

# LA VÍCTIMA EN EL SISTEMA ACUSATORIO DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

*Vicente Emilio Gaviria Londoño*

Decíamos en otro trabajo relacionado con las víctimas<sup>1</sup> que partiendo de un vistazo a las regulaciones que en torno a las víctimas contenía la legislación colombiana en el Código de Procedimiento Penal de 1971, resultaba fácil observar cómo el legislador colombiano, partícipe del movimiento reformista mundial, se encargó de implementar al interior del proceso penal cada vez mayores mecanismos para ofrecer una verdadera y real protección a aquellos cuyos derechos se lesionaron con la conducta ilícita.

En este sentido, inicialmente nuestra legislación se ocupaba, en esencia, de regular la intervención al interior del proceso penal de quienes resultaban lesionados con el delito, permitiéndoles escoger ejercitar su pretensión indemnizatoria dentro de esta actuación a través de la Constitución en parte civil, o bien, hacerlo ante la jurisdicción civil. Con el paso de los años el tratamiento de las víctimas de los delitos presentó un mayor espectro, pues éste no se limitó únicamente a permitirles a aquéllas comparecer al proceso como sujetos procesales, sino que se hizo énfasis en la necesidad de que el proceso penal fuera vehículo que condujera a restablecer los derechos conculcados, finalidad que se hizo más evidente al expedirse una nueva Constitución Política en el año de 1991, donde en disposiciones como las originales del artículo 250.1, se dijo que correspondía a la Fiscalía General de la Nación “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de

---

1. *La víctima en el nuevo procedimiento penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externando de Colombia, 28 de enero de 2003, sin publicar.

los perjuicios ocasionados con el delito”, agregando el numeral 4 *ibíd.*, que también correspondía a aquella “Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”.

Gracias a este decidido respaldo constitucional, institutos como la *Conciliación* y la *indemnización integral de perjuicios*, la cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente, la posibilidad de embargar y secuestrar bienes tanto del presunto responsable del delito como del llamado “tercero civilmente responsable”, la admisión del llamamiento en garantía, entre otros, resultaron fortalecidos por virtud de su específica regulación legal en el Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600 del 24 de julio de 2000).

Y decíamos también que no obstante lo anterior, se tenía como dogma que lo que justificaba la intervención de las víctimas al interior del proceso penal, era un interés puramente patrimonial, por manera que su calidad de *parte civil* sólo podía aceptarse y mantenerse en tanto en cuanto existiera una pretensión económica de su parte, no resultándole entonces posible adelantar actuaciones dentro del proceso penal que revelaran un ánimo vindicativo o de otra especie que no se compaginara con ese interés patrimonial.

Sin embargo, a partir del 3 de abril de 2002 se admitió que la susomentada legitimación no sólo podía residir en un interés patrimonial sino que podía también encontrarse en la pretensión de conocer la verdad y/o de que se hiciera justicia, tal y como lo entendió nuestra Corte Constitucional en importante fallo<sup>2</sup>.

Y no obstante ha tratarse de doctrina ya suficientemente conocida y divulgada, no es ocioso traer a colación algunos apartes de la misma, toda vez que en nuestro sentir las enseñanzas de la Corporación y el carácter vinculante de las mismas, indiscutiblemente deben ser tenidas en cuenta y respetadas por el legislador a la hora de acordar el texto definitivo del nuevo Código de Procedimiento Penal que se implemente en el país.

Así lo anterior, se debe recordar y tener presente que la Corte Constitucional tiene dicho que “Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátese de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esta tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado”.

---

2. Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y MANUEL JOSÉ CEPEDA.

De esta suerte, es de claridad meridiana que para la Corte Constitucional a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, se ha presentado una reconceptualización de la víctima del delito, precisión ésta cuya importancia crece en grados frente a la reforma constitucional introducida a nuestra Carta Fundamental por virtud del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, el cual, en esencia, pretende instaurar en Colombia un proceso penal con marcada tendencia acusatoria o un sistema acusatorio “puro”, si es que puede aceptarse que en algún lugar exista, el cual en todo caso comportará que la Fiscalía General de la Nación cumpla en el futuro funciones diferentes a las que en la actualidad desarrolla.

Atendiendo el mandato constitucional, cursa en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, el cual ya ha sido aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

El texto es rico en referencia a las víctimas, pues a lo largo de todo el articulado se las menciona y prácticamente no existe temática o materia de las que allí se regulan, que no tenga una referencia directa o indirecta a las víctimas y a la protección de sus derechos.

No obstante lo anterior y teniendo de presente que puede resultar fácil la crítica despiadada de un texto que hasta ahora solo recoge un proyecto de ley, el cual deberá someterse a múltiples discusiones, ampliaciones, eliminaciones, modificaciones antes de convertirse en el nuevo Código de Procedimiento Penal, es lo cierto que desde nuestra óptica y entendimiento que parten directamente del actual texto del artículo 250 de la Constitución Política, el trabajo que tuvimos a nuestra disposición para su estudio en apariencia sería protector y respetuoso de los derechos de las víctimas, pero en realidad a éstas se les impide desarrollar las actuaciones propias de quienes tienen derechos que proteger, constituyendo entonces su limitada intervención dentro del proceso, una mera apariencia con la que se pretende mostrar un respeto a un mandato suprallegal, respecto que en la práctica inexistente como que se soslaya a través de confusas formulaciones jurídicas, con las cuales se presenta, según las palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, una *descarada manipulación* de la víctima.

Llama particularmente la atención que en el libro sobre el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal en el cual se publica el trabajo que se adelantó dentro del marco de un convenio de cooperación suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, la Embajada de Estados Unidos de América en Colombia y la Corporación Excelencia en la Justicia, se indica en la exposición de motivos<sup>3</sup> que “... la propuesta norma-

---

3. JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA, JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA et ál. *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Legis, 2003, pp. xi y ss.

tiva contempla una opción preferencial por la participación de las víctimas en el proceso penal, entendida como la redefinición del rol que éstas cumplen en garantía de la verdad, la justicia y la reparación en orden a la solución integral del conflicto que subyace al delito...”.

Y nos resultan interesantes estas afirmaciones, pues si bien entendemos que el texto que finalmente se presentó ante el Congreso difiere del elaborado por virtud del citado convenio, es lo cierto que éste es la base de aquél y por ello nos inquieta que cuando la tendencia mundial del derecho penal apunta hacia el reconocimiento y protección verdadera y eficaz de los derechos de las víctimas, en el caso colombiano, de convertirse en ley un articulado como el aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, se estaría retrocediendo significativamente en los grandes avances que particularmente se obtuvieron en los últimos diez años en torno a la protección de los derechos de las víctimas.

Pero para intentar poner de presente esta desalentadora realidad, es necesario efectuar algunas precisiones y traer a colación algunas definiciones que resultan medulares dentro de la teoría del proceso.

En primer término, hemos de referir que respecto del proyecto que nos ocupa, se aprobó en sesión del 27 de noviembre de 2003, cambiar la expresión “sujetos procesales” por “parte e intervinientes”, o “partes” o “intervinientes”, lo cual nos obliga a traer a colación algunas definiciones, así:

– *Sujeto procesal*: “Todos aquellos individuos que, de manera permanente o accidental, en ejercicio de una profesión o en defensa de su interés, *intervienen* en el proceso penal y hacen posible la realización de la actividad jurisdiccional; se conocen por la doctrina como sujetos del proceso penal<sup>4</sup> [...] Hemos de distinguir dos clases de sujetos en el proceso penal, según la distinta posición que en él ocupan y a la finalidad diversa a que tiende su actuación: los que integran la titularidad del órgano jurisdiccional, y los que pueden comprenderse dentro de la denominación de *partes procesales*”<sup>5</sup>.

– *Parte*: “Entendemos por partes procesales aquellos sujetos que intervienen en el proceso penal para lograr la tutela de sus propios derechos o intereses, y que actúan parcialmente para lograr de los titulares del órgano jurisdiccional la actuación de sus pretensiones o la denegación de la actuación de las contrarias. Dentro del concepto de partes es preciso incluir diversas clases de sujetos, cuya parcialidad depende del interés que tengan en el resultado del proceso, de la función pública que realizan, o de la profesión que ejercen”<sup>6</sup>.

4. MIGUEL FENECH. *Derecho procesal penal*, v. 1, 2.ª ed., Editorial Labor, 1952, p. 163.

5. *Ibid.*, p. 166.

6. *Ídem.*

– *Delito*: “una noción nominal para la cual el delito es toda acción *punible* que responde a los presupuestos requeridos para imponer pena, lo que es apenas comprensible si se tiene en cuenta que el sistema jurídico-penal vigente está presidido por el principio de legalidad, por oposición al régimen de los países anglosajones que lo entienden como la conducta penada por la jurisprudencia que –en última instancia– crea la ley penal. La segunda noción, o sea, la *material*, atiende al contenido del fenómeno no delictivo a su sustancia, pudiéndose formular diversos conceptos desde esta perspectiva: delito es aquella acción atentatoria contra los intereses jurídicos tutelados; o, como se dijo, todo injusto culpable, pues “injusto” y “culpabilidad” son los presupuestos materiales de los cuales depende el sí de la pena”<sup>7</sup>.

– *Interviniente*: “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”<sup>8</sup> [...] cuando se habla de tercero mirando el área del proceso, es quien pudiendo intervenir hasta ese momento, no lo ha hecho, pero que tiene la posibilidad de vincularse con posterioridad a él<sup>9</sup> [...] La intervención principal se produce por causa de una demanda interpuesta por un tercero, el cual pretende total o parcialmente, la cosa, el derecho litigioso de un proceso contra los dos”<sup>10</sup>.

– *Pretensión*: “solicitud concreta que el individuo formula al Estado por medio de la demanda”<sup>11</sup>.

– *Incidente*: “Dentro de toda actuación judicial resulta de singular importancia el concepto de incidente, pues por medio de él se ha previsto un trámite de naturaleza muy similar al de un proceso (petición, pruebas y decisión), en orden a resolver determinados asuntos, que si bien es cierto se pueden considerar como accesorios respecto de la controversia planteada, tiene gran influencia para la decisión que se ha de tomar en la sentencia; y es tanta, que cuando hay incidentes pendientes, no es posible dictar sentencia de instancia, pues debe esperarse a que sean *resueltos cuando lo que en ellos se vaya a decidir influya en el resultado de aquella*”<sup>12</sup>.

– *Demanda*: “Es únicamente un instrumento para ejercer el derecho de acción, y no es dable confundir el medio (la demanda) con el fin (la petición); de modo que consideramos la demanda como el instrumento de que se valen los sujetos de derecho para ejercer el derecho de acción”<sup>13</sup>.

---

7. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 2002, p. 209.

8. JAIRO PARRA QUIJANO. *Los terceros en el proceso civil*, 6.<sup>a</sup> ed., Ed. Librería del Profesional, 2001, p. 21.

9. *Ibíd.*, p. 22.

10. *Ibíd.*, p. 95.

11. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte general*, t. 1, 8.<sup>a</sup> ed, Bogotá, Dupré Editores, 2002, p. 270.

12. *Ibíd.*, p. 436.

13. *Ibíd.*, p. 455.

– *Acción*: “Por ella entendemos el *derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso*”<sup>14</sup>.

Definido lo anterior, es del caso traer a colación los aspectos más relevantes que se observan en el texto del proyecto en relación con el tratamiento que se otorga a las víctimas de los delitos.

1. En el capítulo de *principios rectores y garantías procesales*, se establece en el inciso 2.º del artículo 2.º sobre *Libertad*, que corresponde al juez de control de garantías ordenar la restricción de la libertad del imputado, cuando ello sea necesario para garantizar la comparecencia, preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

Según lo anterior la detención preventiva tendría una finalidad adicional a las que hoy se manejan: garantizar la protección de las víctimas.

2. El artículo 11 sobre *Derechos de la víctima*, señala entre otros el que les asiste en 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”.

Sobre el particular, es del caso destacar que no obstante la expresa referencia de la norma a los “terceros llamados a responder”, es lo cierto que a lo largo del articulado no aparece ninguna otra referencia a los terceros, a los cuales no se les menciona si como sujetos procesales, ni como intervinientes ni a cualquier otro título, lo cual, en nuestro sentir, constituye un retroceso frente a la protección de los derechos de las víctimas, pues la posibilidad que hoy existe de 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, constituye una mayor garantía de que las víctimas obtendrán, de manera efectiva, el pago de los perjuicios que sufrieron.

Se establece también en la norma en comento que las víctimas tienen derecho a: A ser oídas; a conocer la verdad; a que frente al principio de oportunidad, se consideren sus intereses; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías y a interponer recursos ante el juez de conocimiento cuando a ello hubiere lugar; a ser asistida, durante el juicio y en el incidente de liquidación de perjuicios, por un abogado que puede ser designado de oficio.

No obstante que aquí se establece que la víctima tiene derecho a interponer recursos, es lo cierto que dentro del trámite del proceso tal posibilidad no existe y ella solamente aparecerá dentro del trámite del incidente de reparación integral.

---

14. *Ibíd.*, p. 278.

3. Artículo 15. *Contradicción*. Dice que las *partes* pueden conocer, controvertir pruebas, participar en su formación, incluso en el incidente de reparación.

Esta disposición permitiría en principio pensar que la víctima puede adelantar todas estas actuaciones, sin embargo tales facultades existen pero luego de terminado el proceso, ya que son plenas dentro del incidente de reparación, por lo que, guardadas proporciones, habría resultado igual señalar que la víctima no puede intervenir en el proceso penal, pero que puede hacer valer sus derechos posteriormente, ante un juez civil, ante quien adelantará el incidente de reparación integral.

4. Artículo 18. *Publicidad*. La actuación procesal será pública; tienen acceso a ella, entre otros, los “intervinientes”. Se exceptúan los casos en que se considere que la publicidad puede poner en peligro a las víctimas, testigos, peritos, jurados y “demás intervinientes”.

5. Artículo 22. *Restablecimiento del derecho*. Cuando sea procedente, la Fiscalía y los jueces adoptarán las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si es posible, para restablecer el derecho quebrantado, independientemente de la responsabilidad penal.

Esta disposición es similar a la del artículo 21 del CPP de 2000, aunque el agregado “independientemente de la responsabilidad penal” es muy importante para solucionar casos en los que, por ejemplo, se sabe que se infringió la ley penal pero nunca habrá condena.

Con todo, en la legislación actualmente vigente existen medidas que han demostrado su eficacia como instrumentos o mecanismos de restablecimiento del derecho, tales como la *cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente*, la cual no aparece en el proyecto, pese a lo cual, en nuestro entender, podría ser ordenada por el funcionario judicial toda vez que el restablecimiento constituye una norma rectora y es un mandato de rango constitucional. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que medidas tan radicales jamás serán adoptadas por los funcionarios judiciales si no tienen una regulación específica al interior del Código de Procedimiento Penal.

6. Artículo 25. *Integración*. Se admite efectuar remisiones al Código de Procedimiento Civil y a otros ordenamientos procesales para materias que no estén reguladas, siempre que no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

7. Artículo 37. *Competencia de los jueces penales municipales*. El numeral 4, hablando de delitos perseguidos de oficio, dice que si la decisión es necesaria, deben aplicarse los efectos propios de la querrela pensando en el beneficio y reparación integral de la víctima, siendo del caso preguntar a qué “efectos” se refiere la norma, pues éstos pueden ser de diversa naturaleza.

8. El artículo 47 dice que las “*partes*” pueden pedir cambio de radicación, surgiendo necesariamente la pregunta de si tal petición puede ser presentada por la víctima, pues en realidad el texto no ofrece claridad acerca de la calidad de parte que puede o no tener la víctima.

El párrafo dice que el Gobierno nacional puede solicitar el cambio de radicación por razones de orden público o de seguridad de los intervinientes “en especial de las víctimas”, luego la víctima tendría la calidad de *interviniente*, y si el concepto de *sujeto procesal* se cambió por el de *interviniente* o de *parte*, ello significaría que, de todas maneras, la víctima tendría la calidad de parte y por ello le asistiría derecho en solicitar el cambio de radicación. Sin embargo, el hecho de que a la víctima no se le permita efectuar múltiples actuaciones que son propias de quien ostenta la calidad de *parte*, como por ejemplo, pedir pruebas, participar en su práctica, interponer recurso, podría ser indicativo de que el legislador no ha querido otorgarle la calidad de parte, o bien, que le reconoce dicha calidad limitándole sus derechos a tal punto, que termina por desnaturalizar su calidad de tal.

9. Artículo 53. *Ruptura de la unidad procesal*. Entre otras razones, por aplicación de mecanismos de justicia restaurativa.

10. Artículo 71. *Querellante legítimo*. Se incluye en tal calidad al “perjudicado directo”. Dice el inciso 5.º que frente a la conciliación y al desistimiento de la querrela, el juez debe tener especial cuidado en verificar que la actuación o el acuerdo, se debe producir en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica.

Esta disposición no obstante tener una inspiración aceptada, podría desconocer que sólo la víctima puede decidir o resolver cuál actuación redunde en su beneficio y cuál no, por manera que otorgar al funcionario judicial tal atributo, podría constituir una intromisión en la facultad de disposición de derechos ajenos.

11. Artículo 80. *Efectos de la extinción de la acción*. La Fiscalía puede ordenar el archivo si considera que no hay delito, decisión que tiene efectos de cosa juzgada, pero que “no se extenderá a la acción civil derivada del injusto”.

Esta previsión, no obstante las críticas que nos pueda merecer el manejo que el proyecto otorga a las víctimas, parece apenas elemental, pues si la ley no le va a permitir a las víctimas que actúen como parte durante el proceso, pues que tal posibilidad solo existirá cuando ya haya sentencia condenatoria, la cual les permitirá promover el incidente de reparación integral, es apenas lógico que las decisiones que se adopten dentro del proceso penal no tengan poder vinculante para ellas, pues la fuerza de cosa juzgada de la decisión de preclusión sólo puede tener efectos respecto de las mismas partes y por unos mismos hechos.

12. Artículo 82. *Comiso*. Se da preferencia a los derechos de las víctimas y a los terceros de buena fe.

13. Artículo 83. *Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso*. Dice la norma que son “medidas materiales” para garantizar el comiso, la incautación y la ocupación, y como medida jurídica, la suspensión del poder dispositivo.

Bien miradas las cosas, ni la incautación ni la ocupación son medidas cautelares, como que solamente constituyen medidas de apoderamiento físico respecto de bienes, las cuales no tienen la virtud jurídica de sacar los bienes del comercio. En este sentido, la captura es una medida que implica el apoderamiento físico de la persona y una limitación a su libertad de locomoción, sin embargo jamás la captura ha sido considerada medida de aseguramiento, precautelativa, preventiva o como sinónimamente se le quiera denominar.

La prohibición del poder dispositivo por el contrario, en la medida en que se asemeja o corresponde a lo que hoy se denomina *prohibición de enajenar*, sí constituye una medida cautelar y puede ser considerada como un caso especial de embargo siempre y cuando se curse la comunicación burocrática a la oficina de registro correspondiente, en la que deberá anotarse en el correspondiente folio de matrícula, que el poder dispositivo se encuentra limitado o suspendido, lo cual viene a producir el efecto de sacar el bien fuera del comercio.

El artículo 84 dispone un trámite de control de garantías para establecer la legalidad de la incautación, ocupación y suspensión del poder dispositivo.

El artículo 85 dice a su vez que en la formulación de la imputación o en la audiencia preliminar, el fiscal puede solicitar la *suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos* con fines de decomiso. Es decir, es opcional.

14. Artículo 90. *Omisión de pronunciamiento sobre bienes*. Dice que si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite pronunciamiento sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público, puede pedir que así se haga.

Nuevamente se deja a la víctima sin la posibilidad de ejercer actuaciones propias de quien tiene la calidad de parte, lo cual podría de alguna manera resultar entendible si se considera que existe el preconcepto de que en un pretendido sistema acusatorio puro, si es que tal existe, solamente ostentan la calidad de parte el acusado y quien lo acusa.

No obstante lo anterior, no resulta entendible, entonces, por qué al Ministerio Público, o, más concretamente, a la Procuraduría General de la Nación, se le permite com-

portarse como parte, máxime cuando frente al tema de la reparación de los perjuicios, resulta más evidente la legitimidad que tendría la víctima para actuar que la que tiene aquella respecto del mismo tema.

El capítulo III del título II, habla de *medidas cautelares*.

15. Artículo 92. *Medidas cautelares sobre bienes*. Dice que el juez de control de garantías, por petición del fiscal o de la víctima directa, puede en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, decretar, sobre bienes del imputado o del acusado, las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

Aunque no habla de qué clase de perjuicios, agrega que la víctima “directa” puede acreditar sumariamente su calidad de tal, la naturaleza del daño y la cuantía de su pretensión.

Habida cuenta del entendimiento que procesalmente debe otorgársele al vocablo *pretensión*, necesariamente surge el interrogante acerca de cuál sentido le ha otorgado el legislador, pues, en principio, cuando se habla de pretensión se está hablando también de demanda y en el proyecto de ley es claro que no existe la posibilidad de que la víctima presente una demanda en la cual formule como pretensiones, que se declare responsable al acusado de los perjuicios ocasionados y que se le condene a pagar la indemnización correspondiente, luego la alusión al concepto citado, resulta equivocada por decir lo menos.

El inciso 3.º habla del embargo y secuestro, el cual requerirá de caución, cuando lo pide la víctima, salvo que exista fundado motivo para eximirlo de esta carga.

El artículo, en esencia, recoge lo dispuesto actualmente por el artículo 60 del CPP, sin embargo, aparte de lo antes indicado, el proyecto no establece expresamente el tratamiento reservado tanto de la orden como del decreto de las medidas cautelares.

Tal vez la intención buscada con la disposición del artículo 95 es la de mantener bajo reserva estas medidas, sin embargo el hecho de que se establezca que se notifican a la parte una vez cumplidas, no garantizan la reserva de las mismas, pues existiría la posibilidad de que se ordenaran dentro de audiencia a la que concurre quien las soportará, lo cual le permitirá conocerlas antes de llevarse a cabo.

El artículo 94 sobre *proporcionalidad* contiene una disposición bastante peculiar pues establece que al ordenarse las medidas cautelares debe mantenerse una proporcionalidad entre la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios.

Y decimos que la disposición es peculiar pues si la víctima no tiene al parecer la calidad de parte, si no puede presentar una demanda de reclamación de indemnización de perjuicios, no se ve cómo puede resultar posible que presente una *pretensión de reparación integral*. Así mismo, si es en principio dentro del incidente de reparación integral donde habrá de determinarse los perjuicios ocasionados, no queda claro entonces cómo podrá el juez determinar la susomentada proporcionalidad entre perjuicios y medidas cautelares.

El artículo 96 referente al desembargo, señala en su inciso final, al igual que hoy lo establece el artículo 61 de la Ley 600 de 2000, que cuando se profiera preclusión de investigación o sentencia absolutoria, se castigará al peticionario temerario que ocasionó perjuicios con la práctica de las medidas cautelares.

Si la preclusión es decisión que profieren los fiscales, la norma sería equivocada porque se le estaría dando facultades a un fiscal para condenar a una persona, lo cual es atributo de los jueces. Además, no se indica si ello debe hacerse dentro del trámite incidental, ni dentro de cuánto tiempo.

16. Artículo 98. *Prohibición de enajenar*. Dentro de los seis meses siguientes a la formulación de la imputación, no puede enajenar bienes sujetos a registro.

La norma es similar respecto a la actual del artículo 62 de la Ley 600 de 2000, pero dice que esta prohibición opera sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados previamente que deben perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes en “audiencia preliminar” que se puede adelantar entre la audiencia de formulación de la imputación hasta el juicio oral, pueden hacer valer sus derechos.

17. Artículo 100. *Medidas patrimoniales a favor de las víctimas*. Contempla dentro de ellas, la restitución inmediata de los bienes recuperados; “autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto del delito”.

Esta disposición, aparte de ir en contra vía de la jurisprudencia, implicaría un concepto de víctima diferente. En efecto: Si el carro es mío y lo hurtan, yo sería víctima directa; pero, ¿qué clase de víctima sería el que de buena fe le compra mi carro al ladrón?

18. Artículo 102. *Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*. Hoy el artículo 66 contempla la cancelación cuando “aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo”. El proyecto dice que en cualquier momento y “antes” de que se presente la acusación, por petición de la Fiscalía, el juez 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 fraudulentamente”, por lo que en principio ello podría ordenarse aunque no estuviera demostrado el tipo objetivo.

Agrega el inciso 2.º, lo cual nos parece equivocado, que es en la sentencia condenatoria cuando se puede ordenar la cancelación siempre que haya convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que dieron origen a la suspensión del poder dispositivo, figura ésta que en la legislación de 2000 y de 1991, correspondía a lo que se ha denominado *embargo especial*.

La regulación podría comportar un retroceso como que existirán muchos eventos en que no obstante haberse demostrado el tipo objetivo o incluso la tipicidad de la conducta, no será posible proferir una sentencia condenatoria, porque, por ejemplo, no resultó posible identificar al falsificador y estafador, resultando equivocado que teniéndose establecida tal realidad, se le cede al funcionario judicial la posibilidad de efectuar las declaraciones correspondientes y de ordenar que las cosas vuelvan al estado predelictual al disponer la cancelación de los títulos de propiedad o gravamen que se obtuvieron fraudulentamente.

## I. INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El capítulo IV del libro II, se ocupa del tema a partir del artículo 103.

21. El artículo 103 sobre *Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral* dispone que estando en firme la providencia de primera instancia o proferida la de segunda instancia que declare la responsabilidad penal, mediando solicitud “expresa de la víctima”, o en su defecto del fiscal o del Ministerio Público, el juez fallador abre incidente de reparación integral de los daños, convocando a audiencia.

Iniciada la audiencia, el incidentante formula verbalmente su *pretensión*, expresando en forma concreta la forma de reparación integral a que aspira e indica las pruebas que hará valer.

Se precisa que “si la pretensión es únicamente económica”, la puede formular la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes y por el Ministerio Público, 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.

De otra parte, llama la atención que aquí nuevamente se utilice el término *pretensión*, el cual, se itera, es propio del concepto de demanda, pues el mismo aparece también relacionado en múltiples normas aplicables al trámite del proceso.

22. En el artículo 104 se dispone que iniciada la audiencia el juez 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.

Si el juez admite la pretensión la pone en conocimiento del condenado para que éste allí conteste lo que a bien tenga, pida pruebas, luego de lo cual se convoca audiencia de conciliación.

El artículo 106 dice que el incidente se decide mediante fallo. Estando en firme, el juez procede a su ejecución, facultad ésta que puede merecer un estudio especial, no solo por el hecho de que en el articulado no se disponga en qué forma habrá de adelantarse la ejecución de ese fallo, sino porque no es claro que el juez, según las normas de competencia, tenga facultades para ejecutar este fallo, siendo también del caso importante que se precise si esa facultad le corresponderá al juez de conocimiento o al juez de ejecución de penas.

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 solo son admisibles dentro del trámite del proceso.

23. Dentro de una temática diferente, el título III se refiere al Ministerio Público, y en el artículo 109 sobre las funciones que le corresponden, se dispone que como garante de los derechos humanos y derechos fundamentales, le corresponde procurar que las decisiones judiciales cumplan con el cometido de lograr la verdad y la justicia, y se agrega que como representante de la sociedad debe “procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan”. Según se desprende de lo anterior, no se asignan unas facultades o funciones precisas frente al agravio de intereses individuales.

No obstante lo anterior, el literal c del numeral 2 del artículo, dice que el Ministerio Público debe velar porque se respeten los derechos de las víctimas, los testigos, jurados y “demás intervinientes”, por manera que bien podría sostenerse que esta disposición le asigna funciones respecto de los agravios a las víctimas particularmente consideradas.

En el literal d se señala que debe participar en las diligencias donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva.

## **II. PARTES E INTERVINIENTES TÍTULO IV**

Dentro del título IV, aparece bajo ésta o éstas calidades, la Fiscalía, la defensa, el imputado y las víctimas.

24. En el artículo 112 se habla de las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, señalándose en el numeral 6 que le corresponde velar por la protección de las vícti-

mas; en el numeral 8, que debe solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la protección de la comunidad, en especial de las víctimas y en el 13, que debe solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

Según esta disposición, es de claridad meridiana que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde asumir un papel definitivamente orientado hacia la protección de las víctimas del delito, por manera que sus obligaciones constitucionales y legales no podrán limitarse exclusivamente a la investigación de los hechos presuntamente delictivos.

#### A. CAPÍTULO IV. VÍCTIMAS

25. El artículo 130 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”.

26. El artículo 131 establece que la Fiscalía, entre otras funciones respecto de las víctimas, debe protegerlas frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad”. Se agrega que no obstante lo anterior, las medidas de protección a las víctimas no pueden ir en detrimento de los derechos del imputado.

Y se agrega en el inciso 1.º del artículo 132 sobre *Medidas de protección y atención a la víctima*, que a efectos de garantizar su seguridad y respeto a su intimidad, pueden solicitarle al fiscal que éste le pida al juez de control de garantías, la adopción de las medidas indispensables para su atención y protección.

Esta disposición permitiría pensar que las víctimas pueden formular estas peticiones directamente ante el juez de control de garantías y que se le da la facultad para que, si a bien lo tienen, presenten sus peticiones a través del fiscal, actitud que les permitiría mantener su intimidad y proveer a su seguridad.

Sin embargo, el inciso 2.º llevaría a interpretación contraria, pues allí se establece que “igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismo o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral”. Así lo anterior, podría pensarse que lo que el artículo 132 preceptúa es que solo en el juicio oral, el cual supone que ya existe una acusación, puede directamente la víctima o su aboga-

do, presentar peticiones para la adopción de medidas para su protección y atención, por manera que antes de ese momento, las peticiones las tendría que formular a través de la Fiscalía.

De otra parte, el artículo en cuestión no da la idea de que la víctima pueda pedir medidas cautelares, pese a que en el artículo 92 de manera expresa se les otorga esa facultad.

27. El artículo 133 habla de que los derechos que tiene la víctima, le deben ser comunicados por el fiscal desde el momento mismo en que ésta intervenga. El inciso 2.º señala que, además, a la víctima se le debe informar por parte de la Fiscalía, que tiene derechos y facultades respecto de los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular a través del fiscal en el curso del proceso, lo que se denomina una “pretensión indemnizatoria”, o bien de presentarla directamente pero en el incidente de reparación integral.

Según lo anterior, la víctima no puede directamente durante el proceso presentar una *pretensión* indemnizatoria, pues ello solo le resultaría posible en el trámite del incidente de reparación integral. No obstante lo anterior, no resulta lógico que durante el juicio se le prive de esta posibilidad y sin embargo, según lo dispone el artículo 132 inciso 2.º, pueda directamente o a través de su abogado, presentar solicitudes al juez para que éste adopte medidas indispensables para su atención y protección, pues la indemnización de los perjuicios puede tener relación con su protección.

Tampoco se entiende por qué razón la víctima no puede directamente formular, durante la investigación o durante el juicio, pretensión indemnizatoria, pero sí puede, como lo establece el artículo 92, solicitar la adopción de medidas cautelares.

De otra parte, llama la atención que el inciso 2.º del artículo 133 refiere el concepto de “injusto”, el cual apunta, para la dogmática penal, a la demostración de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta, sin cobijar la culpabilidad, por lo que, entonces, no se sabe si la utilización de este concepto por parte del legislador, busca delimitar la condición de víctimas a aquellos eventos en que ya es posible hablar de *injusto*, determinación que implicaría la existencia de una medida de detención o una valoración del acervo probatorio por parte del juez de control de garantías.

Así mismo, si la utilización por el legislador del concepto de “injusto” tiene una función delimitadora, no se entiende entonces por qué en el artículo 92 se habla, no de *injusto*, sino de *delito*, concepto éste más amplio que el anterior como que implica, además de la determinación de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, el establecimiento o determinación de la culpabilidad, por manera que resultaría absurdo que se entendiera que para poder embargar bienes se debe tener establecida la existencia del delito, pues tal situación solo puede sostenerse, con autoridad, al momento de proferir sentencia.

Así las cosas, a efectos de no generar equívocos, debería pensarse en una definición diferente al concepto de “víctima” que trae el artículo 130, en la cual no se hablará de injusto, sino, por ejemplo, de la “conducta que es materia de investigación”.

28. El artículo 134, al hablar del derecho a recibir información, dice que “a quien demuestre sumariamente su calidad de víctima”, tendrá derecho a que la policía y la fiscalía le suministren información sobre múltiples aspectos, tales como (transcribirlos).

Retomando lo antes expuesto, nuevamente se pone de presente aquí la inconveniencia que tendría en principio la utilización del término “injusto” para definir el concepto de víctima, pues si, como se ha dicho, el artículo 130 dice que víctima es quien ha demostrado, así ello sea en forma sumaria, que ha sufrido daños que son consecuencia de un “injusto” por lo que de contera también debería demostrar, que existe tipicidad y antijuridicidad en la conducta materia de investigación, entonces se estaría colocando al perjudicado con la conducta investigada en la necesidad de demostrar una condición que, de ordinario, solo puede establecerse mediante sentencia.

Más incoherente resulta la exigencia de que por lo menos sumariamente se acredite la existencia del “injusto”, si se tiene en cuenta que el artículo 134 dispone en el numeral 3 que la víctima tiene derecho a que la ilustren acerca del lugar y modo de presentar denuncia o querrela, no sabiéndose entonces cómo puede resultar posible que se hable del “injusto” cuando ni siquiera se ha presentado la *noticia criminis*.

En esencia, no debe confundirse el derecho que se puede tener de reclamar algo alegando una determinada calidad o condición, la de víctima, para este caso, con los extremos o condiciones que deben reunirse para que se pueda acceder a aquello que se reclama, esto es, la indemnización, pues la obtención de ésta dependerá fatalmente, no de la calidad con que se reclama, sino de la demostración de la existencia de una conducta, de la ocurrencia de un daño y de la relación de causalidad entre uno y otro, al paso que la calidad de “víctima” para efectos de actuar dentro del proceso penal, no puede reservarse a quien definitivamente demuestre haber sido perjudicado con la conducta ilícita, pues como de ordinario ello solo ocurrirá en la sentencia, nadie podría antes de ella alegar tal calidad.

29. El artículo 135 se refiere a la *intervención de las víctimas en la actuación penal* y dispone que las “víctimas del injusto”, en garantía a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen derecho a intervenir *en todas* las fases de la actuación, de acuerdo con ciertas reglas a saber:

1. Solicitarle al fiscal protección frente a hostigamientos, amenazas o atentados contra él o su familia.
2. A que se les interroge respetuosamente.

3. No requerir estar representadas por un abogado; pero a partir de la audiencia preparatoria, para intervenir tienen que estar representadas por un abogado o por un estudiante de derecho.
4. Si hay pluralidad de víctimas, pueden estar asistidas hasta por dos abogados. Si no hay acuerdo al respecto, el fiscal dispone lo que considere más conveniente.
5. Puede actuar por intermedio de un abogado de oficio que se le designe al efecto.
- 6.-A que, para su protección, se disponga que la audiencia sea a puerta cerrada.
7. No obstante que el artículo en mención comienza señalando que la víctima puede intervenir en todas las fases de la actuación, aquí se dispone que la reclamación correspondiente por los perjuicios sufridos la puede formular ante el juez de conocimiento, generando un incidente de reparación integral de perjuicios, el cual, para que pueda adelantarse, requiere que se haya proferido sentencia condenatoria.

El título v habla de los deberes y poderes de los *intervinientes* en el proceso penal.

30. Llama la atención que en el capítulo I se hable de los deberes de los servidores judiciales, lo cual da la idea de que éstos son una clase de “interviniente”, lo cual se descarta al observarse que en el capítulo II, artículo 138 y siguientes, se habla de los deberes de “las partes e intervinientes” y luego en el capítulo III se habla de los “deberes específicos de la Fiscalía”, con lo cual se genera una gran confusión, pues que en últimas no se sabe exactamente a quién pretende el legislador asignarle la calidad de “interviniente”, pudiéndose decir otro tanto respecto del concepto de “parte”, terminándose por ignorar si uno y otro término son sinónimos; si la calidad de *interviniente* no abarca a los servidores públicos y a los funcionarios judiciales, etcétera.

31. Al referirse al *Principio de publicidad*, dispone el artículo 147 que aunque puede resultar posible limitar la participación del público en la audiencia de la etapa de juzgamiento, no es posible limitar la presencia de la víctima y de su representante *legal*.

El artículo 154 referido a la *prórroga y restitución de términos*, establece que tanto el fiscal como el acusado y su defensor, pueden solicitar prórrogas para preparar mejor el caso. No obstante que se parte de la consideración de que la víctima tiene la calidad de *interviniente*, a ésta no se le permite elevar esta clase de solicitud.

## B. PRUEBAS

31. No se establece en el artículo 299 que las pruebas tengan como una de sus finalidades el demostrar la responsabilidad civil, ya que se reservan para la responsabili-

dad penal, con lo cual nuevamente se coloca en entredicho la consideración de que la víctima es un verdadero *interviniente* dentro del proceso penal y que, en consecuencia, puede comportarse como tal.

### C. DETENCIÓN PREVENTIVA

Al referirse el artículo 318 a las finalidades perseguidas con la decisión de restringir la libertad de locomoción del imputado, se establece que una de ellas tiene relación con el propósito de proteger a las víctimas. Sin embargo, el artículo 322 no permite la captura sin orden judicial, ordenada por el fiscal, cuando con ello se busca proteger a la víctima.

### D. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (ARTS. 345 Y SS.)

El artículo 349 dice que la Fiscalía puede abstenerse de formalizar los cargos, presentar acusación o continuar con la persecución penal, entre otros eventos, cuando (num. 2) se trate de delitos cuya pena mínima sea inferior a 4 años de prisión y decaea el interés del Estado en la persecución, siempre y cuando se repare integralmente a la víctima.

Frente a lo anterior, necesario es preguntarse ¿cómo se sabrá si la víctima ha sido o no indemnizada integralmente, siendo que a ella no se le permite intervenir activamente dentro del proceso?

Según el numeral 3, si la pena mínima del delito investigado es inferior a 2 años de prisión, cabe aplicar el principio de oportunidad si decae el interés del Estado en la persecución, pero no se requiere, como sí se ordena en el numeral 2, que se haya indemnizado a la víctima, con lo cual se presenta la idea equivocada de que la existencia de perjuicios a la víctima depende de la ocurrencia de un delito grave, por lo que, en otras palabras, los delitos menos graves, catalogados así en función de la entidad de la pena que les corresponde, no ocasionan perjuicios que merezcan especial interés para el Estado, cuando es lo cierto que en un momento dado pueden resultar más perjudiciales o graves desde el punto de vista indemnizatorio, unas lesiones personales culposas que un homicidio doloso.

Se admite el principio de oportunidad en un muy importante número de casos que no están condicionados a una indemnización integral de perjuicios para las víctimas, regulación que podría ir en contravía a las determinaciones de la Corte Constitucional y por ende en contra de los derechos de las víctimas, pues si, por ejemplo, ellas tienen derecho a conocer la verdad, a que se haga justicia y a una reparación de los perjuicios, tales derechos se lesionan cuando se renuncia a la persecución estatal porque el delito específico que se investiga tiene una pena que no es notable o importante, si se le compara con otra que ya se impuso en una condena que tiene fuerza de cosa juzgada.

Así, por ejemplo, prescindiendo de los derechos de la víctima, podría aplicarse el principio de oportunidad en un caso de lesiones personales cuando el victimario es persona condenada en otro proceso por homicidio agravado en concurso con secuestro extorsivo, pues evidentemente es más grave la pena para estos delitos que la que correspondería al ilícito de lesiones personales.

Los numerales 11 y 12, disponen, respectivamente, que cabe aplicar el principio de oportunidad en los casos de *conciliación preprocesal* como desarrollo de la *justicia restaurativa* y cuando se suspende el proceso a prueba en el marco de la justicia restaurativa y se cumplen determinadas obligaciones.

Sobre este tema, nótese que se habla de conciliación, no *extraprocesal*, sino *preprocesal*, es decir, ocurrida antes de que haya proceso, lo cual da la idea de que aquella que ocurre cuando ya existe proceso, no es de recibo.

El artículo 350 habla de la “Suspensión del procedimiento a prueba” según el cual el acusado puede pedirlo, en cualquier momento, manifestando un plan de reparación y las condiciones que está dispuesto a cumplir.

El plan de reparación, según el inciso 2.º, puede consistir en:

1. La mediación con las víctimas, cuando ello es procedente;
2. La reparación integral de los daños causados o la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Refiere el artículo 353 que la víctima puede pedir control de legalidad a la aplicación del principio de oportunidad.

El artículo 354 dice que el fiscal, para aplicar el *principio de oportunidad*, debe tener en cuenta a las víctimas y por ello debe oír a aquellas que se han hecho presentes, regulación esta que en realidad no guarda mucha armonía con todos los eventos que según el artículo 349 permiten aplicarlo, pues la mayoría de ellos no tiene relación con los derechos de las víctimas.

El artículo 367 establece que en la audiencia preliminar, entre otros aspectos, debe resolverse sobre la protección de las víctimas y medidas cautelares reales.

El artículo 368 se refiere a la *audiencia preliminar de medidas cautelares reales* dando la idea de que se trata de una clase de audiencia especial, cuando lo cierto es que corresponde a la misma audiencia preliminar.

El artículo 370 y siguientes se refiere a la figura de la *preclusión de investigación*, la cual puede ser solicitada por el fiscal al juez de conocimiento a partir de la formulación de la imputación.

Curiosamente, según el artículo 372, la víctima puede hacer uso de la palabra dentro de la audiencia de preclusión para el caso en que quiera oponerse a la petición que en tal sentido formule el fiscal.

Aunque no es claro, del inciso final del artículo 371 se desprendería que la decisión de preclusión es decisión que admite apelación en el efecto suspensivo, lo cual permite cuestionarse acerca de si a la víctima, quien, se repite, puede hacer uso de la palabra para oponerse a la posición del fiscal, tendría o no facultad para interponer recursos contra dicha decisión o si sus facultades se limitan simple y llanamente a manifestar su disenso.

El artículo 373 dispone que la decisión que rechaza la preclusión, se adopta mediante “auto”, al paso que la que la acoge se adopta mediante “sentencia” y en ella se ordena revocar todas las medidas cautelares impuestas, lo cual debe comprender las medidas cautelares reales.

## E. ACUSACIÓN

Se dispone en el artículo 376 que del escrito de acusación debe entregarse copia, para fines de información, no solo al acusado y al Ministerio Público, sino también a las víctimas.

Respecto al trámite de la *Audiencia de acusación* se establece (art. 378) que instalada la audiencia en ella se le concede el uso de la palabra a la Fiscalía, a la defensa y al Ministerio Público, pero no se regula la posibilidad de que también pueda hablar la víctima.

No obstante que se ha venido hablando de la participación de la víctima en etapas anteriores a la audiencia de acusación, en el artículo 379 se establece que es allí en donde “se determinará la calidad de víctima” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130, y se agrega que “se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya”, cabiendo preguntarse a qué se refiere la disposición cuando habla de que “se constituya”, pues sugiere la idea de que sería necesario, para intervenir, “constituirse en víctima”.

El inciso final del artículo 390 establece que los acuerdos de reparación a las víctimas que se efectúen entre la Fiscalía y el imputado, pueden ser aceptados por la víctima, agregándose que si se da el evento de que ella no los acepte, entonces tiene el derecho de acudir ante las vías judiciales pertinentes.

Esta disposición denotaría que un mecanismo propio del derecho civil, como es el pago, permite solucionar el tema penal aun en el evento en que no se cuente con la anuencia de la víctima. Sin embargo y no obstante la importancia que se otorga a las

víctimas desde la propia Constitución Política de Colombia, es lo cierto que a las víctimas no se les permite participar en los preacuerdos de reparación, debiendo limitarse a aceptarlos o bien, a rechazarlos, caso en el cual le corresponde acudir ante jurisdicción diferente a la penal.

#### F. AUDIENCIA PREPARATORIA

Se dispone en el artículo 394 que en dicha diligencia puede participar “la representación de las víctimas”, lo cual permite concluir que éstas deben actuar a través de un apoderado.

Al referirse al desarrollo de la audiencia preparatoria, refiere el artículo 395 del texto del proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara, que las “partes” pueden hacer observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, por manera que si se considera que la víctima tiene la calidad de “parte”, se concluiría que ella tendría la facultad de actuar en el sentido indicado, facultad que ciertamente no tendría si, por el contrario, se concluyera que la víctima no es “parte” sino “interviniente”.

No obstante lo anterior, el artículo 396 no contempla que la víctima pueda pedir pruebas dentro de la *audiencia preparatoria*.

#### G. JUICIO ORAL

No está regulado que la víctima pueda pedir pruebas dentro de la audiencia preparatoria; sin embargo las disposiciones relacionadas con el desarrollo del juicio oral, no señalan de manera expresa que a las víctimas se les permita participar en la práctica de las pruebas, ni tampoco refieren que ello les esté prohibido, aunque es admisible concluir de esta manera, pues si no se les permite solicitar pruebas, lo cual constituye actuación típica de quien ostenta la calidad de parte, no se ve entonces como podría participar en la práctica de las mismas. Además, si se observan las normas relacionadas con la práctica del testimonio y se tiene en cuenta que éstas hablan de *interrogatorios* y *contra interrogatorios*, no se ve cómo podría resultar posible que allí participara la víctima o su “representante legal”.

Con todo, el artículo 475 establece que luego de que el fiscal presente en el juicio oral sus alegatos, se da uso de la palabra al “representante legal” (*sic*) de la víctima y al Ministerio Público, quienes podrán presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado, agregando que luego se le concede la palabra a la defensa y se le permite exclusivamente a la fiscalía, hablar o alegar nuevamente para controvertir lo alegado por la defensa, disposición que no resulta lógica, pues no se entiende cuál es el fundamento para que a la víctima se le permita alegar inicialmente sobre la responsabilidad del acusado, pero no se le faculte para controvertir lo que a su vez alegue el acusado siendo que ello le resultará de su particular interés, entre otras razones por cuanto solo en la medida en que el acusado resulte condenado le resultará posible demandar una indemnización dentro del incidente de reparación integral.

## H. JUSTICIA RESTAURATIVA

Según el artículo 548, puede definirse como todo proceso donde la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan activamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado reparatorio. A su vez se dice que se entiende que existe un “resultado reparatorio” cuando media un acuerdo “encaminado a entender 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”.

Según el artículo 551, son mecanismos de justicia restaurativa, la *conciliación preprocesal*, la *conciliación en el incidente de reparación integral* y la *mediación*.

### 1. Conciliación preprocesal

El artículo 552 establece la “conciliación como requisito de procesabilidad para el ejercicio de la acción penal en los delitos querellables”, disponiendo que ella debe surtir obligatoriamente como requisito de procesabilidad por manera que recibida la querrela, el fiscal debe citar a diligencia de conciliación. Si ella permite llegar a un acuerdo, el fiscal le pide al juez decretar la preclusión. Si el querrellado no comparece, se establece que puede ordenarse su conducción y si no se logra su comparecencia, se inicia la acción, por lo que, entonces, la conciliación no es verdaderamente un requisito de procesabilidad.

El artículo 553 establece que la audiencia de conciliación se puede celebrar ante un conciliador de la oficina de atención a víctimas de la Fiscalía, en un centro de conciliación oficial reconocido o ante un conciliador reconocido como tal, y se surte según los términos de la Ley 640 de 2001 para la conciliación civil.

Si hay acuerdo, el fiscal lo aprueba si es ajustado a la ley y se abstiene de iniciar investigación. (¿Será acaso una manifestación del principio de oportunidad? Parece que no).

Se establece también que si es el querellante quien no comparece a la audiencia de conciliación, se da por desistida la querrela y además se le condena en costas, lo cual de alguna manera implica que a él se le puede obligar a confrontar a su victimario, lo cual parece absurdo, máxime cuando tratándose de los demás delitos, los cuales pueden haber generado mayor daño, no existe disposición similar encaminada a obtener una reparación para la víctima.

### 2. La mediación

Es definida en el artículo 554 como un proceso donde un tercero neutral que puede ser particular o servidor público, el cual es designado por el fiscal general de la Na-

ción, trata, a través de intercambios entre la víctima y el imputado o “condenado” (sic), que ellos confronten sus puntos de vista para buscar una solución al conflicto que los enfrenta.

El artículo 555 dispone que la mediación procede en los delitos perseguibles de oficio, desde que se formula la imputación hasta la presentación de la acusación, siempre y cuando víctima y victimario aceptan expresamente someter su caso a un proceso de justicia restaurativa. Los resultados que produzca se valoran para efectos del ejercicio de la acción penal, la selección de la coerción personal o la individualización de la pena.

El párrafo dispone que no obstante lo anterior la mediación procede respecto de cualquier delito, desde que se anuncie el sentido del fallo y hasta antes de la dosificación de la pena, caso en el cual el informe del mediador es tenido en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena.

No se dice nada de la mediación en el incidente de reparación integral.

El artículo 556 establece que la mediación puede ser solicitada por la víctima o por el infractor, ante el fiscal o ante el juez de conocimiento, y agrega el párrafo que el resultado de la mediación puede contener un acuerdo sobre i. La reparación; ii. La restitución; iii. El resarcimiento de los daños; iv. La realización o abstención de determinada conducta; v. La prestación de servicios a la comunidad, y vi. El pedido de disculpas o perdón.

