

LA VÍCTIMA DEL DELITO FRENTE A LA REFORMA A LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA*

*Vicente Emilio Gaviria Londoño***

Dado el interés que desde hace algunos años me ha despertado la temática que dice relación a los derechos de la víctima del delito y particularmente la manera como las legislaciones foráneas se han ocupado del restablecimiento del derecho quebrantado con el comportamiento delictivo, mucho me hubiera agradado participar en el XX Congreso de Derecho Procesal presentando una imagen positiva respecto de la forma como se aborda esta materia en los proyectos de reforma a la legislación penal que actualmente se tramitan en el Congreso de la República.

Sin embargo y muy a nuestro pesar, es un hecho incontestable que el proyecto de Código de Procedimiento Penal –y por concordancia el proyecto de Código Penal– tiene una evidente tendencia hacia la represión del sindicado, al paso que en relación a la víctima y sus derechos al restablecimiento de las cosas al estado predelictual, se le termina dando un tratamiento inadecuado y seguramente inconstitucional, ya que, en esencia, el papel de ésta dentro del proceso penal no será otro diferente que el asignado a un objeto de prueba, con lo cual se patrocinará desde la propia administración de justicia una *segunda victimización* que, como lo han puesto de presente destacados autores¹, puede resultar siendo más nociva que aquella que se produce con la comisión del delito.

* Ponencia para el Congreso de derecho procesal, celebrado en Paipa del 16 al 18 de septiembre de 1999.

** Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

1. Antonio García-Pablos de Molina. “Sobre las funciones de la víctima en el Estado de derecho: víctima,

Es claro que desde tiempo atrás se viene presentando un movimiento a escala mundial que propende por rescatar los derechos de la víctima del delito, a punto tal que se ha afirmado que en el momento actual el derecho penal ha dado un viraje definitivo hacia un nuevo paradigma, el de la *reparación*, el cual necesariamente debe reemplazar al viejo y fracasado modelo *retributivo*².

En este sentido, la Constitución Política Nacional plasmó en varias de sus normas una serie de disposiciones con las cuales se impuso como derrotero la necesidad de defender a las víctimas de los delitos y velar por el restablecimiento del derecho quebrantado con éste, siendo un claro ejemplo de esta nueva tendencia en el ordenamiento jurídico colombiano, lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 250 de la Carta, según el cual corresponde a la Fiscalía General de la Nación “tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito”.

Y en atención y acatamiento a este imperativo constitucional, el legislador de 1991, al redactar y aprobar el actual Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991– tuvo buen cuidado en plasmar en este estatuto instrumental un plexo de institutos y disposiciones con los cuales resulta perfectamente posible que la víctima del delito obtenga dentro del proceso penal el restablecimiento de los derechos que fueron quebrantados con la conducta delictiva, pues la legislación actualmente vigente, pese a los vacíos e inconsistencias de que pueda adolecer, permite perfectamente que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la ocurrencia del delito, amén de rodear a la víctima de garantías que aseguran que en el evento de proferirse una sentencia ordenando el pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados, lo resuelto en ella no será letra muerta, sino una decisión que indefectiblemente se cumplirá.

Así, y a manera de ejemplo, el hoy vigente Código de Procedimiento Penal contempla figuras como la denominada *Cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente*, por virtud de la cual la Fiscalía tiene la facultad de ordenar que los títulos y registros obtenidos fraudulentamente respecto de un bien sometido a registro, sean cancelados tan pronto se establezca la tipicidad de la conducta a través de la cual se obtuvieron, decisión que hemos sostenido puede adoptarse en cualquier momento de la actuación, incluso dentro de la denominada etapa de investigación previa, pues resulta evidente que cuando el funcionario judicial establece que los títulos y registros de propiedad respecto de un bien –lo cual debe hacerse extensivo a los gravámenes constituidos sobre la propiedad–, fueron obtenidos de manera ilícita –actuación que

política criminal, criminología y política social”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Nº 46, Universidad Externado de Colombia, 1992.

2. Sobre este tema puede consultarse nuestro trabajo “Algunos aspectos civiles dentro del proceso penal”, en *Colección de monografías de derecho penal*, Nº 11. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

de contera vicia de ilicitud la *causa*–, al ordenar la cancelación de ellos está dando cumplimiento al mandato constitucional de restablecimiento del derecho, pues, se itera, las cosas vuelven al estado anterior al delito.

En similar sentido, hoy la legislación le asigna a la Fiscalía en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, la facultad de ordenar, aun oficiosamente, el embargo y secuestro de bienes del procesado, pues fue consciente el legislador de que la adopción de esta clase de medidas cautelares reales, al servir de garantía de que lo resuelto en la sentencia en materia de indemnización de perjuicios indefectiblemente se acatará, se constituye en mecanismo de restablecimiento del derecho quebrantado, toda vez que la indemnización de perjuicios es precisamente una de las formas de restablecer el derecho conculcado.

Y si bien es cierto en el momento actual no existe una disposición legal que de manera concreta, o, mejor, expresa, permita el embargo y secuestro de los bienes de la persona a quien de conformidad con la ley sustancial, sin tener una responsabilidad penal, sí está llamada a responder patrimonialmente por los perjuicios derivados de un delito –persona a quien incorrectamente denomina el Código de Procedimiento Penal como *tercero civilmente responsable*– es lo cierto que por virtud de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano, partiendo naturalmente de la propia Constitución Política Nacional, es válido sostener que en el proceso penal es posible embargar y secuestrar bienes de ese mal llamado *tercero civilmente responsable*.

Y aunque esta posición no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina y desconocemos pronunciamientos concretos de las máximas autoridades judiciales sobre el particular, consideramos que existen toda clase de argumentos y fundamentaciones que ponen de presente que una decisión tal, antes que violentar el derecho a la propiedad protegido constitucionalmente, lo que hace es velar por su protección, pues ante la necesidad de escoger entre el derecho que tiene quien lo ha visto conculcado por virtud de un delito y el que posee quien supuestamente ha causado un daño o quien debe responder por éste, es apenas elemental y justo que se escoja abrigar el derecho de aquél, así ello implique para éste soportar las cargas que de tal acto se desprenden.

Es verdad que al ser vinculado el llamado *tercero civilmente responsable* al proceso penal, su responsabilidad no se encuentra definida, pues es precisamente ese proceso el escenario dentro del cual habrá de establecerse su compromiso. Más sin embargo, no puede aceptarse como argumento para impedir el embargo y secuestro de los bienes del *tercero civilmente responsable*, aquél según el cual resulta inadmisibles que no estando definida la exigibilidad de la obligación y su monto, se puedan afectar precautelativamente bienes de aquél, pues ello equivaldría a un prejuizgamiento y en el mejor de los casos a la imposición de cargas a una parte que no tiene por qué soportarlas sino hasta el momento en que se concrete su responsabilidad, lo cual sólo habría de ocurrir en la sentencia.

Empece a la sugestividad que pudiera tener tal argumentación y la acogida que ha tenido entre muchos para inadmitir las cautelas reales respecto del *tercero civilmente responsable*, la misma olvida en su discurso que en el derecho colombiano es perfectamente válido y aceptado el imponer medidas cautelares en eventos en que no ha sido resuelta la responsabilidad de quien de una forma u otra soporta aquéllas.

Así, basta mirar que de frente a la responsabilidad civil extracontractual que se analiza en el proceso penal, la situación del sindicado es exactamente igual a la del *tercero civilmente responsable*, pues es lo cierto que solamente en la sentencia podrá hacerse la declaración de responsabilidad; sólo allí podrá definirse la exigibilidad de la obligación indemnizatoria y su monto, por manera que, entonces, atendidos a la teoría de que las cautelas únicamente deben decretarse cuando se haya definido la responsabilidad, no habría lugar a ordenar el embargo y secuestro de los bienes del sindicado, sino hasta que se profiriera la sentencia que lo condena a pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados con el delito.

Sin embargo, el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal establece que el embargo y secuestro de los bienes del sindicado es decisión posible de adoptar en cualquier momento de la actuación, a condición de que se haya definido la situación jurídica con medida de aseguramiento.

En similar sentido, siendo que desde la propia Constitución Política Nacional se establece en el artículo 29, inciso 4º, que “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”, permite nuestra legislación procedimental penal que al sindicado, pese a no haber sido aún declarado responsable penalmente mediante la correspondiente sentencia, se le puede afectar en su libertad de locomoción a través de la medida de aseguramiento denominada detención preventiva.

Resulta evidente, entonces, que quienes se muestran contrarios a las medidas cautelares reales respecto de los bienes del *tercero civilmente responsable*, olvidan que tanto la detención preventiva como el embargo y secuestro de bienes son medidas cautelares, o de aseguramiento, o precautelativas, o como sinónimamente se las quiera denominar, de modo que no tienen la connotación de ser sanciones o penas, sino mecanismos con los cuales se garantiza que lo resuelto en la sentencia se cumplirá indefectiblemente.

No obstante lo anterior y desconociendo la importancia del instituto del restablecimiento del derecho, el proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado a la consideración del Congreso por la Fiscalía General de la Nación, exhibe el tema del restablecimiento del derecho como un principio rector pero termina convirtiéndolo en un mero enunciado, prácticamente de imposible aplicación —como se verá—, pues el proyecto antes que velar y dar preeminencia a su aplicación, termina cercenando cualquier facultad en ese sentido, de manera que no es aventurado ni temerario sostener que dicho proyecto es regresivo en la protección de las víctimas, a punto tal que la

legislación colombiana en esta materia, antes de avanzar decididamente y a la par con las legislaciones foráneas en torno al *restablecimiento del derecho*, da un gigantesco paso hacia atrás, pues en esencia regresaremos a la normatividad del Código de Procedimiento Penal de 1971, donde la víctima no tenía otro papel que el testifical y donde no tenía derecho diferente al, si acaso, sentimiento de compasión por el infortunio sufrido a consecuencia del delito.

De esta guisa y aunque las limitaciones de tiempo no nos permiten detenernos en cada una de las modificaciones propuestas, es de ver que el proyecto mencionado, en clara contraposición con el artículo 250, numeral 1º, de la Constitución Política Nacional, le quita al fiscal la facultad de ordenar oficiosamente el embargo y secuestro de bienes del sindicado, de manera que tales medidas sólo podrá solicitarlas la parte civil, lo que traerá como elemental consecuencia –y no de otro modo puede entenderse–, que en aquellos procesos en los cuales la víctima no se haya constituido en parte civil, será absolutamente imposible decretar medidas cautelares reales, lo cual pone en evidencia que ese mandamiento superior al que nos hemos referido según el cual corresponde a la Fiscalía tomar las *medidas* necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, termina siendo violentado.

Y para destacar más cómo el tema del *restablecimiento del derecho* ningún interés tuvo al redactarse el proyecto del Código de Procedimiento Penal, se observa que ni siquiera se ocupó de precisar a partir de qué momento de la actuación es posible para la parte civil solicitar medidas cautelares, pues nada se dice sobre el particular, por manera que no faltarán quienes afirmen, aprovechando esta monumental omisión, que tales medidas solamente podrán solicitarse cuando se profiera sentencia condenatoria, pues –dirán–, es ése el momento en que se determina la responsabilidad, haciéndose exigible la obligación indemnizatoria, postura que patrocinada por la propia legislación permitirá burlar sin empacho los lícitos derechos de la víctima a obtener una indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, pues es obvio que para el momento en que se profiera sentencia, el delincuente ya habrá distraído u ocultado sus bienes, de manera que la víctima no contará con ninguna clase de garantía para el pago de la indemnización.

Tal situación resulta por lo menos aberrante, máxime si se le confronta con las grandes modificaciones introducidas por la Fiscalía en su proyecto inicial en punto a la medida cautelar de la detención preventiva –aspecto por fortuna modificado–, pues, como es sabido, tal medida inicialmente había sido concebida para que terminara dependiendo en su adopción, no de presupuestos objetivos en los cuales no interviniera en un momento dado la arbitrariedad del funcionario, sino de consideraciones puramente subjetivas y por tanto maleables, a punto tal que a la Fiscalía le resultaba posible según la propuesta inicial, privar de la libertad de modo precautelativo por un delito de injuria, cuando ha sido tradición en la legislación patria prohibir la afectación cautelar de la libertad por esta clase de comportamiento.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal es entonces más draconiano que el Código de Procedimiento Penal de 1971 en cuanto respecta a la medida cautelar personal de la detención preventiva del sindicado a efectos de asegurar el cumplimiento de la sentencia, pero ignora toda la evolución del derecho patrio y foráneo³ en lo que tiene que ver con las medidas cautelares reales, pues éstas, pese a haber sido incluidas en aquél, se les termina minimizando a punto tal que terminarán siendo inaplicadas, pues en verdad, dada la forma en que aparecen concebidas, resultan siendo desnaturalizadas, como que su característica fundamental, cual es ser precisamente una medida de aseguramiento, de garantía, se perderá por completo en el proceso penal.

Asimismo y para hacer más gravosa la situación de la víctima constituida en parte civil, se establece en el proyecto que el embargo y el secuestro de bienes solicitado por aquélla se ordenará cuando otorgue caución –según las reglas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil–, con la cual se garantice el pago de los perjuicios que las medidas cautelares reales puedan ocasionar al sindicado.

Hasta aquí nada de particular existiría en tal preceptiva, de no ser porque luego el proyecto establece que cuando la caución otorgada sea bancaria o de compañía de seguros, tal caución solamente se cancelará cuando el demandante, es decir la parte civil, haya cancelado o pagado los perjuicios que se causaron al sindicado con las medidas cautelares reales.

Como se observa, lo que aquí regula el proyecto no es otra cosa que una sobreprotección a los derechos del sindicado, lo cual siempre constituye un interés plausible, de no ser por cuanto ello acontece a costa de los derechos de la víctima, pues resulta no sólo contradictorio e ilógico, sino ante todo desmesurado, que a la víctima se le exija una caución para que se pueda ordenar el embargo y secuestro de bienes y pese a ello dicha caución termina careciendo de toda significación e importancia como garantía, pues en caso de ordenarse el levantamiento de las cautelas, la víctima debe pagar de su propio peculio los perjuicios ocasionados, de manera que la caución termina por no tener ninguna utilidad práctica.

En otras palabras: si la caución, sea bancaria o de compañía de seguros, no tiene

3. El tema en comento no es extraño en otras latitudes. Así, la ley de enjuiciamiento criminal española dispone en su artículo 615:

“Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal,... el juez, a instancias del actor civil exige fianza a la persona contra quien resulta la responsabilidad, o en su defecto embargará con arreglo a lo dispuesto en el título IX de este libro lo bienes que sean necesarios”.

Y sobre ello se ha dicho :

“...pueden acordarse también, desde ese momento, medidas cautelares de contenido patrimonial contra el responsable civil en aras del aseguramiento, de la efectividad de la sentencia, aspecto éste que redundaría en la efectiva tutela que merece la víctima en el proceso penal” (Jaume Solé Riera. *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 141).

alguna utilidad, pues en caso de haberse ocasionado perjuicios con las cautelas la víctima-demandante debe directamente y de su patrimonio pagar los perjuicios ocasionados, ¿cuál la finalidad de exigirle como requisito previo a la orden de embargo y secuestro, que constituya caución?

En similar sentido y retomando las anteriores consideraciones respecto de las medidas cautelares reales sobre los bienes del llamado *tercero civilmente responsable*, el proyecto establece de manera expresa que ellas sólo podrán solicitarse una vez exista sentencia ejecutoriada con la cual se le declare responsable, disposición que no sólo desconoce los importantes avances que se habían alcanzado en este sentido, sino que incluso ignora lo preceptuado en el numeral 6º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, donde se establece que en procesos ordinarios por responsabilidad civil extracontractual en accidentes de tránsito, es posible, desde la presentación de la demanda, solicitar el embargo y secuestro del vehículo de propiedad del tercero civilmente responsable, pudiéndose predicar otro tanto respecto del numeral 8º *ibidem*, donde se permite solicitar el embargo y secuestro de bienes del *demandado* aunque la sentencia no se encuentre ejecutoriada.

De esta misma guisa y según se indicó, el instituto denominado “cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente”, el cual aparece regulado en el artículo 61 del actual Código de Procedimiento Penal, permite que dicha orden se profiera en cualquier momento de la actuación, una vez se haya demostrado la tipicidad del hecho, siendo entonces una decisión de aquellas que no debe ser diferida para el momento de la sentencia.

Empece lo anterior, el proyecto de Código de Procedimiento Penal al que nos venimos refiriendo le introduce a la figura importantes modificaciones, las cuales, antes que redundar en beneficio del restablecimiento del derecho al que aspira la víctima, no hacen otra cosa que agravar más su situación, al paso que terminan legitimando, así sea de modo temporal, un derecho que jamás fue adquirido con justo título, pues nuevamente de manera contradictoria establece el proyecto que estando demostrada la tipicidad del hecho que dio lugar a la obtención de títulos y registros de propiedad sobre bienes sujetos a registro, *en la providencia que ponga fin al proceso*, el funcionario ordena las cancelaciones pertinentes.

Basta citar un ejemplo para corroborar la irracionalidad de la medida:

Una persona, X, es propietaria de un apartamento, el cual se encuentra desocupado, pues lo tiene en venta. Pese a la difícil situación económica del país, X consigue un comprador, a quien denominaremos Y, quien se interesa en el inmueble y entrega la suma de \$20.000.000,00 por concepto de arras retractatorias. Y, no obstante lo anterior, le solicita a X una copia del folio de matrícula inmobiliaria del apartamento para efectuar el correspondiente estudio de títulos. X hace llegar a Y dicho documento y al analizarlo éste observa en él la inscripción según la cual X no es el propietario del

inmueble, pues lo había vendido a Z y éste a su vez lo había vendido a W. Ante tal situación, Y le exige a X le devuelva las arras, dobladas, además de acusarlo de ser un estafador. X, asombrado ante tal noticia se traslada a la notaría que figura en el folio de matrícula del inmueble, comprobando que, efectivamente, allí reposa una escritura según la cual él habría vendido el inmueble a Z, la cual es necesariamente falsa, pues él jamás enajenó el bien, de una parte, y de otra, por cuanto para la época en que habría firmado la escritura él no se encontraba en el país, amén de que los documentos y la firma que aparece del vendedor no le corresponden.

X presenta ante la Fiscalía la correspondiente denuncia penal, demostrando perfectamente que la escritura pública con la que él supuestamente vendió, es falsa. No obstante lo anterior, es decir, pese a estar plenamente demostrada la tipicidad del hecho que dio lugar a la obtención del título y registro fraudulento, la Fiscalía no podrá ordenar su cancelación, pues como el responsable de los delitos es persona desconocida (recuérdese que actuó suplantando la identidad de X) y por ello prácticamente imposible de identificar o de individualizar, no se podrá abrir investigación penal propiamente dicha.

Así lo anterior, estando plenamente demostrado que X fue desposeído de una parte de su patrimonio económico por virtud de un comportamiento delictivo, no se ordenará el restablecimiento del derecho conculcado, pues en tales casos no habrá nunca una providencia que le ponga fin al proceso, pues si no hay imputado identificado jamás habrá proceso, con lo cual se colocará a la víctima en la necesidad de iniciar un proceso de nulidad ante la jurisdicción civil para buscar el restablecimiento del derecho, lo cual carece de sentido y termina siendo una denegación de justicia, pues tal decisión perfectamente la podría adoptar el fiscal, tal y como ocurre en la legislación actualmente vigente.

De otra parte, en la misma disposición que se comenta se introduce otra modificación que no consulta la Constitución Política y que desatiende la jurisprudencia que de vieja data se ha producido sobre el particular. Nos referimos al tema de los derechos del tercero adquirente de buena fe.

En este sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre 3 de 1987, luego de señalar que además de ser consustancial en la misión del funcionario judicial la de buscar la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual (*restitutio in pristinum*), ponía de presente que la adquisición de esos bienes, aun por un tercero de buena fe –como sería el caso de W en el ejemplo propuesto–, jamás puede ser considerada lícita, pues existe de por medio un hecho punible que afecta la *causa* de su derecho, correspondiéndole entonces al funcionario penal declarar de oficio el restablecimiento del derecho a efecto de proteger a la víctima del delito.

Y agregaba la Corporación que si bien es cierto desde la Carta Fundamental se patrocina la protección de los derechos adquiridos con *justo título*, no puede sostenerse, ni

menos aceptarse, que los “derechos” del tercero de buena fe tienen un justo título, pues ello equivaldría a reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita para la adquisición de derechos.

No obstante estas claras directrices jurisprudenciales, las cuales tienen fundamento en la Constitución Política Nacional, el proyecto de Código de Procedimiento Penal al regular el instituto de la *cancelación de títulos y registros obtenidos fraudulentamente*, refiere “las anteriores previsiones, sin perjuicio de los terceros de buena fe, quienes pueden hacer valer sus derechos en trámite incidental”, con lo que, entonces, se estaría aceptando que, pese a la causa ilícita que vicia los derechos del tercero, no será posible ordenar la cancelación de los títulos espurios, pues por encima del derecho que tiene la víctima al restablecimiento del derecho que le fue conculcado con el delito, está el derecho maculado del adquirente de buena fe, quien podrá conseguir se le respete éste a través de un trámite incidental que, entre otras cosas, no fue regulado en el proyecto inicial comentado.

Otra modificación que introduce el proyecto de Código de Procedimiento Penal preparado por la Fiscalía General de la Nación tiene relación con *la sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre perjuicios*.

Sobre este tema, la legislación hoy vigente le asigna al funcionario judicial el deber de investigar, con el mismo celo que corresponde hacerlo respecto de la responsabilidad penal del sindicado, la ocurrencia de los perjuicios ocasionados con el delito y la cuantificación de los mismos, estableciéndose la imposibilidad de que existan sentencias condenatorias en abstracto, por manera que es clara la ley al imponerle al funcionario judicial la función de demostrar la ocurrencia de los perjuicios, cuantificarlos y condenar al pago de la indemnización correspondiente, todo lo cual debe tener lugar aún sin que en el proceso la víctima se haya constituido en parte civil, pues tal obligación únicamente desaparece cuando se demuestra que ésta ha promovido su acción indemnizatoria ante otra jurisdicción.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal, el cual, según la correspondiente exposición de motivos “tiene como fundamento la reestructuración del Decreto 2700 de 1991 y de las disposiciones que de una u otra forma lo han modificado, mediante la adecuación de las normas procesales a los principios fundamentales que ha recogido la nueva Constitución Política de 1991, enmarcados por los contenidos del bloque constitucional, bajo el concepto de estado social de derecho, desarrollado por la jurisprudencia de las altas Cortes⁴”, busca modificar la actual orientación legal que de manera decisiva se volcó hacia el restablecimiento del derecho de la víctima ordenado desde la propia Carta Fundamental, pues, como se dijo, es ésta una temática

4. Proyecto de ley por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Fiscalía General de la Nación, Imprenta Nacional, agosto de 1998, p. 7.

a la que el proyecto solamente le otorga una validez meramente enunciativa, carente de contenidos reales.

Así, en el tema del pronunciamiento sobre los perjuicios ocasionados con el delito, el proyecto deja la sensación de que la investigación de los daños causados con el delito solamente tiene lugar cuando al proceso concurre la víctima como parte civil, destacándose además que se dispone que la suma que se fije en la sentencia *no puede superar aquella solicitada en la demanda por concepto de indemnización de perjuicios*, con lo cual se olvida que en la mayoría de los casos resulta imposible determinar con precisión, al momento de presentar la demanda de parte civil, cual es el monto exacto de los perjuicios, pues a tal determinación sólo será posible arribar en la sentencia, tal y como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, ya que es el proceso el escenario donde se determina la ocurrencia de los perjuicios y se cuantifican los mismos.

Sin embargo, con esta modificación que se propone en el proyecto, si al momento de presentarse la demanda de parte civil el sujeto pasivo del delito y víctima del mismo se encontraba lesionado, los perjuicios que se reconozcan en la sentencia no podrán ser superiores a los demandados, así se haya demostrado plenamente que los mismos tenían una significación superior, como en principio ocurriría, por ejemplo, si luego de incoarse la demanda la víctima muere como consecuencia de las heridas que le propinó el sindicado.

Tan elemental reflexión pone de presente el desinterés del proyecto en el restablecimiento del derecho, pues la víctima no será debidamente indemnizada bajo los parámetros que plantea el proyecto.

De otra parte, es de ver que una disposición similar no existe en el Código de Procedimiento Civil al regular el proceso ordinario declarativo, pues en esta codificación tan sólo se exige una referencia a la cuantía cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite, dándose por sentado que la cuantía de los perjuicios sólo se establece de modo definitivo en la sentencia y no en la demanda, y aunque opere una prohibición de otorgar condenas *ultra petita*, se admite que la demanda no tenga por fuerza que determinar de manera exacta y concreta el monto de los perjuicios cuya indemnización se pretende.

Se prohíbe también en el proyecto la *denuncia del pleito* y el *llamamiento en garantía* como formas de tercera.

Sobre el particular ha de decirse que de tiempo atrás se ha afirmado que uno de los errores más frecuentes del penalista es el de considerar que la acción civil que se tramita al interior del proceso penal tiene una naturaleza y alcances diferentes a los que se incoa ante la jurisdicción civil por responsabilidad civil extracontractual, cuando es lo cierto que se trata de la misma acción como que su fuente es la misma, pues el

artículo 1494 del Código Civil enseña con claridad meridiana que las obligaciones pueden nacer a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a alguien, como en los delitos, permitiendo la legislación procesal penal colombiana prácticamente de todas las épocas, que la acción con la cual se busca se establezca esa obligación, pueda ser adelantada, a elección de la víctima, dentro del proceso penal, o bien independientemente de él, ante la jurisdicción civil, lo cual viene a reforzar la idea de la identidad civil de esa acción.

Siendo entonces que esa acción por responsabilidad civil extracontractual es siempre la misma, independientemente del escenario donde se ventile, no existe fundamento lógico ni mucho menos jurídico para que cuando se tramite en el proceso penal se le dé una connotación, naturaleza y tratamiento diferentes a los que recibiría ante la jurisdicción civil.

Y si esto es así, no se entiende entonces por qué el *llamamiento en garantía* no puede tener trámite en el proceso penal, cuando es lo cierto que el Código de Procedimiento Civil al referirse a esta forma de tercería dispone en el artículo 57 que quien tiene derecho legal o contractual de exigir de un tercero el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de sentencia, puede solicitar la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva tal relación.

En criterio que compartimos, Bejarano Guzmán considera perfectamente admisible en el proceso penal esta forma de tercería al señalar que “resulta posible, por vía de ejemplo, que la compañía aseguradora del riesgo de responsabilidad civil a favor de terceros por daños sufridos en accidente de tránsito, que jamás ha admitido la posibilidad de reclamación por parte del ofendido, pueda concurrir al proceso penal, bien porque voluntariamente desea hacerse parte, o porque el asegurado, que en el proceso penal será el sindicado o procesado, la llame en garantía, por existir entre ambos una relación jurídica sustancial de origen contractual por virtud de la cual la compañía deberá pagar los perjuicios causados a la víctima”⁵.

Tamayo Jaramillo⁶ sostiene, por su parte, que el llamamiento en garantía sí es posible dentro del proceso penal, no sólo a instancia del llamado *tercero civilmente responsable* sino también del sindicado, destacando que no admitir esta posibilidad sería incurrir en un indebido formalismo que atenta de forma grave contra la economía procesal –y contra el principio de unidad de jurisdicción, agregamos– pues –dice– si el civilmente responsable puede ser demandado dentro del proceso penal para que responda por una responsabilidad civil extracontractual es por cuanto el juez penal tiene la facultad para fallar asuntos civiles, dentro de los cuales naturalmente se incluye el llamamiento en garantía.

5. Ramiro Bejarano Guzmán. “La acción civil y los terceros en el nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Revista Colegio de abogados penalistas del Valle*, Nº 15, 1987.

6. Javier Tamayo Jaramillo. *La indemnización de perjuicios*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, 1993, pp. 52 y 53.

Y al poderse agregar que por virtud de la Ley 45 de 1990 el perjudicado o dañado tiene acción directa contra la compañía de seguros, por manera que al damnificado le es posible, dentro de una misma actuación judicial, demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador, surge de bulto que la intención del legislador no ha sido simplemente la de rodear de garantías al damnificado con la conducta ilegítima, sino que también se ha pretendido facilitarle el camino para obtener el restablecimiento del derecho quebrantado, pues el juez penal es juez en esencia y por ello ha recibido del Estado las facultades necesarias para administrar justicia, sagrada misión que se desdibuja por completo por virtud de las inclemencias del formalismo.

Empece lo anterior, el proyecto desconoce esta realidad y cierra las puertas a la puesta en marcha dentro del proceso penal de un mecanismo que, aparte de ser eficaz en el propósito de restablecer al estado predelictual los derechos de la víctima, contribuye también a la descongestión de los despachos judiciales.

Con todo, mal haríamos en omitir la referencia, así sea tangencial, a una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia calendada el 16 de diciembre de 1998 con la cual la Corporación se pronunció sobre la inadmisibilidad de esta forma de tercería en el proceso penal, argumentando que en éste solamente es posible evacuar pretensiones que tengan su fuente en el delito, pues otras, como las que se involucrarían por virtud del llamamiento en garantía, resultan contrarias a la naturaleza especial, única y reservada del trámite penal.

Sobre el particular y dada la limitante del tiempo para este trabajo, simplemente diremos por ahora que la respetable decisión de la Corporación rinde culto al formalismo por encima del derecho sustancial que la propia Constitución Política pregona debe tener carácter de preeminencia, lo cual puede entenderse en parte si se considera que para la Corte la acción civil es de naturaleza accesoria y subordinada, lo cual nos resulta absolutamente desatinado, pues de ser cierto lo anterior, la acción civil debería evacuarse en un trámite incidental, de una parte, y de otra, porque si en verdad tuviera naturaleza accesoria como usualmente se suele afirmar sin mayor reflexión, jamás podría intentarse ante la jurisdicción civil, pues si accesorio es lo que depende de lo principal, su suerte siempre estaría determinada por lo resuelto respecto de la acción penal.

Ahora bien. En cuanto el proyecto prohíbe la *denuncia del pleito*, nos parece que la disposición es por entero innecesaria, pues en nuestro respetuoso sentir esta forma de tercería no es posible que pueda tener ocurrencia al interior del proceso penal.

Así, es de ver que si la obligación de saneamiento implica, según los términos del artículo 1893 del C. C., amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios; si, a su vez, hay evicción de la cosa comprada cuando el comprador es privado del

todo o parte de ella por sentencia judicial –art. 1894 *ibidem*–; y si la denuncia del pleito está consagrada únicamente para garantizar el saneamiento por evicción, esta forma de tercería nos parece resultaría inadmisibles en el proceso penal, como se observa perfectamente al considerar este ejemplo:

A, propietario de un bien que le fue hurtado, ejercita contra B, comprador de buena fe de dicho bien, acción reivindicatoria a efectos de recuperar el bien. B, quien adquirió el bien de C, le denuncia el pleito a éste para buscar la protección de su condición de comprador.

En este ejemplo es evidente que se involucra la ejecución de un comportamiento delictivo, cual es el hurto inicial del bien; sin embargo, la posibilidad de la denuncia del pleito se presenta en la medida en que la correspondiente acción se ejercite ante la jurisdicción civil.

Pero si trasladamos el caso a su tramitación dentro del proceso penal, resultaría que la acción penal se adelantaría en contra de C, quien tendría la calidad de sindicado, no resultándole posible a éste denunciar el pleito contra B, pues éste no puede garantizar el saneamiento por evicción ya que antes que tener una responsabilidad en el hecho, es en realidad una víctima del delito de estafa, toda vez que adquirió, de buena fe, un bien que era el objeto material de un delito de hurto.

Sobra entonces prohibir esta forma de tercería, pues nos parece que la misma no puede tener aplicación en el proceso penal.

Claramente se observa, pese a lo somero de este estudio, que el proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Fiscalía a la consideración del Congreso de la República, antes que hacer suyos los instrumentos que globalmente vienen siendo aceptados para resolver los conflictos interpersonales que se generan con la comisión del delito y que permiten minimizar los efectos nocivos de la infracción a la ley penal a través de la figura denominada *restablecimiento del derecho*, da la espalda al nuevo paradigma del derecho penal, el de la reparación, pero, más grave aún, ninguna solución le ofrece a la víctima, verdadero protagonista del delito.

