrá entonces acudirse ante la jurisdicción civil?

Si la respuesta es negativa, cabe preguntarse entonces ¿en qué quedan los derechos constitucionales de la víctima a obtener una reparación de los perjuicios?

Y si la respuesta es afirmativa, correspondería determinar qué clase de actuación se debería adelantar ante el juez o la juez civil, la cual, en todo caso, no puede ser una que persiga el adelantamiento de un proceso ejecutivo, pues, no obstante las dificultades que existen para efectuar precisiones en el tema, sí resulta evidente que aún no se cuenta con una sentencia que en materia de perjuicios contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible, de manera que no dándose los presupuestos del artículo 488 del CPC para que constituya título ejecutivo, de contera, no hay lugar al trámite de ejecución.

Si bien es de absoluta claridad el sentido del artículo 106 al referir que el incidente de reparación debe iniciarse por solicitud presentada dentro de los 30 días siguientes al momento en que se anuncia el fallo de responsabilidad penal, también resulta evidente que la ley no previó un importante número de eventos, como acontece con los fallos condenatorios que no se emiten en primera, sino en segunda instancia, o, incluso, al desatarse el recurso extraordinario de casación.

La Corte Suprema de Justicia, en decisión del 16 de diciembre de 2008¹¹⁶, efectuó interesantes precisiones en un intento por aportar claridad al tema:

- Refiere la Corporación que dentro de un proceso penal adelantado por el delito de apoderamiento por aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, el acusado fue favorecido con fallo absolutorio;
- La decisión fue apelada por la víctima. Al resolver el recurso, el Tribunal Superior revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar condenó al acusado a 16 meses de prisión -pena que se declaró suspendida condicionalmente-, lo mismo que a pagar \$10.000.320 más intereses corrientes, por concepto de perjuicios materiales;
- Posteriormente, el apoderado de la víctima le manifestó al Tribunal su intención de promover el incidente de reparación integral de perjuicios. El MP., apoyado en la sentencia de tutela de la sala del 7 de diciembre de 2005, rad. 22.920, consideró improcedente la solicitud porque el mismo *“hace parte integral del fallo de primer grado, de manera que en esta etapa procesal ya ha precluido la oportunidad (...) para invocarlo, y de admitirse se atentaría contra el principio de la doble instancia y contra lo preceptuado en los artículos 20, 102 y 447 de la Ley 906 de 2004”*;
- El apoderado de la víctima no compartió la determinación, ejercitó el *“recurso de súplica”* y obtuvo que la Sala Penal del Tribunal Superior suspendiera el término para interponer el recurso de casación por una parte, y por la otra, ordenara regresar los registros respectivos a la primera instancia para allí adelantar el incidente de reparación e integrar a la sentencia –luego– la decisión obtenida en ese trámite.

El Juzgado Penal Municipal de conocimiento programó la audiencia pertinente, pero previamente el apoderado de la víctima había desistido del incidente y pedido remitir las actuaciones al Tribunal. Sin más, dice la Corete, de manera inmediata el secretario del despacho judicial devolvió el proceso a la segunda instancia, donde se reactivó el término correspondiente al recurso de casación.

116 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, fallo del 16 de diciembre de 2008, rad. 29.638, MP. Javier Zapata Ortiz.

- Por auto del 17 de septiembre de 2008, la Sala inadmitió la demanda presentada por el defensor del procesado, decisión frente a la cual no hubo petición de insistencia.

Se decidió allí mismo que una vez en firme la providencia volviera el asunto al despacho del magistrado sustanciador para estudiar la viabilidad de la casación oficiosa.

- Al momento cuando la Sala inadmitió la demanda de casación, señaló:

En el presente asunto, se vislumbra la necesidad de estudiar la posibilidad de que se hubiese faltado a las normas propias del debido proceso y a las garantías que les asisten a las víctimas, por los siguientes motivos:

i) En el fallo de segundo grado, oficiosamente, el Tribunal Superior condenó al implicado a indemnizar perjuicios, por una suma que ni la víctima ni la Fiscalía habían solicitado.

ii) Culminada la audiencia de debate oral, el Tribunal Superior no concedió oportunidad para promover el incidente de reparación integral.

iii) Cuando, finalmente se intentó la realización del incidente y el apoderado de la víctima desistió, no hubo decisión judicial al respecto, ya que el secretario del Juzgado de Conocimiento, a iniciativa propia, según consta en el expediente, decidió regresar las diligencias al Tribunal Superior, sin que un funcionario judicial verificara si el profesional del derecho tenía poder para desistir, ni las condiciones en que se produjo el desistimiento.

Dichos tópicos deben ser analizados desde las perspectivas constitucional y legal, y además, los dos primeros, también a la luz de la jurisprudencia vertida por la Sala de Casación penal en la sentencia del 28 de mayo de 2008 (radicación 29542).

- Señaló la Corte que el precedente jurisprudencial últimamente citado, fue reiterado en sentencia de casación del 8 de octubre de 2008 (Radicación 30.267), efectuando una síntesis de los aspectos más relevantes, a saber:
 - En el sistema adversarial que subyace en la Ley 906 de 2004, las partes son, en sentido estricto, la Fiscalía como titular de la acción penal y el acusado como sujeto pasivo de la misma. Ellas acuden ante el juez o jueza, en igualdad de condiciones para que éste, como tercero imparcial, resuelva el conflicto que se le plantea.
 - Se reguló la posibilidad de que se hagan presentes en la actuación procesal, en calidad de intervinientes, la sociedad, representada por el Ministerio Público y la víctima, por abogado o abogada de confianza o de oficio.
 - Además de privilegiar el nuevo procedimiento, los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación –en defensa de los cuales puede hacer presencia dentro de la actuación–, amplía su posibilidad de acceso a la administración de justicia estableciendo una serie de derechos con categoría de principio rector en el artículo 11 *ibíd.*
 - La víctima no tiene necesidad de presentar una demanda de parte civil para constituirse en parte, y no tiene restringida su actuación a un tema específico o a una determinada etapa del proceso, bastándole tan solo con acreditar sumariamente su calidad de perjudicado.
 - Emitido el sentido condenatorio del fallo, podrá la víctima dentro de los siguientes 30 días –o a instancia suya el Fiscal o el Ministerio Público– solicitar la apertura del incidente de reparación integral, estando habilitada para presentar y solicitar pruebas, conciliar y ser escuchada su alegación final.
 - Tramitado y definido el incidente, el juez o la jueza de conocimiento debe convocar a audiencia de individualización de pena, estando forzado, una vez escuchados los intervinientes en la diligencia, a fijar fecha y hora para proferir sentencia “que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados

a partir de la terminación del juicio oral” y a la cual “incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral” (artículo 447).

- Ese término para dictar sentencia resulta incompatible con el de 30 días dispuestos para que la víctima solicite la reparación integral, pues si se le respeta, la petición del incidente tendría lugar después del fallo y en esas condiciones el resultado del trámite incidental no podría incorporarse a la sentencia.
- Cuando el fallo de primera instancia es condenatorio y se apela, debe llevar incorporada la decisión final del incidente de reparación integral. En consecuencia, esa sentencia habrá de proferirse cuando venzan los 30 días con los cuales cuenta la víctima para solicitar el incidente de reparación integral, siempre y cuando la misma no haya hecho uso del derecho a promover el trámite incidental. Si se promueve el incidente, la sentencia de individualización de la sanción penal sólo puede emitirse cuando se haya decidido el incidente.
- El juzgador no está facultado, ni en el fallo de primera ni en el de segunda instancia, para condenar oficiosamente en perjuicios. Únicamente puede hacerlo con posterioridad al debate propio del incidente de reparación integral, cuya promoción es facultad de la víctima, la cual cuenta con el derecho-deber de manifestar cuál fue el daño causado, de probarlo y fundamentarlo.
- Si el fallo de primera instancia es absolutorio, y el funcionario de segunda instancia lo revoca para, en su lugar emitir decisión condenatoria, al anunciar el sentido de la decisión debe: i) ordenar regresar el expediente al juez o la jueza de primera instancia para que agote el trámite propio del incidente de reparación integral, si así se le solicita; ii) cumplido este procedimiento se regresarán los registros al ad quem, quien proferirá la sentencia, a la cual deberá integrar el resultado del incidente de reparación.

Necesario resulta traer a colación lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia en decisión de febrero 19 de 2009¹¹⁷, pues allí se efectuaron varias precisiones en punto a los términos de caducidad para iniciar en incidente de reparación integral cuando el fallo condenatorio se emite, no en primera, sino en segunda instancia.

Pero antes, es de rigor la siguiente reseña: los hechos a que se contrae la actuación judicial consistieron en el apoderamiento ilícito por parte de un individuo, de dos llantas para automotor por las cuales, luego de su apoderamiento, se exigió a su propietario la suma de \$500.000 para reintegrarlas. Al momento de recibir el dinero que se exigía, se produjo la captura, la cual fue legalizada en oportunidad, ordenándose además la detención preventiva por los delitos de hurto agravado y extorsión en grado de tentativa. El imputado aceptó los cargos por el primer delito, razón por la cual se ordenó la ruptura de la unidad procesal.

Finalizando el juicio oral por el delito de extorsión, el juzgado penal del circuito de conocimiento anunció el sentido del fallo, indicando que sería de carácter absolutorio.

La Fiscalía apeló el fallo absolutorio, siendo éste revocado por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga, condenando al acusado a 4 años y 6 meses de prisión como autor de extorsión en grado de tentativa, decisión respecto de la cual se presentó el recurso extraordinario de casación.

Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia inadmitió la demanda, pero al evidenciar la posible vulneración de los derechos de la víctima por no darse trámite al incidente de reparación, omisión que sería constitutiva de nulidad procesal, de oficio ordenó efectuar el examen correspondiente, pues según el criterio que había venido exponiendo la Corporación, *es deber del Tribunal, antes de revocar la absolución y proferir el fallo condenatorio de reemplazo, anunciar el sentido de su pronunciamiento con el fin de que la víctima tenga oportunidad de proponer dicho incidente dentro de los treinta (30) días siguientes, para luego sí dar lectura a la sentencia correspondiente*¹¹⁸.

117 *Ibíd.* Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2009. MP. María del Rosario González de Lemos. Radicación 30237.

118 *Ibíd.* Sala de Casación. Esta postura jurisprudencial fue expuesta en la Sentencia del 28 de mayo de

Según este instructivo fijado con fundamento en los criterios que a su vez fueron determinados en fallo de tutela del 7 de diciembre de 2005¹¹⁹, se tendría que si la víctima promueve el incidente de reparación integral, le correspondería al *ad quem* remitir la actuación al funcionario de primera instancia para que éste adelantara el trámite respectivo; al concluirlo, debería regresar la actuación al funcionario de segunda instancia, para que éste integre lo decidido en el incidente, a la sentencia condenatoria que debe emitir.

Partiendo de esta reseña, señala la Corte que:

Un nuevo examen de la anterior temática lleva a la Sala ahora a proponer una solución jurisprudencial distinta a la planteada en las decisiones remembrada, por avenirse la nueva interpretación de manera más precisa a las normas que integran el modelo de enjuiciamiento penal actualmente vigente y ajustarse además con mayor estrictez a los criterios moduladores de la actividad procesal consagrados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual “en desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Así lo anterior, puede afirmarse:

- Es indiscutible que siendo la víctima titular de los derechos a reparación, justicia y verdad, está legitimada para intervenir en la actuación en pos de la efectividad de sus derechos;
- El incidente de reparación integral es una herramienta para lograr tal propósito, por manera que debe contar con un espacio procesal para proponerlo, pues si éste inexistiera sus derechos se tornarían ilusorios;

2008, rad. 29542.

119 *Ibid.*, rad. 22920.

- La ley 906 de 2004 establece cuál es el procedimiento por seguir respecto del incidente de reparación integral cuando en primera instancia se anuncia que el sentido del fallo es condenatorio. Pero nada prescribió cuando el fallo de primera instancia es absolutorio, y la decisión condenatoria se profiere en segunda instancia;
- Por esa razón, inicialmente para llenar el vacío de la ley, la Sala sostuvo que *para posibilitar la presentación del incidente de reparación integral el tribunal debe previamente anunciar el sentido de la decisión y luego fijar fecha para proferir el respectivo fallo, incurriendo en nulidad procesal el ad quem que pretermita esta ritualidad*”;
- Ahora, estima la Corporación que la decisión de nulidad, resulta ser un remedio demasiado extremo que no consulta a cabalidad los criterios moduladores de la actividad procesal;
- Si la actuación se adelantó con sujeción a la regulación procedimental y dentro de ella el procesado fue vencido en justa contienda, *“emerge desproporcionado que se invalide la ritualidad para dar paso a un trámite de carácter subsidiario al penal como lo es el relacionado con los perjuicios...”*;
- Es cierto que la víctima tiene un derecho inalienable a intervenir en la actuación penal, pero ello solo es posible en tanto exista una actuación de esa naturaleza;
- La acción civil tiene un carácter subsidiario o accesorio respecto de la acción penal. De ahí que se haya dicho en decisión de diciembre 15 de 2003, Radicación 21425, ratificada en auto del 31 de marzo de 2004, Radicación Ibíd.):

Extinguida la acción penal, las autoridades penales pierden toda competencia para continuar conociendo y resolver lo atinente a la responsabilidad civil derivada de los perjuicios ocasionados con los delitos, dado el carácter subsidiario de la acción civil en el proceso penal, la cual requiere como presupuesto procesal que en el proceso penal se declare la responsabilidad del procesado por el reato por del cual se derivan los perjuicios reclamados¹²⁰;

¹²⁰ *Ibíd.* En similar sentido, ver fallo de tutela del 3 de septiembre de 2002 y el auto del 10 de agosto de 2005, rad. 20489.

- Partiendo de lo anterior, no resulta lógico que el aspecto penal quede subordinado a la acción civil, sacrificando lo actuado con el único objetivo de viabilizar la reclamación indemnizatoria...” pues es posible acudir a otro remedio jurídico de igual o mayor eficacia que el de la nulidad, el cual en todo caso garantiza los derechos de la víctima;
- La decisión de nulidad que se había venido prohiendo por la doctrina de la Corte, puede eventualmente conducir a que los derechos de las víctimas sean burlados, pues el decreto de nulidad implica retrotraer la actuación a un momento procesal en el que no existe sentencia condenatoria;
- El hecho de declarar la nulidad de la actuación, comprendiendo o abarcando el fallo, puede determinar que al ser “leídos nuevamente los registros contentivos de las pruebas y la argumentación oral de las partes expuestas tanto en primera como en segunda instancia, el tribunal cambie de opinión y decida entonces confirmar el fallo absoluto. Tal resultado, con mayor riesgo de ocurrir, es posible que se dé si hay cambio de alguno o varios de los miembros de la respectiva Sala de decisión”;
- Aunque la Corporación venía adocinando que en el evento de la nulidad el ad quem solamente quedaría autorizado para pronunciarse sobre lo relacionado con la reparación a las víctimas “pues en punto a la sentencia, la alzada ya ha sido resuelta”, es lo cierto que la decisión de invalidar la actuación cobija el fallo, de suerte que el superior queda facultado para decidir, según su leal saber y entender, sobre todos los extremos de la litis, resultando imperioso recordar que según el artículo 5 de la Ley 270 de 2006 (estatutaria de la Administración de Justicia), ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerles las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”;
- La decisión de nulidad también podría comportar para la víctima un riesgo de prescripción de la acción penal, pues al dejarse sin valor la sentencia de segunda instancia, se reanudan los términos de prescripción, los cuales habían quedado suspendidos por disposición del artículo 189 de la Ley 906 de 2004;

- La Sala considera que es necesario ofrecer una solución distinta a la que se viene ofreciendo para los casos en que en sede de segunda instancia se emite sentencia condenatoria;
- “Tal salida consiste en abrir la oportunidad de promover el incidente de reparación integral con posterioridad a la ejecutoria del fallo.”;
- Esta solución no es exótica, pues la misma fue incluso considerada por la comisión redactora del proyecto que posteriormente se convertiría en la Ley 906 de 2004;
- Adicionalmente, cabe destacar que el Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), autoriza en el artículo 197, adelantar el incidente de reparación integral con posterioridad a la ejecutoria del fallo;
- Esta disposición del Código de la Infancia y Adolescencia, evidencia la intención del legislador de abandonar la rígida regulación conforme a la cual la indemnización pecuniaria debe reclamarse en el curso del proceso, como ocurre en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004 (...) para pasar a la flexible fórmula establecida en Alemania y en países latinoamericanos como Paraguay y Venezuela;
- Con la propuesta de que la reclamación indemnizatoria ocurra con posterioridad a la ejecutoria del fallo penal, se garantiza que el aspecto principal del proceso penal se debata sin las distracciones surgidas por las disputas que son comunes cuando se trata de determinar el monto de los perjuicios;
- Esta interpretación no comporta sacrificios de los derechos de las víctimas a reparación, verdad y justicia, pues ellas continúan con la facultad de intervenir dentro del proceso penal, dentro de los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia constitucional, para propender por la declaratoria de responsabilidad penal del autor de la infracción;
- El hecho de que la decisión definitiva del incidente de reparación integral adquiera la naturaleza de auto no es obstáculo para prohiar la solución propuesta;
- Se trata de un evento excepcionalísimo en el cual procede la casación contra un auto, cuyo proferimiento en segunda instancia, desde luego, para posibilitar la interposición del recurso (consagrado por la

ley de manera expresa, se insiste) corresponderá siempre al respectivo tribunal, así la decisión de primer grado la emita un juez penal municipal cuando se trata de un asunto de su competencia (Ley 906 de 2004, artículo 37);

- Aceptándose esta propuesta de solución, se entendería que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria del fallo penal, no cuando se defina el incidente de reparación integral, porque en éste se controvierte un aspecto accesorio, que no tiene por qué afectar el trámite de lo principal;
- Ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, dentro de los 30 días siguientes la víctima por sí o por medio de la Fiscalía o del Ministerio Público, puede promover el incidente de reparación integral.

Es del caso señalar que esta decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tuvo un salvamento de voto del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, quien si bien dijo estar de acuerdo con la decisión de fondo en cuanto no se decretó la nulidad para permitir la realización del incidente de reparación integral que fue obviado en la decisión de segunda instancia, consideró necesario efectuar algunas precisiones, de las cuales se destacan las siguientes:

- Si bien lo deseable es que el incidente de reparación integral se adelante luego de estar ejecutoriada la sentencia condenatoria, es necesaria una reforma legal que recoja tal postura, la cual aparecía en el proyecto del actual Código de Procedimiento Penal de 2004;
- Frente a los pronunciamientos de segunda instancia o a los fallos de casación con los cuales se revoca la absolución de primera instancia, estima que no fue que el legislador hubiera pasado por alto ofrecer una regulación al respecto y que frente a tal vacío es necesario buscar una solución similar a la que se ofrece cuando el fallo condenatorio se emite en primera instancia;
- Ocurrió simplemente, que como el tema entraña múltiples complejidades, se entendió mejor dejar de lado esa tabulación de la pretensión indemnizatoria, previo a la ejecutoria del fallo, cuando se trata de condenas en segunda instancia o en sede de casación;

- Por otra parte, no puede postularse que la decisión con la cual se resuelve el incidente de reparación integral tenga la naturaleza de un auto. Como constituye un verdadero pronunciamiento de fondo respecto de la responsabilidad civil y la forma de reparar los perjuicios, es apenas dable concluir que lo dicho por el juez no comporta un simple auto interlocutorio, sino una verdadera sentencia judicial.

En el artículo 103¹²¹ se agrega que iniciada la audiencia el juez, la jueza puede rechazar la *pretensión*, si quien la promueve no es víctima o si está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada.

Esto confirmaría, por extrañón que resulte, que adicionalmente al interés en la reparación, el incidente también es para ventilar las pretensiones relacionadas con los intereses de justicia y verdad.

Si se rechaza la pretensión, se le permite a quien alega ser víctima ejercitar una actuación típica de las *partes*, que implica interponer un recurso de impugnación, según las voces del cuerpo segundo del inciso 2º del artículo 103.

Si el juez admite la pretensión, la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable y ofrece la posibilidad de una conciliación, que de prosperar, dará por terminado el incidente, sin que ello comporte, en principio, que se pueda extinguir la acción penal, salvo que se tratara de aquellos delitos que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 600 de 2000, admiten la extinción de la acción penal por conciliación. En todo caso, si hubiere acontecido que el fallo condenatorio se profirió en segunda instancia, habida consideración de que la Corte Suprema de Justicia en su decisión del 19 de

121 LEY 906 DE 2004, artículo 103. *Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código. Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los 8 días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.*

febrero de 2009, Radicación 30237, señaló que en tales eventos el incidente solo puede adelantarse una vez se encuentre ejecutoriada la sentencia condenatoria, no parece posible que a dicha altura se pueda decretar la extinción de la acción penal, así medie conciliación o indemnización integral de los perjuicios, pues es evidente que el ejercicio de la acción penal terminó por virtud de decisión judicial que cobró ejecutoria.

En todo caso, si la conciliación que se intenta no prospera, corresponderá al juez o la juez fijar fecha para una nueva audiencia dentro de los 8 días siguientes para intentar, nuevamente, una conciliación, y si no se logra, el declarado penalmente responsable debe ofrecer sus propios medios de prueba.

Según se desprende de los artículos 103 y 104, son varias las oportunidades que regula la ley para efectos de que tenga lugar una conciliación entre las partes en conflicto.

Sin embargo, una primera precisión que se impone, parte del análisis del inciso 1 del artículo 103, pues allí se indica que el incidentante formula su pretensión oral *en contra del declarado penalmente responsable*, correspondiéndole indicar de manera expresa la forma de reparación integral a que aspira, e indica las pruebas que hará valer. No dice nada el código acerca de las “pretensiones” que podría presentar cuando su interés no es el de obtener una reparación, sino que se relaciona con los derechos de verdad y justicia.

En todo caso, es de destacar que la disposición en cita refiere que las *pretensiones indemnizatorias* se elevan en contra del penalmente responsable, es decir, en contra del sujeto pasivo de la acción penal, por manera que la ley no reguló expresamente la posibilidad de que tales pretensiones se puedan incoar respecto del *tercero civilmente responsable*, aspecto que necesariamente merece la mayor atención, máxime porque para este momento éste puede tener bienes afectados dentro de la actuación, debiendo recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-423 del 31 de mayo de 2006 se refirió a la posibilidad de embargar bienes del *tercero civilmente responsable* en etapas anteriores a las de inicio del incidente de reparación integral.

No obstante lo anterior, se establece que al ser admitida la pretensión le corresponde al juez ofrecer la oportunidad de conciliar. Aunque no se indica expresamente, cabe entender que el *tercero civilmente responsable* puede participar en la diligencia de conciliación, bien por iniciativa propia, bien por petición de la víctima, pues si por encima de la errónea definición del inciso 1 del artículo 107 de la Ley 906 de 2004, se recuerda que en el artículo 96 de la Ley 599 de 2000, se dispone que está obligado a indemnizar quien “conforme a la ley sustancial está llamado a responder”, agregando a su vez el artículo 140 de la Ley 600 de 2000 que *tercero civilmente responsable* es quien sin ser autor o partícipe de la conducta punible tiene la obligación de indemnizar, resultaría claro que este interviniente está más que legitimado para intervenir en un trámite que guarda estrecha relación con sus derechos y con las responsabilidades que se le pudieran posteriormente deducir.

Si esta primera audiencia para conciliación no prospera, se fija una nueva fecha para una segunda posibilidad de conciliación, la cual, en caso de no ser exitosa, determina que el *penalmente responsable* ofrezca sus propios medios de prueba. Tampoco lo señala la ley, pero debe entenderse que la posibilidad de ofrecer pruebas también debe concedérsele al *tercero civilmente responsable*, pues de lo contrario se le estarían vulnerando sus derechos de defensa.

En todo caso, esta clase de omisiones en la ley a la hora de regular las posibilidades de defensa que estarían al alcance del *tercero civilmente responsable*, podrían llevar al entendimiento, errado por supuesto, de que como la ley no dijo nada acerca del ejercicio de pretensiones indemnizatorias respecto de este interviniente, ni precisó las herramientas de que puede hacer uso para el ejercicio de su defensa, ello se explica en la consideración de que en el incidente de reparación integral no es posible deducirle responsabilidad civil extracontractual en relación con los hechos que fueron materia de investigación y juicio.

En realidad es perfectamente posible deducir responsabilidad civil en cabeza del tercero dentro del incidente de reparación integral, pues una interpretación contraria contravendría la norma rectora del artículo 11-c, según la cual la víctima tiene derecho a obtener una reparación de los

daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto o de los *terceros llamados a responder*, y resultaría además incomprensible que al tercero se le pudiera afectar con la medida precautelativa a que se contrae el artículo 100 sobre afectación de bienes en los delitos culposos, o, más genéricamente, con la posibilidad de soportar el embargo de sus bienes, tal y como se contempló en la Sentencia C-423 del 31 de mayo de 2006, pues siendo instrumentales las medidas cautelares, sólo se explican en la medida en que exista la posibilidad de que se llegare a afectar un derecho, lo cual se entiende con mayor claridad si se piensa en el absurdo que plantearía la posibilidad de que a una persona se le pueda privar de la libertad de locomoción en forma precautelativa, pero sin que correlativamente sea posible condenarla a una pena privativa de la libertad.

De todas formas, lo que sí resulta inadmisibles es que al *tercero civilmente responsable*, quien no puede actuar dentro de las etapas de investigación y juicio y a quien no se le puede radicar responsabilidad civil a la hora de emitirse el fallo como que éste sólo puede referirse a la responsabilidad penal del autor o partícipe, se le pueda condenar dentro del incidente de reparación integral sin haberle otorgado posibilidades reales de ejercitar el derecho de defensa, pues una decisión de este tipo adoptada bajo bases tan precarias, no está llamada a permanecer por ser violatoria de inalienables derechos constitucionales.

Fracasando el segundo intento de conseguir una conciliación, se buscará alcanzarla en una tercera oportunidad, la cual se dará al momento de iniciarse la audiencia de pruebas y alegaciones a que se refiere el artículo 104. Si prospera, el acuerdo se incorpora a la decisión; caso contrario se procede a la práctica de la prueba ofrecida por cada *parte*, calidad ésta, la de *parte*, que termina reconociéndola el legislador en cabeza de la víctima aunque en otras múltiples disposiciones la considera *interviniente*, y que, además, debe ser también predicable respecto del tercero civilmente responsable.

En el párrafo del artículo 104 se establece que la inasistencia no justificada del solicitante a las audiencias de *este trámite*, implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud y la condenatoria

en costas. Adviértase aquí, que la redacción de esta disposición puede ofrecer, como mínimo, dos interpretaciones:

1. Lo que determina que se entienda desistida la pretensión, es la inasistencia a las audiencias en las cuales se adelanta el trámite de práctica de las pruebas y alegatos;
2. Lo que determina que se entienda desistida la pretensión, es la inasistencia a las audiencias de conciliación.

El punto no es claro, pero ha de recordarse que el artículo 522 contempla como sanción para el querellante que no acude a la audiencia de conciliación preprocesal, que se entienda que desiste del ejercicio de la acción penal, por lo cual en forma análoga, la no comparecencia del incidentante, podría sancionarse con el entendimiento de que desiste de su pretensión civil.

Sin embargo, también puede considerarse la interpretación según la cual la no comparecencia del incidentante a las audiencias de conciliación, no a las relacionadas con las pruebas y alegatos, sólo debe entenderse como manifestación tácita de la carencia de interés en conciliar, pudiéndose agregar que como de *lege data* se admitió la posibilidad de que el incidente se adelanta para ejercitar derechos diferentes al de reparación, como lo son verdad y justicia, resultaría por lo menos discutible que pueda tener lugar una conciliación respecto de éstos habida consideración de su naturaleza.

Aunque no se establece así en la Ley 906 de 2004, no puede perderse de vista que, fin de garantizar sus derechos, el artículo 141 de la Ley 600 de 2000 dispone que el llamado *tercero civilmente responsable* tiene “los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal” y, en consecuencia, “no podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente ni se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra”.

Según lo establece el artículo 71 de la Ley 600 de 2000, el tercero podrá denunciar el pleito, o hacer llamamiento en garantía. Sin embargo, ésta posibilidad no se contempló en la Ley 906 de 2004, donde simplemente se

estableció que exclusivamente para efectos de la conciliación, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable, pueden pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud de contrato de seguros, resultando para éste completamente facultativo resolver si participa o no en dicho trámite.

En la Ley 600 de 2000, el legislador ha señalado con claridad la oportunidad procesal para vincular al tercero civilmente responsable, de tal manera que se garanticen sus derechos de defensa. Por ello, puede ser vinculado desde la presentación de la demanda de parte civil, pero no será posible vincularlo con posterioridad al auto que decreta el cierre de la etapa probatoria.

Al estudiar la Corte, la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 600 de 2000 relacionadas con Derechos Fundamentales del tercero civilmente responsable, estimó que como éste puede actuar desde el momento mismo de presentación de la demanda de parte civil (lo cual puede ocurrir incluso antes de ordenarse la apertura del sumario), ello garantiza que pueda defenderse efectivamente.

Si ello es así, ofrece alguna dificultad entender cómo puede resultar posible que se estime, como se hace en la sentencia C-423 de 2006, que al tercero civilmente responsable no se le viola el derecho a la defensa por el hecho de que, aunque no pueda defenderse dentro de las instancias anteriores al fallo, lo haga dentro del trámite del incidente de reparación integral, donde, como se dijo, no es necesario notificarlo, pues basta con citarlo.

El artículo 105¹²² dice que en la audiencia se resuelve el incidente y que éste se incorpora a la sentencia.

Como este incidente se adelanta ante el juez de conocimiento, cabe preguntarse si resultaría posible que el incidentante pueda solicitar y obtener la práctica de embargos, o si, por el contrario, decisiones en tal sentido sólo son admisibles dentro del trámite del proceso. Más aún: ¿ante quién se debería pedir las cautelas? ¿Ante el juez o la juez de

122 *Ibíd.*, artículo 105. “Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, la cual se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal”.

control de garantías, según el artículo 92 ó ello puede decretarlo el juez o la juez de conocimiento?

En nuestro criterio, sí es jurídicamente posible la práctica de medidas cautelares durante el incidente de reparación integral, no sólo porque efectuada la imputación la Ley 906 de 2004 en ninguna parte restringe la práctica de medidas cautelares a un momento particular del proceso penal, sino porque se trata de un entendimiento que permite por medio de la obtención de garantías, ir materializando el derecho de las víctimas a obtener una reparación por los daños que se les han causado con ocasión del delito

En cuanto al funcionario que debe decretar esas medidas cautelares, consideramos que debe ser el juez o la juez de control de garantías, pues, a pesar de que el incidente de reparación integral está a cargo del juez o la juez de conocimiento, es al juez o la juez de control de garantías a quien, dentro de la estructura y espíritu de la Ley 906, se le ha asignado la función de definir lo relativo a medidas cautelares tanto personales como reales, lo cual, a su vez, permite mantener la objetividad y la neutralidad del juez o la juez de conocimiento en relación con la decisión que habrá de tomar al fin del incidente de reparación integral.

Un interrogante final que cabe plantearse en torno al tema de la indemnización, es si mediando ésta en un proceso tramitado bajo las reglas de la Ley 906 de 2004, tiene la virtud de extinguir la acción penal.

Esta inquietud surge como consecuencia de la coexistencia de dicha Ley con la 600 de 2000, en la cual se le asigna a la indemnización integral no sólo la consecuencia de extinguir la acción penal respecto de ciertos delitos, sino además la posibilidad de que tenga lugar en cualquier momento del proceso¹²³; por el contrario, la Ley 906 prevé sólo la indemnización dentro del escenario del incidente de reparación integral, sin la virtud de extinguir la acción penal, de una parte, y de otra, en una de las hipótesis del principio de oportunidad¹²⁴.

123 LEY 600 DE 2000, artículo 42.

124 LEY 906 DE 2004, artículo 324 ord. 1.

En suma, como consecuencia de esa coexistencia legislativa y la obvia ventaja o beneficio que ofrece el régimen de la Ley 600 frente al de la Ley 906, como quiera que ofrece una situación favorable al procesado en tanto permite que se extinga la acción penal que se ejercita en su contra¹²⁵ a condición de que haya indemnizando los perjuicios causados con su conducta, tiene relevancia el interrogante planteado.

Teniendo en cuenta los criterios normativos¹²⁶ y jurisprudenciales¹²⁷ en torno a cómo debe tramitarse el incidente de reparación integral -oportunidad y alcance-, consideramos que la indemnización integral a favor de las víctimas y perjudicados por parte del procesado, ya sea de conformidad con lo establecido en el incidente de reparación integral o de cualquiera otra manera (verbi gratie: conciliación al inicio del incidente o manifestación de la víctima y los perjudicados de hallarse indemnizados en los perjuicios ocasionados en cualquier momento del proceso) sí extingue la acción penal, pero solo respecto de los delitos previstos en la Ley 600 de 2000 como susceptibles de tal mecanismo de extinción del *ius puniendi*, siempre que esa reparación ocurra previamente a la ejecutoria del fallo condenatorio, por cuanto:

- i) No existe óbice alguno para aplicar las normas que regulan la indemnización integral de la Ley 600 en procesos tramitados por la Ley 906, por cuanto no sólo presentan un tratamiento más favorable al procesado, sino porque la reparación de los daños ocasionados con ocasión del delito es un tema que atañe y está previsto en ambos sistemas procesales, y lo que establece la Ley 600 en la materia en nada desestructura o contradice la esencia del sistema de la Ley 906.

125 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. MP. Mauro Solarte Portilla. Acta 024 del 16 de marzo de 2006: *No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Sala ha venido insistiendo en la procedencia de su aplicación a asuntos gobernados por la ley 600 de 2000 por haber ocurrido los hechos durante su vigencia, tras considerar que el principio de favorabilidad que rige en materia penal y procesal penal con efectos sustanciales, previsto en los artículos 29 de la Carta Política, y 6º de las Leyes 600 de 2000 y 609 de 2004, no solamente resulta aplicable en los casos de sucesión de leyes en el tiempo sino, además, en la coexistencia de normas, siempre y cuando los preceptos llamados a regular el asunto jurídico en los dos estatutos prevean el mismo supuesto fáctico, no hagan parte esencial del sistema procesal penal acusatorio y el seleccionado sea más favorable a los intereses del procesado o condenado.*

126 LEY 906 DE 2004, artículos 102 y ss.

127 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, rad. 29484 del 16 de diciembre de 2008, MP. Javier Zapata Ortiz. *Ibid.*, rad. 30237 del 19 de febrero de 2009, MP. María del Rosario González de Lemos.

- ii) Para poder hablar de extinción de la acción penal, por simple lógica, es necesario que ésta se esté ejercitando, por lo que, si el fallo condenatorio ya está en firme, la indemnización no podría extinguir la acción penal, pues su ejercicio ya habrá culminado.

Así, si lo ocurrido en el proceso es que en primera instancia se absuelve y en segunda instancia se revoca la sentencia y, en consecuencia, se condena, la indemnización integral de los daños ocasionados sólo podrá extinguir la acción penal si esa indemnización tiene lugar o sustento en un escenario distinto del incidente de reparación integral (verbi gratia: una audiencia de conciliación sobre la materia en un centro de conciliación, o en una transacción entre los interesados, con la posterior manifestación de las víctimas de haber sido indemnizadas de forma previa a la referida ejecutoria), en tanto tal actuación -el trámite del incidente de reparación integral-, sólo tendrá lugar una vez cobre firmeza el fallo. Recuérdese que la Corte ha indicado que cuando la condena se produce en segunda instancia, el incidente de reparación integral sólo puede adelantarse cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia.

(iii) Se trata de una interpretación que no sólo es más favorable al procesado o la procesada, sino que asigna mayor amplitud y contenido a los fines de la Justicia Restaurativa y, por supuesto, a los derechos de las víctimas; ¿acaso no facilita que la víctima sea indemnizada por parte del victimario, el hecho de que éste se motive a indemnizar a cambio de no ser condenado penalmente? ¿Tal situación no es mejor tanto para la víctima como para el procesado, frente a que se logre una sentencia condenatoria y que luego la víctima deba hacer importantes esfuerzos para lograr la reparación de un daño? ¿Acaso la Justicia Restaurativa no persigue, en últimas, colocar a la víctima en una situación similar a la que se encontraba previamente a la comisión del delito?

Ap

ACTIVIDADES

Cada estudiante deberá elaborar un ensayo no superior a tres páginas, cuyo tema sea la respuesta al siguiente interrogante: ¿la mediación, la conciliación preprocesal y el incidente de reparación integral son verdaderos mecanismos de Justicia Restaurativa?

Unidad 4

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE Y CITACIÓN AL ASEGURADOR

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Comprender el rol del tercero civilmente responsable y el asegurador en el proceso penal y su relación con la Justicia Restaurativa.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Entender quién es tercero civilmente responsable.
- Entender quién es asegurador.
- Establecer las oportunidades procesales de intervención del tercero civilmente responsable y el asegurador.
- Delimitar las facultades del tercero civilmente responsable y del asegurador en el proceso penal colombiano.

4.1 TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

El artículo 107 se refiere al tercero civilmente responsable y dice:

Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.

A pesar de que en otros apartados se ha intentado aclarar que en principio, la responsabilidad del tercero es por su propia conducta (artículo 2341 CC), aunque en determinados eventos sí lo puede ser por el hecho de otro (artículo 2347 CC), es del caso destacar que los términos del inciso 1 del artículo 107 son equivocados, pues, en realidad, al intentar definir al tercero civilmente responsable, debió decirse, como se hace en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (artículo 140), que tal calidad la ostenta quien sin ser autor o partícipe de la conducta punible, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios o, como se lo precisa en el artículo 96 del CP de 2000, es la persona que de conformidad con la ley sustancial, está obligada a responder por los daños causados con la infracción.

Nótese que es diferente decir que tercero es la persona que de conformidad con la ley sustancial está obligada a responder por los daños causados con la infracción, a disponer que tercero es quien debe responder por la conducta del condenado, pues es evidente que un concepto como éste último solamente estaría cobijando, equivocadamente, por supuesto, los casos de responsabilidad indirecta o por el hecho de otro, dejando por fuera los de responsabilidad directa.

Por medio de la errónea definición del inciso 1 del artículo 107, no podría tenerse como tercero civilmente responsable a la empresa empleadora y propietaria del bus de servicio público con el cual culposamente se lesionó a un peatón, pues siendo claro según la legislación, doctrina y jurisprudencia civiles que el hecho del conductor es el hecho de la persona

jurídica y que, en consecuencia, su responsabilidad civil es directa, no se le podría endilgar responsabilidad por el hecho de otro.

Si bien la figura del tercero o “tercero civilmente responsable” cuenta ya con alguna tradición en la legislación procedimental colombiana, remontrándose sus antecedentes al Decreto 050 de 1987 donde existía un capítulo dedicado al instituto, pudiéndose decir otro tanto de los códigos de 1991 y de 2000, en el nuevo Estatuto procedimental Penal de 2004, sólo existen tres referencias al “tercero”, por cierto desconectadas entre sí.

Una, la del artículo 11 literal *c*, donde solemnemente se anuncia que entre los múltiples derechos de la víctima, está el de obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos, “a cargo del autor o partícipe del injusto (sic) o de los terceros llamados a responder en los términos de éste código”.

Otra, la del artículo 107 en comento, la cual de manera alguna se compadece con la del artículo 11, pues resulta evidente que allí inexisten términos o disposiciones que expliquen de qué manera puede resultar posible que la víctima obtenga una reparación de los perjuicios sufridos de parte del “tercero” civilmente responsable.

La última, la del artículo 108, referida a la posibilidad de que el tercero pueda hacer citar al asegurador.

Refiere el inciso 1 del artículo 107, que el tercero civilmente responsable es “la persona que según la ley civil debe responder por el daño causado por la conducta del condenado”.

No obstante lo anterior, de manera alguna dice la norma, y en puridad tampoco lo dice la Ley 906 de 2004 en parte alguna, de qué manera se determina, de conformidad con la ley civil, que la persona que se dice es supuestamente tercero civilmente responsable es en realidad responsable por los daños y, en consecuencia, puede ser llamada a indemnizar.

Tampoco dice la nueva regulación cómo se presentan las pruebas de las partes, cómo se valoran, cómo se presentan alegatos, en fin, no dice de qué manera se adelanta el trámite que permita precisar que existió un

daño o perjuicio; que de parte del tercero civilmente responsable hubo una conducta; que entre ésta y aquél existe relación de causalidad; que los perjuicios han sido debidamente cuantificados, etc.

Así las cosas, se tiene que en la Ley 906 de 2004 se alude a la posibilidad de hacer comparecer al trámite de reparación integral al llamado tercero civilmente responsable, pero no se precisa la manera en que ello se hace, salvo la alusión de que debe ser citado, presupuesto que ciertamente no permite que se trabe respecto de él la relación jurídico-procesal, de manera que bajo una situación tan rudimentaria, parece difícil en principio que en el trámite incidental pueda tomarse respecto de él una decisión en materia de indemnización de perjuicios que pueda resultarle vinculante.

Es necesario insistir en que en el artículo 107 no se habla de “notificación” alguna al tercero civilmente responsable, pues sólo se alude a un concepto bastante relacionado pero en definitiva diferente, como lo es el de “citación”, situación que de presentarse respecto del tercero, que no obstante ello no comparece al trámite, difícilmente podría permitir que se admitiera que lo allí resuelto se le pudiera hacer exigible, pues en tal caso resultaría evidente que no hubo posibilidad real de ejercitar el derecho de defensa.

No obstante lo anterior, debe ponerse de presente que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-425 del 31 de mayo de 2006 de la cual fue MP. HUMBERTO SIERRA PORTO, en términos similares a los de la sentencia C-423 del 31 de mayo de 2006, halló al artículo 107 exequible en forma condicionada, bajo el entendido de que el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer a plenitud su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra, es decir, resolvió la constitucionalidad del artículo 107, exactamente de la misma forma como lo hizo al fallar la constitucionalidad condicionada del artículo 100.

De todas maneras, es necesario aludir a la sentencia C-425 del 31 de mayo de 2006, pues en ella, la Corte considera que el reparo de constitucionalidad que la demanda formulaba en contra del artículo 107 ya había sido resuelto en la sentencia C-423 del 31 de mayo de 2006, afirmación que puede no resultar correcta, pues, en realidad, en la última sentencia

referida no se analizó suficiente, si en efecto el tercero civilmente responsable podía ejercitar en forma cabal su derecho de defensa, en el incidente de reparación integral, siendo inaceptable que por medio de una afirmación que se hace de paso, a manera de *obiter dicta*, pueda definirse la constitucionalidad de una norma que no fue objeto de la demanda ni la consideró la Corte bajo el principio de unidad normativa.

En realidad, lo que la Corte en esencia definió en la sentencia C-423 de 2006, fue que el tercero podía, durante la actuación que precedía al fallo, ejercitar plenamente el derecho de defensa, pero sólo respecto de las medidas cautelares con las cuales se afectaron sus bienes, correspondiéndole intentar la defensa de su posible responsabilidad civil, una vez fuera citado, dentro del incidente de reparación integral.

La última afirmación necesariamente plantea el interrogante de si al tercero le resulta posible comparecer *motu proprio* al incidente de reparación integral o si, por el contrario, sólo puede intervenir allí mediando su citación, pareciendo mejor la primera opción, no tanto porque parezca jurídicamente acertado que comparezca por su propia iniciativa, sino porque si se han practicado previamente medidas cautelares reales respecto de sus bienes, su no comparecencia podría determinar que los bienes quedaran en un limbo jurídico o, más grave aún, que terminaran siendo comprometidos respecto de una indemnización donde él no ha sido hallado responsable.

En la sentencia C-425 de 2006, la Corte reitera que el tercero civilmente responsable en la nueva legislación no es “ni parte ni interviniente [...] lo cual no obsta para que, en los términos de la Ley 906 de 2004, sea citado al incidente de reparación integral de perjuicios”, y también aclara que el nuevo Estatuto Procedimental:

(...) distingue entre notificaciones y citaciones, procediendo estas últimas cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial. De igual manera, la ley prevé la forma de realizar la citación, poniendo el acento en que “podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará

*especial cuidado en que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación*¹²⁸.

Así mismo, en la citación deberá quedar clara la clase de diligencia para la cual se requiere a la persona, si debe acudir con abogado, y de ser factible, la clase de delito, la fecha de comisión del mismo y el nombre de la víctima.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que: i. El tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, en los términos del título iv del libro i del CPP, sino que su actuación se limitará a participar en igualdad de condiciones que la víctima en el incidente de reparación integral el cual; ii. Deberá ser citado, de conformidad con la ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico; iii. Podrá llamar en garantía a un asegurador, y iv. Gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto del mismo, la calidad de víctima, e incluso podrá llegar a una conciliación con la misma.

Partiendo de estas afirmaciones de la Corte Constitucional, resulta obligado efectuar algunas observaciones, pues es válido considerar que muchas de aquellas pueden carecer de fundamento legal y, seguramente, generarán confusión al interior de muchos institutos del nuevo sistema procesal, como evidentemente acontece con el llamado tercero civilmente responsable.

1. Si bien es cierto la Ley 906 de 2004 no indica de manera expresa que el tercero civilmente responsable tiene la calidad de *parte, interviniente o sujeto procesal*, no por ello puede aceptarse sin más la postura de la Corte en el sentido de que aquél “no es parte o interviniente”, pues, por el contrario, basta recordar que se ha dicho que “interviniente” es quien interviene, luego incluso hasta quien es parte sería interviniente.

128 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, artículo 172.

Según CABANELLAS *parte* es “cada una de las personas que por voluntad, intereses o determinación legal *interviene* en un acto jurídico plural. Litigante; sea demandante o actor, sea demandado o reo; y también en el proceso criminal, el querellante o el acusado”¹²⁹, al paso que llama *tercero interviniente* a “El que comparece en defensa de su patrimonio o de sus derechos, en pleito iniciado por otros (tercería y especies)¹³⁰”, y define como *tercero*, desde un punto de vista procesal, a la persona que “no interviene en un litigio ni como demandante ni como demandado, y más estrictamente, quien interviene con carácter propio y ya trabada la *litis*, cual tercerista, para reclamar su dominio sobre los bienes o derechos litigiosos, o la prelación crediticia que le pertenece sobre el ejecutante”¹³¹.

Y aunque no es del caso intentar aquí definir quién es parte y quién es tercero dentro del proceso penal, sí resulta fundamental aclarar que no obstante la terminología que desde el Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050 de 1987), se utiliza para identificar a la persona que, sin tener responsabilidad penal como autor o partícipe del hecho, tiene la obligación de indemnizar de conformidad con la ley sustancial, persona a la que se ha venido denominando *tercero civilmente responsable*, ello sólo se hizo con la finalidad de distinguirlo de quien tiene un compromiso criminal con el hecho.

En este sentido, ha de decirse que a quien el Código de Procedimiento Penal denomina *tercero*, no es realmente tercero para la teoría general del proceso, sino que, en puridad, tiene la calidad de *parte*, demandada para el caso, así como la víctima que se constituye en parte civil tiene la calidad de parte, en su condición de demandante.

Y si ello es así, aún obviando el claro sentido del artículo 250 constitucional, la jurisprudencia constitucional y el mismo bloque de constitucionalidad, en la medida en que la víctima puede presentar unas pretensiones en contra del penalmente responsable y de quien

129 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. T. vi. 27 ed. Heliasta, Buenos Aires, 1989., p. 109.

130 *Ibid.*, T. VIII, p. 47.

131 *Ibid.*, p. 45.

de conformidad con la ley civil está llamado a indemnizar (a quien el Código de Procedimiento Penal llama tercero civilmente responsable), tendría la calidad de parte (demandante), y en el mismo sentido, frente al tema de la responsabilidad civil del mal llamado *tercero civilmente responsable*, cómo al parecer éste se define dentro de un trámite especial (incidente de reparación integral), es decir, sería en realidad otra *parte* (demandada).

Luego o se es *parte* o se es *tercero*, pero lo que no puede admitirse de manera alguna, es que se llame *tercero* a quien desde la clara óptica de la teoría general del proceso es en realidad *parte*.

Cuestión diferente es que quien es *tercero* se convierta luego en *parte*:

*Tercero es quien, en el momento de trabarse la relación jurídico procesal, no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, pero que una vez que interviene sea voluntariamente, por citación del juez, o llamado por una de las partes principales, se convierte en parte, es decir, ingresa al área del proceso*¹³².

¿Cómo decir, entonces, que al llamado *tercero civilmente responsable* no le correspondería la calidad de *parte* ni la de *interviniente*, cuando es cierto que inicialmente, y según la posición expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-423 de 2006, podría actuar de una forma similar a la del *interviniente ad excludendum* al cual se contrae el artículo 53 del CPC, y que luego indefectiblemente al ser citado o concurrir al incidente de reparación integral, donde podría ser condenado a pagar la indemnización de perjuicios, tendría la condición de *parte*?

La Corte Constitucional se equivoca en esta afirmación de la sentencia C-425 de 2006, pues si dicho *tercero civilmente responsable* en realidad no fuera *parte*, *interviniente* ni *sujeto procesal*, tendría una calidad de “fantasma sin sangre”, similar a la que BELING le atribuyó al concepto de *acción*.

132 PARRA QUIJANO, JAIRO. *Los terceros en el proceso civil*. 6 ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2001., p. 21.

En una decisión posterior (Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, al referirse a la víctima, la Corte Constitucional entendió que las posibilidades y derechos de una persona no dependen del calificativo que se le atribuya –como *parte* o *interviniente*–, sino del papel que ocupen dentro del proceso, lo cual bien puede aplicar al tercero *civilmente responsable*.

2. Por las mismas razones anteriores, así como yerra la Corte al decir que el tercero no es parte ni interviniente, yerra cuando asimila las posibilidades de actuación del tercero con las de la víctima, camino por el cual, también en forma equivocada, termina sugiriendo que la víctima tampoco es parte o interviniente.

Para aclarar el punto, oportuno es recordar lo que luego adoctrinó la Corporación en la sentencia C-454 del 7 de junio de 2006:

Así las cosas, 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.

Por otra parte, debe ponerse de presente que la Corte admite la posibilidad de que el tercero *motu proprio* acuda al incidente de reparación integral, “... en caso de buscarse una reparación de carácter económico”.

Sobre esta postura, no parece lógico que el tercero decida participar en un incidente de reparación integral, donde, en principio, no tendrá algún derecho o responsabilidad afectada; luego si él decide intervenir allí, tiene que ser porque está ocurriendo lo contrario, es decir, porque su responsabilidad puede resultar comprometida, posibilidad que necesariamente tendría lugar desde el momento mismo en que se

afectan sus bienes con una medida cautelar, luego lo lógico y jurídico habría sido que desde ese mismo momento se le permitiera salir a demostrar que su responsabilidad civil no está comprometida, posibilidad ésta que, como se vio, no la admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-423 de 2006.

Como la Corte reitera que el tercero civilmente responsable cuenta con todas las garantías procesales, como pedir y aportar pruebas “para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre ellos...”, se dirá, nuevamente, que ésta es una concepción por entero equivocada, la cual desconoce el sentido que, por lo menos desde el año de 1962, tanto la doctrina como la jurisprudencia le vienen dando a los artículos 2341 y 2347 del CC.

Ha de insistirse: la responsabilidad del llamado tercero civilmente responsable no es necesariamente por el hecho de otro, sino que, en principio, lo es por el hecho propio, lo cual es particularmente claro cuando el tercero es un ente moral. Y si ello es así, mal se hace al aludirse a los conceptos de vigilancia, control y selección, pues ellos sólo son de interés para la teoría de la responsabilidad indirecta.

Así las cosas, si el tercero civilmente responsable es, por ejemplo: la empresa propietaria del bus con el que se lesionó a un peatón, intentar defenderse demostrando que no hubo culpa en el “control y vigilancia” sería un error, pues la diligencia debida no sirve para destruir la responsabilidad civil extracontractual *directa*.

4.2. CITACIÓN DEL ASEGURADOR

El artículo 108 de la Ley 906 de 2000, antes de la sentencia C-409 de 2009, disponía:

Citación del asegurador. Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación

del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación.

Esta disposición, al referirse al *asegurador en responsabilidad civil*, en esencia estaría recogiendo el *llamamiento en garantía* como forma de *tercería*, aunque se aclara que su presencia según la regulación que aparecía en el texto legal, sólo es admisible para efectos de la conciliación a que alude el artículo 103, de manera que lo resuelto en el incidente de reparación integral solamente sería vinculante para el *llamado en garantía* en la medida en que en la audiencia él voluntariamente haya consentido en obligarse, lo cual constituye un retroceso frente a la regulación de la Ley 600 de 2000.

Respecto de la afirmación de la Corte en el sentido de que el tercero civilmente responsable puede “llamar en garantía a un asegurador”, necesario es preguntarse inicialmente: ¿qué o cuál calidad procesal tendría el llamado en garantía? ¿Sería parte o interviniente? ¿Podría ser parte o interviniente –según lo resuelto en la sentencia C-425 de 2006– quien es llamado por quien no es parte ni interviniente?

Pero separadamente de estos interrogantes, los cuales desafortunadamente no aclara ni responde la Corte en su decisión, ha de decirse que es preocupante que en la mencionada decisión la corporación hubiera admitido el *llamamiento en garantía* como forma de *tercería* dentro del proceso acusatorio, pues en el artículo 108 se alude únicamente a la “citación del asegurador”.

En verdad, parece difícil aceptar que aquí, en realidad, se haya recogido el llamamiento en garantía, pues si el asegurador solamente puede ser citado para efectos de una conciliación, no se ve cómo se estaría regulando tal forma de *tercería* dentro del proceso acusatorio, pues si bien es cierto que en el artículo 108 se alude a la “citación del asegurador”, ello no significa necesariamente que se le esté llamando en garantía.

Parece difícil aceptar que aquí se haya recogido el llamamiento en garantía, pues si el asegurador solamente puede ser citado para efectos de una conciliación, no se ve cómo tal forma de *tercería* se podría mantener cuando el asegurador no comparece a la citación o no acepta conciliar.

Pero si se acepta, como lo aseveró la Corte, que el asegurador sí puede ser llamado en garantía, reinaría una gran incertidumbre acerca del debido proceso y de la forma en que puede defenderse, pues el artículo 108 y, en general, la Ley 906 de 2004, guardan absoluto silencio sobre el particular.

Se indica también en la disposición, que el *asegurador de la responsabilidad civil* tiene la facultad de participar en la audiencia de conciliación, por lo que puede decirse que tiene el derecho de comparecer al incidente, pero no se le obliga, sino en el caso de que en la conciliación acepte hacerlo.

Y si su presencia es facultativa y si sólo se obliga por aceptarlo así en la audiencia de conciliación, es de claridad meridiana que no está obligado a comparecer y que, por ende, lo allí resuelto no le obliga.

No obstante lo anterior y retomando las inquietudes plasmadas en relación con los términos del artículo 107, si se parte del entendimiento elemental de que la relación jurídica-procesal se traba a partir de la “notificación” del auto admisorio de la demanda, resulta inadmisibile, por decir lo menos, que no habiendo sido notificado el tercero, sino simplemente citado, pueda, en todo caso, ejercitar una actuación propia de quien ostenta la calidad de parte, como es en este caso específico pedir la citación del asegurador.

Estos interrogantes parecerían haber sido tenidos en cuenta o recogidos por la Corte Constitucional, la cual con la Sentencia C-408 del 17 de junio de 2009, declaró la inexecutable de las expresiones del artículo 108, “*exclusivamente*” y “*quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación*”, relacionadas con la intervención del Asegurador en el incidente de reparación integral.

Según se afirma en esta decisión que se incluye en su integridad como Anexo al final de esta obra, que si el civilmente responsable tiene una póliza que cobije los daños que se ocasionaron con el delito, la compañía aseguradora estará obligada a participar en todo el trámite del incidente de reparación integral.

La aseguradora no sólo puede participar en las audiencias de conciliación, sino que debe intervenir en los trámites del incidente, siendo su participación en la audiencia de conciliación, obligatoria y no facultativa como se señala en el artículo 108 de la Ley 906 de 2004.

Tal directriz obedece a la consideración de que la redacción del artículo 108 *Ibíd.*, lesiona el derecho que tiene la víctima a ser reparada, lo mismo que el derecho que tiene la aseguradora a proteger sus intereses, por lo cual su participación en el incidente garantiza en mejor manera, el derecho de la víctima a obtener una reparación integral de los perjuicios que se le ocasionaron, al paso que la inasistencia patrocinada por el texto de la disposición, permite burlar las expectativas que le genera la existencia de un contrato de seguros que ampara a quien está llamado a indemnizar.

Se indica además, que si en la diligencia de conciliación no se llega a un acuerdo entre la víctima y la aseguradora, ésta en todo caso tiene derecho a adelantar las actuaciones que estime necesarias para la protección de sus derechos en consideración a la cobertura o amparo comprendido en la póliza, pues lo que se resuelva en el incidente le resultará vinculante.

Además de poner de presente que el contrato de seguros tiene una función social, en cuanto puede permitir cubrir el daño ocasionado con el delito, se efectúan algunas referencias a las facultades que tiene el juez o jueza para obligar a la empresa aseguradora, tema que, merece especial atención, pues en principio resulta indiscutible que no obstante existir una póliza de seguros, la aseguradora sólo estaría obligada de conformidad con sus términos y hasta el tope de las cuantías aseguradas, pues no ha de dejarse de presente que la responsabilidad aquí le compete por su compromiso contractual, de manera que no puede trasladársele la responsabilidad civil extracontractual que única y exclusivamente corresponde a quienes de conformidad con la ley sustancial están llamados a indemnizar, esto es, los penalmente responsables y los denominados *terceros civilmente responsables*.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

En clase, se desarrollará un debate cuyo objeto de discusión es el siguiente interrogante: En el proceso penal, ¿es indispensable la participación del tercero civilmente responsable y el asegurador?

Unidad 5

SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS OBTENIDOS

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Comprender el alcance de la suspensión y cancelación de títulos y registros como medida de restablecimiento de los derechos de las víctimas.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Identificar el alcance de esta medida.
- Conocer el o la funcionaria competente para decretarla.
- Saber la oportunidad procesal procedente para su decreto.
- Entender el papel de los terceros de buena frente a la suspensión y cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta.

5.1 LA SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS OBTENIDOS EN FORMA FRAUDULENTO, COMO MECANISMO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Dispone el artículo 101¹³³ de la Ley 906 de 2004:

Suspensión y cancelación de registros obtenidos forma fraudulenta. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido en forma fraudulenta.

*En la sentencia (condenatoria)*¹³⁴ se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.

Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos en forma fraudulenta.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes.

Como se trata de un mismo instituto jurídico, es pertinente recordar que en la Ley 600 de 2000, el artículo 66 contempla la cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, cuando “aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo”. Dispone al efecto el artículo 66 del CPP de 2000:

133 CORTE CONSTITUCIONAL. Declaró exequible el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, pero *condicionadamente* a que se entienda que la posibilidad de cancelación de tales títulos se extiende a otras providencias que ponen fin al proceso penal.

134 *Ibíd.* Sentencia C-060 de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla. Fue declarada inexecutable la palabra *condenatoria* del inciso 2 del artículo 101 de la Ley 906 de 2004.

Cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.

También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos en forma fraudulenta.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.

Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental.

El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario.

Según se observa y en contraste con la regulación de la Ley 600 de 2000 donde resulta posible adoptar la decisión de cancelación “en cualquier momento de la actuación”, en el nuevo Estatuto se dice que “en cualquier momento” y “antes” de que se presente la acusación, por petición de la fiscalía (lo pide el fiscal, no la víctima, y al parecer no opera oficiosamente), el juez o jueza de control de garantías dispone la *suspensión* del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, “cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido en forma fraudulenta”, por lo cual, en principio, ello podría ordenarse aunque no estuviera demostrado el *tipo objetivo*, pues este concepto o, mejor, este presupuesto, se cambia por el de *motivo fundado*, que termina siendo una exigencia absolutamente subjetiva.

Sin embargo, ha de repararse en que lo que se establece en la regulación del inciso 1 no es la posibilidad de ordenar la cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, sino tan sólo la de disponer la *suspensión* del poder dispositivo respecto de los bienes que pudieron ser adquiridos mediante títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta.

Luego lo que se regula en el inciso 1, corresponde a una medida cautelar -la suspensión del poder dispositivo-, que al igual de lo que acontece con la prohibición de enajenar a que se contrae el artículo 97, comportará que los bienes salgan del comercio, siendo en todo caso necesario que el juez o la jueza de control de garantías, comunique la orden de suspensión a la correspondiente oficina de registro o entidad que emitió el título nominativo. Sobre este particular, ha de recordarse que la *suspensión del poder dispositivo* en las legislaciones de 2000 y de 1991, correspondía a lo que se ha denominado *embargo especial*.

Respecto de la regulación original del inciso 2, evidentemente resulta equivocado que fuera en la sentencia *condenatoria* donde se podía ordenar la cancelación, siempre que hubiera convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que dieron origen a la suspensión del poder dispositivo.

En la regulación original de la Ley 906 de 2004, el tratamiento del instituto parece diferente al que se dispensa en la Ley 600 de 2000, y puede representar un importante retroceso legislativo, como que existirían muchos eventos en los cuales no obstante haberse demostrado el *tipo objetivo* o incluso, la tipicidad de la conducta, no sería posible proferir una sentencia condenatoria, porque por ejemplo: no resultaría posible identificar al falsificador o defraudador, resultando equivocado que teniéndose establecida tal realidad se niegue al funcionario o funcionaria judicial, la posibilidad de efectuar las declaraciones correspondientes y de ordenar, con fundamento en el mandato constitucional de restablecimiento del derecho, que las cosas vuelvan al estado predelictual al disponer la cancelación de los títulos de propiedad o gravamen que se obtuvieron en forma fraudulenta.

Por lo demás, no se entiende por qué la medida de *suspensión* sólo puede adoptarse antes de la acusación, pues parece apenas elemental, y es mecanismo encaminado al restablecimiento del derecho, que la medida se pueda acoger en cualquier momento, como de hecho debe ocurrir, ya que no obstante los términos del artículo 101, por encima de lo allí regulado se impone la aplicación del artículo 250 superior. Cuestión diferente es que ante la posibilidad de adoptar cualquiera de las dos decisiones, esto es, la *suspensión del poder dispositivo* o la *cancelación de los títulos obtenidos fraudulentamente*, se opte por la primera, pues definitivamente su carácter cautelar aunque contribuye al restablecimiento del derecho, no lo hace con la misma contundencia que se encierra en la segunda, pues es evidente que cuando se ordena la cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, las cosas regresan a su *statu quo ante*.

En la decisión de la Corte Constitucional con la cual por una parte, se declara inexecutable la palabra *condenatoria* del inciso 2 del artículo 101 y por la otra, se declara executable el artículo 101 pero condicionadamente a que *se entienda que la posibilidad de cancelación de tales títulos se extiende a otras providencias que ponen fin al proceso penal*, se pone de presente que la lectura y manejo de la institución sufre un cambio trascendental, entre otras razones porque ya no será solamente la *sentencia condenatoria* el único escenario para decretar la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta.

Así las cosas, y como la esencia de la Sentencia C-060 de 2008 comporta que en su parte esencial las disposiciones de los artículos 101 de la Ley 906 de 2004 y 66 de la Ley 600 de 2000 tengan una mayor afinidad, resulta adecuado presentar algunas reflexiones adicionales sobre esta temática, teniendo como base primera regulación del Código de Procedimiento Penal de 1991, al igual que lo prescrito en los dos códigos de procedimiento penal que actualmente coexisten en su aplicación en el País.

La norma que regulaba la medida en el Código de Procedimiento Penal de 1991, decía:

Artículo 61. CANCELACION DE REGISTROS OBTENIDOS EN FORMA FRAUDULENTO. En cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y del registro respectivo.

También se ordenará la cancelación de la inscripción de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos en forma fraudulenta.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se estén adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que finalicen las actuaciones correspondientes.

De manera acentuada, esta importante norma regulaba una medida orientada claramente hacia el restablecimiento del derecho, en la medida en que permitía que sólo bastara la demostración de la tipicidad del hecho, para que el funcionario ordenara la cancelación de títulos y registros, cuando a éstos se hubiere llegado de manera fraudulenta.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia del 3 de diciembre de 1987, luego de señalar que además de ser consustancial en la misión del funcionario judicial, buscar la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual (*restitutio in pristinum*), agrega que “... la adquisición de ellos aún por un tercero de buena fe, no es lícita en razón del hecho punible que afecta la causa de su derecho y que el juez penal debe declarar de oficio para restablecer el derecho de la víctima”.

Y es elemental que con la aplicación de la disposición en cita, al buscarse la restitución del bien objeto material de la infracción, el perjuicio a la víctima se aminoraba y aminora, como que las cosas, en lo posible, vuelven al estado anterior, fin de las normas sobre restablecimiento del derecho.

Además, el otorgamiento de tal atribución al funcionario o funcionaria judicial penal, la cual se encontraba en cabeza del juez civil por medio de un proceso de nulidad, aparte de la operatividad y agilidad que comporta

la medida, hace menos gravosa la situación de la víctima que no se verá compelida a acudir al juez o jueza civil para recuperar sus bienes, con los costos que ello implica, pues la medida opera incluso de oficio.

Se agrega, como en su momento lo consideró la Corte Suprema de Justicia, que desestimar la constitucionalidad de esta medida *“implicaría reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita de aquellos derechos que la Constitución denomina ‘adquiridos con justo título’ y que deben ser protegidos por la ley aún en detrimento de los derechos del legítimo titular, de los que pretendió despojarlo el autor del hecho criminal”*.

Sobre el particular, existe un interesante precedente jurisprudencial: el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Penal, en ejemplar decisión del 17 de junio de 1992, de la cual fue MP. Adalberto Márquez Fuentes, con la cual se pone de relieve la particular importancia que tiene el principio del Restablecimiento del Derecho, ordenó la cancelación de títulos de propiedad de un bien inmueble obtenidos en virtud de delito de fraude procesal, pese a que para el momento cuando se adoptó tal decisión, la acción penal no podía continuarse debido a su prescripción.

Siendo ya de por sí trascendental lo que resolvió la Corporación a efectos de obtener el restablecimiento del derecho, para que ello efectivamente tuviera lugar no sólo se limitó a decretar la cancelación de los títulos obtenidos en forma fraudulenta, sino que además ordenó efectuarse la entrega del inmueble a su verdadero propietario, decisión que por elemental que parezca en su adopción, en muchas ocasiones no es utilizada, determinando en la práctica que se imponga al propietario adelantar nuevas gestiones judiciales a efectos de recuperar el bien.

No obstante, la audacia que se pone de presente en este antecedente jurisprudencial que revela un cabal entendimiento de lo que implica el instituto del restablecimiento del derecho y un respeto y apego a lo ordenado en disposiciones como el artículo 250 de la Carta Fundamental, es cierto que la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, se viene ordenando en el País en forma por demás tímida, pues no se tiene conciencia de su importancia para efecto de obtener que las cosas vuelvan al estado predelictual o existe temor de ordenar una medida que

tiene como consecuencia dejar sin efectos jurídicos, los títulos de adquisición de un bien inmueble, y por esta vía, la figura en cita ha quedado relegada en su aplicación al momento procesal cuando se profiere sentencia, lo cual trae como conclusión lógica que en muchos casos y contrariando la Constitución Política, la medida jamás se aplica, pues muchas son las investigaciones que no trascienden a la etapa del juicio, tal y como ocurre en los eventos en los cuales por no haber imputado conocido, no es posible abrir la investigación criminal o formular la imputación.

Bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991, se produjeron dos interesantes decisiones de las Altas Cortes -las cuales vale la pena recordar en sus apartes más sobresalientes-, como lo son *i)* la sentencia del 23 de julio de 1996 de la Sala de Casación Civil y Agraria, Expediente 4713, y *ii)* la Sentencia SU-478 del 25 de septiembre de 1997, de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

i) Sentencia del 34 de julio de 1996, Sala de Casación Civil y Agraria, Expediente 4713, MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Para efecto de entender las consideraciones que expuso la Corporación, es indispensable realizar una breve referencia a los hechos.

Según se relata en la decisión, los aspectos fácticos del caso tienen relación con una venta simulada que señora B.E.P. de B., celebró sobre un inmueble de su propiedad con la señora M.I.V.T., según escritura pública 2379 del 1° de agosto de 1984 de la Notaría 13 del círculo de Medellín.

La adquirente, abusando de su condición, mediante escritura pública 3462 del 26 de octubre de 1984 de la misma notaría, constituyó un gravamen hipotecario para garantizar una obligación que contrajo con M.G.G., por \$1.000.000. Posteriormente, la acreedora inició un proceso ejecutivo hipotecario, en el cual se ordenó el embargo del inmueble que fue rematado, diligencia en la cual lo adquirió la señora E.L.V.D., quien protocolizó el auto aprobatorio del remate con la escritura pública 1854 de julio de 1987 de la Notaría 14 del círculo de Medellín, la registró el 13 del mismo mes, y entró en posesión del inmueble el 5 de agosto del mismo año.

La propietaria original, señora B.E.P. de B., presentó denuncia penal por estafa en contra de M.I.V.T., quien resultó condenada en decisión confirmada el 29 de agosto de 1988 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, que ordenó la cancelación de las escrituras públicas 2379 y 3462 con las cuales se vendió e hipotecó el inmueble respectivamente, *“quedando en esta forma restituida la cosa material del asunto penal al estado anterior del delito”*. También se cancelaron los registros de dichas escrituras.

Adicionalmente, la señora B.E.P. de B., ejercitando acción reivindicatoria, inició proceso ordinario en contra de E.L.V.D., en el cual el juzgado de primera instancia con decisión del 31 de marzo de 1993, declaró que pertenece a B.E.P. de B., el pleno y absoluto dominio sobre el inmueble, y ordenó restituirlo a la poseedora vencida, a más de ser condenada a pagar los frutos civiles y las costas del proceso. Esta decisión fue confirmada el 23 de julio de 1993 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. El Tribunal estimó que *“(…) esa acción se concede al beneficiario del pronunciamiento, sin consideración a la fe del poseedor”*, y agregó que lo que ocurre es que el título de la demandada es inoponible a quien volvió a ubicarse como dueño, en virtud de las acciones de cancelación, porque se entiende que nunca dejó de serlo y que *“cuando apareció como tal en virtud de títulos posteriores, se ubicó como falso adquirente, como comprador de cosa ajena, que aunque válida, no tiene esa calidad frente a los derechos del verdadero dueño”*.

En la demanda de casación interpuesta por la parte vencida, el censor acusa la sentencia de ser violatoria indirectamente de la ley y por aplicación indebida, y expone, entre otras consideraciones, la calidad de tercero adquirente de buena fe que debe reconocerse a quien compró en pública subasta, agregando que la orden de cancelación que se emitió por la jurisdicción penal, no abarcó la Escritura Pública con la cual se protocolizó el auto aprobatorio del remate, amén de que en el proceso penal, quien adquirió en pública subasta no tuvo la calidad de parte o de interviniente.

La Corte resolvió no casar la sentencia recurrida por cuanto el censor equivocó la vía del ataque, el cual debió ser por la vía de la infracción directa de la ley, por manera que *“cae aquél entonces en una equivocada actividad dialéctica que no le permite a la Corte, sin desbordar las atribuciones*

que le son propias como tribunal de casación, entrar a examinar el fondo de las acusaciones de este modo planteadas”.

Empece lo anterior:

(...) la Corte no puede dejar de llamar la atención, en ejercicio de la alta función institucional que le compete de acuerdo con el Artículo 365 del mismo cuerpo legal recién citado, que sin embargo del fatal desenlace del recurso interpuesto, salta a la vista el yerro jurídico en buena medida señalado por dicha impugnación, toda vez que al hacer lugar a la acción reivindicatoria entablada, los falladores de instancia quebrantaron cuando menos y en forma directa, por falta de aplicación, los Arts. 1766, 768 y 769 del C. Civil, así como también el Artículo 267 del C. de P.C. y de contera aplicaron indebidamente los Arts. 53 del Decreto Ley 050 de 1987 y el 61 del Decreto Ley 2700 de 1991, preceptos éstos últimos que no son de carácter absoluto y ante ellos, a la ligera, no pueden hacerse cesar mecánicamente conocidas reglas de protección de la apariencia establecidas a favor de terceros de buena fe exenta de culpa, víctimas en cuanto tales de error, excusable a plenitud (...)

Y entre otras consideraciones, señala la Corporación:

- Cuando existen ciertas condiciones, la ley protege la confianza del tercero que adquiere de buena fe, y hace que se produzcan los efectos que a raíz de su opinión errónea el agente tenía razón de esperar;
- La ley toma en consideración la buena fe libre de toda culpa con el exclusivo propósito de proteger la honestidad en la circulación de los bienes, honestidad que por lo demás el ordenamiento presume (artículo 83 CN);
- Los genuinos terceros adquieren por principio una posición inatacable no obstante la ineficiencia sobreviniente, o la eficacia claudicante por motivos ocultos;
- Quienes de buena fe contratan con el pseudo-adquirente están protegidos por los arts. 1766 del CC y 267 del CPC., y este principio representa un límite de suma importancia que siempre deben tener en

cuenta las autoridades judiciales, incluso cuando, con fundamento en los artículos 14 y 61 del CPP, se haya dispuesto la cancelación de títulos y registros con miras a conseguir el restablecimiento de derechos quebrantados;

- Resulta contrario al sentido común que en casos de este linaje, indiscriminadamente y para rendirle culto a la lógica simplista, la justicia termine dejando desamparada la buena fe.
- No obstante la importancia y sólida argumentación que se encierra en estas consideraciones, debe ponerse de presente que en la providencia citada no existe alguna referencia al artículo 250 de la Constitución Política, en el cual para la época, establecía con meridiana claridad, que los funcionarios judiciales adoptarán las medidas que se consideren necesarias para concretar el restablecimiento del derecho, a efectos de que las cosas vuelvan al estado predelictual.

De esta suerte y siendo indiscutible que las víctimas fueron constitucionalizadas a partir de la Carta Política de 1991, optar por la protección de los derechos del tercero que adquiere de buena fe, sería desconocer el protagonismo que nuestra Carta y el bloque de constitucionalidad otorgan a las víctimas del delito y entonces, a ésta le correspondería observar cómo el bien que fue sustraído delictivamente de su patrimonio, entra a ser parte de uno distinto, el del tercero, simple y llanamente por cuanto este último actuó de buena fe.

ii) Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional SU-478 del 25 de septiembre de 1997, Expediente T-124400, MP. Alejandro Martínez Caballero.

A efectos de entender las consideraciones que expuso la Corporación, es indispensable efectuar una breve síntesis de los hechos.

Según se relata en la decisión, los aspectos fácticos del caso tienen relación con la adquisición de 10 títulos de participación clase B del Banco de la República (cada uno con un valor de \$38.000.000), por parte de IFI-Concesión Salinas, lo cual aconteció el 29 de noviembre de 1990. Tales títulos fueron hurtados al IFI: cuatro (4) de ellos, dice la Corte, reposan desde hace años en el expediente penal que cursaba en la Sala Penal del

Tribunal de Bogotá, y los seis (6) restantes, corresponden al juicio ejecutivo que preferencialmente origina la tutela, los cuales inicialmente se encontraban bajo las órdenes del Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, pero por orden de la Sala Penal del Tribunal fueron remitidos allí para que hagan parte del referido proceso penal.

Según lo anterior, todos los diez títulos quedaron bajo órdenes de la justicia penal, investigación que se inició por denuncia penal presentada por el IFI por los delitos de peculado y falsedad, la cual correspondió al Juzgado 10 de Instrucción Criminal, pues para la época no había sido creada la Fiscalía General de la Nación.

Una de las primeras determinaciones del juez instructor fue ordenarle al Banco de la República, abstenerse de pagar los títulos, indicándole expresamente: *“Igualmente teniendo en cuenta la urgencia de que los títulos que informa la denunciante pueden ser presentados para el cobro, aumentándose por tanto la cuantía del ilícito, se ordena de conformidad con la facultad consagrada en el artículo 366 del CPP, la no cancelación de los documentos que se presenten al cobro y la retención de los mismos”*.

Seis (6) de los títulos hurtados fueron adquiridos en el mercado público de valores por la firma comisionista de bolsa Bermúdez y Valenzuela, la cual le solicitó el 22 de junio de 1991 al juzgado instructor que decretara el levantamiento de la órdenes de no pago y de retención. El apoderado judicial de la comisionista indica que con base en los seis títulos, se inició proceso ejecutivo singular contra el Banco de la República, el cual correspondió al Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá.

El Juzgado 102 de Instrucción Criminal, al cual luego se le asignó la instrucción, negó la entrega de los títulos a la sociedad Bermúdez y Valenzuela S.A., que actuaba como *tercero incidental*, decisión que luego fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, el cual indicó que *“Entonces, lo que corresponde revisar es si en estas últimas transacciones, en donde ya figura el comisionista como adquirente, a favor de éste cabe pregonar la existencia de esa buena fe que se refiere el artículo 835 del Código de Comercio. Y valorada la situación, la respuesta resulta ser negativa (...) no se está en presencia de una normal y corriente transacción de títulos-valores; contrariamente, si estos*

bienes resultaron en el mercado se debió a que fueron objeto de ilícita apropiación. Y en estas circunstancias, no puede olvidarse que es también deber de los funcionarios de la jurisdicción penal, como principio general de procedimiento, procurar en cuanto sea posible retornar las cosas al estado anterior al de los hechos punibles;”.

La Corte Constitucional en su providencia refiere que “La firma Bermúdez y Valenzuela adquirió seis de esos títulos después de que habían sido sustraídos; pero antes de ser tenedor de los títulos los había conocido como comisionista de la bolsa. En calidad de tenedor, los presentó para su cobro ejecutivo en el Juzgado 29 (sic) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Es decir que primero fue comisionista y luego tenedor de los títulos. Los 6 títulos que presentó para la ejecución tienen consignada como parte del endoso esta frase:

“ENDOSAMOS SIN RESPONSABILIDAD A FAVOR DE BERMÚDEZ Y VALENZUELA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, ADVIRTIENDO LA EXISTENCIA DE ORDEN DE NO PAGO POR PARTE DE UN JUZGADO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL”.

Es del caso anotar que dentro del proceso ejecutivo en el cual se demandó al Banco de la República, éste presentó excepciones, entre ellas la de imposibilidad de cancelar los títulos por haberlo ordenado así el Juez 10 de Instrucción Criminal. En audiencia de conciliación efectuada el 2 de diciembre de 1993, la apoderada de la demandante expresó que no había conciliación por cuanto el Juzgado 26 Penal del Circuito no ordenó levantar las medidas cautelares ordenas respecto de los títulos, de donde se infiere que Bermúdez y Valenzuela S.A., era consciente de la orden de no pago de los títulos y de que la administración de justicia había resuelto desfavorablemente su pretensión de que se pagaran los títulos-valores.

El 17 de agosto de 1994, el apoderado del Emisor pidió la suspensión del proceso ejecutivo singular por prejudicialidad penal (numeral 1 del artículo 170 del CPC), la cual fue negada por el Juez 29 Civil del Circuito que desde un año antes, había recibido información del juez penal sobre el no pago, por lo cual en su momento, expidió un auto donde decía que esa información se tendría en cuenta “para los fines del artículo 170 del CPC.

El 24 de agosto de 1995, el Juzgado 29 Civil del Circuito profirió sentencia, negando las excepciones porque *“consideró que en el proceso cambiario una cosa son los títulos y otra el negocio subyacente y que se protege al tercero de buena fe; se basó en el artículo 784 del Código de Comercio”*.

Por su parte, en el proceso penal, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia el 30 de enero de 1996, condenando a los procesados por los delitos de peculado por apropiación en concurso con otros delitos, y ordenó que el Banco de la República pagara los títulos al IFI-Concesión Salinas.

La sentencia del juzgado civil fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá con providencia del 6 de agosto de 1996.

La sentencia del juzgado penal también fue apelada ante la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, donde según decisión del 1° de octubre de 1996, hubo algunas modificaciones en cuanto al tema de la responsabilidad penal, pero se confirmó el reconocimiento de los derechos del IFI-Concesión Salinas. También ordenó compulsar copias para investigar penalmente a los representantes legales de Bermúdez y Valenzuela S.A.

Contra esta decisión, se presentó el recurso extraordinario de casación. En el proceso civil, la apoderada de la demandante presentó liquidación del crédito por \$3.407.883.772,26.

El Banco de la República instauró tutela contra las decisiones judiciales, pidiendo dejar sin efecto la sentencia del 24 de agosto de 1995 del Juzgado 29 Civil del Circuito y la sentencia del 6 de agosto de 1996 de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, pidiendo subsidiariamente que *“se tome cualquier otra medida que tenga como única finalidad, evitar que el Banco de la República tenga que pagar dos veces los mencionados títulos valores”*.

La tutela fue resuelta favorablemente por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, pero el 6 de febrero de 1997, fue revocada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que consideró que no había existido vía de hecho.

El fallo de tutela fue escogido para revisión por la Corte Constitucional donde además de aludir al tema de lo que puede constituir vía de hecho, efectuó interesantes consideraciones en relación con el tema del restablecimiento del derecho que se quebrantó con el delito, a saber:

- *Es apenas obvio que la justicia tenga como uno de los objetivos que las cosas vuelvan a la situación predelictual; en caso de una sustracción de un título valor (por robo o por peculado), lo justo es que si se recupera lo sustraído el favorecido por la recuperación sea el legítimo dueño del título valor, no tiene sentido y SERIA JURÍDICAMENTE REPROCHABLE que el obligado a pagar un título valor tuviera que pagarle al beneficiario a quien le robaron el documento y también tuviera que pagarle al tenedor del título a sabiendas de que ocurrió un delito, porque si esto último fuera así, se llegaría al ABSURDO de que sería mejor no recuperar los títulos-valores objeto de sustracción, o a otro ABSURDO aún peor: que si la justicia es eficiente y recupera el título robado, esa misma justicia puede ordenar a quien sufrió el delito pagar dos veces lo robado, como si la víctima hubiera cometido el ilícito y mereciera castigo, esto último es totalmente irracional (negrillas fuera de texto).*
- **Unidad de jurisdicción.** No se trata solamente de señalar ese principio del derecho que aboga por volver al estado predelictual, '*restitutio in pristinum*', sino de compaginarlo con otro principio del debido proceso: la unidad de jurisdicción. Corolario de la necesidad de manejar el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por eso la aludida sentencia C-245/93, agrega:

No se puede cuestionar entonces el deber que le impone la ley al juez de ordenar la cancelación de los registros espurios, simplemente por ser una función que tradicionalmente cumplía el juez civil en el correspondiente proceso de nulidad del acto jurídico vertido en el documento adulterado, ya que en razón del principio de la unidad de jurisdicción al juez penal se extiende la competencia para decidir sobre cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen.

Aceptar la pretensión del actor de anonadar la integridad del precepto acusado, implicaría reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita de aquellos derechos que la Constitución denomina 'adquiridos con justo título' y que deben ser protegidos por la ley aun en detrimento de los derechos del legítimo titular, de los que pretendió despojarlo el autor del hecho criminal". Y más adelante añadió: 'Tal decisión sólo puede adoptarse una vez que se haya dado oportunidad a los poseedores o adquirentes de buena fe de los bienes objeto del delito y sujetos a registro, de hacer valer sus derechos en el proceso penal' (MP. Jairo Duque Pérez).

Y remata la sentencia C-245/93:

En concepto de la Corte Constitucional, la demostración de la tipicidad del hecho punible significa que esta situación jurídica le atribuye al funcionario judicial razón suficiente para enervar los efectos jurídicos del título y del registro y lo habilita para ordenar su cancelación, en los términos que establece la disposición acusada; se trata de impedir que el título viciado genere una cadena de defraudaciones a la ley y a los derechos de los demás que actúan de buena fe y a los de la sociedad, que exigen que sea intachable la oponibilidad de los títulos y la de los actos emanados de la función pública registral. Es este el ámbito propio y específico de una decisión judicial anticipada que persigue la preservación del derecho de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica.

Según se observa luego de analizar las dos decisiones anteriores, en la última, la Corte Constitucional rescata lo que ha sido un entendimiento pacífico, cual es que los derechos que la Constitución Política garantiza son aquéllos que han sido adquiridos con justo título, situación que no puede predicarse cuando la tradición del bien aparece en un momento viciada por la ocurrencia de un comportamiento delictivo, evento en el cual la causa es ilícita y por ende, inapropiada para el nacimiento de un derecho con título justo. Bajo esta consideración, al haberse recuperado el bien que fue objeto del delito, debe reintegrarse a su inicial y legítimo propietario, aún en el caso de que un tercero lo haya adquirido de buena fe, lo cual no implica

que a éste se le desconozcan sus derechos, pues en todo caso podrá buscar obtener de quien lo defraudó, la indemnización correspondiente, forma ésta indiscutible para conseguir el restablecimiento del derecho quebrantado.

Bien miradas las cosas, al propietario que fue objeto del desapoderamiento fraudulento del bien, se le restablece el derecho, ordenándose la cancelación de la titulación espuria y restituyéndole la plena propiedad del bien; al tercero adquirente de buena fe se le restablece su derecho, buscando que se le reintegre el dinero que pagó por él. Pero si la solución fuera la de permitir que el bien quede en cabeza del tercero, entonces, como lo sostuvo la Corte Constitucional, se estaría castigando a la víctima inicial, como si ella hubiera cometido algún delito.

Ahora bien, teniendo en cuenta la redacción que existía en el Decreto 2700 de 1991 respecto del instituto de la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, fue necesario que en el Código de Procedimiento Penal que se adoptó con la Ley 600 de 2000, se hicieran algunas modificaciones que indiscutiblemente redundan en beneficio de su aplicación, como lo es la que tiene que ver con el funcionario que la puede decretar o el momento cuando debe ordenarse la medida, aspecto sobre el cual ya la jurisprudencia había aclarado que la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, no es una de aquellas decisiones que se pueda diferir para el momento de la sentencia.

Al efecto, precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Competencia del juez penal para decidir asuntos civiles. El artículo 61 del Código de Procedimiento Penal regula la cancelación de los títulos obtenidos en forma fraudulenta, norma que hace parte de aquella gama de disposiciones previstas en el Código de Procedimiento Penal dirigidas a garantizar los derechos de la víctima del delito, y la que a su vez desarrolla el fin esencial del Estado de efectivizar los derechos de todos los miembros de la colectividad previsto en el artículo 2º de la Constitución Política, del cual es reflejo el numeral 1º del artículo 250 ibídem que faculta a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces de la República para adoptar las medida necesarias a objeto de

materializar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, propósito recogido por el Código procesal penal como norma rectora al disponer 'Cuando sea posible, las autoridades judiciales deberán adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión del hecho punible y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados'.

Estas razones y la unidad de jurisdicción, le permiten al juez penal extender su competencia para decidir las cuestiones civiles que se deriven de la comisión de un delito.

Ahora bien, en armonía con las previsiones superiores, el artículo 61 del código procesal penal dispone que, al instante en que se demuestre la tipicidad del hecho punible que dé lugar a la obtención de títulos de propiedad de bienes sujetos a registros, el funcionario que esté conociendo del asunto ordenará la cancelación de unos y otros; regulación que a no dudarlo se orienta a restablecer el derecho transgredido, volviendo las cosas al estado anterior al delito y a evitar la comisión de eventuales defraudaciones en cadena, objetivos que no se conseguirían de prohijarse la tesis de adoptarse esta medida solamente en la sentencia condenatoria, con la cual se admitiría, además, al delito como justo título para adquirir el dominio. Sobre este tópico es bueno recordar que por medio de la Sentencia C-245 del 24 de junio de 1993, la Corte Constitucional declaró exequible este precepto, a condición que la cancelación de los registros se disponga como medida preventiva mientras esté en curso el proceso, y de manera definitiva en la sentencia condenatoria.

La Corte Constitucional, al estudiar y concluir en la conformidad del artículo 61 del Decreto 2700 de 1991 con la Carta Fundamental, efectuó importantes consideraciones acerca del instituto en estudio, del momento cuando es procedente su aplicación, de la salvaguarda de los derechos de los adquirentes de buena fe y otros temas relacionados, siendo procedente transcribir los apartes más destacados, pues su difusión indiscutiblemente contribuirá al mejor entendimiento de la figura.

Dijo al efecto, la Corte Constitucional:

1. En primer término encuentra la Corte que la disposición acusada establece un instrumento de carácter procesal, que está previsto para procurar el restablecimiento del derecho perturbado por la conducta punible, que permite a la autoridad judicial ordenar la cancelación de los títulos y del registro respectivo de los bienes sometidos a esta formalidad, así como la cancelación de los títulos valores, siempre que hayan sido obtenidos en forma fraudulenta, y se haya demostrado la tipicidad del hecho punible, o, lo que es lo mismo, que la conducta sancionada penalmente se cometió y afecta la legalidad del título y del registro. Igualmente dicha previsión legal establece que la autoridad judicial del conocimiento del delito, enterada de la existencia de actuaciones adelantadas ante otras autoridades con base en los títulos cancelados, debe poner en conocimiento de aquellas la citada cancelación, para que finalicen las actuaciones correspondientes. Se trata de una medida de evidente carácter procesal, prevista en la codificación correspondiente del estatuto procedimental anterior, que atiende de modo consustancial al deber de administrar justicia en todos sus órdenes y de lograr la restitución de los bienes objeto del hecho punible al estado anterior, cuando la adquisición de ellos, y aún por un tercero, sea producto del ilícito, siempre que procesalmente se demuestre la tipicidad del hecho punible, o lo que es lo mismo que se demuestre procesalmente su ocurrencia y que ésta afecte la legalidad del título o del registro.

Es más, se debe partir del supuesto que indica que es misión del funcionario judicial el restablecimiento de los derechos de la víctima y de la sociedad, y que ésta comprende la facultad de paralizar el valor jurídico de los actos negociables vertidos en títulos públicos y oponibles cuya causa sea ilícita.

En relación con lo anterior se destaca que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de diciembre tres (3) de mil novecientos ochenta y siete (1987), señaló al respecto de la acusación de inconstitucionalidad del artículo 53 del anterior Código de Procedimiento Penal que:

Como la protección de la propiedad privada en nuestro ordenamiento constitucional se condiciona a su adquisición con justo título y de acuerdo con las leyes civiles, no encuentra la Corte vicio de inconstitucionalidad alguno en que el legislador le haya impuesto al juez penal la obligación de ordenar la cancelación de los títulos espurios, pues además de ser consustancial a su misión la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual, (restitutio in pristinum) la adquisición de ellos aún por un tercero de buena fe, no es lícita en razón del hecho punible que afecta la causa de su derecho y que el juez penal debe declarar de oficio para restablecer el derecho de la víctima.

Se trata de una forma de resarcimiento del daño que tiende a restablecer el quebranto que experimenta la víctima del hecho punible mediante la restitución originaria de los bienes objeto material del delito. Pero la orden del juez penal y su ejecución no agotan el deber indemnizatorio del procesado de quien puede exigirse el pleno resarcimiento del daño en el proceso penal mediante la constitución de parte civil, o en proceso civil una vez decidida la responsabilidad penal.

No se puede cuestionar entonces el deber que le impone la ley al juez de ordenar la cancelación de los registros espurios, simplemente por ser una función que tradicionalmente cumplía el juez civil en el correspondiente proceso de nulidad del acto jurídico vertido en el documento adulterado, ya que en razón del principio de la unidad de jurisdicción al juez penal se extiende la competencia para decidir sobre cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen.

Aceptar la pretensión del actor de anonadar la integridad del precepto acusado, implicaría reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita de aquellos derechos que la Constitución denomina 'adquiridos con justo título' y que deben ser protegidos por la ley aun en detrimento de los derechos del legítimo titular, de los que pretendió despojarlo el autor del hecho criminal.

Y más adelante añadió:

Tal decisión sólo puede adoptarse una vez que se haya dado oportunidad a los poseedores o adquirentes de buena fe de los bienes objeto del delito y sujetos a registro, de hacer valer sus derechos en el proceso penal (MP. Jairo Duque Pérez).

En este sentido encuentra la Corte que la disposición que es acusada tiene como finalidad la de proveer la restitución de los bienes que han sido objeto de un apoderamiento o gravamen ilícito de una confección contraria a la ley penal y, se endereza a garantizar judicialmente la obligación que tiene el sujeto penalmente responsable de indemnizar los daños materiales que se derivan de su acción criminosa, conforme a las previsiones del Código Penal.

2. Desde otro punto de vista, la Carta Política no extiende la protección que se establece a favor de la propiedad privada y demás derechos adquiridos en el artículo 58 a los bienes y derechos que no sean adquiridos con justo título y de conformidad con las leyes civiles; por tanto no existe por este aspecto vicio de constitucionalidad, ya que se trata de una decisión de carácter judicial que se debe adoptar dentro de los ritos propios del debate procesal penal y que surge del deber básico del juez de administrar justicia conforme al debido proceso legal.

Sin duda alguna, el delito por sí mismo no puede ser fuente de derechos, y la Constitución no autoriza a romper el principio de la proscripción de la causa ilícita de los mismos; por tanto, la ley no puede patrocinar la protección de aquellos títulos, ni la de los registros de aquellos en contra de los derechos del titular, mucho menos cuando se adelanta la actuación de los funcionarios judiciales encargados de poner en movimiento las competencias punitivas del Estado.

En verdad se trata de una resolución judicial que afecta los vínculos obligacionales que nacen viciados por una causa ilícita y punible y, además, paraliza con una medida eficaz de origen judicial, la continuidad del delito y su extensión en una cadena de nuevos títulos y de nuevos registros, una vez comprobada la tipicidad de la conducta frente a las leyes penales.

Obviamente, se parte de la base que se adelanta un proceso penal bajo el conocimiento de una autoridad judicial, dentro del cual se debaten los derechos del sindicado y de los terceros de buena fe, dentro de las oportunidades y siguiendo los ritos debidos conforme a la ley (cfr. arts. 150 a 155 del CPP); en este sentido se advierte que la expresión ‘en cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible’, significa nada menos que se trata de aquella etapa procesal en la que se haya comprobado judicialmente la ocurrencia de la conducta sancionable penalmente, en la que dicha tipicidad sea atribuible al sindicado autor o interesado en el título o en el registro espurio, ilícito, falso o apócrifo (...)

Reitera la Corte Constitucional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de exigir que para adoptar la resolución que se autoriza por el artículo demandado, debe proceder la oportunidad de la controversia por parte del mismo sindicado y de los terceros incidentales de buena fe que pueden concurrir al proceso o a la actuación penal para hacer valer sus derechos; además, el término ‘cancelación’ debe entenderse en todo caso apenas como una medida que puede pronunciarse por el funcionario judicial en el desarrollo del proceso y que sólo es irrevocable cuando se resuelva la responsabilidad del sindicado, por virtud de una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. En este sentido el derecho de propiedad adquirido con justo título y conforme a las leyes civiles no se afecta con esta decisión que, se advierte, tiene el carácter preventivo cautelar, precisamente en defensa del orden jurídico.

En verdad el supuesto ‘vínculo obligacional’ entre los sujetos del título se ve afectado, pero no hasta el punto de que se desconozca la libertad negocial y la iniciativa privada ni el derecho de propiedad, los cuales se deben romper definitivamente en la sentencia o en cualquier decisión judicial que tenga un carácter definitivo, cuando aparezca demostrada la responsabilidad penal del autor del hecho típico, pues se trata de una medida de carácter preventivo, asimilable a la restricción temporal de la libertad dentro del procedimiento penal, por medio de las medidas de aseguramiento.

En concepto de la Corte Constitucional, la demostración de la tipicidad del hecho punible significa que esta situación jurídica le atribuye al funcionario judicial razón suficiente para enervar los efectos jurídicos del título y del registro y lo habilita para ordenar su cancelación, en los términos que establece la disposición acusada; se trata de impedir que el título viciado genere una cadena de defraudaciones a la ley y a los derechos de los demás que actúan de buena fe y a los de la sociedad, que exigen que sea intachable la oponibilidad de los títulos y la de los actos emanados de la función pública registral. Es este el ámbito propio y específico de una decisión judicial anticipada que persigue la preservación del derecho de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica.

Las medidas, que con fundamento en la disposición acusada, se pueden decretar, se enderezan además a proteger la legalidad de la función registral en los términos de su valor jurídico y de su importancia social, así como a amparar penalmente los privilegios que incorpora la definición legal de los títulos valores, los que se verían seriamente afectados si, demostrada la tipicidad del hecho punible, es decir, comprobado que efectivamente se cometió el delito y que éste afecta el título y en su caso al registro, el funcionario judicial tuviese que reservarse hasta el final del proceso y de la resolución de las correspondientes impugnaciones contra la sentencia, para ampararlos con la orden de cancelación del registro o del título.

Las razones que inspiran la formación de los títulos con sus características y su valor jurídico-económico, y la necesidad de adelantar los registros en el régimen de regulación de la propiedad privada o pública, imponen al legislador el deber de establecer mediadas como la acusada, bajo el propósito del Constituyente de asegurar la sanción de los delincuentes, la comparecencia de los presuntos infractores, el restablecimiento y la indemnización de los perjuicios causados por el delito, previsto por el numeral primero del artículo 250 de la Carta; en este sentido es claro que el Constituyente señaló las principales finalidades de la legislación penal y dentro de ellas se encuentran la de adoptar las medidas necesarias para lograr el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios.

Bajo estos enunciados normativos de la Carta Política, no cabe duda de que el Constituyente habilitó al legislador para regular el régimen de las actuaciones de la autoridades judiciales que tengan el carácter de necesarias para lograr los citados cometidos de la justicia penal, y en su desarrollo se pueden expedir reglas como la que se demanda; por tanto, el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991, debe ser declarado exequible, bajo el entendimiento de la razones expuestas anteriormente, y especialmente con la consideración de que la medida que autoriza la norma acusada tiene el sentido preventivo o cautelar analizado, con vistas a preservar los derechos adquiridos con justo título y el fin invaluable de la seguridad jurídica¹³⁵.

Según se desprende de la lectura de la providencia transcrita, la obligación del instituto de cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, puede encerrar un sinnúmero de interrogantes, muchos de los cuales pueden absolverse con relativa facilidad si se parte de una consideración fundamental, cual es que el artículo 250 de la Carta Fundamental, antes y después de su modificación por el Acto Legislativo 03 de 2002, le otorga al funcionario judicial la función de proveer el restablecimiento del Derecho y la indemnización de los perjuicios adoptando las medidas que se consideren necesarias a dicho propósito.

En cuanto respecta a la regulación que sobre el tema quedó plasmada en el Código de Procedimiento Penal de 2000, es conveniente recordar lo que al efecto se dispone en el artículo 66:

Cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos. También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos en forma fraudulenta.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.

135 *Ibid.* Sentencia C-254 del 24 de junio de 1993, MP. Fabio Morón Díaz.

Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental.

El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el trámite incidental.

El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario.

5.2 CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y REGISTROS, FRENTE A LOS TERCEROS DE BUENA FE

El principal campo de aplicación de la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, se presenta en aquellos eventos en los cuales el delincuente, haciéndose pasar por el propietario de un inmueble, lo suplanta, falsifica su documento de identificación y falsifica su firma, todo lo cual le permite celebrar un contrato de venta sobre un bien que realmente no es de su propiedad, el cual, a su vez, es “adquirido” por un *tercero* que usualmente actúa de buena fe –aunque no han de descartarse los casos de coparticipación criminal y de encubrimiento por recepción- y que por consecuencia, resulta engañado al adquirir una quimera.

Dispone el artículo 740 del Código Civil que la *tradición* es un modo de adquirir el dominio y consiste en la entrega que el dueño de la cosa hace a otro, habiendo por una parte la intención de transferir el dominio y por la otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

Según el artículo 741 del Código Civil, se llama *tradente* a la persona que por tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él y es *adquirente* quien por tradición adquiere el dominio de la cosa que recibe.

Según el tenor del literal de las anteriores disposiciones, para que pueda hablarse de tradición, es menester que la entrega de la cosa sea hecha por su dueño o propietario, por manera que cuando la supuesta tradición es efectuada

por persona que en forma fraudulenta, pretende hacerse pasar por el dueño, es claro que en estricto rigor jurídico no puede hablarse de tradición.

Así mismo, dispone el artículo 742 *Ibíd.*, que para que la tradición sea válida se requiere que haya sido “hecha voluntariamente por el tradente o por su representante”, luego si el dueño, única persona que válidamente podía actuar como tradente, jamás otorgó su consentimiento puesto que no participó en el negocio jurídico, es claro que la mencionada supuesta tradición no nació válida al mundo jurídico y si ello es así, no puede sostenerse que hayan de permanecer los “derechos” que el tercero había adquirido bajo viciadas circunstancias.

En el mismo sentido y recordando que de tiempo atrás, la jurisprudencia ha adoctrinado que los derechos que se protegen son los que se adquieren con justo título y que el título resulta viciado cuando la causa se origina en un delito, no puede el ordenamiento jurídico sanear la anómala titulación porque ello equivaldría a aceptar que el delito puede ser generador de derechos. Cabe agregar que el artículo 752 del Código Civil, al referirse a la tradición de cosa ajena, dispone que *“Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse transferido desde el momento de la tradición”*.

Así lo anterior, si quien actúa como tradente no es el propietario, no puede traditar la propiedad de la cosa, ya que respecto de ella sólo podrá traditar los derechos que realmente posea, si es que tiene alguno, y aunque dicha tradición no es válida, podría tenerse por tal, sólo en el evento cuando posteriormente llegare a adquirir la propiedad de la cosa, de donde podríamos concluir que para que sea válida la tradición que el delincuente hace al tercero adquirente de buena fe, se requeriría que el delincuente defraudador posteriormente adquiriera en forma válida la propiedad del bien, por virtud de negocio jurídico que celebrara con el verdadero y legítimo propietario.

Poco populares suelen de ordinario resultar estas conclusiones, pues tal vez sin mayor reflexión se sostiene que no resulta justo que el tercero (como acontece en la Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria a que antes se hizo alusión), pese a haber actuado de buena fe en la adquisición del bien sujeto a registro, se le despoje de la cosa, se le entregue ésta al propietario original y se ordene la cancelación de la escritura pública de venta y su registro correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Sin embargo, es lo cierto que quienes así discurren, olvidan por completo que así como el patrimonio económico del tercero adquirente de buena fe resulta menoscabado, así también está afectado el patrimonio del propietario original, donde en esencia se plantea la disyuntiva de escoger a cuál de las dos víctimas proteger, siendo apenas elemental que si la Constitución Política ordena que las cosas vuelvan al estado predelictual, lo procedente es cancelar la titulación espuria, lo cual además es armónico con el ordenamiento jurídico, pues si se optara por aceptar como válida la titulación obtenida por virtud del delito, y se mantuviera la cosa en manos del tercero, se estaría aceptando que la Constitución protege toda clase de derechos, incluso los adquiridos sin justo título.

No significa lo anterior que por virtud de esta solución, el tercero adquirente debe quedar resignado a perder el dinero que invirtió en la adquisición de la cosa, pues en todo caso, tendrá acción en contra del “vendedor-defraudador” para exigir de éste la correspondiente indemnización de perjuicios ocasionados con el delito de estafa, y sin perjuicio de que el legítimo y original propietario le reconozca las mejoras que aquél haya hecho.

En este sentido, el Código Penal español, Ley orgánica 10 de 1995, establece en su artículo 110 que la responsabilidad civil por el delito o falta conlleva las obligaciones de restitución, reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

Y agrega el artículo 111 *Ibíd.*

111.1 Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los registros establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable.

Según la disposición anterior y entendiendo por “tercero *adquirente de buena fe*” a cualquiera que adquiere la propiedad del bien que ha sido objeto de desapoderamiento ilícito, sin haber participado en el delito y sin tener conocimiento de su espuria procedencia, aquél queda obligado a restituirle el bien al legítimo propietario, no obstante lo cual tendría derecho al pago de los frutos, mejoras y gastos, de conformidad con la ley civil. Con todo, no se le obliga al tercero a la restitución cuando él haya adquirido la propiedad por virtud de un modo de adquirir que hace que el bien sea irreivindicable.

Si bien no existe en la legislación penal o procedimental penal colombiana una disposición de similar tenor a la del artículo 111 del Código Penal español, puede concluirse que para el caso colombiano, la solución es idéntica a la que se ofrece en la legislación española.

Así, ya se refirió cuál es el fundamento para que al tercero se le despoje de la “propiedad” de la cosa, pudiéndose agregar que no obstante ello, la cancelación de los títulos no tendría lugar, caso cuando el tercero hubiera adquirido bajo un modo tal que hiciera la cosa irreivindicable.

Tal sería el caso, a manera de ejemplo: cuando el tercero adquiere por virtud de la usucapión o prescripción adquisitiva a que se refiere el artículo 2518 y siguientes del Código Civil.

Ahora bien, operando la restitución, el tercero *adquirente de buena fe* tendría derecho de repetición, el cual supone que la posesión se adquirió a título oneroso pues tal derecho tiene por objeto recuperar la

contraprestación entregada a cambio de la cosa, normalmente el precio pagado por su compra (aunque puede ser 'otra cosa' entregada en la permuta, por ejemplo). Este derecho de repetición procede contra "quien corresponda" es decir, contra quien recibió el precio, bien sea el autor del acto de desposesión inicial, el receptor u otra persona ajena al delito (otro 'tercero' de buena fe).

Por evidente que resulte, no está por demás aclarar que las anteriores consideraciones se refieren única y exclusivamente al "tercero adquirente de buena fe", pues siendo tercero que adquiere "de mala fe", carecería de cualquier clase de derecho de repetición o sobre frutos, gastos y mejoras, pues que tal tercero en realidad sería un *receptor*.

Permite, pues, la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta y por consecuencia, la restitución del bien al legítimo propietario -sin que importe en manos de quién se encuentre-, restablecer el derecho perturbado con el delito; *"se pretende eliminar las consecuencias patrimonialmente perjudiciales que el ilícito penal ha causado en el perjudicado; para ello se trataría de reponer aquello que ha sido objeto del ilícito a su anterior poseedor, de tal forma que para ésta, el delito, a la que afecta su esfera estrictamente patrimonial, no le hubiera supuesto una alteración significativa"*.

Se tiene entonces que si bien en el inciso 4 del artículo 66 de la Ley 600 de 2000 se indica que la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, procede *"sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental"*, ello en manera alguna está indicando ni podría indicar que cuando el bien se encuentra en cabeza de un tercero adquirente de buena fe, éste tiene derecho a conservar la propiedad, pues a lo que realmente atiende la norma es a establecer que como el tercero puede tener unos derechos frente a los frutos, mejoras y gastos en los cuales haya incurrido para la conservación del bien, a efectos de garantizarle que sea escuchado dentro del proceso penal, puede ejercitar sus derechos dentro del trámite incidental.

No es entonces que la referencia a los terceros de buena fe en el artículo 66 de la Ley 600 de 2000 - la cual no aparecía en el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal de 1991 - comporte un tratamiento diferente

para el tercero; tan sólo destaca que éste puede tener unos derechos, cuya defensa se admitirá en el trámite incidental correspondiente, pero sin que se pueda concluir que ese trámite le permitirá conservar su viciada “propiedad”, pues es claro, se itera, que por disposición constitucional las cosas deben regresar al estado anterior al delito.

En el capítulo VI del título III del Libro I del Código de Procedimiento Penal de 2000, se define la figura del “tercero incidental” y se regula el trámite de los incidentes dentro del proceso penal, en el artículo 138:

Artículo 138. Tercero incidental. Es toda persona natural o jurídica, que sin estar obliga a responder penalmente por razón de la conducta punible, tenga un derecho económico afectado dentro de la actuación procesal.

El tercero incidental podrá personalmente o por intermedio de abogado, ejercer las pretensiones que le correspondan dentro de la actuación. Podrá solicitar la práctica de pruebas relacionadas con su pretensión, intervenir en la realización de las mismas, interponer recursos contra la providencia que decida el incidente y contra las demás que se profieran en su trámite, así como formular alegaciones de conclusión cuando sea el caso. Su actuación queda limitada al trámite del incidente.

Se tramitan como incidentes procesales:

- 1. La solicitud de restitución de bienes muebles o inmuebles, o de cauciones, cuando es formulada por persona distinta de los sujetos procesales y la decisión no deba ser tomada de plano por el funcionario competente.*
- 2. La objeción al dictamen pericial.*
- 3. La determinación de los perjuicios ocasionados por la imposición de medidas cautelares cuando se hubiere establecido la inocencia por providencia de fondo y siempre que no proceda acción civil.*
- 4. Las cuestiones análogas a las anteriores.*

Según se observa, quedan a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, pues a éstos les está garantizada la posibilidad de que concurran al proceso para demostrar que la propiedad sobre el bien fue adquirida de tal modo que la misma es irreivindicable (como la usucapión, aunque es claro que no es el proceso penal el escenario para discutir este modo de adquirir), o bien, que siendo reivindicable para el legítimo propietario, en todo caso tiene derecho a que se le reconozcan las sumas de dinero a que tenga derecho por concepto de frutos que debió percibir, mejoras que hizo en el bien o gastos en los cuales incurrió para su conservación.

Según acaba de verse, el tercero adquirente de buena fe tendría la calidad de tercero incidental al concurrir al proceso penal, siendo de advertir que la parte final del inciso 2 del artículo 38 de la Ley 600 de 2000, establece que la intervención del tercero queda limitada al trámite incidental.

Empece lo anterior, cabe preguntarse, si la participación en el proceso del tercero adquirente de buena fe, sólo puede acontecer en calidad de tercero incidental o si puede su intervención tener una naturaleza jurídica diferente, concretamente la de víctima del delito y por ende, eventual parte civil.

Sea lo primero precisar que el proceso en el cual se tramita el incidente donde interviene el tercero incidental, se adelanta por el delito o delitos en los cuales fue víctima el propietario original del bien.

Así, si **A** tenía un inmueble que salió de su patrimonio por cuanto **B** lo suplantó y falsificando documentos públicos firmó como si fuera **A** la escritura de venta, donde **C**, actuando de buena fe, aparece como comprador, es claro que el proceso penal se estaría adelantando por los delitos contra la fe pública y la estafa de la cual fue víctima **A**.

Sin embargo, podría concluirse que dicho proceso penal debería también cobijar el delito de estafa del cual fue víctima **C**, ya que en nuestro sentir, existiría conexidad entre las varias conductas punibles, pues unas se han realizado para facilitar la ejecución de otras, amén de existir homogeneidad en el modo de actuar del autor, relación razonable de lugar y

tiempo. Y la prueba respecto de un delito puede influir en la demostración de otro, luego sería de recibo el inciso 2 del artículo 89 de la Ley 600 de 2000, según el cual las conductas punibles conexas se investigarán y juzgarán conjuntamente.

Así lo anterior, siendo **C** (el tercero adquirente de buena fe), perjudicado con uno de los delitos investigados, si el delito con el cual se le victimizó también hace parte de la investigación, tendría la facultad de constituirse en parte civil, no para impedir que se ordene la restitución del bien al propietario original y la cancelación de los títulos obtenidos en forma fraudulenta, sino para obtener una indemnización de los perjuicios que con su conducta le ocasionó **B**.

No es entonces necesario que el tercero adquirente de buena fe intervenga en el trámite incidental, pues bien puede acontecer que él prescinda de participar en el mismo cuando tenga claro que no tiene derecho a conservar el bien, sino que debe regresar a su legítimo propietario.

No obstante lo anterior, sea que el tercero adquirente de buena fe intervenga o no en el trámite incidental o que se limite a actuar como parte civil, en cualquier caso tendría la condición de víctima del delito, sin que pueda tenersele como “responsable civilmente” por el hecho de estar abocado a la restitución y a soportar la cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, tal y como lo entiende algún sector de la doctrina española.

Sobre este particular, no resulta admisible que al tercero adquirente de buena fe se le pueda tener como “responsable civilmente”, pues parece apenas elemental que para que pueda adquirir tal condición, es menester que se inicie una acción en su contra que permita una declaratoria en tal sentido, la cual de manera alguna se vislumbra, pues, por el contrario, sería precisamente él quien tendría la posibilidad de iniciar un acción para que se declare la responsabilidad civil del sindicado.

En este sentido, dicho tercero podría ejercitar en contra del sindicado, dentro del proceso penal o fuera de él, la acción indemnizatoria por los perjuicios que le ocasionó con el delito o bien, ejercitar la acción

redhibitoria del artículo 1914 del CC, debido a los vicios ocultos de la cosa vendida. Pero admitir una acción civil en contra de un verdadero *tercero adquirente de buena fe*, sería actuación tan equivocada tanto del demandante como del funcionario judicial, que uno y otro estarían abocados a responder por el abuso del derecho de accionar e incluso, por la providencia manifiestamente contraria a la ley con la cual a esa víctima se le victimiza otra vez y a manos del propio Estado.

5.3 OPORTUNIDAD PARA ORDENAR LA CANCELACIÓN

El Código de Procedimiento Penal de 2000 establece que la cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, se ordenará “en cualquier momento” cuando se den los presupuestos para ello, es decir, en cualquier momento cuando se demuestren los elementos objetivos del tipo penal.

Así lo anterior, podría decirse que en principio, la legislación de 2000 no introdujo modificaciones en relación con la oportunidad de aplicación de la medida. Sin embargo, sí existen cambios y estos tienen especial importancia.

En efecto: en el artículo 61 del CPP de 1991, se indicaba que la cancelación podría ordenarse en cualquier momento del proceso, lo cual de alguna forma permitiría afirmar que la decisión sólo podía adoptarse cuando se dieran dos condiciones a saber: 1) que estuviera demostrada la tipicidad del hecho que dio lugar a la obtención fraudulenta de títulos y registros, y 2) que existiera proceso propiamente dicho, por manera que el instituto no sería de recibo en la etapa de investigación previa.

No obstante esta exegética interpretación, se ha sosteniendo que la cancelación de títulos puede ordenarse en cualquier momento de la actuación, incluida la etapa de investigación previa, pues no aceptar esta posibilidad determinaría que en la práctica, el importante instrumento de restablecimiento del derecho materia de estudio, tendría una aplicación en extremo limitada y perdería su función, pues es sabido que de ordinario la clase

de criminalidad que permite la obtención de títulos y registros, actúa de manera oculta y subrepticia, por manera que en la mayoría de los casos, si bien sería posible determinar con plena certeza la ocurrencia del delito, no hay forma de identificar o por lo menos individualizar al autor de la conducta, situación que trae como lógica consecuencia, que no sea posible abrir investigación penal, pues para tales eventos debe ordenarse la apertura de investigación previa (artículo 322 Ley 600 de 2000), que se suspende, si transcurridos seis meses no ha permitido determinar la identidad del imputado (artículo 326 *Ibíd.*).

Piénsese, a manera de ejemplo, en el siguiente caso: **A**, ciudadano colombiano, ha vivido en Canadá desde enero 1º de 1995, fecha desde cuando no ha regresado a Colombia. Es propietario de una casa ubicada en Bogotá, la cual desea vender, pero descubre que la misma ya no figura a su nombre, pues en el folio de matrícula inmobiliaria aparece registrado que él la vendió a **B**, según escritura pública del 5 de agosto de 1999 de la Notaría 20 del círculo de Bogotá.

A presenta la correspondiente denuncia penal y con ella adjunta, pruebas que demuestran sin hesitación alguna, la defraudación de que ha sido objeto, pues la firma de la escritura no es la suya, la cédula de ciudadanía que se usó para firmar la escritura no es la suya y además, físicamente él no pudo firmar el instrumento público de venta, puesto que se encontraba fuera del País cuando el acto tuvo lugar.

Frente a tal situación, es indudable que pese a estar demostrada plenamente la tipicidad del hecho (según la exigencia del artículo 61 del CPP de 1991), no sería posible abrir investigación porque no se sabría en principio, quién fue la persona que firmó la escritura y suplantó la identidad de **A**, agregando que difícilmente el comprador **B** podría aportar elementos para el efecto, pues **B**, siendo adquirente de buena fe, habría sido también engañado y víctima de la conducta del defraudador.

Así lo anterior, resultaría ilógico que habiéndose demostrado la tipicidad del hecho que dio lugar a la obtención de los títulos y registros sobre el bien inmueble, no pudiera ordenarse la cancelación de los mismos, pues precisamente lo que ha querido la ley es que si la propiedad aparece

afectada por la realización de un delito, pues que en tales casos la causa aparece viciada, no resulta conforme con la Carta Fundamental que se mantenga un derecho nacido bajo tales circunstancias.

No es entonces la apertura o no de la investigación lo que ha de determinar la aplicación del instituto en estudio, sino la demostración de la *tipicidad del hecho* (CPP de 1991), la comprobación de los *elementos objetivos del tipo* que demanda el artículo 66 del nuevo estatuto procedimental, de conformidad con el esquema que plantea el Código de Procedimiento Penal de 2000 ó bien, la *existencia de convencimiento más allá de toda duda razonable* de que los títulos de propiedad fueron obtenidos en forma fraudulenta, según las exigencias del artículo 101 de la Ley 906 de 2004.

En el mismo orden de ideas, no está por demás indicar que la demostración de los elementos objetivos del tipo puede tener lugar en cualquier momento de la actuación, incluso en la etapa de investigación previa, pues según el artículo 322 de la Ley 600 de 2000 esta etapa tiene como finalidad determinar, entre otros aspectos, si ha tenido ocurrencia la conducta y si ella está descrita en la ley penal como punible, resultando evidente que aparecen demostrados los referidos elementos objetivos, por ejemplo: frente al delito de homicidio, cuando se encuentra el cadáver de persona muerta con arma de fuego, pero sin alguna prueba que aporte a la determinación del imputado, evento en el cual, si bien no resulta posible abrir investigación penal, es en todo caso posible, afirmar que aparecen demostrados los elementos objetivos del delito de homicidio.

Se tiene entonces que la demostración de los elementos objetivos del tipo, puede darse en cualquier momento de la actuación, porque tal evento no es exclusivo de una etapa en especial.

Con todo, como el punto puede prestarse a discusión, particularmente si el intérprete se empeña en la exégesis, a efectos de hacer pacífico el tema, el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, en vez de incluir en su texto referencia al *proceso*, prefirió hablar de la *actuación*, con lo cual la legislación de 2000 resultó ser más clara al establecer que no se requiere de un momento en particular para que proceda la orden de cancelación, pues ella puede darse en cualquier momento de la actuación, a condición, se

itera, de que estén demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de los títulos.

Vale la pena indicar que en el texto del artículo 65 del proyecto de Código de Procedimiento Penal que preparó la Fiscalía General de la Nación, el tratamiento que se le daba al tema era infortunado por decir lo menos, pues allí se establecía que la cancelación se adoptaría con la providencia que pusiera fin al proceso, disposición que de haberse recogido en la Ley 600 de 2000, habría determinado que en la mayoría de los casos, según las razones antes expuestas, no fuera posible la aplicación del instituto, y en otros, aquellos en los cuales fuere posible abrir investigación, la decisión habría de quedar diferida para el momento de la sentencia, si era con esta decisión que se ponía fin al proceso.

Curiosamente, algo similar fue lo que se reguló en el inciso 2 del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, pues, como se ha dicho, allí se condicionó la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, a que la decisión se adoptara dentro de la sentencia condenatoria, por manera que de no ser por lo resuelto por medio de la Sentencia C-060 de 2008, la decisión en comento, sólo se podría decretar allí, resultando imposible su adopción cuando, por ejemplo: no se formulaba acusación o incluso, imputación.

5.4 FUNCIONARIO COMPETENTE PARA ORDENAR LA CANCELACIÓN DE TÍTULOS

Indica el artículo 66 del Estatuto Procedimental Penal de 2000 que la orden la emitirá el funcionario o funcionaria que esté conociendo el asunto, lo cual no es novedoso pues así se regulaba en el artículo 62 del CPP de 1991.

Siendo así lo anterior y partiendo de la base de que la orden de cancelación puede emitirse en cualquier momento de la actuación, resulta de claridad meridiana que la decisión puede ser adoptada por el fiscal, el juez o la jueza, dependiendo de quién se encuentre conociendo del asunto.

Maguer lo anterior, un cabal cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal de 2000, implicaría que la orden fuera en principio de la exclusiva órbita de competencia del fiscal, pues para éste resulta perentorio, que no facultativo, ordenar la cancelación de los títulos cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo, lo cual, indefectiblemente podrá pregonarse cuando se resuelve situación jurídica o se ordenan medidas cautelares reales (embargo y secuestro), en procesos por delitos que no tienen detención preventiva, sin olvidar claro está, la providencia con la cual se profiere resolución de acusación.

Así las cosas, no puede el fiscal o la fiscal permitir que la decisión sobre cancelación de títulos se difiera para el momento de la sentencia, pues no es ésta una de las providencias posibles de diferir por una parte, y por la otra, por cuanto el sentido de la ley es claro al disponer que la cancelación se ordenará en cualquier momento de la actuación cuando se repite, aparezcan demostrados los elementos objetivos del delito. Y si ello es así, no se ve cómo en estricto rigor jurídico, puede llegar el proceso al conocimiento del juez o la jueza, lo cual supone una resolución de acusación, sin que previamente se haya ordenado la cancelación de los títulos.

Bajo el régimen de la Ley 906 de 2004, no se dice cuál es el funcionario o funcionaria competente para ordenar la cancelación de los títulos y registros respecto de los cuales existe convencimiento más allá de toda duda razonable de que fueron obtenidos en forma fraudulenta. Simplemente, se indica que el Fiscal le debe solicitar al juez o jueza de control de garantías que disponga la *suspensión del poder dispositivo* de los bienes respecto de los cuales existen motivos fundados para inferir que fueron adquiridos en forma fraudulenta.

Y como en el inciso 2 del artículo 101 se indicaba que la orden de cancelación de los títulos se decretaba en la sentencia condenatoria, siendo que la facultad de proferir sentencia corresponde exclusivamente al juez o jueza del conocimiento, sería también éste el funcionario competente para ordenar la cancelación, lo cual continúa teniendo vigencia, si la decisión se adopta al momento de la sentencia.

Pero como en la Sentencia C-060 de 2008 se plantea la posibilidad de que debe proferirse la orden de cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, así el proceso no termine con sentencia condenatoria, sino con cualquier otra decisión que ponga fin al proceso, como ello sólo podría ocurrir con una decisión de preclusión de la investigación, sería el juez o jueza del conocimiento, el competente para tomar la decisión.

Pero si aconteciere que aún no se ha formulado imputación, lo cual se explica por ejemplo: por la imposibilidad de identificar al presunto responsable, en audiencia preliminar es posible solicitarle al juez o la jueza de control de garantías que decrete la cancelación de los títulos y registros que fueron obtenidos en forma fraudulenta, pues sin perjuicio del mandato constitucional de restablecimiento del derecho quebrantado contemplado en el artículo 250 de la Carta Fundamental, el artículo 154 numeral 3 de la Ley 906 de 2004, establece que corresponde al juez o la jueza de control de garantías ordenar la *adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas*, agregando el numeral 8 que también le compete resolver los asuntos similares.

Así las cosas, por mandato de la Constitución Política que obliga al restablecimiento del derecho de las víctimas, bajo el sistema acusatorio es posible ordenar la cancelación de los títulos y registros de propiedad, incluso de gravamen, cuando existe convencimiento más allá de toda duda razonable, de que fueron obtenidos en forma fraudulenta.

5.5 IMPORTANCIA DE LA DEMOSTRACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Según se dijo, el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal de 1991 exigía que estuviera demostrada la tipicidad del hecho para que procediera la cancelación, al paso de que en el artículo 66 de la Ley 600 de 2000 no se habla de tipicidad, sino de la demostración de los elementos objetivos del tipo, terminología ésta que se explica debido al esquema de tendencia finalista que se maneja en la Ley 599 de 2000.

De conformidad con el esquema clásico del delito, unos elementos del delito se concibieron de manera objetiva y otros de manera subjetiva:

La parte objetiva está conformada por la acción, por la tipicidad y la antijuridicidad; la parte subjetiva por la culpabilidad. En otras palabras –afirma Agudelo Betancur– el estudio de lo subjetivo en el delito se contrae al estudio de la culpabilidad y el estudio de lo objetivo se contrae al estudio de la tipicidad y la antijuridicidad.

El tipo, en este Esquema –continúa Agudelo Betancur–, es parte del aspecto objetivo del delito y es la descripción de las características externas del comportamiento: El tipo de delito no es otra cosa que una descripción objetiva. Para que el tipo exista, es suficiente que la acción se presente como típica, como ‘muerte de un hombre’, dice Beling ejemplificando¹³⁶.

Así lo anterior y frente a la exigencia de tipicidad del Código de Procedimiento Penal de 1991, podría decirse que bastaba con demostrar la existencia de una conducta que encontrara adecuación en algún tipo penal que permitiera defraudar el patrimonio económico, como la estafa, la falsedad documental, la extorsión, el fraude procesal, etc.

Bajo un esquema de tendencia finalista como el nuevo Código Penal de 2000, no podía hablar el artículo 66 del CPP del mismo año, de la demostración de la tipicidad para que procediera la orden de cancelación de títulos, pues bajo tal esquema, la tipicidad está integrada por el tipo objetivo y el subjetivo, luego se habría terminado exigiendo la demostración no sólo de la existencia de una conducta típica con la cual se obtuvo la defraudación, sino también la comprobación del demandado como sujeto agente, aspecto éste de muy difícil, por no decir imposible, demostración cuando se desconoce la identidad del imputado.

No podía entonces, el Estatuto procedimental Penal de 2000 referirse a la demostración de la tipicidad, pues bajo el Esquema Finalista ésta siempre es subjetiva, lo cual no acontece en el esquema clásico, donde es absolutamente objetiva.

136 AGUDELO BETANCUR. *Curso de Derecho Penal – Esquemas del Delito*. 3 ed. Temis, Bogotá, 2004., p. 29.

Bajo el Esquema Finalista, lo que correspondería demostrar para que proceda la orden de cancelación de los títulos y registros, es la existencia de los elementos objetivos del delito con el cual tuvo lugar la defraudación, y prescindir de la demostración de los elementos subjetivos, pues de exigirse también su comprobación, lo que estaría ordenando la norma del artículo 66 de CPP de 2000, sería la demostración completa de la tipicidad, lo cual de manera alguna se desprende de su texto.

Como se ha indicado, para el sistema procesal introducido con la Ley 906 de 2004, la orden de cancelación de los títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, no depende de la demostración de la tipicidad de la conducta ni de la existencia de los elementos objetivos del delito, sino de que exista un convencimiento más allá de toda duda razonable de que aquellos fueron obtenidos en forma fraudulenta, lo cual puede entenderse como una referencia a la demostración, no de la responsabilidad penal de una persona en particular, sino de la ocurrencia de una conducta engañosa o fraudulenta, como acontece con delitos como la estafa, el fraude procesal, la falsedad en documentos y otras similares.

De esta suerte, regresando al ejemplo antes propuesto, y prescindiendo de los conceptos de tipicidad o de elementos objetivos del delito, puede haber lugar a que un juez o jueza de control de garantías ordene la cancelación de los títulos a condición de que se le ofrezca el convencimiento, más allá de toda duda razonable, de que fueron obtenidos en forma fraudulenta. Otro tanto puede decirse, si la decisión la toma el juez o jueza de conocimiento.

5.6 OBJETO DE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN O CANCELACIÓN

Según el tenor literal del artículo 61 del CPP de 1991, la cancelación solamente era procedente respecto de títulos de propiedad, pues nada se dijo respecto de los que se refieren a la constitución fraudulenta de gravámenes sobre el bien.

No obstante lo anterior, se ha sostenido que la aplicación del instituto en estudio, también debía tener lugar en eventos en los cuales no se produce un desapoderamiento fraudulento de la propiedad sobre el bien, sino que se constituye un gravamen espurio sobre el mismo, como lo ha hecho la delincuencia en múltiples casos, cuando ha suplantado la identidad del propietario legitimado para gravar un inmueble, por ejemplo: hipoteca que hace que el bien quede comprometido a garantizar el pago de una deuda que no fue adquirida por el propietario.

Si bien en el texto del artículo 61 referido no existe indicación alguna a los títulos con los cuales se constituyen gravámenes, parece de elemental lógica que respecto de éstos también debe operar la cancelación, pues si se admite ésta sobre los más (títulos de propiedad), debe también proceder sobre los menos, y puede agregarse que también debe proceder la misma solución por aplicación analógica de la disposición, puesto que al existir una misma situación de hecho (el fraude para la obtención de los títulos), debe existir una misma disposición de derecho (la orden de cancelación de los títulos) –*ubi eadem ratio, ibi ídem ius debe esse*–.

Nada se decía en el artículo 65 del proyecto de CPP de la Fiscalía del año 1999, sobre este punto específico. Sin embargo, en el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, se reguló específicamente el tema para eliminar así cualquier discusión que el asunto pudiera suscitar, al disponerse que es procedente la cancelación cuando aparezcan los elementos objetivos del tipo que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de “gravámenes” sobre bienes sujetos a registro, luego, entonces, también puede ordenarse la cancelación de la escritura pública con la cual se constituye una hipoteca sobre un bien inmueble, lo mismo que el registro de la misma.

En la Ley 906 de 2004, se regresó a una redacción en la norma similar a la que existía bajo la égida del estatuto procedimental penal de 1991, esto es, no se reguló expresamente la posibilidad de que la orden de cancelación de títulos también proceda cuando ellos no son de propiedad sino de gravamen. Sin embargo, esta omisión en manera alguna significa o puede significar que el querer del legislador fue el de regular el instituto solamente respecto de títulos de propiedad.

Basta consultar las Actas que recogen las discusiones del Congreso, para corroborar que nunca existió un propósito en tal sentido. Sin embargo, si así hubiera sido lo perseguido por el legislador, se tendría que la disposición del artículo 101 estaría aquejada de inconstitucionalidad por contemplar un tratamiento injustificadamente desfavorable para la víctima de la defraudación.

En todo caso, nuevamente la analogía sirve para expresar que, si existe una disposición de derecho que regula una situación de hecho relacionada con títulos de propiedad, como el sustrato o razón de hecho es similar en tratándose de títulos de gravamen, es elemental que debe existir una misma disposición de derecho.

Tanto en el CPP de 1991, como en los de los años 2000 y 2004, se estableció que la cancelación de títulos sólo procede respecto de bienes sujetos a registro, incluidos los títulos valores sujetos a esta formalidad, es decir, que la medida cabría respecto de bienes inmuebles, naves y aeronaves, vehículos automotores y títulos valores nominativos, excluidos otros títulos valores como los *al portador* y *a la orden*.

Difícil en principio, precisar las razones que han llevado al legislador a disponer que la orden de cancelación procede para títulos sujetos a registro, sin hacer referencia a otros que no están sujetos a esta formalidad, lo cual parece un desacierto pues abunda la criminalidad con la cual se obtienen títulos valores no sujetos a registro, los cuales son utilizados con grave detrimento del patrimonio económico de la víctima del delito.

Así, ha llegado la delincuencia a tales extremos de desfachatez, que se han conocido casos en los cuales se ha extorsionado a una persona a quien le exigen la entrega de un cheque para pagar la “obligación” y con dicho título valor, se le inicia a aquélla -cuando no es posible cobrarlo por ventanilla-, un proceso ejecutivo donde se ordena el embargo y secuestro de sus bienes a efectos de contar con garantías de pago.

Frente a esta clase de eventos, cuando se demuestran plenamente los elementos objetivos del delito que permitió la obtención de títulos-valores, cabe preguntarse, si la solución que debe ofrecer el aparato judicial puede

ser distinta a la que otorga cuando se trata de un título-valor nominativo, siendo elemental responder afirmativamente, pues en la práctica no hay diferencia alguna, a no ser de que se piense que la idea de proteger los títulos-valores nominativos es en últimas, la de proteger a los bancos e instituciones financieras que expiden los títulos – valores.

Entonces, que la misma solución que ofrece la ley respecto de los títulos – valores nominativos, debería caber también para los títulos a la orden y al portador, pues si la administración de justicia tiene ya por claro que el título se obtuvo de manera fraudulenta, no puede convertirse en cómplice de la conducta del delincuente al permitir o patrocinar que se adelante o siga adelantando un cobro judicial con base en un título-valor obtenido gracias al delito, ya que siendo esto así, la causa aparece viciada por la conducta ilícita y por ende, no hay derecho incorporado en el título para proteger, pues la Constitución Política sólo ofrece protección a los derechos adquiridos con justo título.

Se reitera entonces, que si la situación de hecho que existe respecto de un título-valor nominativo y uno a la orden es la misma, como que ambos fueron obtenidos en forma fraudulenta, la solución de derecho no puede ser diferente, y se impone que respecto de uno y otro sea posible ordenar la cancelación..

¿Habría lógica en el caso, cuando el delincuente recibe un título valor nominativo y uno a la orden de un mismo sujeto a quien ha extorsionado, pero sólo respecto del primero es posible ordenar la cancelación del título, siendo que los dos se recibieron bajo las mismas fraudulentas circunstancias? Es legítimo pensar que no.

No obstante lo anterior, debe agregarse que el artículo 8 de la Ley 448 de 1998 dispuso:

Artículo 8. Protección de los tenedores de los títulos de deuda pública. En concordancia con las normas del Código de Comercio sobre la circulación de los títulos valores, en los procesos penales por hurto de títulos de deuda pública de la nación expedidos a la orden o al portador, las medidas previstas en el artículo 14 del Código de

procedimiento penal sólo procederán contra los autores o copartícipes del delito o contra cualquier tenedor que no sea de buena fe.

Según lo anterior y siendo que el artículo 14 del CPP de 2000 se refiere al Restablecimiento del Derecho, instituto que como se ha dicho pretende que las cosas deben volver al estado predelictual, resultaría posible que dentro de un proceso penal adelantado por el hurto de un título valor de deuda pública de la Nación (CERT, bonos de paz), se ordenara la restitución del título al tenedor que sufrió el desapoderamiento, con lo cual se pone de presente el interés del legislador por proteger la confianza en la circulación de esta clase de títulos, a punto tal que no hay lugar al restablecimiento del derecho cuando el título, pese a haber sido hurtado, se encuentra en manos de un adquirente de buena fe.

El artículo 8 de la Ley 448 de 1998 fue subrogado por el artículo 71 de la Ley 510 de 1999 “Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, la Superintendencia Bancaria y de Valores, donde se dijo:

Artículo 71. En concordancia con las normas del Código de Comercio sobre la circulación de los títulos valores, en los procesos penales en los que se investigue la comisión de hechos punibles relacionados con títulos inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios, las medidas previstas en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, sólo procederán contra los autores o copartícipes del hecho punible o contra cualquier tenedor que no sea de buena fe exenta de culpa.

Siendo que en el registro nacional de valores e intermediarios de la otrora denominada Superintendencia de Valores, se inscribían los títulos que por derecho propio son objeto de registro, como los títulos-valores nominativos y los que requieren de autorización de la Sala General de la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera), para ser emitidos, como los bonos, títulos de endeudamiento y otros, se tiene que respecto de los procesos penales en los cuales se investiguen hechos punibles relacionados con dichos títulos, también a efectos de proteger la confianza de la colectividad en la autenticidad de los títulos y en su ley de circulación, cuando respecto de esta clase de títulos valores se

adelanten procesos penales, solamente será posible ordenar la restitución de los títulos o la cancelación de los mismos y su registro, cuando éstos se encuentren en poder del autor del delito con el cual se obtuvieron o en el de los partícipes o cuando se encuentren en manos de terceros adquirentes que no actuaron con buena fe exenta de culpa.

Para citar un ejemplo concreto: si se piensa el caso cuando una persona por medio de la falsificación de documentos simula una exportación y por ella, obtiene certificados de reembolso tributario (CERT), sería posible que dentro del proceso penal que se adelantara por los delitos de exportación ficticia, falsedad documental, estafa y fraude procesal, se ordenara la cancelación de los CERT, cuando éstos se encontraran en manos del autor o de los partícipes del delito o de un tercero que los adquirió sin buena fe exenta de culpa.

Pero si los títulos se encuentran en manos de un tercero adquirente de buena fe, exenta de culpa, como ocurriría con un importante número de casos por tratarse de títulos que pueden negociarse en la bolsa de valores, en tal evento no sería posible que se ordenara la cancelación de los títulos como medida para obtener el restablecimiento del derecho, pues el legislador ha considerado que incluso más importante que la protección de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, es como se dijo, la confianza de la colectividad, no sólo en la autenticidad de ciertos títulos valores, sino en su ley de circulación, pues de conocer aquella la posibilidad de que los títulos que se adquieren en el mercado de valores pueden ser cancelados en cualquier momento, se abstendrían de efectuar inversiones en esta clase de papeles, lo cual traería graves consecuencias para la economía nacional, particularmente en tratándose de bonos o títulos de deuda pública, como los títulos de tesorería (TES), que como es sabido, son una forma por medio de la cual el Gobierno Nacional soluciona sus problemas de tesorería o presupuestales al colocar en el mercado, títulos pagados en 5 ó 10 años, los cuales en el entretanto pueden ser negociados en bolsa de valores.

5.7 CANCELACIÓN DE TÍTULOS Y PROCESOS JUDICIALES ANTE OTRAS AUTORIDADES

Recogiendo la redacción del inciso 3 del artículo 61 del Código de procedimiento penal de 1991, se establece en el inciso 3 del artículo 66 de la Ley 600 de 2000:

“Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando proceso ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que se tomen las decisiones correspondientes”.

Idéntica, en esencia, es la regulación que se recoge en el inciso 4 del artículo 101 de la Ley 906 de 2004.

Según esta disposición, cuando se adelante un proceso penal por delito que permitió la obtención fraudulenta de un título-valor y dentro de él, se ordene la cancelación del título, una vez se hayan demostrado los elementos objetivos del tipo penal o cuando existe convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la procedencia fraudulenta de los títulos, el funcionario o funcionaria judicial comunicará esta decisión a las autoridades judiciales que estén adelantando proceso, teniendo como base los mismos títulos, para que éstas tomen las decisiones correspondientes.

No dicen los estatutos procedimentales cuáles son “las decisiones correspondientes” que deben adoptar las autoridades que adelantan procesos con base en los títulos obtenidos en forma fraudulenta, pese a lo cual es válido considerar que dichas decisiones serían las que se desprenden del trámite de tacha de falsedad de documentos a que se refieren los artículos 289 a 290 del CPC.

En este sentido, el artículo 291 del CPC, dispone que cuando se declare total o parcialmente la falsedad de un documento, el juez lo hará constar así al margen de él o a continuación, advirtiendo que cuando se trate de un documento público, el juez comunicará la nota de falsedad a la oficina donde se encuentre, para que allí se ponga la correspondiente nota.

No obstante lo anterior, habría sido conveniente que el legislador se hubiera ocupado en indicar detalladamente cuáles decisiones correspondería adoptar al juez o jueza civil que adelanta proceso con base en los títulos espurios, pues la amplia remisión que por fuerza debe hacerse en este sentido al CPC, podría determinar que en un momento dado se pensara que no habría lugar a dar por terminado el proceso civil.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Se discutirá sobre el siguiente interrogante: ¿Debería estar limitada en el tiempo, la posibilidad de decretar la suspensión y cancelación de títulos obtenidos en forma fraudulenta, para que pueda cumplir su función como mecanismo de justicia restaurativa?

B

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER. *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal*. Vol. 1. La Fórmula, Bogotá, 1991.

------. *Curso de Derecho Penal – Esquemas del Delito*. 3 ed. Temis, Bogotá, 2004.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

BARNET, R.E. *Restitution a new paradigm of criminal justice*. In: *Perspectives on crime victims*. St. Louis, C.V., Mosby, 1981. Citado por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *La Función de la víctima en el Estado de Derecho: víctima, política criminal y política social*. En: *Revista Derecho Penal y Criminología* No. 46, Universidad Externando de Colombia, Bogotá.

CABANELLAS, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de derecho usual*. T. VI. 27 ed. Heliasta, Buenos Aires, 1989.

CREUS, CARLOS. *Derecho Penal*. Parte General. Astrea, Madrid, 2003.

DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Procédures pénales d'Europe*. Presses Universitaires de France, 1995.

B

- GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO. *Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal*. Monografías de Derecho Penal, No. 11. Universidad Externando de Colombia, Santafé de Bogotá, 1995.
- JOSSERAND, LOUIS. *Cours de droit civil positif francais*. T. II. 2 ed. Paris, 1933.
- MAZEAUD, HENRI ET AL. *Derecho Civil. Obligaciones*. Zabalía, Buenos Aires, 1997.
- NEUMAN, ELÍAS. *La mediación penal y la Justicia Restaurativa*. Porrúa. México, 2005.
- OSSORIO, MANUEL. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Ed. Electrónica, 2008.
- PARRA QUIJANO, JAIRO. *Los terceros en el proceso civil*. 6 ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2001.
- PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES. *Cours élémentaire de droit civil francais*. T. v., Librairie de Droit, Paris, 1948.
- PRADEL, JEAN. *Droit Pénal Comparé*. Dalloz, Paris, 1995.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *La tipicidad*. 5 ed. Temis, Bogotá, 1984.
- . *Derecho penal*. Parte general. 11 ed. Temis, Bogotá, 1988.
- ROCA, ENCARNA. *Derecho de daños*. 2 ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 1998.
- TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *Tratado de la responsabilidad civil*. Legis, Bogotá, 2007.
- VAN NESS, DAN. En <http://www.restorative-justice-colombia.org/pages/home.php?l=es>

30 de septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010

Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985



Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Justicia Restaurativa en
el Sistema Acusatorio Penal