LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

VICENTE EMILIO
GAVIRIA LONDOÑO

PROFESOR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

SEGUNDA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio

La acción civil en el proceso penal colombiano / Vicente Emilio Gaviria Londoño. – 2.ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

311 p.; 24 cm.
Incluye bibliografía.

ISBN: 978958710654 1

1. Acción civil – Colombia 2. Procedimiento penal – Colombia 3. Derecho penal – Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título

345.121 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Julio de 2013

ISBN 978-958-710-654-1

© 2011, 2002, VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO
© 2011, 2002, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2002; reimpr.: febrero de 2008
Segunda edición: marzo de 2011

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Nomos Impresores
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

*A mi hijo Juan Sebastián,
la mejor y más importante parte de mi vida*

CONTENIDO

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	13
PRESENTACIÓN	15
I. LA PARTE CIVIL Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL	17
II. LA ACCIÓN CIVIL	45
A. Responsabilidad	45
B. Responsabilidad civil contractual	46
C. Responsabilidad extracontractual o culpa aquiliana	46
1. Directa	48
2. Indirecta	48
D. Responsabilidad objetiva	55
1. Causalidad ocasional y causalidad adecuada	56
E. Obligados a indemnizar	62
1. El tercero civilmente responsable	63
2. Prelación de créditos	64
F. Titulares de la acción civil	65
III. FUENTE DE LA ACCIÓN CIVIL. NATURALEZA	67
A. Contenido civil de la obligación	67
B. Principalidad de la acción civil	71
IV. TITULARES DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA	75
A. El incapaz	75
B. La víctima y sus sucesores	78
1. Perjuicios directos e indirectos	80
a. Derecho de acción	82
b. Legitimación en la causa	83
2. Concepto de víctima	90
3. Víctima y sujeto pasivo	92
4. Sucesor y víctima	93
5. Perjuicios indemnizables	96
a. Perjuicios materiales	96
b. Perjuicios morales	108
c. Perjuicios fisiológicos o perjuicios de placer o daños a la vida de relación	121

C.	El actor popular	128
1.	Acciones populares y acciones de grupo	133
2.	Intereses colectivos	139
3.	Daño colectivo y daño plural	141
V.	LA PARTE CIVIL	143
A.	El ministerio público	144
B.	Derecho de acción	148
1.	Acción como reflejo del derecho material	149
2.	Teoría del derecho concreto de obrar	150
3.	Concepto de acción	150
C.	La Contraloría General de la República como parte civil	151
1.	En el Código de Procedimiento Penal de 1971	152
2.	En el Código de Procedimiento Penal de 1987	153
3.	El artículo 268.8 de la Constitución Política de 1991	153
4.	En el Código de Procedimiento Penal de 1991	154
5.	En la Ley 42 de 1993	154
6.	En la Ley 190 de 1995	154
7.	En la Ley 270 de 1996	155
8.	En el Código de Procedimiento Penal de 2000	157
9.	En la Ley 610 de 2000	158
10.	En la sentencia C-228 de 2002	160
VI.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTE CIVIL	161
A.	Sujeto procesal y parte	161
B.	El litisconsorcio	163
VII.	EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL	175
A.	Sujetos activo y pasivo de la acción civil	175
B.	Oportunidad para la constitución de parte civil	178
C.	Ejercicio de la acción por responsabilidad civil extracontractual ante las jurisdicciones penal, civil y de lo contencioso administrativo	183
1.	Elección por el ministerio público	184
2.	Elección de la jurisdicción por el actor popular	187
3.	Elección de la jurisdicción por el perjudicado con el delito, sus herederos o sucesores	187
a.	La “causa petendi”	190
4.	Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria	195
D.	Posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción civil	201
E.	Ejercicio de la acción por responsabilidad civil extracontractual en contra del Estado	203

F.	Requisitos de la demanda de constitución en parte civil	204
1.	Nombre y domicilio del presunto responsable, si lo conociere	206
2.	Manifestación juramentada de que no se ha promovido proceso ante la jurisdicción civil, para obtener la indemnización de perjuicios	206
3.	Relación de los “daños y perjuicios”	206
a.	Relación de daños y perjuicios materiales y morales ocasionados	207
b.	Cuantía en que se estima la indemnización	216
c.	Indicación de las medidas a adoptar para el restablecimiento del derecho	217
d.	Fundamentos jurídicos en que se basan las pretensiones formuladas	218
e.	Demostración de la legitimación en la causa	220
f.	Indicación del lugar donde el tercero recibió notificaciones personales	223
g.	Copia de la demanda y sus anexos para el traslado	224
h.	Las pruebas que se pretende hacer valer sobre el monto de los daños, cuantía de la indemnización y relación con los presuntos perjudicados cuando fuere posible	225
G.	Decisión sobre la admisión de la demanda y apelación	225
H.	Inadmisión de la demanda	227
I.	Rechazo de la demanda	229
1.	Haber ejercitado independientemente la acción civil	229
a.	Pleito pendiente y cosa juzgada	237
b.	La solidaridad y la obligación al todo y sus relaciones con la cosa juzgada	240
2.	Estar acreditado el pago de los perjuicios o la reparación del daño	276
3.	Demanda de quien no es perjudicado directo	278
a.	Legitimidad de la personería y legitimidad en la causa	278
4.	Prescripción de la acción civil contra el tercero civilmente responsable	287
5.	Prescripción de la acción civil contra la persona jurídica como tercero civilmente responsable	289
H.	Retiro y devolución de la demanda de parte civil	299
I.	Reforma de la demanda	301
J.	Emplazamiento a perjudicados indeterminados	303
	BIBLIOGRAFÍA	307

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Esta obra fue desarrollada bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000. Tiempo después, el Congreso de la República expidió la Ley 906 de 2004 con la que se implementó un procedimiento penal de tendencia acusatoria, el cual entró a regir gradualmente en el país a partir del 1.º de enero de 2005. Desde entonces se habló de la derogatoria del sistema de la Ley 600 y por ende habría lugar a predicar que el estudio que se intenta sobre la acción civil en el proceso penal perdería toda vigencia o actualidad.

Sin embargo, bien miradas las cosas, es claro que la Ley 600 continúa vigente, no solo por ser el procedimiento aplicable por la Corte Suprema de Justicia en algunos procesos que adelanta respecto de funcionarios aforados, sino por cuanto mientras no haya prescrito la acción penal respecto de delitos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 906 de 2004, el procedimiento de aquella deberá aplicarse. Y si se piensa en que, por ejemplo, algunas acciones penales prescriben en 30 años, al paso que respecto de otros se ha hablado de imprescriptibilidad de la acción, bien puede verse que la supuesta derogatoria de la Ley 600 no ha tenido lugar.

De ahí que intentar una actualización de este estudio puede ser de utilidad, particularmente en tanto en cuanto resulta evidente que el tratamiento del tema de la acción civil tiene evidentes diferencias en los dos sistemas procedimentales penales que actualmente coexisten en nuestro ordenamiento jurídico.

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

Enero de 2011

Después de seis años de haber publicado la monografía *Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal*, pudimos por fin efectuar una revisión de la misma y ampliarla en algunos aspectos que consideramos de especial interés e importancia para un manejo adecuado de la acción civil dentro del proceso penal; tema éste que si bien, desde tiempo ha, dejó de ser novedoso, es lo cierto que en la hora actual continúa siendo menospreciado al interior de la actuación, como que casi por regla se sigue adelantando el proceso bajo la convicción de que éste sólo cumple con su cometido en tanto en cuanto propenda por una condena penal del sindicado, sin que el punto de la indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima con el delito, y, en últimas, el restablecimiento del derecho, sea aspecto que atraiga la atención de los intervinientes o sujetos procesales, ya que la víctima continúa siendo sólo un objeto de prueba útil en cuanto de ello pueda extraerse un elemento de convicción que sirva a la atribución de responsabilidad penal para el procesado.

Pese a esta realidad, el legislador se ha encargado de efectuar mayores precisiones respecto de la necesidad de preservar los derechos de las víctimas: de ahí que en los nuevos estatutos penal y de procedimiento penal aparezcan novedosas regulaciones con las cuales se puntualizan los deberes y obligaciones del funcionario judicial respecto del *restablecimiento del derecho*.

En este trabajo, y tomando como base nuestra monografía anterior, hemos pretendido actualizar el estudio del ejercicio de la acción civil dentro del proceso teniendo en cuenta las modificaciones que se presentan en la nueva legislación penal, y en muchos casos hemos por fuerza recurrido a las enseñanzas de la jurisprudencia y la doctrina, efectuando en algunos casos transcripciones extensas que, si bien hubiéremos querido omitir, terminamos por aceptar en virtud de la claridad que aportan al manejo de un tema que por mucho tiempo ha carecido del reconocimiento a que tendría lugar dada su importancia. De nuevo, entonces, nuestras excusas al lector por esta práctica, pero confiamos que se entienda que el único deseo que nos anima es el de compendiar las opiniones más relevantes expuestas sobre el tema a efectos de que se cuente con un instrumento donde el operador encuentre por lo menos una reunión medianamente sistemática de los aspectos más destacables del ejercicio de la acción civil al interior del proceso penal.

Hubiera sido nuestro deseo publicar en una sola oportunidad, al lado del estudio de la acción civil, el análisis de los que hemos considerado son mecanismos para el *restablecimiento del derecho*. Sin embargo, las permanentes modificaciones a que se ve sometida nuestra legislación nos obligan a posponer esta segunda parte, la cual confiamos publicar prontamente, como un segundo tomo. Por ahora, entonces, nos ocupamos en este primer tomo exclusivamente de la acción civil en general, esperando que este trabajo pueda resultarle de utilidad al lector en el desempeño de sus actividades profesionales.

VICENTE E. GAVIRIA LONDOÑO
Bogotá, 12 de septiembre de 2001

I. LA PARTE CIVIL Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO PENAL

Las leyes son con frecuencia defectuosas sobre este punto.

En lo que a las penas toca, no se ha temido el exceso.

En lo que a la satisfacción se refiere,

se ha cuidado poco del déficit.

La pena, mal que, llevado más allá de lo necesario,

es puramente nocivo, se prodiga con largueza.

La satisfacción, que se transforma totalmente en un bien,

no se concede sino con gran parsimonia.

BENTHAM

El tema de la parte civil dentro del proceso penal, y en particular el de la víctima del delito y sus derechos, son punto central de lo que se ha denominado *una nueva política criminal*, temática que comenzó a discutirse con rigor a partir de los años 70 y que, lejos de agotarse, aún invita a la reflexión y al estudio.

Y aunque la víctima es el tema de moda, no por ello puede afirmarse que por vez primera el perjudicado con el delito se sitúa en un plano privilegiado dentro de las discusiones propias del derecho penal; pues el otrora ofendido ocupó un lugar sobresaliente bajo el reinado de la *compositio*, la que correspondió a su *época de oro*: en efecto, este mecanismo de solución de los conflictos a través del ajuste o convenio, armonizado con un sistema de justicia privada como forma principal de persecución penal, permitía obtener en forma rápida y adecuada el resarcimiento del perjuicio ocasionado con la conducta dañina.

La víctima fue desalojada de este pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súb-

ditos por el poder político central, como un instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él¹.

En tal sistema la reparación perdió vigencia, relegándose al ámbito puramente privado, pues el derecho penal no incluyó entre sus fines ni a la víctima ni a la indemnización de perjuicios, al paso que el procedimiento penal le reservó al ofendido un papel despreciable, cual era —como hoy sigue ocurriendo en tantos casos— el de ser el instrumento del que se podía extraer el conocimiento suficiente para la condenación del imputado, teniéndole, entonces, como un objeto de prueba, lo cual determinó una *expropiación de los derechos del ofendido* y sin que “siquiera la idea de protección de bienes jurídicos” le otorgara a la víctima algún papel importante en la actuación penal.

Y se dice que fue el positivismo criminológico el que rescató la temática, aunque en forma impropia, cuando, “por intermedio de FERRI, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquella, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima”².

En tal sentido, tampoco es nuevo nuestro interés por los temas de derecho civil que se involucran en la tramitación procesal penal, y en particular el estudio de la víctima, sea que ella esté o no constituida en parte civil; de ahí que muchas de las consideraciones que aquí presentamos hemos procurado difundirlas dentro de la medida de nuestras posibilidades, pues estamos convencidos que en la hora actual el derecho penal —sin que el caso colombiano sea la excepción— ha dado, por lo menos bajo el marco teórico, un viraje definitivo en torno al paradigma de la reparación, en reemplazo del arcaico y fracasado modelo retributivo.

Así lo anterior, las múltiples referencias y precisiones de la legislación patria sobre el particular, las cuales parten de la propia Constitución Política en torno a los temas de la protección de la víctima del delito y del *restablecimiento del derecho* conculcado con la conducta delictual, no son, ni pueden

1 JULIO B. J. MAIER. La víctima y el sistema penal, Buenos Aires, Ad Hoc, 1992, pp. 185 y 186.

2 *Ibid.*, p. 187.

seguir siendo, meras entelequias jurídicas —como en tantos casos por desgracia aún acontece—, o un lugar de estudio en las aulas universitarias, desligado por completo de la realidad de su manejo procesal.

La parte civil y la víctima del delito no son figuras novedosas de nuestra legislación sustancial y procesal, pues, para no ir más lejos, tanto en el Código Penal de 1936 (arts. 92, 93, 100 y 101) como en el de Procedimiento Penal de 1971 (arts. 9.º, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 28 y 29, entre otros) había expresas alusiones a la víctima y a la obligación indemnizatoria que surgía del delito, aspectos a los que, en verdad, jamás se les dio la trascendencia que merecen, pese a que, incluso, según los términos del artículo 18 del CPP. de 1971, el tema de la indemnización podía entenderse como una sanción o pena adicional, pues allí se indicaba que la competencia del juez penal se extendía, sólo para efectos de *represión*, a las cuestiones civiles que surgieran dentro del proceso.

Buen tiempo ha pasado desde la derogatoria del Decreto 409 de 1971, el que, como se sabe, fue reemplazado por el Decreto 050 de 1987, y éste a su vez por el Decreto 2700 de 1991, el cual fue modificado en reiteradas oportunidades (Ley 81 de 1993; Ley 190 de 1995 —Estatuto Anticorrupción—; Ley 333 de 1996 —de extinción del dominio de bienes de procedencia ilícita—; Ley 365 de 1997 —de aumento de penas—; Ley 383 de 1997 —de reforma tributaria—; Ley 504 de 1999 —con la que se crea la justicia especializada en reemplazo de la justicia regional— entre otras); es decir que en un lapso de escasos quince años hemos tenido tres códigos de procedimiento penal³, y toda clase de reformas a los mismos; y, en verdad, no observamos que con la nueva legislación haya mejorado de manera substancial la administración de justicia, en particular en torno a la protección de la víctima del comportamiento ilícito. Hoy, como es sabido, rige un nuevo Código de Procedimiento Penal, la Ley 600 de 2000, el cual confiamos tenga mayor éxito frente al tema de las víctimas del delito.

Y aunque la normatividad que se ocupa de la materia en términos generales aparece volcada hacia tan encomiable propósito garantista —pues no podemos entender y justificar la existencia del derecho penal sino en cuanto propenda por la protección de los derechos de quienes puedan padecer o padezcan los efectos nocivos de las conductas delictivas—, resulta inexplicable la expedición

3 El Congreso de la República expidió con la Ley 600 del 24 de julio de 2000 el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyo proyecto original fue preparado por la Fiscalía General de la Nación.

de disposiciones legales que se apartan de esta finalidad y buscan otras, menos plausibles, como la descongestión de los despachos judiciales.

En tal sentido, resultaba un despropósito, a guisa de ejemplo, que en el numeral 5 del artículo 37B del CPP de 1991, modificado por el artículo 12 de la Ley 365 de 1997 del estatuto procedimental penal, se indicara que, en los eventos de ley en que se profería sentencia anticipada, en dicha providencia no se podría resolver lo referente a la responsabilidad civil⁴, pues tal disposición llevaba a la víctima del delito constituida en parte civil a soportar una nueva victimización, esta vez a manos del propio Estado, la cual incluso podía resultar más nociva que la producida por el sujeto activo del delito: en efecto, es apenas elemental que, no siendo posible que el juez se pronunciara sobre el tema de la responsabilidad civil al proferir sentencia anticipada, si existían bienes embargados y secuestrados debía ordenar el levantamiento de tales medidas cautelares, pues si éstas buscaban ser una garantía de pago de la indemnización de perjuicios a que pudiera ser condenando el procesado, carecían de sentido y razón cuando al juez le estaba vedado, *de lege data*, pronunciarse sobre el tema.

Correspondía entonces a la víctima constituida en parte civil soportar impávida la decisión de levantamiento de las medidas cautelares de embargo y secuestro, y perder, no solo el dinero que había debido pagar para constituir la correspondiente caución, sino el que había invertido para constituirse en parte civil; sin olvidar, claro está, el tiempo y esfuerzo desperdiciados, pues disposiciones como la comentada la ponían en la necesidad de incoar de nuevo su acción por responsabilidad civil extracontractual; y esta vez ante la jurisdicción civil, donde debía promover un largo y costoso proceso ordinario, el cual, una vez terminado, y de resultar favorable a sus pretensiones, le permitiría iniciar un tercer proceso, en este caso de ejecución, donde podría pedir, nuevamente, el embargo y secuestro de los bienes que años antes estaban afectados con las mismas medidas cautelares: y para entonces era poco probable que tales bienes existieran, o que se encontraran en cabeza del obligado a indemnizar, lo cual, a la postre, significaba que las pretensiones indemnizatorias de la víctima del delito fueran materia de burla si ésta no contaba con la suerte,

4 Esta absurda disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-277 del 3 de junio de 1998, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

nada factible, de que el obligado se allanara voluntariamente a satisfacer la obligación indemnizatoria⁵.

Más inaceptable resulta este tratamiento si se considera que la redefinición del *status* de la víctima en el derecho penal actual está determinada, pese a la discusión que ello pueda generar, por la pretensión de integrar el tema de la indemnización como uno de los fines de la pena, como una forma de reacción del derecho frente a la conducta dañosa, o, incluso, dentro de una corriente abolicionista, como un reemplazo de la tradicional *pena estatal*.

Hoy por hoy el derecho penal no sólo pretende rescatar los derechos de la víctima dentro del proceso penal a través de disposiciones legales que permitan obtener, aun de forma coactiva, la reparación integral; sino que para alcanzar tal objetivo se vale de normas flexibles, de institutos procesales que facilitan la reparación, incluso dándole preeminencia sobre la reacción penal propiamente dicha, lo cual es palpable en nuestro sistema con figuras como la conciliación y la indemnización integral que extingue la acción penal.

Además, frente al derecho penal que otrora actuaba casi como *enemigo de la víctima*, el actual, partícipe del movimiento reformista, busca que la meta final de la actuación penal sea la reparación del daño, dándole preeminencia a un interés particular cuya satisfacción produce mejores efectos sociales que los del arcaico modelo, donde se pensaba que con el desconocimiento de los

5 En vigencia de la disposición en cita, la Corte Suprema de Justicia, sin contemplar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4.º C. N., afirmó: "... resulta forzoso concluir que cuando se trata de esta clase de sentencias, necesariamente quedan excluidos los intereses privados de quien con tal propósito se hace parte ante la justicia penal, pues en esa relación Estado-procesado no hay cabida para discutir aspectos de otra naturaleza, pudiendo entonces este sujeto procesal acudir a la jurisdicción civil, como quiera que, de aprobarse el acuerdo y dictarse la consiguiente sentencia condenatoria, cuenta ya con la demostración plena de la fuente de la obligación civil, siendo pues ésta una excepción a la regla general de que la acción civil se puede ejercer dentro del proceso penal, como lo manifestara la Sala en auto del 16 de diciembre de 1997, con ponencia de JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, al precisar que 'dicha facultad de escoger cualquiera de las dos jurisdicciones, que encuentra plena justificación en el principio de economía, tiene sin embargo excepciones, como, por vía de ejemplo, la del numeral 5 del artículo 37B del CPP (modificado por el artículo 12 de la Ley 365 de 1997), según el cual en las sentencias anticipadas no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil y, en coherencia con ello, el numeral 4 *ibidem*, al consagrar el interés para apelar esa clase de fallos, no relaciona a la parte civil entre los sujetos procesales con tal vocación'" (CSJ, Sala de Casación Penal. Auto del 4 de marzo de 1998, rad. 14.071, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE).

derechos particulares de la víctima y la imposición de la *pena estatal* al reo cumplía el Estado en debida forma su papel de dispersador de justicia.

Cabe recordar, como lo puntualiza FERNANDO HINESTROSA⁶, que “el derecho no es un fin, sino un medio que emana de la sociedad para mantener un equilibrio entre los hombres y proveer a la realización de un ideal de justicia”: y resulta evidente que con regulaciones legales como la citada deja de ser el derecho un mecanismo para garantizar la convivencia, y pasa a convertirse en un mero propósito, desligado por entero de las razones que lo justifican: nada hay de justo ni edificante en un sistema legal donde se busca descongestionar los despachos judiciales y elevar las estadísticas de las sentencias condenatorias, si para alcanzar tal propósito resulta necesario menospreciar, o, lo que es lo mismo, vulnerar los derechos resarcitorios de la víctima.

No dudábamos entonces de la inconstitucionalidad de esta norma, pues contrariaba en forma abierta los artículos 2.º, 13, 229 y 250.1 de la Carta, y por ello propusimos entonces que su inaplicación podía fundamentarse en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4.º del estatuto superior, mientras la Corte Constitucional decidía sobre su inexequibilidad.

Empero, tan desafortunadas normas como la comentada—art. 37B C. de P. de 1991, modificado, art. 12 Ley 365 de 1997—son por fortuna excepcionales, pues en realidad es generosa la legislación colombiana, pese a los entendibles vacíos de que pueda adolecer, al regular el tema de la parte civil en el proceso penal, y en particular al ocuparse de un importante número de mecanismos de *restablecimiento del derecho* con los cuales se protegen las pretensiones indemnizatorias de la víctima. Sin embargo, dicha normatividad en muchos casos permanece inexplorada e inaplicada, o, más grave aún, mal interpretada, lo que evidencia la falta de concientización sobre su importancia y la innegable trascendencia que se le otorga al sindicado, a quien se viene considerando como único protagonista del delito y de las posteriores actuaciones procesales que se desprenden del mismo.

No podemos pasar por alto ni omitir la crítica respetuosa que se impone respecto de algunas decisiones de nuestro máximo tribunal de justicia, con las que, antes que aportar claridad al tema en torno al nuevo *status* de la víctima según las previsiones de la Constitución Política de 1991, se sigue rindiendo culto al formalismo, y con ello pensando que el proceso penal cumple su fun-

6 Curso de obligaciones, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

ción sólo en cuanto condene al procesado, sin que los derechos del lesionado sean cuestión que interese a quienes la sociedad ha dispensado la noble función, no de administrar la ley, sino la justicia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 6484 del 10 de noviembre de 1992, y con ponencia de JORGE CARREÑO LUENGAS, al referirse al tema de la cancelación de títulos y registros obtenidos de manera fraudulenta –el original propietario, por virtud de un delito de estafa, “perdió” la propiedad y posesión sobre un bien inmueble– y pese a estar demostrada la espuria titulación, se abstuvo de ordenar la cancelación que se imponía, no obstante el claro mandato del artículo 61 del CPP, argumentando que la corporación no podía, en sede de casación, enmendar las irregularidades de los juzgadores de instancia –a los que censuró duramente, con razón, mas compartiendo el mismo vicio en que fundó la crítica–, quienes habían omitido los pronunciamientos pertinentes sobre el tema; y afirmando que tampoco le resultaba lícito suplir las omisiones de la parte civil, quien jamás solicitó la mencionada cancelación de títulos y registros fraudulentos como mecanismo para restituir las cosas a su *statu quo ante*.

Para robustecer tan incomprensible posición, no unánime por fortuna, dijo la Sala mayoritaria que le resultaba prohibido al tribunal de casación ocuparse del tema del *restablecimiento del derecho*, por cuanto “su competencia en este campo se encuentra restringida por los principios de taxatividad y limitación de las causales de casación, en virtud de las cuales le está vedado tener en cuenta las que no han sido expresamente alegadas por el recurrente”.

Y para ser objetivos en el análisis del tema, transcribimos lo que a párrafo seguido dijo la Corte:

Es verdad que el artículo 61 del estatuto procedimental penal, en desarrollo del principio rector del artículo 14 *ibídem*, faculta al funcionario judicial para ordenar la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente en procura de restablecer el derecho violado; pero también lo es que dicha prerrogativa sólo puede ser ejercitada por los jueces durante las instancias a solicitud de la parte interesada o de manera oficiosa.

No existe norma constitucional de aplicación inmediata que consagre dicho principio, pues el artículo 250 de la C. N. de 1991, que alude a él, señala, entre las funciones dadas a la Fiscalía General de la Nación, la de tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el *restablecimiento del derecho* quebrantado, atribu-

ción aplicable *únicamente en la etapa del sumario* –arts. 120 y ss. C. P.–⁷ (cursiva nuestra).

Es decir, para la Corte el *restablecimiento del derecho* únicamente tiene lugar en la etapa del sumario, pues, al no existir disposición constitucional o legal concreta que le permita al juez proceder en tal sentido dentro de la etapa del juicio o en momentos posteriores a ésta, debe el lesionado entender, si es que ello puede resultarle posible, que por un formalismo no habrá lugar a que las cosas vuelvan al estado predelictual. En suma, el derecho de la víctima en la etapa del juicio no es que sea cuestión de menor valía: es que, simple y llanamente, no existiría.

No pocas fueron las discusiones que generó esta respetable posición, la que, huelga decir, ni por principio ni por fundamentación podemos compartir, identificándonos, al contrario, con los oportunos salvamentos de voto de EDGAR SAAVEDRA ROJAS, JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ y GUSTAVO GÓMEZ VELÁZQUEZ, quienes se dolían de la forma como la Sala mayoritaria daba preeminencia a las formalidades adjetivas sobre el derecho sustancial, en clara violación al artículo 228 de la Carta, y destacaban que decisiones como la comentada dejaban de lado a ese protagonista del derecho penal que es la víctima, “olvidando que ello muchas veces acarrea una nueva victimización dentro del proceso penal”.

Decía SAAVEDRA ROJAS en su salvamento de voto:

Quiso el legislador que, sin desconocer los derechos y garantías consagrados en favor del procesado, la víctima recibiera la categorización procesal que merecía, y que por lo tanto el proceso se convirtiera en un instrumento efectivo para que obtuviera el *restablecimiento del derecho*, lo que representaba la oportunidad de recuperar lo perdido si ello fuere posible; o la indemnización por los perjuicios materiales y morales recibidos como consecuencia del delito; o la devolución de lo ilícitamente invadido; o la cancelación de los registros falsos por medio de los cuales se hubiera pretendido desposeerlo de bienes [...]

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en Gaceta Judicial, t. CCXXI, n.º 2460, segunda parte, segundo semestre de 1992, p. 153.

Una de las disposiciones de la Carta prevé como una de las finalidades supremas del proceso penal el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

Como si lo anterior no fuera suficiente, debe recordarse otro principio constitucional de particular importancia, contenido en el artículo 228 cuando establece que en las decisiones de los jueces “prevalecerá el derecho sustancial”, mandato que no se observa en el caso del que nos apartamos, puesto que se hacen prevalecer las formalidades adjetivas de un recurso extraordinario sobre el derecho sustancial y sobre la justicia.

No compartimos la interpretación que de la norma hace la Sala mayoritaria cuando afirma que esta atribución es “... aplicable *únicamente en la etapa del sumario*”, porque con la misma se desconoce la naturaleza propia del proceso penal como una unidad inescindible integrada por dos partes, una de las cuales, el sumario, es la preparación y fundamento de la segunda, el juicio⁸.

VALENCIA MARTÍNEZ, con la puntualidad y elegancia propias de su estilo, indicaba al apartarse del criterio mayoritario:

No creí que el tema que aborda la parte final de la sentencia, referida a que a la Corte —como juez de casación— le está vedado adoptar las medidas necesarias para restablecer el derecho turbado, tuviera sustancia polémica. Entendí siempre que el autor de una conducta penal desaprobada no sólo debía cargar con una sanción y una responsabilidad civil, *in totum*, sino, además, que el juez en lo criminal, actuando oficiosamente, tenía facultades plenas para restablecer el derecho quebrantado a su integridad anterior, como lo prescribe el contenido de la ley (art. 14 C. P.).

Era, pues, compromiso ineludible de la Sala Penal de la Corte corregir la omisión de las instancias y ordenar, sin dilaciones, aun de oficio, la cancelación de la escritura pública espuria y su correspondiente registro con miras a obtener una reintegración exacta del patrimonio despojado. La facultad judicial penal de pronunciarse sobre estos extremos *advieni obligatoria*, exista o no petición de parte, por estar encaminada a satisfacer un elevado interés público y las propias

8 Cfr. *ibid.*, pp. 155 a 159.

exigencias del derecho privado, vapuleado por el injusto. Tiene esta postura, al menos para mí, categoría máxima. No puedo ver las cosas de otra manera, teniendo en cuenta las enseñanzas de la ciencia penal, las experiencias de la práctica y un criterio ideal de justicia⁹ (cursiva nuestra).

Y apuntilló GÓMEZ VELÁZQUEZ:

Lo que la ley no ha querido es encadenar una serie de procedimientos, primero penales, luego civiles, y finalmente hasta notariales o similares, sino que la actuación pueda concluir en uno solo a efectos de llevar la restitución del derecho al ofendido en forma expedita y directa.

No está por demás destacar la tesis que domina en la acción civil ejercitable en el proceso penal. O sea, la situación de *privilegio* que establece la ley para el ofendido o perjudicado, en razón de la especialísima naturaleza del factor que desencadena su daño: el delito [...] El delito suele arrasar, en un momento dado, con vida, patrimonio, honra, etc. Y cambiar totalmente las condiciones de vivir que se llevan. Por esto, la restauración de su derecho prima sobre toda otra consideración¹⁰ (cursiva nuestra).

Es claro entonces que, hoy más que nunca, corresponde al funcionario judicial dar prevalencia al derecho sustancial, sometido y vulnerado tantas veces bajo el formalismo casi siempre inclemente de las normas procedimentales (art. 228 C. N.).

Y tal prevalencia no ha de limitarse de manera exclusiva a los derechos con que cuenta el sindicado dentro del proceso penal que se tramita en su contra, sino que es necesario extenderla a los derechos de quien en su condición de víctima del ilícito busca una indemnización de los perjuicios a él ocasionados.

De ahí que hoy en día, como se dijo, tengan cada vez más operancia e implementación aquellos mecanismos que buscan una reparación de los derechos lesionados, tales como el de la conciliación, o la terminación del proceso por indemnización integral. Con ellos se está reconociendo una vez más en la ley

9 Cfr. *ibid.*, pp. 160 a 162.

10 Cfr. *ibid.*, pp. 163 a 165.

la importancia de la parte lesionada por el delito, *a punto tal que se admite la extinción de la acción penal bajo condición de que se indemnice al perjudicado.*

Y ha sido la Corte Constitucional partícipe de este pensamiento, tal y como lo expresó en la importante decisión antes referida:

Este derecho de las víctimas para constituirse en parte civil y la obligación del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito no son resultado de una simple acumulación de acciones ni una mera consecuencia de la atribución legal para fijar las formas propias del juicio. Se trata realmente de la aplicación de algunos principios rectores que gobiernan el proceso penal, en particular aquellos que ordenan a las autoridades penales la protección de las víctimas y testigos y el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por la actividad delictiva, los cuales a su vez tienen asiento en los principios generales de economía procesal y eficacia jurídica [...]

Estos principios, a su vez, constituyen un conjunto normativo que tiene fundamento en valores constitucionales de singular importancia y que encuentran su norte en la obligación que le asiste a las autoridades estatales de hacer efectivos los derechos y deberes de las personas, protegerlas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar la convivencia pacífica de un orden justo (art. 2.º C. P.). En efecto, a las autoridades judiciales, como representantes del Estado social de derecho, les asiste el compromiso de investigar y juzgar los delitos, no sólo con el ánimo de reivindicar aquellos bienes jurídicamente tutelados de singular importancia para la comunidad, sino también para administrar justicia a favor del perjudicado, quien es concretamente el titular del bien jurídico afectado.

En este orden de ideas, ha de entenderse que los principios citados son una consecuencia del derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, el cual no puede ser interpretado como una simple atribución formal de acudir a las autoridades judiciales, sino como una garantía que *obliga al juez de la causa a resolver integralmente sobre el fondo del asunto planteado.* Así, las víctimas y perjudicados con el delito, como manifestación del derecho a acceder a la administración de justicia, tienen también un derecho constitucional a participar en el proceso penal que el Estado debe adelantar; *derecho que no debe limitarse a la declaratoria de responsabilidad penal, sino que, además, ha de extenderse a la obtención de la reparación del daño causado cuando éste se encuentre probado [...]*

El derecho a la justicia se constituye entonces en una manifestación concreta del principio según el cual todas las personas tienen derecho a una igual protección por parte del Estado. Por ello, siguiendo la jurisprudencia constitucional, “el artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 *ibidem*, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente a los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de jueces y tribunales.

En igual sentido se había pronunciado la Corte en la sentencia T-275 de 1994 cuando sostuvo:

Sea lo que fuere, constituirse en parte civil y/o tener acceso al expediente y aportar pruebas forma parte del derecho a acceder a la justicia (art. 229 C. P.), y es ésta una expresión válida de fortalecimiento de la justicia, la igualdad y el conocimiento (Preámbulo de la Carta) (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO).

Pero los derechos de la víctima al proceso penal y, en particular, a la indemnización de perjuicios, no son sólo una manifestación de los derechos de justicia e igualdad sino que se constituyen también en una expresión de los deberes constitucionales del Estado. De allí que la Carta Política le haya impuesto a la Fiscalía General de la Nación, en su misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, la obligación de “... tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el *restablecimiento del derecho* y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito” (art. 250.1).

Se trata entonces de una clara protección constitucional de las víctimas de los delitos, pues el Estado reconoce que debe brindar seguridad y protección integral a los titulares de estos derechos, incluyendo la compensación de los perjuicios ocasionados. En efecto, dentro de la concepción del Estado social de derecho, que reconoce como principios esenciales la búsqueda de la justicia y el acceso a la misma, el derecho procesal penal no sólo debe operar, como manifestación del poder sancionador del Estado, a favor del inculpatado, sino que debe procurar también por los derechos de la víctima. Debe entonces –el proceso penal– hacer compatibles los intereses de ambos sujetos procesales, pues el perjudicado con el delito no puede convertirse en una pieza suelta e ignorada por la política criminal del Estado ya que, como se ha explicado, los derechos de los sujetos procesales constituyen valores y principios reconocidos por la Constitución Política.

Hecha la anterior observación, es de mérito advertir que el Estado, antes que impedir o limitar la participación de la víctima o el perjudicado en el proceso penal, como ocurre con el precepto acusado¹¹, debe procurar su consolidación y fortalecimiento en aras de lograr una verdadera administración de justicia. Es esta actitud del Estado, la de dar un trato igualitario y justo a todos los sujetos procesales, la que corresponde a una verdadera manifestación de respeto por los derechos humanos de los ciudadanos.

Con fundamento en lo expuesto, ha de concluir la Corte que el derecho que tiene el afectado con el delito a constituirse en parte civil dentro del proceso penal o, en su defecto, a obtener del juez penal el reconocimiento de los perjuicios cuando éstos se encuentren debidamente probados, tiene fundamento en el derecho constitucional de las víctimas a participar en el proceso penal y en la obligación estatal de restablecer los derechos afectados con el ilícito. Así, debe entenderse que, frente al daño público y privado derivado del delito, existe unidad de jurisdicción en el juez penal para resolver, sin que con ello se ignore la naturaleza privada de la acción civil¹².

Así lo anterior, la labor del funcionario judicial penal debe desarrollarse con igual celo tendiente a establecer la responsabilidad o no del sindicado, tanto en su aspecto penal como civil, y de la misma forma debe procurar las pruebas necesarias que permitan demostrar la existencia de los perjuicios ocasionados con el delito, su cuantificación, lo mismo que adoptar las medidas precautelativas¹³ que sirvan de garantía de satisfacción para el ofendido ante el evento de condenación del procesado.

11 Se refiere al numeral 5 del artículo 37B del CPP de 1991.

12 Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-277 del 3 de junio de 1998, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, en *Jurisprudencia y doctrina*, t. XXVII, n.º 320, Bogotá, Legis, agosto de 1998, pp. 1171 a 1178.

13 “Para hacer efectiva la condena en perjuicios y garantizar los derechos patrimoniales de las víctimas o perjudicados, el funcionario penal puede adoptar una serie de medidas de carácter preventivo como son, entre otras, la de decretar el embargo y secuestro de los bienes del procesado, disponer la cancelación de títulos y registros obtenidos en forma fraudulenta, ordenar el comiso o remate de bienes con los cuales se haya cometido el delito o que hayan servido de instrumentos para su consumación (arts. 338 y 339) e incluso declarar la extinción del dominio sobre bienes obtenidos ilícitamente. Todas ellas

Y para alcanzar este objetivo es necesario recordar que, pese a la especialización que se impone en las diferentes áreas del derecho, no podemos, alegando ser “penalistas”, desconocer normas fundamentales y generales del derecho civil y del procedimiento, porque éste es uno solo.

HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, en una conferencia de 1992 sobre el Código de Procedimiento Penal (Dcto. 2700 de 1991), criticaba con dureza la actitud de jueces y litigantes en los procesos penales:

Empero, dado que este campo de las medidas cautelares reales, por estar regido casi íntegramente por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, infortunadamente en las más de las veces es desconocido y exótico para quienes se han especializado en las lides penales, es lo cierto que se trata de tema poco trajinado; de ahí que sea ésta una ocasión propicia para destacar el error que cometen quienes se colocan dentro de ese aislamiento intelectual y jurídico, olvidando que el derecho, y en especial el procesal, es uno solo, se nutre de fuentes comunes, sus principios rigen por igual, falla que es tanto más relevante si se considera que todos sus vacíos se llenan con las disposiciones similares del procedimiento civil.

En similares términos IZQUIERDO TOLSADA apuntaba:

“No me cansaré de decir que si nuestro Derecho permite que la cuestión civil se vea en el proceso penal, lo que deberían hacer algunos jueces (desgraciadamente, los más) es preocuparse por las técnicas del Derecho civil, pues para ese extremo son tan jueces de lo civil como el que más. Y los mismo los fiscales. Pero, hoy por hoy, unos y otros prefieren manejar la normativa civil comprendida en el Código penal como un quistecillo ajeno al resto del ordenamiento jurídico-privado. Es mucho más fácil el manejo mecánico de una veintena de preceptos que proceder en cada momento a su integración en el régimen del Derecho de contratos o en la regulación de la posesión”¹⁴.

ordenadas de oficio cuando el funcionario, por cualquier medio, conozca claramente las circunstancias o razones que le dan origen”. *Jurisprudencia y doctrina*, cit., p. 1174.

¹⁴ IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. Aspectos civiles del nuevo Código Penal., Madrid, Dykinson S. L., 1.997, p. 96.