



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL
NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
LEY 906 DE 2004

República de Colombia

LA JUSTICIA RESTAURATIVA
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
LEY 906 DE 2004

PLAN ESPECIALIZADO DE CAPACITACIÓN
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

LA JUSTICIA RESTAURATIVA
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
LEY 906 DE 2004

PLAN ESPECIALIZADO DE CAPACITACIÓN
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

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

ISBN 958-701-652-1

© GUILLERMO ÁNGULO GONZÁLEZ

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares

Diseño de carátula: Stephan Acuña Aguirre

Composición: Imprenta Nacional de Colombia

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Bogotá, D. C.

www.impreuta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

*Este esfuerzo va dedicado al hombre sencillo y recto,
al magistrado de honestidad acrisolada, al luchador incansable por
el triunfo de la justicia, al jurista y formador de juventudes,
al "querido feligrés", como él llamaba a sus amigos.*

A Ricardo Medina Moyano.

EL AUTOR

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Guillermo Angulo González, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo La Justicia Restaurativa en el Nuevo Sistema Procesal Penal Ley 906 de 2004 que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) La Justicia Restaurativa; (ii) Mecanismos de Justicia Restaurativa; (iii) El Incidente de Reparación Integral; y, (iv) El Régimen de los Bienes en la Ley 906 de 2004.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los

magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Guillermo Angulo González, complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

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

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

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

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

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus

integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

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

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

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

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

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar

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

APRENDIZAJE SOCIAL

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

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

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y

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

contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

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

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

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de

acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapla I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapla II. *Estudio y análisis individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapla III. *Investigación en subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapla IV. *Mesa de estudios o conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapla V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapla VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial.

Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

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

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

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante

diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianeidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

| | |
|---|----|
| PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN COLOMBIA | 11 |
| PRESENTACIÓN | 25 |
| UNIDAD 1 | |
| LA JUSTICIA RESTAURATIVA | 29 |
| I. Introducción | 29 |
| II. Noción | 32 |
| III. Características de la Justicia restaurativa | 34 |
| IV. Fundamentos normativos y doctrinarios de la Justicia restaurativa | 35 |
| A. Constitución Política | 35 |
| B. Instrumentos internacionales | 36 |
| C. Código de Procedimiento Penal | 37 |
| V. Víctima e imputado, acusado o condenado como protagonistas de los programas de Justicia restaurativa | 39 |
| A. La víctima | 40 |
| B. El infractor de la ley penal | 42 |
| VI. Concepto de Justicia restaurativa según la Ley 906 de 2004 | 43 |
| VII. Reglas generales que rigen el proceso de Justicia restaurativa | 44 |
| VIII. Condiciones para la remisión al programa de Justicia restaurativa | 48 |
| IX. Síntesis de la Unidad | 51 |
| UNIDAD 2 | |
| MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA | 53 |
| I. Introducción | 54 |
| II. Aspectos generales | 54 |
| III. La Conciliación | 57 |

| | |
|--|----|
| A. La conciliación en la Ley 906 de 2004 | 58 |
| B. Conciliación preprocesal | 58 |
| C. Realización de la conciliación preprocesal | 61 |
| D. Procedimiento y contenido de la audiencia de conciliación preprocesal | 62 |
| E. El acta de la diligencia de audiencia de conciliación | 64 |
| F. Obligaciones de los conciliadores | 65 |
| IV. La Mediación | 67 |
| A. Concepto | 67 |
| B. Procedencia de la mediación | 68 |
| C. Solicitud del mecanismo restaurativo | 70 |
| D. Resultado restaurativo buscado a través de la mediación | 71 |
| E. Efectos de la mediación | 74 |
| V. Síntesis de la Unidad | 76 |
| UNIDAD 3 | |
| EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL | 77 |
| I. Introducción | 78 |
| II. Aspectos generales | 79 |
| III. Procedencia del incidente de reparación integral | 82 |
| IV. Caducidad del incidente de reparación integral | 83 |
| V. Trámite del incidente de reparación integral | 85 |
| A. Primera audiencia: de trámite | 85 |
| 1. Formulación de la pretensión y ofrecimiento de pruebas por parte de la víctima | 86 |
| 2. Traslado de la pretensión al penalmente responsable | 87 |
| 3. Conciliación | 87 |
| B. Consecuencias de la renuencia de las partes a concurrir a las audiencias del trámite del incidente de reparación integral | 88 |
| VI. Segunda audiencia: de conciliación, pruebas y alegaciones | 89 |
| VII. El fallo del incidente de reparación integral y sus efectos | 90 |
| VIII. Vinculación del tercero civilmente responsable | 92 |

| | |
|--------------------------------|----|
| IX. Vinculación del asegurador | 95 |
| X. Síntesis de la Unidad | 97 |

UNIDAD 4

| | |
|---|-----|
| EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN LA LEY 906 DE 2004 | 99 |
| I. Introducción | 101 |
| II. El comiso. Concepto | 102 |
| A. Procedencia del comiso | 103 |
| B. Derechos de víctimas y terceros | 107 |
| C. Medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso | 108 |
| D. Procedencia de las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso | 108 |
| E. Trámite para decretar medidas cautelares de bienes y recursos susceptibles de comiso | 109 |
| F. Devolución de bienes | 111 |
| G. Suspensión y cancelación de la personería jurídica | 112 |
| III. Medidas cautelares | 113 |
| A. Prohibición de enajenar | 114 |
| B. Procedencia, objeto e interés jurídico para solicitar las medidas cautelares | 115 |
| C. Criterios y trámite de aplicación de las medidas cautelares | 117 |
| D. Caucciones | 119 |
| E. Secuestro | 122 |
| F. Secuestre | 124 |
| G. Desembargo | 124 |
| H. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente | 125 |
| I. Las medidas cautelares en los delitos culposos | 127 |
| IV. Síntesis de la Unidad | 130 |

| | |
|--|-----|
| GLOSARIO DE TÉRMINOS RELATIVOS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN GENERAL | 132 |
| BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA Y COMENTADA | 138 |

ANEXOS

| | |
|--|-----|
| Anexo uno. Convención Interamericana sobre Medidas Cautelares | 142 |
| Anexo dos. Conversatorio Interinstitucional. Entrega de vehículos y bienes | 149 |
| NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA” | 169 |

LA JUSTICIA RESTAURATIVA
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL
LEY 906 DE 2004

PLAN ESPECIALIZADO DE CAPACITACIÓN
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

C
O
A
C

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

PRESENTACIÓN

Al abordar el estudio del presente módulo de aprendizaje autodirigido el discente se familiarizará con herramientas prácticas y conceptuales que le permitan comprender el nuevo modelo de Justicia restaurativa, la importancia del mecanismo en la práctica judicial, y su finalidad como modelo de solución de los conflictos mediante el diálogo y el entendimiento directo entre víctima y victimario, con o sin la ayuda de un facilitador.



Al finalizar el estudio del módulo el discente:

1. Reconocerá la naturaleza y alcances de la Justicia restaurativa en la nueva estructura del proceso penal en Colombia.
2. Reconocerá quiénes deben intervenir en los programas de Justicia restaurativa, sus roles y límites de participación.
3. Comprenderá los mecanismos de Justicia restaurativa, establecidos por la Ley 906 de 2004, tales como la conciliación y la mediación, explicando el alcance de cada uno de ellos.
4. Dilucidará el contenido y alcance del llamado incidente de reparación integral, el cual debe adelantarse, una vez se ha anunciado en la audiencia de juicio oral, el sentido del fallo condenatorio.
5. Profundizará el estudio del régimen de los bienes, regulado por la Ley 906 de 2004, su tratamiento, no disponibilidad, el embargo, entre otros aspectos.

El módulo de Justicia restaurativa, siguiendo las pautas del modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, responde a un método de aprendizaje autodirigido para adultos, que se desempeñan en un contexto laboral concreto. Tiene como objetivo que los funcionarios judiciales logren reconocer y aplicar, en su quehacer cotidiano, los contenidos normativos que desarrollan la Justicia restaurativa en nuestro ordenamiento procesal, en un modelo novedoso que requiere de la participación de los actores del conflicto en su solución y composición.

Tanto la Escuela Judicial como la Universidad Nacional de Colombia han buscado fortalecer el modelo pedagógico con la construcción del plan especializado de capacitación en Sistema Acusatorio Penal, con la intención de fortalecer las competencias, habilidades, conocimientos y la aprehensión de herramientas

prácticas por parte de los funcionarios judiciales en los temas que ha suscitado la implementación de la nueva estructura del proceso penal, entre ellos el tema que nos ocupa, el cual se presenta en este módulo especializado que hace parte de un sistema de capacitación autorreferente, complejo, sistémico e integrado.

El contenido del texto se enmarca en un desarrollo práctico, normativo, analítico y especialmente de autoformación, por lo cual cuenta con diversas actividades pedagógicas para una mejor comprensión, por parte del discente, constituyéndose en una herramienta de aplicación práctica. Su análisis lo abordaremos en cuatro unidades. La primera desarrolla el concepto de Justicia restaurativa, sus características, fundamentos normativos y doctrinarios, con la finalidad única que el funcionario judicial comprenda el sentido del programa e importancia de la participación de todos los actores del conflicto en su composición.

La segunda unidad presenta los aspectos generales de los mecanismos de la Justicia restaurativa, tales como la Conciliación y la Mediación, para luego delimitar el análisis a la conciliación en la Ley 906 de 2004. Desarrolla además la conciliación preprocesal, en la que se busca que el discente comprenda cuándo y ante quién debe adelantarse, su ámbito y la forma de su realización para que tenga validez en el proceso penal.

En la tercera unidad abordaremos el cambio fundamental que se presenta en la Ley 906 de 2004 en relación con el procedimiento tradicionalmente consagrado para garantizar la reparación de los perjuicios a las víctimas de los delitos, ya que las normas anteriores estaban presididas por los principios característicos de un sistema de justicia retributiva que consideraba la reparación como la consecuencia normal y lógica de la conducta punible y, por lo mismo, obligación incuestionablemente ligada a la declaración de culpabilidad.

Finalmente, la unidad cuatro nos presenta el estudio del régimen de bienes derivado de la actuación en el proceso penal. Esta unidad cuenta con dos componentes temáticos, producto del desarrollo normativo de la Ley 906 de 2004: el primero hace referencia al desarrollo de la figura del comiso y las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y el segundo hace referencia a las medidas cautelares en general.

En este orden de ideas, la lectura del presente módulo obedece a un proceso constructivista de aprendizaje autodirigido para el discente/lector, el cual no puede abordarse de manera aislada, sino que comprende una parte de todo el

plan especializado de capacitación en Sistema Acusatorio Penal. Por lo anterior, a través de su lectura, el discente encontrará referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, el cual se articula con diversos ejes transversales, tales como la Constitucionalización del Derecho Procesal, la remisión a tratados internacionales y la reivindicación del derecho penal sustancial, al igual que la integración de casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio del presente módulo:

1. Cuando sea posible, consulte los argumentos de los demás módulos que le permitan dialogar y reflexionar de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Cuando se presenten actividades pedagógicas previas, al inicio de cada capítulo, desarróllelas antes de iniciar la lectura del contenido, esto le permitirá realizar un proceso de reflexión anterior y posterior a los planteamientos presentados por el autor.
3. Tenga en cuenta los esquemas de argumentación propuestos en la guía de lectura individual para desarrollar los trabajos sugeridos en cada ejercicio.
4. Elabore mapas conceptuales y cuadros comparativos que le permitan comprender, optimizar y utilizar como herramienta práctica los contenidos del módulo en su quehacer profesional judicial.
5. Como se trata de un modelo pedagógico constructivista, en el que el discente es el principal actor en la construcción de su aprendizaje, al final de cada capítulo se sugieren actividades de autoevaluación que permitirán al lector establecer la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a la práctica. Al final del módulo se sugiere una bibliografía básica complementaria, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.
6. El texto que usted va a abordar, está escrito de una forma clara y sencilla, con la intención pedagógica de hacer explícitos los conceptos, de manera que se conviertan en una herramienta útil para la práctica judicial cotidiana.

UNIDAD 1

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Og

Al finalizar el estudio de esta unidad el discente identificará los principales participantes en la solución de un conflicto en la Justicia restaurativa, al tiempo que precisará una noción clara del programa de Justicia restaurativa, sus características, fundamentos normativos y doctrinarios, adquiriendo competencias para reconocer sus reglas generales y las condiciones necesarias para la remisión al programa.

Oe

1. El discente reconocerá la importancia de la participación integral de los actores de un conflicto en su solución concertada y restaurativa.
2. El discente comprenderá la importancia de la aplicación estricta y el respeto por las características y fundamentos normativos de la Justicia restaurativa en los procesos judiciales de su práctica cotidiana.

At

Lea los siguientes argumentos expresados por diversos autores a propósito del conflicto, las víctimas, su participación y el sistema penal:

I. INTRODUCCIÓN

En esta primera unidad nos ocuparemos de una aproximación a la noción de la Justicia restaurativa, sus características como forma de composición de los conflictos, y sus fundamentos normativos y doctrinarios, teniendo en cuenta las fuentes Constitucionales, el Bloque de Constitucionalidad y demás normas internas que le dan fundamento. Indagaremos también sobre la importancia de la participación de todos los protagonistas en los programas de la Justicia restaurativa, las reglas

generales que rigen todo proceso de Justicia restaurativa y las condiciones requeridas para la remisión al programa.

La Víctima y el Sistema Penal¹:

No se puede decir que el hecho de hablar de la participación de la víctima en el derecho penal sea un tema de moda en la reflexión penal o político-criminal, pues la víctima tuvo un papel principal en la antigüedad, “...cuando reinaba la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de la voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre los súbditos, ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él: el conflicto se había estatalizado: de allí que se hable pleonásticamente, de una criminalización del Derecho Penal, antes bien, del origen del derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente, o mejor aún, del ‘nacimiento’ de la pena”.

“...Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el olvidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedó solo como objeto de disputa entre intereses privados, el derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución del statu quo ante —o a la reparación del daño— entre sus fines y tareas, y el derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una expropiación de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacíficas elementales (paternalismo estatal)...”.

Por su parte Nils Christie², plantea sobre la compensación material y participación de la víctima en el conflicto:

“...Los conflictos se arrebatan a las partes, se desechan, se desvanecen, se tornan invisibles, ¿realmente importa eso?

Posiblemente muchos de nosotros estemos de acuerdo en que deberíamos proteger a las víctimas invisibles antes mencionadas. Muchos, también, asentarían aprobando aquellas ideas que postulan que los Estados, o los gobiernos, u otras autoridades deben dejar de robar multas y, en lugar de esto, permitir a la pobre víctima recibir su dinero. Al menos, yo aprobaría una solución de este tipo (...).”

¹ MAIER, B.J. Julio. La víctima y el Sistema Penal. En: De los delitos y de las víctimas. Ad hoc 1992.

² NILS, Christie. Los conflictos como pertenencia. En: De los delitos y de las víctimas. Ad hoc 1992.

"(...) la víctima es "el" gran perdedor. No solo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente, y el Estado toma su compensación, sino que además ha perdido la participación en su propio caso. Es la Corona la que ingresa al cono de luz, no la víctima. Es la Corona la que describe las pérdidas, no la víctima. Es la Corona la que aparece en los diarios, rara vez la víctima. Es la corona la que tiene la posibilidad de hablar del delincuente y, ni la Corona ni el delincuente están particularmente interesados en llevar adelante esa conversación. La víctima podría haber estado muerta de miedo, paralizada por el pánico o furiosa. Pero no hubiera estado desinvolucrada. Hubiera sido uno de los días más importantes de su vida. Algo que le pertenecía a esa víctima le ha sido arrebatado.

Pero el gran perdedor es cada uno de nosotros, en la medida en que nosotros somos la sociedad. Esta pérdida es, en primer lugar y principalmente, una pérdida de oportunidades para la clarificación de las normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una continua discusión de lo que representa la ley de la tierra. ¿Cuán equivocado estaba el ladrón, cuán acertada la víctima? Los abogados, como ya vimos, son entrenados para estar de acuerdo sobre qué es relevante en un caso. Pero ello significa entrenamiento en la incapacidad para permitir a las partes decidir lo que ellas creen que es relevante (...)"

"(...) Una pérdida adicional —tanto para la víctima como para la sociedad en general— se relaciona con el nivel de ansiedad y de confusión. Una vez más estoy pensando en la posibilidad de encuentros personalizados. La víctima se encuentra tan completamente fuera del caso que jamás tendrá oportunidad de llegar a conocer al delincuente. La dejamos fuera, enojada, quizás humillada por un interrogatorio cruzado en el tribunal, sin contacto humano con el delincuente. No tiene alternativa. Necesitará de todos los estereotipos clásicos de "el criminal" para intentar una mínima comprensión de todo el problema. Ella tiene necesidad de comprender pero, en cambio, es una no persona en una obra de Kafka. Por supuesto, escapará más asustada y más necesitada que nunca de una descripción de los delincuentes como no humanos.

El delincuente representa un caso más complicado. No es necesaria demasiada introspección para apreciar que una participación directa de la víctima puede resultarle una experiencia realmente dolorosa. Muchos de nosotros escaparíamos de una confrontación de este tipo. Esa es la primera reacción, pero la segunda es ligeramente más positiva. Los seres humanos tienen razones para sus actos. Si la situación fuera conformada de modo tal que las razones pudieran ser dadas (tal como son vistas por las partes, no solo la selección de las que los abogados han decidido catalogar como relevantes), quizás, en tal caso, la situación no sería tan humillante. Y, especialmente, si la situación fuera conformada de tal manera que la cuestión central no fuera atribuir culpas, sino profundizar una discusión sobre lo que podría hacerse para deshacer el hecho, entonces la situación podría cambiar. Y esto es exactamente lo que debería suceder al reintroducir a la víctima en el caso. Se prestaría gran atención a las pérdidas de la víctima, lo que conduce a una natural consideración dirigido a saber cómo pueden ser atenuadas. Esto nos lleva a una discusión sobre la reparación. El delincuente tendría la posibilidad de modificar su posición; de ser un oyente en la discusión —a menudo, sumamente ininteligible— respecto

a cuánto dolor debe recibir, pasaría a ser un participante en la discusión sobre cómo podría hacerlo bien esta vez. El delincuente ha perdido la oportunidad de explicarse frente a alguien cuyo juicio podría haber sido importante. Ha perdido, de este modo, una de las posibilidades más importantes para ser perdonado (...)".

Reflexión:

1. Lea nuevamente los textos anteriores, identifique y reconstruya los argumentos presentados por cada uno de los autores, teniendo en cuenta la siguiente metodología:
 - a) Problema planteado
 - b) Tesis principal del texto
 - c) Argumentos que sostienen la tesis.
2. ¿Cuál es el argumento más relevante en cada uno de los textos sobre la participación de las víctimas en la solución de conflictos?
3. ¿Cree usted que en el derecho penal colombiano la víctima tiene suficiente participación en la solución de su conflicto? Argumente su respuesta.
4. Desarrolle un argumento en el que se indique la importancia de la participación de la víctima, la sociedad y el victimario en la composición de un conflicto.
5. En el texto se habla de las pérdidas de la sociedad y la víctima al no participar en el conflicto. ¿Qué otra pérdida se presenta si no hay participación de la víctima, el victimario y la sociedad en la solución de los conflictos?
6. ¿Cree usted que en Colombia se debe dar la participación integral de la víctima, la sociedad y el victimario? Argumente su respuesta teniendo en cuenta:
 - a) Su tesis principal
 - b) Argumentos que sostienen la tesis
 - c) De presentarse una segunda tesis, realice el mismo ejercicio argumentativo.

Una vez desarrolladas las anteriores actividades, comprendemos la necesidad de abordar la participación de los actores de un conflicto, tanto en el procedimiento, como en su composición. Veamos entonces cómo se materializa el rol de cada uno de ellos frente a la Justicia restaurativa en el proceso penal y su importancia en Colombia.

II. NOCIÓN

La Justicia restaurativa es un mecanismo de justicia creado por la necesidad de llegar a una solución positiva de los efectos del delito a través de la reparación

del daño, del perdón y de la reconciliación, con participación de la víctima, del victimario y de la sociedad.

Al respecto de esta modalidad especial de solución de conflictos, el Nobel de Paz surafricano Desmond Tutu plantea:

“La Justicia restaurativa no tiene que ver con la venganza o el castigo, sino con el establecimiento de puentes, la reconstrucción de desequilibrios y la restauración de relaciones resquebrajadas, en un esfuerzo por rehabilitar tanto a las víctimas como a los agresores”.

Como se dijo anteriormente, los programas de Justicia restaurativa involucran tanto a la víctima como al victimario y a la propia sociedad. A la víctima, como persona natural o jurídica perjudicada directamente por el injusto (artículo 132 de la Ley 906/2004), garantizándole no solamente el derecho que le asiste a la verdad y a la justicia, sino además a la reparación, al reconocimiento de su condición de perjudicada por el delito y a su participación en programas de asistencia integral para su recuperación y reintegración a la comunidad, como a la protección de su intimidad y a la garantía de su seguridad y la de sus familiares.

Involucra al victimario, ofreciéndole, como consecuencia de la aceptación de su culpabilidad, el ingreso a programas que comporten una efectiva integración a la comunidad y entregándole la oportunidad de participar activamente en mecanismos de reparación de los efectos de su conducta, dirigidos fundamentalmente a las víctimas. Estos programas pueden referirse a la reparación misma, a la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, a la realización o abstención de determinada conducta, a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón, tal como lo pregona el artículo 523, inciso 2º de la Ley 906 de 2004.

Los programas de Justicia restaurativa, también incluyen a la sociedad en su papel preponderante de buscar y servir de intermediario, de catalizador, entre víctima y victimario, en el propósito de crear los mecanismos integrales de acercamiento entre los protagonistas activo y pasivo del injusto, facilitando la reconstrucción de los desequilibrios creados por el comportamiento ilícito, con el fin de lograr la atención a las víctimas, la resocialización de los infractores y como último fin, la reconciliación de los actores del episodio delictivo, cuya concordia y paz han sido quebrantadas como consecuencia de la realización de la conducta.

Queda claro entonces, que en todo proceso de Justicia restaurativa es menester la participación triunviral sobre la cual está montado el programa: Comunidad,

victimario y víctima. Si cualquiera de tales elementos falta, no es posible hablar de Justicia restaurativa. En este sentido, un programa sin participación de la víctima, sin mecanismos serios y efectivos de reparación y sin reconocimiento de su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación efectiva, no se enmarca en los postulados de la Justicia restaurativa; y conducirá eventualmente a la concesión de beneficios por parte del Estado a favor de los infractores; a decretos de indulto o a concesiones de perdón con consecuencias favorables, discutibles, para el autor del injusto, y ajeno al nuevo mecanismo.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los autores que han ido estudiando el nuevo mecanismo, han resumido las características de la Justicia restaurativa y su diferenciación con la tradicional y conservadora Justicia Retributiva, señalando como características fundamentales del nuevo modelo las siguientes:

Mientras que para la justicia retributiva el delito constituye una infracción a la norma del Estado, para la Justicia restaurativa es una acción que causa daño a otro. Como fácilmente se observa con el solo enunciado, el rompimiento de los antiguos moldes resulta evidente, porque el ancestral concepto del delito como el quebrantamiento de las normas promulgadas por el Estado, sobre el cual se basó por siglos el estudio de la teoría general del delito, cede ahora el paso al criterio moderno de ser, el injusto, una acción que produce fundamentalmente un daño a otro, constituyendo tal afirmación la base y el fundamento conceptual sobre el cual se edifica el contenido legal de la reparación, dentro de los parámetros propios de la Justicia restaurativa.

Como consecuencia del planteamiento anterior, resulta entonces evidente que la solución del problema presentado por la acción injusta debe centrarse en la reparación a la víctima, para lograrlo se debe establecer una negociación que conduzca a ese fin, con aceptación de responsabilidad por parte del victimario y garantizando a la víctima el fin restaurador del mecanismo.

La anterior situación es contraria a lo que sucede con la Justicia Retributiva en donde el delincuente no participa en la solución del conflicto, porque este es manejado directamente por el Estado. De esta manera, la víctima se compensa con el daño que se le aplica al victimario. La pena que se le impone y que el condenado debe cumplir, resulta la natural consecuencia del ataque causado, y la culpabilidad debe

ser demostrada por el propio titular de la acción penal, alejándose, por consiguiente, tanto a la víctima como al victimario de la solución del conflicto y de la aceptación de la responsabilidad, por parte del segundo.

Pero además, los programas de Justicia restaurativa buscan la reparación del daño causado a la sociedad, y por esto la comunidad misma participa en la solución del conflicto, aceptando mecanismos de reparación social y comunitaria y fomentando el arrepentimiento y el perdón.

Como puede verse, la característica fundamental de la Justicia restaurativa está centrada en la participación de víctima y victimario en la solución del conflicto, a través del diálogo conjunto, generalmente con la participación de un tercero, facilitador, aun cuando no siempre resulta necesaria su presencia. Se busca así llegar al reconocimiento de la culpabilidad del victimario y al acuerdo, sobre los mecanismos de reparación para la víctima.

IV. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y DOCTRINARIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Dispone el artículo 250 de la Constitución Política reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 en su artículo 2°.

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

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

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas... 2.: ... 3.: ... 4.: ... 5.: ... 6.: Solicitar ante el juez de conocimiento las

medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados por el delito. 7.: Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal; la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de Justicia restaurativa. 8.:... 9.:...”.

Resulta, en consecuencia, el Acto Legislativo 03 de 2002 la norma constitucional básica creadora del mecanismo de la Justicia restaurativa que, por lo demás, enmarcó en su contexto el contenido de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

B. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Los siguientes son principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985:

“4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5.: Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos”.

Y más adelante:

“8.: Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9.: Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales”.

Igualmente forman parte de los instrumentos internacionales, el “Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Anexo del informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998”, que establece:

"I. Derecho a saber:

Principio 3. El derecho de las víctimas a saber.

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima

II. Derecho a la justicia:

Principio 20. Deberes de los Estados en materia de administración de justicia.

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas los recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.

III. Derecho a obtener reparación.

Principio 39. Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación.

El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de alcance general, como medidas de satisfacción y garantías sobre la no repetición".

En la misma forma se expresa el Anexo al Informe Final del Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, presentado a la Comisión Permanente de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000.

C. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La Ley 906 de 2004 dedica el Libro VI y los tres capítulos que lo integran: artículos 518 a 521 inclusive, el primero; artículo 522 el segundo, y artículos 523 al 527 inclusive, el tercero, a desarrollar el mecanismo de la Justicia restaurativa, a reglamentar sus moduladores y a legislar en torno a su significado, alcance y consecuencias.

La doctrina de la Corte Constitucional creó sin lugar a dudas un antecedente de importancia manifiesta sobre la Justicia restaurativa, en particular mediante el pronunciamiento contenido en la Sentencia C-228 de 2001, Magistrados Ponentes MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, en

donde por primera vez se plantearon doctrinariamente los derechos de las víctimas, reducidos, hasta ese instante, a la sola indemnización económica. Esto abrió el camino a los mecanismos del nuevo instituto, posteriormente constitucionalizado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y luego reglamentado a través de las disposiciones citadas anteriormente de la Ley 906 de 2004.

Al respecto, plantea la Corte Constitucional:

“De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia -no restringida exclusivamente a una reparación económica- fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

- 1.: El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
- 2.: El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
- 3.: El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”.

At

Reflexión:

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta en el módulo del Bloque de constitucionalidad, indique cuáles de los instrumentos internacionales citados tienen fuerza constitucional por esta vía en nuestro ordenamiento.

¿Conoce alguna sentencia de Organismos de Derecho Internacional que apliquen el tema de la Justicia restaurativa?

¿Estas sentencias hacen parte del Bloque de Constitucionalidad? Argumente su respuesta.

Discuta su tesis en el subgrupo de trabajo teniendo como referente inmediato la reparación ordenada por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trujillo (11.007) y en el caso de los diecinueve comerciantes³.

V. VÍCTIMA E IMPUTADO, ACUSADO O CONDENADO COMO PROTAGONISTAS DE LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Como se vio anteriormente, para que pueda hablarse de programas de Justicia restaurativa es necesario la intervención como protagonistas, tanto de la víctima como del imputado, acusado o condenado, quienes actúan de común acuerdo en busca de un resultado restaurativo, sea que intervenga o no un facilitador.

En este orden de ideas tenemos entonces que los actores de los programas de Justicia restaurativa son:

³ “En el caso de los diecinueve comerciantes, declara que Colombia violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida, garantías judiciales, protección judicial consagrados en los artículos 7, 5, 4, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de los diecinueve. Colombia violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares. Además de la obligación de la investigación efectiva con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones y de una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares, Colombia debe erigir un monumento en memoria de las víctimas y, mediante una ceremonia pública y en presencia de sus familiares, poner una placa con los nombres de los 19 comerciantes.

Deberá brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas y establecer todas las condiciones necesarias para que los miembros de la familia de una de las víctimas, Antonio Flórez Contreras, actualmente en el exilio, puedan regresar a Colombia, si así lo desean, cubriendo Colombia con los gastos en que incurran por motivo del traslado.

En un concepto que apenas está creando la Corte de manera innovadora, el proyecto de vida, obliga a Colombia a pagar cincuenta y cinco mil dólares por los ingresos dejados de percibir por cada una de las 19 víctimas. Es una especie de lucro cesante, calculado basándose en la edad y el tipo de trabajo desarrollado por la víctima. Por daño inmaterial, ochenta mil dólares de cada una de las 19 víctimas y por el mismo concepto, cincuenta mil dólares a cada uno de los hijos, ochenta mil dólares a cada una de las cónyuges y compañeras o parejas de hecho, cincuenta mil dólares a cada uno de los padres y ocho mil quinientos dólares a cada uno de los hermanos. En concepto de costas y gastos a la Comisión Colombiana de Juristas se le abonará diez mil dólares y al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), tres mil dólares”. Tomado de: “Las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Peraza Parga, Luis. La Insignia. México, octubre del 2004. (On Line: www.lainsignia.org).

Inicialmente el alcance de “víctima” no estaba unido a las disciplinas penales sino más bien a otros espacios como el religioso, el cultural, el literario, el social, etc. Su origen deviene para algunos de la voz latina “vincire” en cuyo caso su significado se refiere a cualquier persona o animal destinados a un sacrificio religioso; para otros, del verbo “vincere”, que señalara al sujeto desarmado e inerme, de frente al vencedor, tal como lo anota Sampedro Arrubla⁴ en su obra “La Humanización del Proceso Penal”.

Ahora, desde el punto de vista de sujeto perteneciente al **campo del derecho penal**, vale la pena registrar la siguiente definición de Rodríguez Manzanera⁵:

“víctima es el individuo o grupo que padece un daño por acción u omisión **propia** o ajena o por caso fortuito... toda persona física o moral que sufre un daño **por causa** de una conducta antijurídica, típica y culpable”.

O el concepto del Maestro alemán HANS VON HENTING para quien las víctimas son:

“Las personas que han sido lesionadas objetivamente en alguno de sus bienes jurídicamente protegidos y que experimentan subjetivamente el daño con el malestar o dolor”.

De acuerdo con el decálogo de “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985:

“Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Podrá considerarse “víctima” a una persona con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

⁴ Sampedro Arrubla, Luis Andrés. “Humanización del proceso penal”.

⁵ Rodríguez Manzanera, Luis. “La victimología” México, 1996.

A su vez el artículo 132 de la Ley 906 de 2004 define a las víctimas señalando:

“Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”.

De acuerdo con el contenido de la norma transcrita, tenemos que para el Nuevo Sistema y en especial para la capacidad de ser protagonista de programas de Justicia restaurativa, se debe entender por víctima a toda persona natural o jurídica o de cualquier sujeto de derechos que de manera individual o colectiva haya sufrido un daño directo como consecuencia del delito.

El concepto sobre la calidad de víctimas se amplía en esta forma dentro de la nueva legislación procesal penal permitiendo que, por ejemplo, ingresen a la condición de tal, aquellas personas que sin ser autores o partícipes del injusto hayan sufrido detrimento económico como consecuencia del delito, como por ejemplo, quienes en vigencia de la Ley 600 de 2000 tenían la calidad de terceros incidentales, que hoy pasarían a ser víctimas.

Claro está que para poder ser reconocido como víctima debe demostrarse que se es **perjudicado directo**; es decir, que se ha sufrido un daño directo como consecuencia del injusto. Cuando el perjuicio recibido es indirecto, no se tiene la calidad de víctima dentro del proceso penal, sin que ello impida que la persona perjudicada indirectamente por la conducta ilícita no pueda alegar sus derechos y reclamar la reparación de los daños que le fueron ocasionados por el delito, ante las autoridades judiciales competentes. La calidad de víctima se reconoce en el momento de la celebración de la audiencia de formulación de acusación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 340 de la Ley 906.

Sin embargo, lo anterior no significa que solamente a partir de tal momento quien se considere y tenga el carácter de víctima pueda hacerse presente en el desarrollo del adelantamiento procesal. Por el contrario, durante el período investigativo y hasta antes de la celebración de la audiencia de formulación de acusación, la víctima puede asistir a las diferentes audiencias preliminares que se realicen, en esta etapa procesal, e incluso tener su representante, siendo suficiente la demostración sumaria de su calidad de tal. Lo que sucede es que la legalización de

esa condición y la posibilidad de acceder a una intervención más activa, dentro del proceso, solamente es posible cuando, se ha demostrado su calidad de víctima, con fundamento en la formulación de una acusación hecha por quien tiene legalmente el ejercicio de la acción penal, y en consecuencia, ha sido reconocida oficialmente por el Juez de Conocimiento.

Lo que debe quedar bien claro, para nuestro tema, es que si bien la calidad de víctima solamente se reconoce en el momento de la celebración de la audiencia de formulación de acusación, tal hecho no tiene incidencia de ninguna naturaleza en el adelantamiento de los programas de Justicia restaurativa. Los mecanismos que presiden la eficacia de la institución son procedentes, desde el primer instante de la iniciación del proceso penal, e incluso, antes de ello, ya que institutos como el de la conciliación resultan procedentes como requisito de procesabilidad. Esto indica que la audiencia respectiva debe adelantarse obligatoriamente antes de la formulación de la imputación, para aquellos delitos que requieren querella o petición de parte (artículo 74 C.P.P.).

B. EL INFRACITOR DE LA LEY PENAL

Como se ha venido señalando desde el comienzo de este escrito, la Justicia restaurativa implica el compromiso participativo en sus programas, tanto de la víctima de la conducta ilícita como del autor de la misma. Dentro de ese contexto el infractor debe participar activamente en la solución del problema creado con el delito que, es el resultado de una acción que causa un daño a otro, buscando reparar sus consecuencias a través de los diferentes mecanismos restaurativos, pero teniendo como base el reconocimiento de su culpabilidad como protagonista principal en la realización del injusto.

Para la ley procesal, la participación del victimario en los procesos de Justicia restaurativa es independiente de que se trate de persona imputada, acusada o condenada. Es decir: la participación del infractor en los programas de Justicia restaurativa puede producirse en cualquier momento, sin importar su condición procesal: como imputado cuando apenas se ha producido su vinculación al proceso a través de la formulación de imputación (artículos 286 y ss. de la Ley 906/2004); como acusado, cuando previa la entrega del escrito de acusación al Juez de Conocimiento por parte del fiscal, se celebra la audiencia de formulación de acusación (artículos 338 y ss. de la misma ley), o cuando definitivamente en su contra se ha dictado sentencia condenatoria y, en tal virtud, adquiere el carácter de “**sentenciado**” al cual se refiere el artículo 518.

Ahora bien, no consideramos necesario entrar en polémica sobre el término “**sentenciado**” que se utiliza en la norma teniendo en cuenta que para los efectos del mecanismo que estamos estudiando, no comporta trascendencia de ninguna clase. La ley no se refiere concretamente al “**condenado**” sino al “**sentenciado**”, lo cual indica que el propósito del legislador en esta norma, fue simplemente referirse a la persona contra quien se haya dictado una sentencia, siendo lógico suponer que esta debe ser de carácter “condenatorio”; por cuanto, no tendría sentido involucrar a la persona a quien se le ha dictado sentencia absolutoria.

De otra parte, el enunciado que hace la ley es simplemente de contenido alterno, para indicar que el autor de la conducta ilícita puede integrarse y participar en programas de Justicia restaurativa, desde el momento en el cual se produce su vinculación al proceso penal como “**imputado**”, hasta cuando es “**sentenciado**”, pasando obviamente por la condición de “**acusado**”, es decir, en todo el transcurso del adelantamiento del proceso y hasta su culminación.

VI. CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA SEGÚN LA LEY 906 DE 2004

El alcance normativo sobre la naturaleza de la Justicia restaurativa y sus alcances, entronizada en el nuevo procedimiento penal, hace parte del Libro VI de la Ley 906 de 2004. La ley procesal distingue los conceptos de “**programa de Justicia restaurativa**” y “**resultado restaurativo**”.

El primer concepto o sea el referente a “**programa de Justicia restaurativa**” es entendido como todo proceso en el cual la víctima de una parte, y el imputado, acusado o sentenciado, de la otra, participando de una manera conjunta y activa frente a la necesidad de resolver las consecuencias derivadas de la comisión del delito, buscan llegar a un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Nótese, de una parte, que el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal involucra en el programa, por igual, tanto al infractor como a la víctima, haciendo hincapié en el hecho de que no puede existir Justicia restaurativa, ni adelantarse programa que a su naturaleza pertenezca, sin la presencia conjunta y activa de los protagonistas del injusto.

Y de otra parte, resulta legalmente válida, además de oportuna, la disposición que aclara que no es necesaria la presencia de un facilitador para promover, adelantar o culminar las gestiones encaminadas a la búsqueda de los mecanismos

de Justicia restaurativa, pues si bien es útil y, en muchos casos, determinante su presencia y actuación, debe quedar debidamente precisado en la norma que para la validez del programa y para el contenido sustancial de la Justicia restaurativa, no es obligatoria la presencia en dicho proceso. Esto significa que pueden realizarse esfuerzos mancomunados y activos de los protagonistas en torno a la búsqueda de programas de Justicia restaurativa, sin la presencia obligada del facilitador; que es posible lograr lo buscado con la relación personal entre víctima y victimario, e incluso que puede darse en muchos casos que la propia comunidad actúe como catalizador entre los actores del programa. De lo anterior se deduce que el texto legal resultaba necesario para evitar confusiones en torno al contenido y alcance de lo que constituye un programa de Justicia restaurativa.

En cuanto al segundo concepto, es decir al significado del llamado **“resultado restaurativo”** la ley lo define como **“el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”** (inciso del artículo 518 de la Ley 906 de 2004).

Nótese de qué manera la disposición legal insiste en el contenido bisensual de los programas de Justicia restaurativa, porque el objetivo fundamental del mecanismo, es hacer protagonistas tanto a la víctima como al infractor. Dijimos y no podemos olvidarlo, que la Justicia restaurativa está edificada sobre la base de la participación de víctima y victimario, dentro de un proceso que busca la reparación de los efectos del delito, para la primera; el reconocimiento de la culpabilidad, por parte del segundo, y la reintegración de ambos a la comunidad.

Cuando se ha culminado el proceso, dentro de dichos parámetros se obtiene la reparación, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados; la realización o abstención de determinada conducta; la prestación de servicios a la comunidad o el pedimento de disculpas o perdón. Entonces decimos que se ha logrado “un resultado restaurativo” y que los caminos a la reconciliación han sido abiertos.

VII. REGLAS GENERALES QUE RIGEN EL PROCESO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

De acuerdo con el contenido de las disposiciones de la Ley 906 de 2004, los procesos de Justicia restaurativa se regirán y someterán a las siguientes reglas fundamentales:

La vinculación a un programa de Justicia restaurativa no puede ser impuesta, ni por la autoridad estatal, en general, ni por la autoridad judicial, en particular, porque su aceptación no pertenece al campo de la obligatoriedad legal, no es requisito de juzgamiento, y su rechazo no constituye fundamento de condena ni reconocimiento de culpa.

De esto se deduce que la primera condición que la ley exige para la participación en los procesos de Justicia restaurativa, es que exista **“consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo”**. Sin ese consentimiento libre y voluntario que presupone la ausencia de cualquier vicio que afecte el conocimiento y la voluntad -error, coacción, engaño, etc. -, no resulta posible aceptar la vinculación de cualquiera de los protagonistas al programa. Por lo mismo es que la propia ley manifiesta que si en el transcurso del desarrollo del proceso el consentimiento desaparece por parte de cualquiera de los actores, la actuación respectiva se suspenderá, porque el respeto a la libre determinación, debe presidir todo programa de Justicia restaurativa.

“Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito”.

El sistema de juzgamiento implantado en nuestro país mediante la expedición de la Ley 906 de 2004 fundamenta buena parte de su contenido normativo sobre los principios de la razonabilidad y la proporcionalidad. En este sentido los aspectos que tocan con el mecanismo de la Justicia restaurativa no podían quedar al margen del contexto general del sistema; y es así como se consagra, entonces, dentro de las directrices generales del proceso, la necesidad de que las obligaciones que surjan, como consecuencia de los acuerdos logrados, deban ser contentivas de obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con la conducta ilícita.

Si para la Justicia restaurativa el delito no es nada diferente a **“una acción que causa daño a otro”**, ese concepto tiene que ser forzosamente la base de equilibrio en la aplicación del mecanismo. Así, los programas restaurativos no buscan la ventaja de uno de los actores sobre el otro, ni suponen actos de revancha o actitudes vengativas; no están destinados a impulsar el odio ni van dirigidos a lograr beneficios desproporcionados a costa de la mayor capacidad argumentativa de uno de los protagonistas sobre el otro. Esa es la razón para que la propia ley exija que los acuerdos, a los cuales se llegue como consecuencia del adelantamiento del programa, estén enmarcados dentro de la razonabilidad y la proporcionalidad de

las obligaciones que se adquirieran, teniendo como marco de referencia los daños producidos por el delito y las consecuencias derivadas del mismo. Es necesario entonces que el funcionario competente, en el momento de conocer el resultado del acuerdo obtenido como consecuencia del mecanismo restaurativo, valore estos acuerdos antes de impartirles su aprobación.

Las reglas generales que presiden los procesos de Justicia restaurativa, contenidas en los numerales 3° y 4° del artículo 519 de la Ley 906 de 2004, guardan una estrecha relación entre sí por lo cual conviene referirnos a ellas dentro de un mismo contexto, indicando que su propósito es resguardar la independencia, la seriedad y la seguridad jurídica del mecanismo restaurativo.

En efecto, el numeral 3° dispone explícitamente que **“la participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores”** mientras que el numeral 4° previene en el sentido de que **“el incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena”**.

Estas prohibiciones tienden a proteger los programas de Justicia restaurativa con el objeto de que no se constituyan en fuente de graves e indebidas consecuencias para quienes participan en ellos, como autores del delito. Redundará así, de una parte, en la independencia y la seriedad de los mecanismos, y de otra, dará seguridad a los victimarios que gozarán de protección legal ya que su voluntad en la participación de búsqueda de resultados restaurativos no será utilizada como prueba de culpabilidad en otros procedimientos jurídicos, y además, si incumplen el acuerdo restaurativo, esa circunstancia no podrá ser tomada en cuenta, como fundamento de condena ni como causal de agravación de la pena.

“Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto”.

Ya conocemos que los programas de Justicia restaurativa, en la forma como están concebidos en nuestra nascente legislación procesal penal, no imponen como condición para la legalidad del procedimiento ni para la validez de los acuerdos logrados, la actuación del facilitador. El artículo 518 del Código de Procedimiento Penal así lo consigna.

No obstante, la norma previene que en los casos en los cuales se adelanten programas de Justicia restaurativa, con la participación de un facilitador, este tendrá

la obligación de actuar de una manera imparcial, sin favorecer a ninguna de las partes en conflicto y buscando que víctima e imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

Una de las características de la Justicia restaurativa es precisamente su transparencia; la búsqueda de la solución de los conflictos presentados como consecuencia del delito; el logro de la reconciliación para llegar finalmente a la obtención de la paz y la tranquilidad de la comunidad; la reparación de los daños sufridos por la víctima, y el reintegro a la comunidad, el reconocimiento de la culpabilidad, la aceptación de la pena como consecuencia de su acción, y el estímulo al arrepentimiento y al perdón, para el infractor; en consecuencia, quienes participen en los programas, sean los protagonistas principales o sea el facilitador, deben entender sus compromisos con el sistema, compromisos que se resumen, para los primeros, en el respeto mutuo que debe existir entre la víctima y el imputado, acusado o sentenciado; y para el segundo, en la obligación de velar para que ese comportamiento sea norma de conducta de los protagonistas, a quienes, además, debe garantizar la imparcialidad en sus actuaciones y el trato igualitario en el curso del proceso.

La última de las reglas generales establecidas en la Ley 906 de 2004, de aplicación en los procesos de Justicia restaurativa, tiene que ver con el principio fundamental del derecho de defensa y conlleva la facultad que se otorga, tanto a la víctima como al imputado, acusado o sentenciado, de consultar a un abogado durante el término del adelantamiento del proceso. En efecto establece al respecto:

“La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado”.

Es evidente que tratándose del imputado, acusado o sentenciado, dentro del contenido de los derechos fundamentales que le son propios (artículo 29 de la Constitución Política), la asistencia de abogado en las actuaciones en las cuales intervenga y que tengan como origen su vinculación a un proceso penal como consecuencia de la realización de una conducta ilícita, resulta de imperiosa obligación. En consecuencia, la norma lo único que hace es reiterar el derecho, y de esta manera, evitar que interpretaciones restringidas, impidan el ejercicio pleno de la defensa.

Y en relación con la víctima, es claro que de acuerdo al contenido de la Ley 906 de 2004, la víctima está capacitada para intervenir, bien que limitadamente, en el proceso, sea directamente o mediante su representante, abogado designado por la oficina de protección a las víctimas de la Fiscalía General de la Nación, abogado de oficio, o estudiante de Consultorio Jurídico de Universidad debidamente reconocida

por el Estado. Estos son principios de garantía de los derechos de las víctimas contenidos en los artículos 11 ordinal h) y 137 numerales 3° y 5° de la misma ley.

VIII. CONDICIONES PARA LA REMISIÓN AL PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Por la naturaleza propia de lo que significa la participación en los programas de Justicia restaurativa, la ley ha querido imponer condiciones fundamentales que, como requisitos previos, deben llenarse antes de la remisión de un caso al proceso restaurativo. Esas condiciones, fijadas en el artículo 520 de la Ley 906 de 2004, son:

- En primer lugar se impone a los funcionarios judiciales—fiscal y juez—la obligación de informar, instruir y precisar a las partes que quieren intervenir en el programa, los derechos que les asisten, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de su decisión.
- La víctima debe conocer que le asiste el derecho a la reparación, a la verdad y a la justicia dentro del marco del respeto a su condición y a las garantías consagradas en los artículos 11, 133, 134, 135, 136 y 137 del Código de Procedimiento Penal, entre las que se encuentran el derecho a la protección, a la información y a la asistencia legal gratuita, si esa es su voluntad.
- El infractor debe recibir información sobre sus garantías fundamentales como participante en el programa: derecho a la asistencia de abogado; a la libre aceptación de su responsabilidad y de las consecuencias que esto comporta; a la búsqueda de mecanismos de reparación para sus víctimas, y al reintegro a la comunidad, en condiciones de respeto a la dignidad propia de la persona humana.

Lo anterior significa que resulta necesario que quienes se integren a un programa de Justicia restaurativa conozcan desde el primer momento la naturaleza de este, las consecuencias que comporta su decisión, los alcances de los acuerdos que lleguen a obtenerse, los beneficios que les representará lograrlos, e incluso la protección que la misma ley otorga al infractor en el caso de que no se llegue a ningún acuerdo restaurativo o que se incumplan los compromisos adquiridos. De esta manera se garantiza la transparencia, la seriedad y la eficacia de los mecanismos de Justicia restaurativa, creados por las normas procesales.

Igualmente a los funcionarios judiciales (fiscal y juez) compete establecer que los protagonistas del programa (víctima y victimario) lleguen a involucrarse al proceso restaurativo, con absoluta libertad, libres de cualquier modalidad de coacción, con

pleno conocimiento de lo que significa el mecanismo al cual se acogen y sin que medie, en su determinación, la seducción, la fuerza o la inducción fraudulenta.

Las anteriores son condiciones fundamentales que deben rodear el ingreso a los programas de Justicia restaurativa y que los funcionarios judiciales están en la obligación de garantizar, con el objeto de que el nuevo mecanismo implantado en la Ley 906 de 2004 tenga eficacia y responda a los propósitos de reconciliación buscados dentro del nuevo esquema de una justicia que busca desplazar las formas tradicionales de retribución, propias de nuestra legislación penal.

A

Estudio de Caso:

En un caso por homicidio culposo la Fiscalía solicita al Juez de Conocimiento audiencia de preclusión, en los términos de los artículos 331 y siguientes del Estatuto Procesal Penal, Ley 906 de 2004.

La audiencia se lleva a cabo ante el Juzgado de Conocimiento. En ella la Fiscalía solicita al Juez declarar la preclusión por atipicidad de la conducta por la cual se efectuó la imputación, bajo el argumento, según el cual, con las evidencias recaudadas se sabía que el occiso se hallaba en estado de embriaguez de acuerdo al dictamen de medicina legal, no portaba chaleco reflectivo y se desplazaba en contravía por la avenida en que se produjo el accidente, mientras que el imputado circulaba a una velocidad no superior a 60 kilómetros por hora, por el carril central y en condiciones normales, por lo que el accidente es causado por la imprudencia del ciclista y no por causas atribuibles al conductor del vehículo.

Por su parte el representante de los familiares de la víctima, solicitó que no se aceptara la preclusión argumentando que no existía cadena de custodia sobre la prueba de alcoholemia en la que se fundaba tal solicitud; igualmente alegó como hecho jurídicamente relevante, que el imputado no portaba en el momento de la colisión licencia de conducción y que se desplazaba a una velocidad irreglamentaria según las previsiones del Código Nacional de Tránsito.

El representante del Ministerio Público también se opuso a la solicitud de preclusión, considerando que no estaba demostrada, a ciencia cierta ninguna de las causales a que se refiere el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que subsistían dudas acerca de los hechos y era preciso seguir investigando para despejarlas.

El Juez de Conocimiento no aceptó la petición de la Fiscalía, por lo que no precluyó la investigación y ordenó que se

continuara la investigación. Contra dicha determinación interpusieron recurso de apelación el fiscal y el defensor del imputado.

En el Tribunal Superior, el Magistrado sustanciador que le correspondió el caso fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de argumentación oral y ordenó citar a las partes e intervinientes. En cumplimiento de la anterior orden la Secretaría del Tribunal Superior libró comunicaciones dirigidas al fiscal, al defensor, al imputado y al delegado del Ministerio Público, a través de las cuales los citó para que comparecieran en la fecha señalada. No hizo lo propio en relación con el representante de los intervinientes, familiares de la víctima, ni convocó directamente a estos últimos para que asistieran a la mencionada audiencia⁶.

a. ¿Considera usted acertado que la secretaría del tribunal no haya citado al apoderado de las víctimas, quien no apeló la decisión por serle favorable? Argumente su respuesta.

b. ¿Cuál puede ser la consecuencia jurídica, en el caso concreto, al no haberse citado a la audiencia oral al representante de las víctimas?

En el caso concreto se llevó a cabo la audiencia y en ella la Fiscalía reiteró la petición de preclusión con los mismos argumentos esgrimidos ante el juez de conocimiento, a lo que se allanó la defensa. En consecuencia, la Sala de Decisión Penal revocó el auto del Juez de Conocimiento y en su lugar concedió la preclusión a favor del procesado.

a. Asumiendo el rol de representante de los familiares de la víctima, ¿qué posición adoptaría para defender los intereses de sus poderdantes? Argumente su respuesta.

Como ejercicio académico, usted deberá leer la sentencia y responder las siguientes preguntas:

a. ¿Cuál es el problema jurídico que se resuelve en la sentencia?

b. ¿Cuál es la razón de la decisión?

c. ¿Qué argumentos no constituyen el núcleo esencial de la decisión, pero ilustran la importancia de la participación de la víctima o sus representantes en un conflicto?

d. ¿Considera usted acertado el tratamiento dado por la Corte Suprema de Justicia a los derechos de las víctimas? Argumente su respuesta.

⁶ Los hechos presentados en este caso, sucedieron en el Distrito Judicial de Bogotá y fueron dirimidos en sede constitucional por la Corte Suprema de Justicia en la Tutela 20578 en Primera Instancia. Sala de Casación Penal. M.P. Marina Pulido de Barón. Veinticinco de mayo de 2005.

IX. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

La Justicia restaurativa es un mecanismo de justicia creado por la necesidad de llegar a una solución positiva de los efectos del delito a través de la reparación del daño, del perdón y de la reconciliación, con participación de la víctima, del victimario y de la sociedad. A la víctima, como persona natural o jurídica perjudicada directamente por el injusto, se le garantiza no solamente el derecho que le asiste a la verdad y a la justicia, sino además a la reparación. Involucra al victimario, ofreciéndole como consecuencia de la aceptación de su culpabilidad, el ingreso a programas que comporten una efectiva integración a la comunidad y entregándole la oportunidad de participar activamente en mecanismos de reparación de los efectos de su conducta, dirigidos fundamentalmente a las víctimas del mismo. Estos programas pueden referirse a la reparación misma, a la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, a la realización o abstención de determinada conducta, a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón. También involucra a la sociedad, en su papel preponderante de buscar y servir de intermediario, de catalizador, entre víctima y victimario, en el propósito de crear los mecanismos integrales de programas de Justicia restaurativa, buscando puntos reales de acercamiento entre los protagonistas activo y pasivo del injusto, facilitando la reconstrucción de los desequilibrios creados por el comportamiento ilícito.

Ca

1. Con la ayuda de la metodología para elaborar mapas conceptuales, elabore uno que muestre el panorama general de la Justicia restaurativa, teniendo como referentes sus características, fundamentos normativos, doctrinarios y sus protagonistas.
2. Compare su mapa conceptual con el de sus compañeros de subgrupo de estudios y discutan la estructura presentada por cada uno.

UNIDAD 2

MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Og

- Al finalizar el estudio de esta unidad, el discente habrá comprendido y apropiado los diversos mecanismos de Justicia restaurativa establecidos en la ley, tales como la conciliación y la mediación, comprendiendo su naturaleza, finalidad y la forma de aplicación en la estructura del nuevo sistema en su condición de funcionario judicial, adquiriendo herramientas que le permitan aplicarlos en sus decisiones cotidianas.

Oe

- El discente reconocerá el significado y alcance de los mecanismos de Justicia restaurativa.
- El discente se familiarizará con los institutos procesales de la conciliación y la mediación, entendiendo su alcance y significado.
- Se proporcionarán herramientas que permitan al discente aprehender con facilidad, las formas, procedimientos, aplicación práctica y decisión respecto de los mecanismos, en el momento procesal específico en el cual es procedente cada uno.

At

Antes de aproximarnos al tema de esta unidad reflexionemos individualmente sobre algunos aspectos relevantes, desde el punto de vista cotidiano, que nos orientarán el estudio de la misma.

1. Piense individualmente si existen diferencias entre mecanismos de solución de conflictos como la conciliación y la mediación.
2. Discuta con un colega las posibles diferencias o similitudes. Encuentren la importancia procesal penal de dicha diferenciación, si es que existe.
3. Desarrolle un cuadro comparativo que le permita relacionar los mecanismos de la conciliación y la mediación.
4. ¿Sabe usted de otros mecanismos de Justicia restaurativa aplicables en el contexto procesal colombiano?

I. INTRODUCCIÓN

En esta unidad usted abordará en un primer momento los aspectos generales de los mecanismos de la Justicia restaurativa, tales como la Conciliación y la Mediación. Posteriormente se limitará el análisis a la conciliación en la Ley 906 de 2004. Respecto a la conciliación preprocesal, como discente, usted comprenderá cuándo y ante quién debe adelantarse, su ámbito de validez y la forma como se debe realizar la audiencia de conciliación preprocesal, su procedimiento y contenido.

Respecto a la Mediación indagaremos por su concepto y procedencia, su momento procesal, la procedencia y naturaleza de los delitos. Igualmente exploraremos aspectos procesales, acerca de cómo se efectúa su solicitud, los resultados restaurativos buscados a través de la mediación, los efectos jurídicos ante los intervinientes y demás actores.

Al igual que en la unidad anterior, el propósito pedagógico consiste en que usted como principal protagonista del proceso de aprendizaje autodirigido, lea detenidamente el módulo y desarrolle las actividades pedagógicas de manera individual y luego presente sus conclusiones al subgrupo de estudio, razón por la cual, encontrará en el desarrollo del tema actividades y reflexiones que le permitirán problematizar cada desarrollo conceptual, al tiempo que le aportarán herramientas para la práctica judicial cotidiana en su contexto laboral, optimizando así el ámbito de sus competencias profesionales, desde un ejercicio teórico-práctico como el que uos proponemos.

II. ASPECTOS GENERALES

De acuerdo con las disposiciones de la Ley 906 de 2004 en su Libro VI, Capítulo I, artículo 521, los mecanismos de la Justicia restaurativa son la conciliación y la mediación.

Cabe sin embargo preguntarnos si solo los programas de Justicia restaurativa están incluidos encasillados dentro de los dos institutos citados, o si a ellos se puede llegar a través de otros mecanismos, también importantes, pero no específicamente mencionados como tales. La respuesta es que, evidentemente, existen dentro del contenido de la nueva ley instituciones procesales, que pueden ser consideradas igualmente viables para concretar formas o programas del nuevo modelo de justicia.

- Dos ejemplos bien claros al respecto nos los proporciona la misma ley con referencia tanto a los **“preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”**, de una parte, como al **“principio de oportunidad”**, de otra.

En el primer caso, la filosofía de la institución procesal, definida en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, encierra buena parte del contenido conceptual sobre la naturaleza y alcance de la Justicia restaurativa. En efecto, la norma señala con relación a las finalidades de los preacuerdos y de las negociaciones:

“Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso...”.

Es de notar que esta norma encierra todo el contenido propio de la Justicia restaurativa, ya que integra elementos tales como: la humanización de la actuación procesal, la activación de la solución de los conflictos sociales generados por el delito, la búsqueda de la reparación de los daños causados y el logro de la participación del imputado en la definición de su caso.

Si la razón de ser de los preacuerdos y negociaciones se fundamenta en los fines de reconstrucción de los desequilibrios y la restauración de las relaciones resquebrajadas, no cabe ninguna duda de que en verdad esta institución procesal resulta un mecanismo propiciador de resultados restaurativos con la participación de la víctima y del agresor, sin importar que en su desarrollo normativo no aparezca el facilitador, ya que a las voces del artículo 518 de la Ley 906 de 2004, así lo establece.

No significa lo anterior que el instituto de los preacuerdos y de las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado sea de por sí un programa de Justicia restaurativa; lo que se quiere poner de presente es que su filosofía y los fines que inspiraron al legislador al establecerlos y que acertadamente fueron recogidos en el artículo 348 de la Ley 906, propicia sin lugar a dudas, la posibilidad de llegar a dichos programas, estimulando el encuentro restaurador entre la víctima y el victimario.

En el segundo caso en relación con el principio de oportunidad, la situación resulta aún más evidente: El **“principio de oportunidad”** que como se sabe está regido por las directrices trazadas por el propio Estado dentro del marco de su política criminal, representa una excepción a la obligación de la persecución penal, que proscribe la renuncia, la interrupción y la suspensión de la acción penal, salvo,

precisamente, para la aplicación del llamado principio de oportunidad, en los casos previstos y regulados por el Código de Procedimiento Penal.

Lo anterior no significa que el principio de oportunidad constituya por sí mismo, un programa de Justicia restaurativa, como tampoco lo son los preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, sino que los elementos fundamentales de la Justicia restaurativa integran el contenido del instituto procesal al cual nos estamos refiriendo.

Concretamente, en el evento de la suspensión del procedimiento a prueba, la propia ley procesal impone la condición de que la decisión de la Fiscalía esté siempre precedida de los condicionamientos propios del nuevo modelo de justicia, como claramente lo impone el contenido del artículo 325 de la Ley 906 de 2004 que establece:

“Artículo 325. Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la Justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de Justicia restaurativa establecidos en este código.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal”.

De acuerdo al contenido normativo citado, dentro de la reglamentación legal propia del principio de oportunidad, la posibilidad de la suspensión del procedimiento a prueba debe estar siempre enmarcada dentro de los postulados propios de la Justicia restaurativa.

De allí que para el caso no solamente se impone la necesidad de la participación de la víctima que, en todo caso, debe ser siempre consultada por el fiscal sino que al mismo tiempo se entrega la iniciativa de la solicitud de la suspensión del procedimiento a prueba y el ofrecimiento del plan de reparación del daño, al propio imputado, en un claro acatamiento de los principios básicos de un modelo de justicia

que busca precisamente tanto la participación del victimario en la solución de su caso, como de la víctima en la búsqueda de la reparación, a través de cualquiera de las modalidades que integran los programas de Justicia restaurativa.

El planteamiento se reafirma en la propia ley cuando en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, y dentro de las condiciones que el imputado debe cumplir en el período de prueba, consagra una serie de medidas encaminadas a buscar tanto la participación del autor de la conducta como de la víctima del injusto en la solución del conflicto y en la reparación del daño, lo cual constituye la esencia del nuevo modelo de justicia, basado en el concepto de que **el delito es una acción que causa daño a otro** y que en consecuencia **la solución del conflicto resulta de la negociación con sanción restauradora y reparación del daño causado a la sociedad y a la víctima**.

Las anteriores consideraciones señalan que si bien el artículo 521 de la Ley 906 de 2004 consagra como mecanismos de Justicia restaurativa la conciliación y la mediación, el contenido normativo del nuevo procedimiento, está claramente influenciado por los esquemas estructurales de las nuevas formas de justicia.

Entremos ahora a estudiar los mecanismos señalados por la ley como propios de la Justicia restaurativa.

III. LA CONCILIACIÓN

Constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias, que surge a la vida jurídica nacional, en el campo del derecho procesal penal con la expedición del Decreto 2700 de 1991 (artículo 38), del Código de Procedimiento Penal. Este decreto fue promulgado luego de la reforma de la Constitución Política de 1991, modificado a su vez por la Ley 81 de 1993 que en su artículo 6° previó la conciliación como instituto subordinado a los eventos en que fuera procedente el desistimiento y la indemnización integral.

La conciliación tuvo inicialmente un carácter exclusivamente judicial, en el sentido de que solamente era posible adelantar conciliaciones en materia penal dentro del proceso y, en todo caso, ante el funcionario judicial, lo cual quitaba cualquier validez a las audiencias conciliatorias que sobre temas de esta índole se llevaran a cabo en los Centros de Conciliación.

La rigidez de la norma en este sentido fue posteriormente flexibilizada por la Ley 600 de 2000 (artículo 41), que abrió la posibilidad de que las conciliaciones, en

materia penal, pudiesen ser realizadas en los Centros de Conciliación debidamente reconocidos por el Estado, lo cual le dio al mecanismo un carácter extraprocesal que, sin duda, ha tenido efectos favorables en la solución de controversias.

A. LA CONCILIACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004

La conciliación, dentro del contexto normativo del nuevo sistema de juzgamiento, es considerada no tanto como una modalidad de solución de controversias, para una terminación anticipada del proceso, sino fundamentalmente como mecanismo de Justicia restaurativa que junto a la mediación, constituyen los dos grandes ejes sobre los cuales se mueven los programas de la nueva justicia.

Dentro de este concepto, la conciliación aparece en el esquema procesal en dos momentos a saber: como requisito de **procedibilidad** mediante la llamada **conciliación preprocesal** y en el **incidente de reparación integral** como mecanismo de búsqueda amigable de acuerdo reparatorio, una vez anunciado el sentido del fallo condenatorio.

Abordemos entonces lo relacionado con la conciliación preprocesal, ya que la conciliación en el incidente de reparación integral será estudiada en el capítulo siguiente.

B. CONCILIACIÓN PREPROCESAL

- ¿Cuándo y ante quién debe adelantarse la conciliación preprocesal?

La Ley 906 de 2004 consagra la realización de la audiencia de conciliación como exigencia previa al ejercicio de la acción penal, es decir, a la formulación de la imputación y consecuentemente apertura de investigación, en aquellos delitos que requieren querrela o petición de parte.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 74 de la ley, los delitos que requieren querrela para el inicio del ejercicio de la acción penal son:

Los que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, es decir, fundamentalmente los delitos sancionados con multa.

Los delitos de inducción o ayuda al suicidio; lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días; lesiones personales con deformidad física transitoria; lesiones personales

con perturbación funcional transitoria; parto o aborto preterintencional; lesiones personales culposas; omisión de socorro; violación a la libertad religiosa; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirecta; injuria por vías de hecho; injurias recíprocas; violencia intrafamiliar; maltrato mediante restricción a la libertad física; inasistencia alimentaria; malversación y dilapidación de los bienes de familiares; hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes; alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado; estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes; emisión y transferencia ilegal de cheques; abuso de confianza; aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito; alzamiento de bienes; disposición de bien propio gravado con prenda; defraudación de fluidos; acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones; malversación y dilapidación de bienes; usurpación de tierras; usurpación de aguas; invasión de tierras o edificios; perturbación de la posesión sobre inmuebles; daño en bien ajeno; usura y recargo de ventas a plazo; falsa autoacusación, e infidelidad a los deberes profesionales.

Se exceptúan de la categoría de delitos que requieren querrela aquellos en los cuales el sujeto pasivo es un menor de edad.

En todos estos casos de delitos querellables la ley exige, que previo al ejercicio de la acción penal, deba adelantarse la audiencia de conciliación. Aparece así el instituto como una posibilidad cierta de que las partes en litigio (víctima y victimario; querellado y querellante), lleguen a un acuerdo conciliatorio dentro de los programas de Justicia restaurativa, con el fin de que el querellado reconozca su culpabilidad y busque, con la participación de la víctima, el mecanismo de reparación que más esté acorde con la ofensa recibida, mediante la participación de un facilitador, que en este caso puede ser el propio funcionario fiscal, del centro de conciliación o del conciliador en derecho.

Una de las modificaciones más importantes introducidas por el Nuevo Estatuto Procesal, frente al contenido de legislaciones anteriores, fue darle participación en la celebración de la audiencia de conciliación no solamente al propio funcionario, sino a los centros de conciliación, a los particulares, y a los abogados con título de conciliadores en derecho. Resulta igualmente importante la remisión que el inciso último del artículo 522 de la Ley 906 hace a la obligación de que la conciliación, en materia penal, se cña en lo pertinente al contenido de la Ley 640 de 2001 **“por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”** norma que tradicionalmente se consideró inaplicable en materia penal.

Precisamente y al respecto de los conciliadores, el texto pertinente de la Ley 640 señala:

“Artículo 5°. Calidades del conciliador. El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados...”.

“Artículo 7°. Conciliadores de centros de conciliación. Todos los abogados en ejercicio que acrediten la capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que aprueben la evaluación administrada por el mismo Ministerio y que se inscriban ante un centro de conciliación, podrán actuar como conciliadores. Sin embargo, el Gobierno Nacional expedirá el Reglamento en el que se exijan requisitos que permitan acreditar idoneidad y experiencia de los conciliadores en el área en que vayan a actuar.

Los abogados en ejercicio que se inscriban ante los centros de conciliación estarán sujetos a su control y vigilancia y a las obligaciones que el reglamento del centro les establezca.

Parágrafo. La inscripción ante los centros de conciliación se renovará cada dos años”.

Con relación precisamente a los centros de conciliación de los consultorios jurídicos, la misma ley establece:

“Artículo 11. Centros de conciliación en consultorios jurídicos de las facultades de derecho. Los consultorios jurídicos de las facultades de derecho organizarán su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación conocerán de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a las siguientes reglas:

- 1.: Los estudiantes podrán actuar como conciliadores solo en los asuntos que por cuantía sean competencia de los consultorios jurídicos.
- 2.: En los asuntos que superen la cuantía de competencia de los consultorios jurídicos, los estudiantes serán auxiliares de los abogados que actúen como conciliadores.
- 3.: Las conciliaciones realizadas en estos centros de conciliación deberán llevar la firma del director del mismo o del asesor del área sobre la cual se trate el tema a conciliar.
- 4.: Cuando la conciliación se realice directamente el Director o el asesor del área correspondiente no operará la limitante por cuantía de que trata el numeral 1 de este artículo.

Con todo esto, los centros no podrán conocer de asuntos contencioso administrativos.

Parágrafo 1°. Los egresados de las facultades de derecho que obtengan licencia provisional para el ejercicio de la profesión, podrán realizar su judicatura como abogados conciliadores en los centros de conciliación de los consultorios jurídicos y no se tendrán en cuenta para la determinación del índice de que trata el artículo 42 de la presente ley.

Parágrafo 2°. A efecto de realizar su práctica en los consultorios jurídicos, los estudiantes de derecho deberán cumplir con una carga mínima en mecanismos

alternativos de solución de conflictos. Con anterioridad a la misma deberán haber cursado y aprobado la capacitación respectiva, de conformidad con los parámetros de capacitación avalados por el Ministerio de Justicia y del Derecho a que se refiere el artículo 91 de la Ley 446 de 1998”.

De esta manera queda bien claro que la realización de la audiencia de conciliación, como requisito de procedibilidad exigido en los delitos querellables, puede adelantarse ante el funcionario fiscal, ante un centro de conciliación o ante un abogado con título de conciliador en derecho pero, además, debe aclararse que el texto legal no se refiere únicamente a los centros de conciliación de los consultorios jurídicos, sino que en términos generales el contenido de la disposición abarca **los centros de conciliación sin ninguna excepción**. Así, la diligencia de conciliación puede ser adelantada en cualquiera de estos centros, con la única exigencia de que su funcionamiento haya sido aprobado por el Estado.

C. REALIZACIÓN DE LA CONCILIACIÓN PREPROCESAL

La ley se refiere a la realización de la audiencia preprocesal de conciliación según se lleve a término ante el funcionario judicial o ante el centro de conciliación o el conciliador en derecho. En el primer caso se establece que presentada la querella el funcionario fiscal deberá citar al querellante y querellado para la realización de la audiencia de conciliación. Si como consecuencia de dicha diligencia querellante y querellado llegaren a un acuerdo conciliatorio se procederá al archivo de las diligencias; si por el contrario no se llegare al acuerdo buscado, se ejercitará la acción penal a que diere lugar.

Ahora bien, valdría en este momento preguntarse: ¿el fracaso de la audiencia de conciliación conlleva como consecuencia necesaria la formulación de la imputación como mecanismo de ejercicio de la acción penal? De ninguna manera. La formulación de la imputación está cimentada en requisitos propios recogidos en el Código de Procedimiento Penal en el artículo 287 que textualmente indica: **“Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”**.

De lo anterior se deduce que fracasado el esfuerzo conciliatorio preprocesal, la formulación de la imputación solamente será procedente si los elementos materiales, la evidencia física o los informes legalmente obtenidos e incorporados a

la querella, llevan al Fiscal a la inferencia razonable de la autoría o participación del querellado en los hechos materia de la misma; si no se llega a estas conclusiones, no podrá formularse imputación y el fiscal procederá a disponer, con su equipo de policía judicial, la práctica de las diligencias tendientes a recoger los elementos probatorios suficientes para la imputación.

Si como consecuencia de la anterior diligencia se llegare a establecer alguna causal de extinción de la acción penal o de improcedencia del ejercicio de la persecución penal, el Fiscal deberá dirigirse al Juez de Conocimiento para que este disponga el archivo de las diligencias de acuerdo con decisión tomada por la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de junio de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). En caso contrario, y si del contenido mismo de la querella o de las diligencias adelantadas por la policía judicial se llegare a la conclusión razonable de autoría o participación del querellado en los hechos materia de la petición particular, se procederá ahí sí, a la formulación de la imputación y consecuente apertura de instrucción y vinculación del querellado al proceso penal.

En el segundo caso, es decir, cuando se acude al centro de conciliación o al conciliador en derecho para cumplir con el requisito preprocesal, una vez cumplido con la realización de la audiencia, el centro de conciliación o el conciliador en derecho, según el caso, remitirá al fiscal competente el acta respectiva en la cual quedará constancia del éxito o del fracaso de la conciliación. Si fuere exitosa, se archivarán las diligencias; en caso contrario y siguiéndose los mismos parámetros señalados en el acápite anterior.

Ahora bien, el hecho de que la conciliación fracase en la etapa preprocesal y que, dados los requisitos para la formulación de la imputación esta se produzca, no significa que se cierre para el imputado o acusado y la víctima, la posibilidad de acudir a otros mecanismos de Justicia restaurativa. En absoluto. Si la investigación se abre, quedan para ellos abiertos otros caminos restaurativos, en particular la mediación, la cual resultará procedente en el momento en el que el infractor y la víctima así lo consideren y acuerden de manera libre y voluntaria, proceder conforme a los parámetros legales que presiden este mecanismo de la nueva justicia.

D. PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PREPROCESAL

Lo primero que debe tenerse en cuenta en este acápite es lo relacionado con la citación que tendrá que hacerse, tanto a querellante como a querellado, para la realización de la diligencia de conciliación.

Se entiende que por la obligatoriedad que adquiere la conciliación preprocesal, en el nuevo sistema, el señalamiento de fecha y de hora para la realización de la audiencia y, especialmente, la citación para la misma, revisten una gran importancia. Por esta razón, si citado el querellante, no concurriera a la audiencia sin causa justificativa, por ministerio de la ley se considerará esta conducta como desistimiento de su pretensión y en consecuencia se archivarán las diligencias. Si la inasistencia, sin causa justificada es del querellado, este comportamiento motivará el ejercicio de la acción penal, pero siempre que sea procedente, es decir, dentro del contexto anteriormente explicado.

Al respecto de lo anterior resulta conveniente preguntarnos: si un querellante que es citado a la audiencia de conciliación no concurre y tampoco justifica su conducta, provocando el archivo de las diligencias, presenta posteriormente nueva querrela por los mismos hechos, ¿deberá ser atendido y en consecuencia procederse a realizar nuevamente la audiencia de conciliación? La respuesta es negativa. La justicia no puede ser un mecanismo manipulado por el capricho, los intereses y las conveniencias particulares.

En efecto, la ley eutrega al ciudadano la posibilidad de petitionar el adelantamiento de la acción penal en los eventos querellables, pero al mismo tiempo le exige seriedad y cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para la procedencia de la persecución, entre los cuales se encuentra precisamente la conciliación preprocesal. Si puesto en marcha el mecanismo conciliatorio requerido como condición de procedibilidad, este no se completa por culpa del propio peticionario quien ni siquiera justifica su comportamiento negligente, lo que trae como consecuencia el archivo de su pretensión, no resulta posible intentar nuevamente querrellar sobre los mismos hechos que ya fueron desestimados por ministerio legal.

De lo anteriormente expuesto se deriva la importancia que adquiere el acto de citación para la realización de la audiencia de conciliación y el cuidado que debe tenerse en el registro de la no asistencia de querellante o querellado en el caso de darse esta coyuntura, y en particular cuando el mecanismo ha sido puesto en marcha por un centro de conciliación o un conciliador en derecho. Si la eventualidad de no comparecencia injustificada se produce, de esta situación debe dejarse clara constancia y comunicarse al fiscal, con indicación precisa de las circunstancias que rodearon la no presencia de los citados, para que el funcionario pueda, con base en tal informe, tomar las medidas que la propia ley le indica y a las cuales nos hemos referido anteriormente.

De otra parte, debemos señalar que al contrario de lo sucedido con estatutos procesales anteriores, en donde se regulaba la realización de la audiencia de conciliación, la Ley 906 del 2004, no lo hace, limitándose al señalamiento de la conciliación, como un mecanismo de Justicia restaurativa, precisando su naturaleza y objetivos indicando los momentos procesales en los cuales resulta procedente y definiendo su alcance dentro del incidente de reparación integral, todo ello con base en la remisión que se hace a lo establecido en la Ley 640 de 2001, que ahora ha entrado a regular, en lo pertinente, el procedimiento a seguir frente a los aspectos no definidos por la propia normatividad procesal.

Por consiguiente, resulta útil precisar, con sujeción a dicha normatividad, el contenido de los aspectos relacionados con el acta de la diligencia de audiencia de conciliación, lo mismo que los deberes de los conciliadores, temas que se abordan a continuación.

E. EL ACTA DE LA DILIGENCIA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

De acuerdo al contenido del artículo 1° de la Ley 640 de 2001 en concordancia con la naturaleza del mecanismo que estamos estudiando, el acta del acuerdo conciliatorio debe contener:

- a. El señalamiento del lugar, de la fecha y de la hora en que se llevó a cabo la audiencia de conciliación.
- b. La identificación de quien actúa como conciliador, sea como funcionario fiscal, como conciliador adscrito a un centro de conciliación o como conciliador en derecho.
- c. La identificación de las personas citadas y de las que concurran a la diligencia, con señalamiento expreso de su calidad de querellante y de querellado.
- d. Una relación sucinta de las pretensiones que motivan la realización de la audiencia de conciliación y que surgen como consecuencia de la querrela.
- e. El acuerdo restaurativo logrado por los intervinientes (querellante y querellado). Si este conlleva indemnización de tipo económico, el señalamiento de la cuantía; y en todo caso, el modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

El acta deberá ir firmada por quienes intervinieron en la audiencia y se les entregará copia auténtica, con constancia de que se trata de primera copia que presta mérito ejecutivo.

Sin embargo, si en la audiencia no se llega a ningún acuerdo conciliatorio, este hecho se hará constar en el acta respectiva. De todas maneras el acta de la diligencia

de audiencia de conciliación, haya sido exitosa o no, deberá ser enviada al fiscal competente para los efectos señalados en el tercer inciso del artículo 522 de la Ley 906 de 2004, anteriormente explicitados.

F. OBLIGACIONES DE LOS CONCILIADORES

Dentro del contexto del presente estudio resulta importante resaltar las obligaciones que tienen los conciliadores frente al instituto de la conciliación preprocesal como mecanismo de Justicia restaurativa, ya que de su acertado papel en la conducción de la audiencia dependerá, en buena parte, el logro de los fines que el legislador se ha propuesto, no solamente con la implantación del sistema de juzgamiento acusatorio sino con la consagración de los postulados que integran, a nivel universal el nuevo modelo de justicia.

La síntesis normativa de tales obligaciones se condensa así:

Corresponde al conciliador citar a las partes, querellante y querellado, que deben concurrir a la audiencia de conciliación, teniendo especial cuidado con este delicado aspecto, ya que de la no presencia de los citados, se derivan consecuencias de índole procesal particularmente importantes, como sería considerar desistida la querella cuando no asiste el querellante o abrir el camino a la iniciación de la acción penal en contra del querellado, cuando es este quien no asiste.

Sin embargo, y como la ley prevé las consecuencias anteriores ante el incumplimiento injustificado de la asistencia de los protagonistas, debe con sumo cuidado y en todo caso el conciliador precisar esta circunstancia y dejar expresa constancia de si la inasistencia fue justificada o no, con el objeto de que cuando el fiscal competente reciba el resultado del cumplimiento del requisito de procedibilidad, pueda tener la visión clara y completa de lo sucedido y, en consecuencia, adoptar el camino legal que la preceptiva procesal le entrega.

Instalada la audiencia de conciliación el conciliador debe ilustrar a los comparecientes sobre el objetivo de la diligencia, la necesidad de su realización como requisito de procedibilidad de la acción penal y el alcance y los límites de la conciliación que se pretende adelantar, siempre en un lenguaje sencillo y elemental que sea inteligible y comprensible para quienes concurren a la diligencia. Si alguna de las partes concurre con abogado debe tenerse en cuenta que le asiste el derecho para hacerlo, pero que la función del profesional está radicada simplemente en asesorar a su cliente, mas no en intervenir en la diligencia.

De acuerdo con los mecanismos de Justicia restaurativa, de los cuales la conciliación es uno de ellos, la naturaleza del instituto hace que ahora la búsqueda del acuerdo conciliatorio se concrete entre el querellante (víctima) y el querellado (infractor), con la presencia de un facilitador, que en este caso es el funcionario judicial, el conciliador adscrito al centro de conciliación o el conciliador en derecho.

En consecuencia, el apoderado de cualquiera de los intervinientes no cumple ningún papel dentro del desarrollo del mecanismo legal; simplemente su presencia debe admitirse por respeto al derecho que asiste a todo ciudadano de nombrar apoderado para que lo asista en las diligencias en las cuales deba hacerse presente, siempre que así lo considere. Por lo mismo, su actuación se limitará a la asesoría que pueda brindar a su representado, pero no a la intervención directa en las diligencias de audiencia de conciliación. Sin embargo, en el caso de que alguna de las personas participantes, querellante o querellado, fuere incapaz, debe asistir a la audiencia de conciliación su representante legal, como lo dispone taxativamente el inciso quinto del artículo 522 de la Ley 906 de 2004.

En el desarrollo de la audiencia de conciliación el conciliador debe motivar e invitar a los participantes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos contenidos en la querella y en las manifestaciones que al inicio de la audiencia fueron formuladas.

Luego, y si los intervinientes en la audiencia no logran llegar a un acuerdo inicial, el conciliador está en la obligación de formular las propuestas que considere justas para llegar al resultado conciliatorio buscado e instará a querellante y querellado para que concilien sus diferencias, siempre dentro del marco de la Justicia restaurativa, que hoy por hoy constituye la razón de ser del mecanismo conciliatorio.

Terminada la audiencia, el conciliador deberá levantar el acta en la cual consten los acuerdos a los cuales se llegaron, con clara especificación de su naturaleza, su cuantía (si se trató de un arreglo de tipo económico), y el tiempo, modo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Si la audiencia se terminó sin llegar a ningún acuerdo conciliatorio, el conciliador deberá dejar constancia de esta circunstancia dentro del contenido del acta respectiva. Luego de levantada el acta, deberá ser firmada por el conciliador, el querellante y el querellado. Igualmente será firmada por el apoderado de cualquiera de las partes que hubiese asistido a la diligencia y por el representante legal del incapaz cuando su presencia hubiese sido necesaria conforme a la ley.

Concluida la diligencia de audiencia de conciliación y levantada y firmada el acta respectiva, el conciliador la enviará al fiscal competente para que de acuerdo con lo sucedido en ella se proceda al archivo de las diligencias (si fue exitosa) o a dar inicio a la acción penal (en caso de haber fracasado el esfuerzo conciliatorio), si fuese procedente.

Finalmente y como corolario de las obligaciones que comporta la función de conciliador, debe tenerse en cuenta que quien oficia como tal, está en la obligación de velar en todo momento para que no se menoscaben los derechos de los participantes en la conciliación; para que los acuerdos a los cuales se llegue sean el producto de una voluntad consciente y libre, que no hayan sido el fruto de la amenaza o del miedo; y en fin, para que en la búsqueda del acuerdo conciliatorio haya prevalecido siempre el presupuesto sobre el cual está cimentada la nueva justicia a saber: la participación conjunta en forma activa de la víctima y el infractor en la búsqueda de un resultado restaurativo.

IV. LA MEDIACIÓN

A. CONCEPTO

El segundo de los mecanismos de Justicia restaurativa creados por la ley (artículo 521 de la Ley 906 de 2004), se refiere a la **mediación**, que consiste en la intervención de un tercero neutral que actúa como facilitador entre víctima y victimario en la búsqueda de un acuerdo en torno a la solución del conflicto que los enfrenta, pues no debe olvidarse que para el nuevo modelo de justicia, el delito constituye un daño que una persona causa a otra y que por lo mismo conduce a la necesidad de que los dos protagonistas del injusto intercambien opiniones y confronten tesis con miras a llegar a un acuerdo restaurativo. El tercero neutral que actúa como mediador puede ser un particular o un servidor público que actúa por nombramiento que le hace el Fiscal General de la Nación o su delegado.

Acierta el legislador sin duda, al dar la posibilidad de que los servidores públicos actúen como mediadores, pues en muchas oportunidades la calidad, la experiencia, el conocimiento y la capacidad para dirimir conflictos, que son ordinariamente atributos propios de los funcionarios, constituyen un magnífico soporte para intervenir en la búsqueda de resultados restaurativos. Además, no haciendo el legislador ninguna excepción sobre el cargo o la categoría de la función

que desempeñe el servidor público, significa que cualquiera de ellos puede, al igual que el particular, desempeñarse como mediador cuando la fiscalía lo designe, sin que por eso se origine impedimento o inhabilidad de ninguna naturaleza.

B. PROCEDENCIA DE LA MEDIACIÓN

De acuerdo con las previsiones legales recogidas por el artículo 524 de la Ley 906 de 2004, la mediación resulta procedente en los siguientes casos:

En cuanto al momento procesal

La mediación puede adelantarse desde la formulación de la imputación, vale decir, a partir del momento en el cual se inicia el proceso penal y existe vinculación de una persona a la investigación y hasta antes de la iniciación del juicio oral.

Ya iniciada la audiencia del juicio oral desaparece la posibilidad de apelar a la mediación como mecanismo restaurador y solamente se tendrá la oportunidad posterior de conciliar, cuando anunciado el sentido del fallo este sea condenatorio, y la víctima o el Ministerio Público a instancias de la víctima solicite el adelantamiento del incidente de reparación integral, como se verá posteriormente.

En cuanto a la naturaleza de los delitos

De acuerdo con el texto del artículo 524 de la Ley 906, aparentemente la mediación estaría reservada para los delitos perseguibles de oficio, lo cual indicaría que con relación a los delitos querellables, vencida la oportunidad legal de conciliar preprocesalmente, quedaría cerrado el camino para la búsqueda de la mediación en el curso del adelantamiento procesal.

Sin embargo, y como lo señalamos en su momento, a las voces del artículo 522 de la misma ley, cuando realizada la audiencia de conciliación esta fracasa, o cuando la inasistencia injustificada del querellado hace que contra él, si es procedente, se forme imputación y se abra la correspondiente investigación, los actores del injusto (víctima e infractor), puedan acogerse a la mediación, lo cual permite afirmar que este mecanismo opera para toda clase de delitos, bien que sus consecuencias resulten procesalmente diferentes.

Pero tratándose de delitos perseguibles de oficio la ley hace la siguiente salvedad: aquellas infracciones a la ley penal cuyo mínimo no exceda de cinco (5) años de prisión y en las cuales se adelante, con resultados positivos, el mecanismo de

la mediación, los efectos de la misma pueden traducirse en consecuencias tales como la aplicación del principio de oportunidad mediante la suspensión del procedimiento a prueba e incluso a la extinción de la acción penal en casos como la indemnización integral a la víctima, reparación obtenida como resultado de la mediación, y que frente al acuerdo restaurativo provoque la ausencia o decaimiento del interés del Estado en el ejercicio de la acción penal, además de otros efectos que en todo caso serán valorados y determinados, en sus alcances, por el fiscal o por el juez. Lo anterior bajo dos condiciones legalmente exigibles:

1ª. Que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, ya que si se trata de conductas que por su naturaleza han producido perjuicio directo a pluralidad de personas o a comunidades o núcleos sociales que se ven afectados por el injusto, la decisión de una sola de sus víctimas no podría producir efectos frente a un mecanismo que requiere fundamentalmente la participación no solamente del infractor sino además de la víctima, entendida esta en su concepto integral, como se tuvo oportunidad de analizar en el primer capítulo de este módulo.

2ª. Que la víctima, de una parte, y el imputado o acusado, de la otra, acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de Justicia restaurativa. Esto significa que debe existir el mutuo consenso, el acuerdo bilateral de voluntades, exentas de coacción y ajenas a cualquier vicio que afecte el consentimiento y la libre determinación.

En cuanto a los delitos que tengan señalada pena de prisión cuyo mínimo exceda de cinco (5) años, la mediación también es procedente como cualquier mecanismo de Justicia restaurativa, pero de llegarse a un acuerdo, los efectos que los resultados positivos produzcan procesalmente, quedan a la discreción del fiscal y del juez **“para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena o el purgamiento de la sanción”** como lo preceptúa el inciso final del artículo 524 de la Ley 906.

Se plantea que las consecuencias del resultado positivo quedan a discreción del fiscal o del juez, según el caso, porque lo cierto es que la ley no precisa cuáles pueden ser esos beneficios durante el trámite del adelantamiento procesal, ni en qué proporción podría afectar la individualización de la pena. Sin embargo podría hablarse a título de ejemplo, de beneficios tales como la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención en el lugar de residencia, la revocatoria de la detención preventiva en algunos casos, la concesión de subrogados penales, etc.

C. SOLICITUD DEL MECANISMO RESTAURATIVO

Conforme a las previsiones contenidas en el artículo 525 de la Ley 906 de 2004, el mecanismo restaurativo de la mediación solamente procede cuando es solicitado de manera expresa por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal competente, el Juez de Control de garantías o el Juez de Conocimiento, según el caso, con el objeto de que el Fiscal General de la Nación o su delegado proceda a designar al mediador.

La exigencia contenida en la norma es apenas consecuencia lógica de lo que significa el mecanismo de la mediación: siendo una institución de acercamiento, de intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado o acusado con el fin de lograr un acuerdo restaurativo, resulta indispensable que no solamente la iniciativa surja de los propios protagonistas del injusto, sino que además y mediante ese comportamiento, demuestren su interés y su deseo de participar en la búsqueda de soluciones al conflicto. Carecería de sentido y no tendría ningún significado la ausencia de la víctima o del infractor en la puesta en marcha de la mediación, puesto que entonces no se estaría frente a mecanismos de Justicia restaurativa sino ante actos de la justicia retributiva tradicional.

De otra parte debe señalarse sobre el desarrollo del mecanismo de la mediación:

1. Que si se trata de un menor, de un inimputable o de una víctima incapaz, se exige la participación de sus representantes legales. En torno a esta disposición conviene hacer una precisión: se entiende que cuando la ley se refiere a los menores lo está haciendo frente al menor víctima y no frente al menor infractor, ya que en este caso las normas aplicables serían las contenidas en el Código del Menor que, por el momento, no contempla estos mecanismos de Justicia restaurativa, reservados para los casos sometidos a la justicia ordinaria.

2. Que si bien la ley en ningún momento lo aclara, la intervención del defensor del imputado o acusado resulta obligatoria en su papel constitucional de acompañar y asesorar a su cliente en todas las actuaciones en las cuales intervenga a partir de la formulación de la imputación, instante en el cual se inicia la defensa técnica.

Es claro que la ley no faculta al defensor para hacer la solicitud de la mediación ni para intervenir directamente en la búsqueda de las fórmulas de solución del conflicto. Pero el acompañamiento a su defendido y el asesoramiento propio de la

representación son facultades de la defensa que no le pueden ser desconocidas y máxime frente a la importancia procesal que representa el mecanismo.

En el artículo 124 de la Ley 906 de 2004, se reviste al defensor de las facultades necesarias para ejercer **“todos los derechos y facultades que los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley reconocen a favor del imputado”**, dentro de cuyo alcance están sin duda el derecho a la libre determinación, a la aceptación de su culpabilidad, a la no autoincriminación y al respeto de sus garantías fundamentales, que impone al defensor el velar por su cumplimiento en el desarrollo de las conversaciones sobre la búsqueda de la solución del conflicto, con el objeto de que este sea el producto de su libre voluntad.

Pero además, el numeral 1° del artículo 125 de la misma ley, impone como obligación y deber del defensor, la de **“asistir personalmente al imputado desde su captura”**, lo cual indica que no solamente es un derecho sino que además comporta una obligación, como lo es la de estar presente y acompañar a su representado en todos los actos procesales en los cuales esté involucrado. Es evidente que la participación del imputado o acusado en la búsqueda de la resolución de las cuestiones derivadas del delito, a través del mecanismo de la mediación, por su importancia y trascendencia, es cuestión de mucha monta, que exige el asesoramiento permanente del defensor.

D. RESULTADO RESTAURATIVO BUSCADO A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN

Mediante el mecanismo de la mediación, se busca la posibilidad de que la víctima y el imputado o acusado en forma activa y conjunta, mediante el intercambio de opiniones y ayudados por el mediador, participen en la resolución de las cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo. Este puede referirse, conforme reza el inciso segundo del artículo 523 de la Ley 906 de 2004, a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; a la realización o abstención de determinada conducta; a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón.

En torno de lo anterior conviene hacer algunas precisiones:

1. El conflicto originado por el delito puede ser solucionado mediante la reparación, la restitución o el resarcimiento de los perjuicios causados.

Es la forma tradicional consagrada en los modelos procesales anteriores a la Ley 906 de 2004 de indemnización: restituir, es decir reponer la situación a su estado original cuando ello es posible, o reparar y resarcir los perjuicios causados, dentro de un alcance netamente económico, traducido en valores en dinero o especie, siempre bajo determinados parámetros de referencia, que en unas oportunidades entregaban la cuantificación de esa indemnización al valor del gramo de oro, y en otros a la cuantía del salario mínimo legal mensual.

Lo que sucede es que en los modelos de justicia retributiva la cuantificación de los perjuicios ocasionados a la víctima era función del Juez de Conocimiento quien, ayudado por la evaluación que de los mismos hacía un perito, imponía el pago al condenado, sin tener en cuenta ninguna razón diferente al concepto entregado por el experto. Contrario a esto, en los programas de Justicia restaurativa, la reparación es consecuencia del mutuo acuerdo entre los protagonistas del injusto; surge del reconocimiento de la culpabilidad que hace el infractor y de su compromiso en reparar el daño; está nutrida por la búsqueda conjunta del resultado restaurativo y presidida por el concepto de que siendo el delito una acción que causa daño a otro, la respuesta a la conducta infractora se crea desde los mismos actores.

Y este es el modelo que quiere el nuevo esquema implantado por la Ley 906: que la reparación, la restitución o el resarcimiento sean la **consecuencia** de la utilización de los mecanismos de Justicia restaurativa, en este caso adelantados con la intervención del mediador, mediante su ayuda y consejo, pero en todo caso el fruto del mutuo acuerdo y la consecuencia de la participación conjunta de los actores en la resolución de las cuestiones derivadas del delito.

2. La mediación puede referirse a la realización o abstención de determinada conducta.

Un acuerdo restaurativo no tiene necesariamente como fundamento, la indemnización económica. Puede comprender otras soluciones igualmente importantes dentro del marco de la reparación, como lo es la realización o abstención de determinada conducta.

Esto significa que el infractor, en un momento dado y de común acuerdo con la víctima, puede optar por desarrollar un determinado comportamiento (integrarse a la comunidad, participar en actividades sociales, concurrir a reuniones de acción comunal del barrio, etc.), o abstenerse de actuar de determinada manera (no concurrir a establecimientos de juego, de diversión o de prostitución; no dar escándalos públicos; no ejercer acciones violentas contra miembros de su familia o

de la comunidad en la cual vive, etc.), si ello comporta para la víctima la satisfacción reparativa y para el infractor el reconocimiento de su responsabilidad y la aceptación de una sanción restauradora.

3. Igualmente el acuerdo al cual se llegue con la participación del mediador puede referirse a la prestación de servicios a la comunidad.

Dentro de esta modalidad caben acciones encaminadas a la realización de obras de interés comunitario como la construcción de una escuela, de un parque, de un centro de salud, etc., o actividades como la enseñanza, la atención a los enfermos, el cuidado de parques y vías comunales, o cualquier otra actividad similar. Lo que importa es que la actividad que comporta servicios a la comunidad sea consecuencia del acuerdo restaurativo, obtenido entre víctima y victimario, con la ayuda del mediador designado por la Fiscalía General de la Nación o su delegado.

4. Finalmente la mediación podrá referirse a pedimento de disculpa o perdón.

No cabe duda que esta especial modalidad, introducida en las legislaciones modernas como mecanismo propio de la Justicia restaurativa, comporta muchas dificultades en el mundo actual, y que su validez tiene que estar reglamentada con base en la seriedad, en el significado y en el alcance de su contenido reparatorio, para que no quede simplemente como símbolo de la burla o de la minimización de los perjuicios que el delito ocasionó a las víctimas del mismo.

El infractor ofrece el perdón, pero es a la víctima a quien está reservado el aceptarlo porque al fin y al cabo es ella quien decide su alcance restaurativo. La nueva justicia no obliga al perdón, pero su aceptación **“es, en esencia una muestra de superioridad moral de la víctima, quien, a través de este, renuncia a la venganza”**⁷.

Vale la pena agregar a los anteriores planteamientos las palabras de Pumla Gobodo Madikisela, quien expresa: “Este proceso público de las Comisiones de la Verdad depende muchísimo de hasta qué punto reconocemos públicamente nuestra responsabilidad, nuestra culpabilidad, de manera que la gente que ha sido víctima de atrocidades pueda decir “ahora, podemos despertar sintiendo que nuestro dolor ha sido reconocido por las personas que lo ocasionaron, ahora podemos despertar sintiendo que nuestro ser amado, que murió, que fue deshumanizado, asesinado como si no fuera un ser humano, ha sido reconocido como ser humano”.

⁷ Britto Diana “Justicia restaurativa” Ponencia del Simposio Internacional sobre Justicia restaurativa y Paz en Colombia. Cali, febrero de 2005.

Ese es el valor de lo que ocurre en los procesos de perdón entre víctimas y victimarios. Yo lo llamo “la paradoja del remordimiento”. Es una paradoja porque hay un victimario que se acerca a la víctima y, en cierta forma, se desnuda ante ella y le dice: “le ruego su perdón, le pido que me lave de sus culpas, no para limpiar las páginas de la historia sino para recuperar mis derechos como ser humano, para volver a unirme al reino de la humanidad moral”.

Y así, cuando los victimarios se presentan desnudos, las víctimas observan que ellos también están heridos. Es una ironía: la persona que ha sido victimizada percibe también la herida del victimario hasta el punto de que ella misma quiere ayudarlo, darle compasión.

Por eso es que necesitamos restaurar. Cuando hablamos de algo roto, hablamos de las muertes y las vidas perdidas, pero, en realidad, lo que se ha resquebrajado y perdido es la humanidad, lo que nos une como seres humanos, esa sensibilidad que nos conecta. Y cuando esto se resquebraja, cuando esa compasión se rompe, podemos matar y odiar⁸.

Consideramos importante las anteriores citas, para los propósitos del presente módulo, porque en su contexto conceptual nos muestran lo que para la Justicia restanrativa significa la petición de perdón y cuál es su sentido dentro del mecanismo que busca resolver las cuestiones derivadas del delito que estamos estudiando.

Pese a las dificultades que el pedimento de disculpas o perdón pueda comportar en su naciente significado restaurador, es cierto que surge como una alternativa válida dentro de la nueva normatividad y en consecuencia forma parte de las actividades que puede buscar el mediador en las conversaciones que adelanten víctima e imputado o acusado con su ayuda, con miras a lograr un resultado restaurativo.

E. EFECTOS DE LA MEDIACIÓN

En primer lugar debe indicarse que la decisión que tomen víctima y victimario en el sentido de acudir a la mediación, tiene efectos vinculantes ya que ha sido el producto de su libre determinación y de su voluntad de llegar a un acuerdo restaurativo dentro del alcance de las nuevas normas.

En consecuencia, al acogerse los actores del injusto al mecanismo legal, no resulta posible ni el ejercicio de la acción civil derivada del delito, ni el incidente de reparación integral. Su conducta debe ir dirigida a la búsqueda del resultado restaurativo que por su propia iniciativa provocaron y que, por su misma esencia,

⁸ Profesora de Psicología de la Universidad de Cape Town, Sudáfrica. En: “Yo confieso, tú confiesas, yo perdono”.

resulta excluyente de los demás intentos de obtención de reparación, bien acudiendo a la jurisdicción civil o bien impetrando al Juez de Conocimiento el adelantamiento del incidente de reparación integral.

Sin embargo, la mediación puede tener éxito o no resultar positiva, y de todas formas el mediador, cumplida su misión, deberá entregar al funcionario fiscal o al Juez de Conocimiento, un informe en el cual conste el resultado de su actividad mediadora, ya que él no decide nada ni toma ninguna determinación.

Si no se obtuvo ningún resultado positivo, así lo señalará en el informe respectivo, teniéndose en cuenta que la circunstancia de haberse fallado en el intento mediador no tendrá efectos procesales, de ninguna naturaleza, y el proceso continuará su curso normal. De otra parte, conviene advertir, que las conversaciones adelantadas entre víctima e infractor, no podrán ser utilizadas con fines incriminatorios, en contra del imputado o acusado.

Si el resultado de la mediación es exitoso, el funcionario judicial (fiscal o juez) lo valorará y determinará sus efectos en la actuación. Así, de esa valoración podrán surgir consecuencias que tengan sus efectos en la actuación procesal, o que miren al ejercicio de la acción penal, o a los mismos factores que confluyen a la individualización de la pena en el momento de dictarse sentencia condenatoria.

Es oportuno reiterar que la ley no señala expresamente las consecuencias del éxito de la mediación; simplemente, como ya se dijo, entrega al fiscal y al juez la función de valorarlo y determinar sus efectos; por lo mismo, las consecuencias del acuerdo deben mirarse dentro del contexto general del sistema de juzgamiento entronizado por la Ley 906 de 2004, del cual surgen varias posibilidades legales; la firma de preacuerdos con el fiscal; la aplicación del principio de oportunidad; la suspensión del procedimiento a prueba; la obtención de libertad por carencia de la necesidad de mantener la detención preventiva; la sustitución de la detención preventiva por detención en el lugar de residencia; la concesión de subrogados legales; la valoración de su significado en el momento de la individualización de la pena, y en fin, diversos efectos procesales que la ley deja al criterio valorativo del fiscal y del juez.

Tales son en esencia los mecanismos que la Ley 906 de 2004 considera como propios del modelo de Justicia restaurativa involucrada dentro de las nuevas normas sobre sistema de juzgamiento acusatorio.

Una vez estudiados los mecanismos de la Justicia restaurativa vamos a abordar el siguiente problema que podría presentarse frente a la conciliación preprocesal: Un

At

ciudadano presenta querrela por un determinado delito que de acuerdo a la ley procesal la exige. Se adelanta la diligencia de conciliación preprocesal con resultados negativos pues las partes no llegan a ningún acuerdo conciliatorio.

Frente al fracaso de la conciliación y como existen elementos materiales probatorios y evidencia física que razonablemente señalan al querellado como autor de la conducta denunciada, el fiscal le formula imputación y se inicia de esta manera la investigación. Posteriormente, antes de presentarse escrito de acusación o ya formulada la acusación, los protagonistas del injusto (víctima e infractor) concurren ante un centro de conciliación y concilian, procediendo a hacer entrega del acta respectiva al fiscal o al juez según el caso.

En su función jurisdiccional, ¿Usted aceptaría esa conciliación, realizada con posterioridad a la formulación de la imputación? ¿Cuáles cree usted que son los efectos de la conciliación frente a la acción penal? Si se acepta, ¿a qué mecanismo procesal acude el fiscal o el juez para darle validez? Y si no se acepta, ¿mediante qué argumentación se respalda la decisión del funcionario judicial?

V. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

La conciliación dentro del contexto normativo del nuevo sistema de juzgamiento es considerada ya no como una modalidad de solución de controversias para una terminación anticipada del proceso, sino fundamentalmente como mecanismo de Justicia restaurativa que junto a la mediación, constituyen los dos grandes ejes sobre los cuales se mueven los programas de la nueva justicia.

En la mediación interviene un tercero neutral que actúa como facilitador entre víctima y victimario en la búsqueda de un acuerdo en torno a la solución del conflicto que los enfrenta, pues no debe olvidarse que para el nuevo modelo de justicia, el delito constituye un daño que una persona causa a otra y que por lo mismo conduce a la necesidad de que los protagonistas del injusto intercambien opiniones y confronten tesis con miras a llegar a un acuerdo restaurativo.

Ca

1. Elabore un mapa conceptual en el que se identifiquen los diversos momentos procesales de la conciliación y de la mediación.
2. Desarrolle un cuadro comparativo que muestre las diferencias entre la conciliación y la mediación.

UNIDAD 3

EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Og

Esta unidad pretende proporcionar al discente elementos de comprensión respecto al alcance y contenido del incidente de reparación integral, cuya implementación radica en la misión de concretar entre la víctima y el penalmente responsable, la naturaleza de la forma de reparación que se proponga, sea reparación de tipo económico o se trate de otro programa de Justicia restaurativa consagrados en la ley.

Oe

1. Que el discente conozca la naturaleza, procedimiento y contenido del incidente de reparación integral.
2. El discente se familiarizará con la intervención de los diferentes actores que deben y pueden intervenir en dicho incidente.
3. El discente entenderá el incidente de reparación integral como la culminación procesal que busca la reparación de la víctima.
4. Al finalizar la lectura de esta unidad el discente comprenderá que la declaración de responsabilidad implica, como consecuencia lógica dentro de la nueva estructura procesal, la obligación de reparación que se concreta en el incidente de reparación integral.

At

Estudio de Caso:

En la ciudad de Bogotá, a la altura de la calle 163a con carrera 37a, sucede un accidente de tránsito, cuando el conductor de una buseta de transporte urbano suscrita en la empresa de transportes el “Trébol Verde S.A.”, excedía su velocidad y colisionó con el separador de la carrera, atropellando al mismo tiempo a un peatón que pasaba por el lugar de los acontecimientos.

Una vez está en curso el proceso penal, se solicita la vinculación del tercero a través del representante legal de la “Empresa de Transportes el Trébol Verde S.A.”, para que

comparezca al incidente de reparación integral. El señor Donald Tress quien es representante legal de la Empresa "Trébol Verde", considera que la empresa no tiene ninguna responsabilidad, pues el señor conductor Miguel A. Mora, que conducía el vehículo en el momento del accidente, no tiene ningún vínculo con la empresa. Agrega que el dueño del vehículo, ese sí registrado como conductor de la empresa, irresponsablemente se lo entregó al condenado para que cubriera una ruta no autorizada y se ganara unos pesos extras.

Reflexión:

Una vez hemos leído el caso reflexionemos individualmente sobre las siguientes cuestiones previas para el estudio del caso.

1. ¿En qué normas legales debe apoyarse la solicitud de la víctima, el condenado o su defensor para requerir o citar al representante legal de la Empresa Trébol Verde?
2. ¿En qué normas legales debe apoyarse el representante legal de la Empresa Trébol Verde para argumentar la exoneración de la responsabilidad civil de la empresa que representa?
3. ¿Cómo y en qué momento se debe solicitar la presencia del tercero civilmente responsable en el proceso penal?

Una vez hemos resuelto las anteriores cuestiones, entremos en materia, en las actividades pedagógicas posteriores volveremos sobre el presente caso.

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el mismo esquema de las unidades anteriores, en esta **unidad** abordaremos los aspectos generales del incidente de reparación integral, su procedencia, la caducidad y el trámite del incidente, teniendo en cuenta las siguientes audiencias: 1. La audiencia de trámite: formulación de la pretensión y ofrecimiento de pruebas; traslado de la pretensión; conciliación. Renuencia de las partes. 2. Audiencia: de conciliación, pruebas y alegaciones. El fallo del incidente de reparación integral y sus efectos. Vinculación del Tercero Civilmente Responsable y finalmente como se puede presentar la vinculación del asegurador.

II. ASPECTOS GENERALES

Cambio fundamental se presenta en la Ley 906 de 2004 en relación con el procedimiento tradicionalmente consagrado para garantizar la reparación de los perjuicios a las víctimas de los delitos, ya que las normas anteriores estaban presididas por los principios característicos de un sistema de justicia retributiva que consideraba la reparación como la consecuencia normal y lógica de la conducta punible y, por lo mismo, obligación incuestionablemente ligada a la declaración de culpabilidad.

La Ley 599 de 2000 (actual Código Penal), siguiendo la tradición de los procedimientos mixtos de tendencia inquisitiva, preceptúa en su artículo 94:

“Artículo 94. REPARACIÓN DEL DAÑO. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

Debe en consecuencia entenderse el precepto como una obligación normativa que traduce el contexto retributivo que la inspira: “**conducta-reparación**”; pero no dentro de un esquema de acercamiento entre el autor de la conducta y su víctima, interesados en solucionar el conflicto y en llegar a converger en programas de Justicia restaurativa (ya que el delito es un daño que una persona causa a otra persona), sino dentro de un criterio retributivo que indica una relación simple de fácil deducción: “si usted cometió un delito, usted debe reparar los daños ocasionados por ese delito”, pero no con base en el diálogo ni como consecuencia de la búsqueda de soluciones compartidas entre los protagonistas del injusto, sino simplemente como un acto de retribución y nada más.

Ese esquema tradicional ha sido formalmente reformado por el sistema de juzgamiento impuesto en la Ley 906 de 2004, que acogió en su integridad y elevó a la categoría de normas de obligatorio cumplimiento los principios de la Justicia restaurativa, modelo que si bien resulta novedoso en nuestro sistema, es sin embargo, la fórmula de solución a los conflictos derivados del delito, que hoy por hoy, junto a la llamada justicia transicional o formando parte de ella, están revolucionando los principios generales de aplicación de justicia a nivel universal.

El modelo retributivo encaminado a la exigencia de la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito, planteaba dentro del proceso penal la actividad permanente y privilegiada de la representación de la víctima a través de la llamada Parte Civil, sujeto procesal que podía acceder a la actuación desde el momento en el cual el funcionario investigador dispusiera la práctica de las diligencias previas y

hasta el mismo final de dicha actuación procesal, con plenas facultades de protagonista principal del proceso, pidiendo pruebas, ejerciendo el derecho de contradicción, solicitando embargos y secuestros de bienes, vinculando a los terceros civilmente responsables, y en fin, desarrollando una actividad completa y trascendente en el trámite del proceso penal.

Esa participación e intervención de la víctima dentro del desarrollo del proceso penal permanece en su integridad, pero ahora dentro de los cauces propios de un sistema de juzgamiento de clara tendencia acusatoria, que por ser adversarial, concentra la actividad plena del enfrentamiento jurídico en las partes extremas de la litis: la Fiscalía General de la Nación, como organismo llamado a ejercer la acción penal (artículo 66), y por lo tanto esencialmente instructor y acusador, y la parte acusada, imputado o acusado (según el momento procesal), y su defensa.

La víctima, dentro de este esquema, interviene en el proceso penal, pero en la búsqueda de los fines que le son propios, y que dentro de un marco constitucional, legal y doctrinario, puede resumirse en el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Pero esa intervención no la hace protagonista principal del proceso, ni impulsador de la investigación criminal; el reconocimiento a su carácter de persona que ha sufrido un daño directo como consecuencia del injusto y que por lo mismo tiene derecho a la reparación, justifica su presencia dentro del proceso penal pero no la hace parte del contexto propio del nuevo sistema de juzgamiento.

Las normas al respecto son suficientemente claras: el artículo 11 de la Ley 906 consagra como norma rectora los derechos de las víctimas, y el artículo 137 precisa la intervención de estas en la actuación procesal. Esta última norma señala en relación con el aspecto que estudiamos:

“Art. 137. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA ACTUACIÓN PENAL. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo.
5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.
6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado”.

En la primera etapa del proceso la víctima o su representante podrán asistir a las audiencias preliminares en desarrollo del derecho a estar informados sobre el desarrollo de la actuación, no obstante que no podrán intervenir en ninguna de ellas, a excepción de la audiencia de preclusión, en la cual y por mandato expreso de la ley (artículo 333), la víctima podrá oponerse a la solicitud fiscal de preclusión, para lo cual el Juez de Conocimiento deberá otorgarle el derecho al uso de la palabra en iguales términos que al Ministerio Público y a la defensa.

Ya en la audiencia de formulación de acusación, existiendo una imputación fáctica y jurídica de connotación procesal en contra del infractor de la ley penal, se determina oficialmente la calidad de víctima de quien así lo alega, dentro del contenido conceptual del artículo 132 de la Ley 906, y se reconoce su representación legal (artículo 340), lo cual permitirá su intervención argumentativa en la audiencia del juicio oral y la provocación del incidente de reparación integral cuando haya lugar a su adelantamiento.

Esta participación de la víctima dentro del proceso penal acusatorio, es considerada por algunos como limitada o minimizada frente al tratamiento tradicional de participación en el proceso, otorgado a la víctima, como sujeto procesal, en los anteriores códigos de procedimiento penal, especialmente por las amplias facultades entregadas a la Parte Civil. Sin embargo, la participación de la víctima está compensada con creces en el protagonismo que el nuevo sistema de juzgamiento le entrega, con el objeto de que participe, desde la audiencia preliminar, de formulación de imputación y de allí en adelante, en la búsqueda de los mecanismos de reparación que son parte integrante de la Justicia restaurativa y que imponen su presencia constante y permanente en los programas de reparación previstos en la misma ley, incluso tratándose de los institutos procesales de los preacuerdos o negociaciones entre fiscal y defensor e imputado o acusado. Igualmente, en la aplicación del principio de oportunidad, en donde la presencia de la víctima es latente como eje principal de

los extremos del injusto. La preservación de la necesidad de la reparación, supedita todo el esquema de actuaciones procesales a través de las cuales se buscan mecanismos de definición anticipada del proceso.

Si no es posible, no obstante ser la aspiración contenida en la normatividad del nuevo procedimiento, que se llegue a la culminación del proceso mediante esos mecanismos de terminación anticipada, el debate del juicio oral marcará, de darse los parámetros legales exigidos, la apertura del incidente de reparación integral, cuya procedencia, desarrollo y culminación veremos en los siguientes apartes de este capítulo.

III. PROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

La base legal de la obligación de reparar es la declaratoria de culpabilidad. En efecto, no puede pretenderse la reparación sin que exista primero el reconocimiento de la responsabilidad penal del acusado, ni se puede pretender restaurar el derecho de la víctima sin que se reconozca primero la existencia de la causa que lo motiva.

Tal es la razón fundamental para que el incidente de reparación integral solamente sea posible promoverlo luego de la celebración de la audiencia de juicio oral y cuando el Juez de Conocimiento, anuncie el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. Es decir, únicamente cuando ese reconocimiento de culpabilidad se produce, es cuando se abre el camino a la reparación.

Incluso, dentro de la lógica propia del sistema, el incidente de reparación integral solamente debiera proceder una vez que el fallo condenatorio adquiriera firmeza, porque estando las decisiones de primera instancia sujetas a la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios, bien podría suceder que adelantado el incidente y tomada una decisión sobre el contenido de la reparación, esta determinación que, como veremos, debe integrarse a la sentencia, pudiera sufrir las consecuencias de los resultados posteriores de la segunda instancia, incluso la revocatoria de la sentencia condenatoria, con las consecuencias de orden práctico y las dificultades de contenido jurídico que afectarían entonces el pronunciamiento judicial de reparación.

Dentro de este orden de ideas se tiene entonces que una vez anunciado el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, al terminar la audiencia de juicio oral, se abre la posibilidad de adelantar el incidente de reparación integral, para lo cual es necesario que exista solicitud expresa de la víctima o del fiscal o del Ministerio

Público, pero siempre por iniciativa y a instancias de la víctima, por cuanto es esta la que tiene la titularidad de promover la actividad del Juez de Conocimiento en búsqueda de precisar la reparación debida como consecuencia del injusto.

El incidente de reparación, en consecuencia, no es de iniciativa del juez ni puede ser adelantado de oficio, su promoción pertenece a la víctima.

Ahora bien, la reparación a la víctima puede referirse a la restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; a la indemnización económica; a la realización o abstención de determinada conducta; a la prestación de servicios a la comunidad o al pedimento de disculpas o perdón.

Cuando la pretensión de la víctima está exclusivamente dirigida a la indemnización o resarcimiento de los perjuicios desde un punto de vista exclusivamente económico, el incidente de reparación integral solamente puede ser formulado por la propia víctima directa del delito, sus herederos, sucesores o causahabientes, lo cual resulta absolutamente entendible, por cuanto no resultaría propio de la naturaleza de la fiscalía o del Ministerio Público coadyuvar una pretensión netamente económica, cuando no está de por medio el interés de los protagonistas del injusto en el logro de los fines superiores de una verdadera reparación, enmarcada dentro de los postulados universales de la Justicia restaurativa.

IV. CADUCIDAD DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Una de las características propias del sistema de juzgamiento de tendencia acusatoria, entronizado en nuestro país a partir del Acto Legislativo No. 003 de 2002 y desarrollado legislativamente con la expedición de la Ley 906 de 2004, es precisamente la búsqueda del ideal de aplicación de una justicia pronta y cumplida, no sujeta a las tradicionales trabas que procedimientos estrictamente escritos, increíblemente lentos y revestidos de un formalismo innecesario y absurdo que han conducido a congestiones monumentales de las oficinas judiciales, incapaces de evacuar los miles y miles de expedientes acumulados en sus archivos y en consecuencia a la prolongación injustificada de la definición de los procesos, más allá de límites temporales razonablemente previstos para la justicia penal.

Por ello, precisamente la ley procesal contenida en la Ley 906, dentro de la definición de sus principios rectores incluyó el artículo 15 que predica la celeridad y eficiencia de la administración como garantía indisolublemente unida al esquema del nuevo sistema:

“Art. 15. CELERIDAD Y EFICIENCIA. Toda actuación se surtirá pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento...”.

En consecuencia, no podían, quedar al margen del contexto general establecido, las normas relativas al incidente de reparación integral, ni prolongar indefinidamente en el tiempo la oportunidad de definir la acción de reparación de la víctima. En este sentido, la ley no solamente entrega a la víctima la facultad de promover el incidente con su solicitud, sino que además enmarca la presentación de la petición dentro de estrictos términos temporales, para que si esta facultad no se ejercita, se pierda la oportunidad de hacerlo dentro del proceso penal, sin que eso signifique que la víctima no pueda acudir a otras instancias jurisdiccionales en busca de la concreción de dichos perjuicios y de la obtención de la decisión judicial respectiva para hacerlos efectivos.

Ese término es el de treinta (30) días contados a partir del momento del anuncio del fallo de responsabilidad penal que el Juez de Conocimiento debe pronunciar a la finalización de la audiencia del juicio oral.

“Art. 102. PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL. Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancias de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes”.

Por su parte el artículo 106 sentencia:

“Art. 106. CADUCIDAD. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haberse anunciado el fallo de responsabilidad penal”.

Finalmente, el artículo 445 señala la culminación de la audiencia del juicio oral estableciendo:

“Art. 445. CLAUSURA DEL DEBATE. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo”.

Las normas legales anteriormente citadas ratifican lo manifestado: es a partir del anuncio del sentido del fallo sobre responsabilidad penal, y durante los treinta

(30) días siguientes, cuando está vigente la posibilidad de la víctima de promover el incidente de reparación integral, y si ese derecho no se ejerce, la posibilidad de obtener la reparación por la vía del proceso penal caduca.

V. TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Formulada la solicitud de adelantamiento del incidente, por la víctima directamente, o por el fiscal o el Ministerio Público, a instancias de la víctima, el Juez de Conocimiento procederá de manera inmediata a la apertura del mismo, para cuyo efecto citará a la primera audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Sea del caso señalar que el incidente de reparación integral debe adelantarse con ceñimiento al esquema propio del nuevo sistema entronizado por la Ley 906/2004, es decir, mediante la celebración de audiencias y con aplicación de los principios generales de la oralidad de los procedimientos.

Sn desarrollo está básicamente integrado por dos audiencias públicas, cada una de ellas con fines específicos y presididas en todo tiempo por el Juez de Conocimiento que actuó en la audiencia del juicio oral y pronunció el fallo de responsabilidad penal del acusado.

A continuación se definen cada una de las audiencias:

A. PRIMERA AUDIENCIA: DE TRÁMITE

La primera de las audiencias previstas por la ley (artículo 103 de la Ley 906/2004), se califica como de trámite y debe ser realizada dentro de los ocho (8) días siguientes al anuncio del fallo condenatorio. Su desarrollo está integrado por tres etapas bien definidas. a saber:

- Formulación oral de la pretensión y ofrecimiento de pruebas por parte de la víctima.
- Traslado de la pretensión al penalmente responsable.
- Conciliación.

Sobre cada uno de estos componentes de la audiencia de trámite señalamos lo siguiente:

1. FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y OFRECIMIENTO DE PRUEBAS POR PARTE DE LA VÍCTIMA

Instalada por el Juez de Conocimiento la audiencia de trámite, se procederá inmediatamente a la formulación de la pretensión, por parte de la víctima. Esta consiste en que la víctima, debidamente reconocida como tal, en la audiencia de formulación de la acusación, debe hacer oralmente y de una manera clara y expresa la concreción de la forma como considera debe realizarse a su favor la reparación integral a la que aspira. Igualmente debe indicar al Juez de Conocimiento las pruebas que para fundamentar su pretensión presentará y hará valer en respaldo de su aspiración reparativa.

En relación con lo anterior se debe tener en cuenta que las pruebas que presenta la víctima están directamente encaminadas a la demostración del daño causado por el delito; en ninguna forma representan controversia sobre aspectos relacionados con el delito en su integración típica, ni con la antijuridicidad de la conducta, ni mucho menos con la responsabilidad del autor del injusto, puesto que estos son aspectos que ya han sido definidos y sobre los cuales ya se ha pronunciado el juez al anunciar el sentido del fallo. Todo el contenido probatorio va encaminado exclusivamente a la demostración de los perjuicios causados por el delito, y nada más, porque ese es el sentido y la justificación del incidente de reparación integral.

La formulación de la pretensión y el ofrecimiento de la prueba es el primer acto de la audiencia de trámite que marca claramente la pretensión restaurativa de la víctima del injusto y de allí que la ley exija su presentación con expresión concreta de la aspiración y el contenido y naturaleza del mecanismo que propone como reparador del daño. Por lo mismo, dicha pretensión debe ser señalada por quien tiene la calidad de víctima que, como se ha venido repitiendo, debió ser reconocida en la audiencia de formulación de acusación. La falta de ese reconocimiento elimina el interés jurídico de cualquier persona que pretenda alegar semejante condición.

Ahora bien, producida la presentación de la pretensión, el juez debe entrar a examinarla con el objeto de establecer: (i) si quien la formula es realmente víctima y está reconocida como tal y (ii) si está o no acreditado el pago de los perjuicios.

Si quien presenta la pretensión no tiene interés jurídico porque no ha sido reconocido como víctima o si se encuentra acreditado el pago de los perjuicios y esta es la única pretensión formulada, procederá a rechazarla, dando finalización al incidente de reparación integral por falta de objeto, decisión susceptible de los recursos ordinarios de reposición y de apelación.

2. TRASLADO DE LA PRETENSIÓN AL PENALMENTE RESPONSABLE

Si el juez considera que la formulación de la pretensión cumple con los requisitos propios de su naturaleza, como mecanismo impulsor del incidente de reparación integral, procede a dar traslado de ella al penalmente responsable.

El objeto del traslado es evidente: de una parte cumple con el propósito de enterarlo de la pretensión de reparación formulada por la víctima de su conducta ilícita, y de otra se encamina a que, conociéndola, analice la posibilidad de allanarse a ella o de proponer fórmulas transaccionales para llegar a un acuerdo reparatorio.

3. CONCILIACIÓN

Una vez producido el traslado, se da enseguida apertura a la fase conciliatoria de esta primera audiencia de trámite, bajo la dirección del Juez de conocimiento, que en este momento se convierte en el facilitador del acuerdo entre los protagonistas del injusto. Se busca así llegar a una transacción conciliatoria sobre el contenido de la pretensión, con miras a lograr el cumplimiento de la obligación de reparación que constituye una de las consecuencias del comportamiento punible, como lo predica el artículo 94 del Código Penal:

“Art. 94. REPARACIÓN DEL DAÑO. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

Es en esta parte de la actuación cuando reaparece el mecanismo de la conciliación como instrumento propio de la Justicia restaurativa.

Ya se tuvo la oportunidad de estudiar que dentro de la normatividad propia de la Ley 906/2004 la conciliación surge como requisito preprocesal en los delitos querellables, lo cual implica la obligación de que antes de formularse la imputación, y tratándose de este grupo de delitos que exigen petición de parte, se realice audiencia de conciliación. Si esta fracasa por inexistencia de ánimo conciliatorio, o por ausencia de acuerdo entre las partes, o simplemente porque existió contumacia en el querellante o en el querellado para concurrir sin justa causa a la audiencia, el instituto desaparece como modalidad alternativa de solución de controversias, en el sentido de que ya no será posible acudir a él dentro del adelantamiento procesal normal. Repare únicamente en el momento en que, abierto el incidente de reparación integral, se accede nuevamente a la realización de la conciliación, en un esfuerzo por lograr un acuerdo bilateral, pero ya no con efectos sobre la acción penal, sino

en torno a la reparación del daño causado, teniéndose como base, precisamente, la declaratoria de responsabilidad ya anunciada por el juez.

Si la conciliación prospera, el incidente de reparación integral termina por carencia absoluta de objeto y el acuerdo logrado será incorporado a la sentencia condenatoria para los efectos pertinentes; si el esfuerzo conciliatorio fracasa, el juez procederá a señalar fecha para la realización de la segunda audiencia prevista dentro del incidente de reparación integral, la cual deberá realizarse dentro de los ocho (08) días siguientes a la fecha de la terminación de esta primera audiencia.

B. CONSECUENCIAS DE LA RENUENCIA DE LAS PARTES A CONCURRIR A LAS AUDIENCIAS DEL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Siendo la declaratoria de responsabilidad penal la base de la obligación de reparación y existiendo procesalmente una persona natural o jurídica reconocida como víctima y quien debió solicitar el adelantamiento del incidente de reparación integral, la asistencia a las audiencias que integran el instituto resulta imperativa. Por lo mismo, el legislador sanciona el incumplimiento de los protagonistas con el deber legal, señalando consecuencias de especial gravedad que afectan sus intereses, cuando se da la inasistencia injustificada a los actos procesales que integran el incidente.

Es claro que para prevenir la inasistencia, pero fundamentalmente para considerar la contumacia de cualquiera de las partes como injustificada, la hora y fecha para la primera audiencia de trámite debe ser notificada, tanto a la víctima que solicitó el adelantamiento del incidente, como al declarado penalmente responsable, como se deduce tanto del contenido normativo del artículo 102 de la Ley 906/2004, cuando impone que el Juez de Conocimiento, una vez se le ha hecho la petición, **“convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes”**, como del texto del aparte final del párrafo del artículo 104 de la misma ley cuando preceptúa que **“quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida...”**. En el caso de la citación a la segunda audiencia, es diferente, puesto que el señalamiento de fecha y la notificación de la misma se produce al finalizar la primera audiencia de trámite, lo que presupone que los protagonistas quedarán entonces debidamente notificados.

A partir de lo anterior, si alguna de las partes no puede concurrir por circunstancias justificadas, así deberá señalarlo y aportar la prueba que lo excuse del incumplimiento, cuando el funcionario lo considere pertinente; de lo contrario, las

consecuencias legales derivadas de ese incumplimiento injustificado aparecen claras en el texto del párrafo del artículo 104 de la Ley 906 de 2004, que establece:

- a. Si el incumplimiento injustificado proviene del solicitante del incidente (es decir de la víctima), se tendrá como desistida la pretensión y en consecuencia se dispondrá el archivo de la solicitud y la condena en costas.
- b. Si el incumplimiento injustificado proviene del declarado penalmente responsable, el juez procederá a practicar la prueba presentada por la víctima y con base en ella resolverá lo pertinente con la reparación.

De todas maneras quien no comparezca a la celebración de las audiencias propias del trámite incidental, sin justa causa, quedará vinculado a los resultados de la decisión que el Juez de Conocimiento tome para poner punto final a la actuación procesal del ejercicio del incidente de reparación integral.

VI. SEGUNDA AUDIENCIA: DE CONCILIACIÓN, PRUEBAS Y ALEGACIONES

La segunda audiencia del incidente de reparación, está integrada por tres partes bien definidas. Se inicia con la invitación que el juez de conocimiento hace a las partes interesadas para que lleguen a un acuerdo conciliatorio que fije los límites de la reparación y ponga fin al incidente.

Nótese de qué manera el legislador insiste en dar oportunidades a los protagonistas del injusto para que lleguen a consensos bilaterales reparatorios que pongan fin al conflicto, dentro de un entorno de respeto mutuo y de voluntad consciente, dirigida a conciliar las diferencias y a obtener el acuerdo. Por lo mismo es que, dentro del incidente de reparación, otorga a las partes en dos ocasiones la oportunidad de conciliar y solamente cuando esto no se logra, se continúa con el trámite que conducirá a la decisión que finalice la actuación incidental.

Si en esta segunda ocasión se llega a un acuerdo conciliatorio este se incorporará a la sentencia; si no se logra y la conciliación fracasa, se pasa a la segunda fase de esta audiencia que consiste en la práctica de las pruebas entregadas por cada una de las partes en conflicto.

Recuérdese cómo en la primera audiencia de trámite la víctima debe exponer el contenido de su pretensión e indicar las pruebas que hará valer para respaldarla; si el juez acepta la pretensión procede a dar traslado de esta al penalmente responsable, no solamente para que conozca el alcance de la pretensión, sino además el

contenido de las pruebas ofrecidas por la víctima y de esta manera pueda también entregar al juez los medios de refutación que considere pertinentes.

En consecuencia, en la segunda audiencia, de fracasar la conciliación, el juez procederá a la práctica de las pruebas anunciadas por cada una de las partes y mediante las cuales la víctima justifica su pretensión y el penalmente responsable contradice el contenido de la aspiración anunciada.

Con sujeción a las normas que integran el procedimiento penal consagrado por las normas de la Ley 906/2004, la práctica de las pruebas en el incidente de reparación integral debe someterse a los mismos requisitos y formalidades previstos para la práctica de cualquier prueba, ya que la naturaleza e integridad del sistema así lo requiere.

Practicadas las pruebas ofrecidas por cada una de las partes, el funcionario judicial concederá el uso de la palabra a la víctima y al penalmente responsable, con el fin de que expliquen oralmente el fundamento de sus pretensiones y procederá a tomar la decisión correspondiente.

VII. EL FALLO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL Y SUS EFECTOS

Agotadas las tres etapas que integran la segunda audiencia del incidente de reparación integral, es decir: fracasado el intento conciliatorio, practicadas las pruebas solicitadas por las partes y oídos los fundamentos de sus pretensiones, el Juez de Conocimiento procederá a tomar la decisión que corresponda y mediante la cual se ponga fin al incidente.

Al hacerlo, el servidor público deberá tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:

Que toda decisión debe estar cimentada sobre los postulados de la justicia y la equidad; pero además, que las disposiciones del sistema de tendencia acusatoria implementado por la Ley 906 de 2004, hacen de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, el norte y la directriz de cualquier decisión judicial, y que por lo tanto el fallo que pone fin al incidente de reparación integral no está exceptuado del sometimiento a esas normas superiores.

Si la pretensión de la víctima es exclusivamente económica, es necesario tener presente el contenido de los artículos 94 y 97 del Código Penal que preceptúan:

“Art. 94. REPARACIÓN DEL DAÑO. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

“Art. 97. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso”.

De acuerdo con las anteriores disposiciones del Código Penal es necesario precisar que la estructura de los perjuicios derivados de la conducta punible no ha variado, y que en consecuencia, los daños continúan considerándose desde la doble óptica de daños morales y daños materiales. En cuanto a estos últimos, la ley exige que hayan tenido demostración en el proceso.

Dada la estructura del proceso penal contenido en la Ley 906 de 2004, es claro que el momento señalado para establecer y probar los daños materiales es el incidente de reparación integral, ya que durante el desarrollo del proceso no existe esa posibilidad; finalizado el juicio oral y anunciado el sentido del fallo de responsabilidad penal es cuando surge la oportunidad de probar la existencia del daño material y su cuantificación, lo cual resulta posible solamente dentro del incidente de reparación integral, si es la voluntad de la víctima que se adelante, en cuyo caso no solamente debe formular su pretensión sino presentar los elementos probatorios conducentes a su demostración.

Terminada la segunda audiencia del trámite incidental, y practicadas las pruebas, el juez señalará su decisión teniendo entonces en cuenta que los daños materiales debieron ser probados y que si esto no sucedió no será posible disponer ningún tipo de indemnización económica porque así lo señala la ley.

La disposición del artículo 97 del Código Penal debe entenderse dirigida únicamente para aquellos casos en los cuales el daño material resulta muy difícil de establecer dada la naturaleza del delito, o para cuantificar el daño moral, que sigue considerándose como aquel sufrimiento interior, aquel dolor, aquella angustia, etc., que produce a la víctima la comisión del delito del cual ella ha sufrido sus consecuencias, como en el evento del homicidio de un ser querido, o en los delitos de secuestro, o en los actos punibles de terrorismo, etc.

En los demás eventos, cuando la pretensión no está basada exclusivamente en una reparación de naturaleza económica, el juez debe tener en cuenta los derechos fundamentales de la víctima a la verdad y a la justicia, y los programas de Justicia restaurativa que incluyen la propia indemnización o resarcimiento de los perjuicios

causados (no como pretensión económica exclusiva), la restitución, la realización o abstención de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad, o el pedimento de disculpas o perdón.

La ecuanimidad del juez, su capacidad de razonamiento, el respeto a los principios de la proporcionalidad y razonabilidad y el entendimiento sobre los derechos fundamentales de víctima e infractor, serán factores importantes para guardar el equilibrio analítico requerido en el momento de definir el incidente.

Ahora bien, resuelto por el Juez de Conocimiento el incidente de reparación integral, su decisión debe incorporarse a la sentencia condenatoria proferida luego de la culminación de la audiencia del juicio oral realizada en el marco del proceso penal acusatorio, con el fin de que, integrándose al fallo de responsabilidad penal, forme con este una unidad decisoria que pueda ser objeto de impugnación mediante la interposición de los recursos y de las acciones previstas en el mismo procedimiento.

VIII. VINCULACIÓN DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

A partir de la vigencia del Decreto 2700 (Código de Procedimiento Penal de 1991), surgió la figura del tercero civilmente responsable dentro de la estructura del proceso penal. Entonces empezó a considerarse que la responsabilidad civil extracontractual, hasta ese momento perteneciente exclusivamente al campo del derecho civil, podía alegarse y decidirse también en el proceso penal; de allí la consagración del sujeto procesal denominado precisamente **TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**, que de acuerdo a la normatividad penal es aquella persona que debe responder por el daño causado por la conducta del autor del injusto.

Conviene en este momento y lugar recordar algunos principios elementales de la responsabilidad civil que implica la vinculación del tercero al proceso penal y que deben ser considerados por el juez en el desarrollo del incidente, a saber: La responsabilidad civil extracontractual surge fundamentalmente del contenido de las disposiciones de los artículos 2341 y 2347 y siguientes del Código Civil. La primera de las normas citadas estatuye:

“ART. 2341. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Por su parte el artículo 2347 preceptúa:

“ART. 2347. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Inc. 2°. MODIFICADO. DECR. 2820 DE 1974, ART. 65. Así los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

INC. 4°. DEROGADO. DECR. 2820 DE 1974, ART. 70. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

El artículo 2349, a su vez, establece:

“ART. 2349. DAÑOS CAUSADOS POR LOS CRIADOS O SIRVIENTES. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicios prestados por estos o aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medios de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

Luego la legislación civil se ocupa de otras proyecciones de la responsabilidad extracontractual, para finalmente consagrar en el artículo 2356 la llamada responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas.

De acuerdo con la normatividad anterior, se deduce que la responsabilidad civil extracontractual surge o de la conducta de un tercero, que origina la llamada **responsabilidad por el hecho ajeno**, o de la realización de actividades peligrosas, que da paso a la denominada **teoría del riesgo**, cualquiera de cuyas eventualidades puede vincular al tercero a la obligación reparatoria a favor de la víctima del delito.

La doctrina distingue entre el **directamente responsable** y el **civilmente responsable**. Al respecto, Tamayo Jaramillo precisa:

“Entendemos por directamente responsable a la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa el daño a un tercero. El hijo de familia que habita en la misma casa, el obrero o empleado de una persona natural, el aprendiz, el pupilo, etc., adquieren la denominación de directamente responsables. En cambio se considera como civilmente

responsable a la persona que tiene a otra bajo su cuidado. En ese orden de ideas, el padre de familia, el patrono que es persona natural, el director de un colegio, o el tutor, adquieren la denominación de civilmente responsables⁹⁹.

La ley penal se refiere a la responsabilidad del **tercero civilmente responsable** para distinguirlo precisamente del directamente responsable, y es desde este punto de vista y desde esta perceptiva, que se consagra su vinculación en el incidente de reparación integral. De esta manera, el tercero civilmente responsable debe entenderse como quien está obligado a responder por la conducta del autor directo de la infracción penal, pero siempre bajo los parámetros de las normas civiles y de acuerdo con el contenido de las disposiciones que regulan la materia.

La responsabilidad del tercero civilmente responsable es solidaria con el penalmente responsable, como lo señala el artículo 96 del Código Penal:

“Art. 96. OBLIGADOS A INDEMNIZAR. Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley instancial, están obligados a responder”. Estos últimos son los referidos en los artículos 2341 a 2349 del Código Civil.

La vinculación del tercero civilmente responsable debe hacerse a solicitud directa de la víctima, del declarado penalmente responsable o de su defensor, dada su condición de garante solidario de la reparación. La ley exige que la citación para la comparecencia del tercero civilmente responsable se haga, de acuerdo con el contenido del artículo 107 de la Ley 906, en la primera audiencia de trámite incidental, lo cual presuppone que su presencia tendrá lugar en el momento de la realización de la segunda audiencia de trámite, denominada de “pruebas y alegaciones”.

Sin embargo, inquieta de acuerdo con el contenido de la ley, la falta de oportunidad para el ejercicio de la defensa por parte del llamado tercero civilmente responsable, porque de la forma como ha quedado consagrado en el Nuevo sistema su llamamiento vinculante, esa garantía no existe, lo cual podría ser violatorio del artículo 29 de la Constitución Política.

Ante tal hecho, el juez debe en todo momento preocuparse porque todos los comparecientes al proceso gocen del respeto a sus derechos y garantías fundamentales; por lo mismo, en la vinculación del tercero civilmente responsable debe tenerse el cuidado de que su derecho de defensa sea una realidad, y que no exista violación del principio de la igualdad, entre las partes involucradas en el conflicto incidental de reparación y el llamado a responder solidariamente por los daños causados.

⁹⁹ En su obra “De la Responsabilidad Civil”, tomo II, página 85

Por lo tanto, en el momento de producirse su citación para que comparezca al incidente de reparación integral, debe advertírsele del derecho que lo asiste de nombrar apoderado judicial si así lo considera, y de presentar también los medios de prueba que considere necesarios para su defensa, medios que entre otras cosas, deben referirse única y exclusivamente a lo debatido en el incidente de reparación integral.

De esta manera podría salvaguardarse la intervención procesal del tercero civilmente responsable y se cumplirían con los postulados de legalidad, igualdad y debido proceso, ajustándose el contenido de la norma a las previsiones constitucionales vigentes.

IX. VINCULACIÓN DEL ASEGURADOR

En relación con la citación que permite la Ley 906 de 2004 se haga al asegurador, deben tenerse en cuenta estos postulados:

En primer lugar entender que la presencia que la ley promueve a la persona del asegurador, tiende precisamente a buscar el mayor éxito en la producción de la reparación a la víctima del daño que se le haya ocasionado con motivo de la realización de la conducta típica.

La razón de ser de la presencia del asegurador a las audiencias de conciliación que se celebran en desarrollo del incidente de reparación integral, tiene el significado de lograr que quien está obligado a responder civilmente, en virtud de la existencia de un contrato de seguros válido, entre a participar en la conciliación, con miras precisamente a lograr la solución del conflicto mediante la reparación justa.

A esa intervención que únicamente se realiza dentro de las audiencias de conciliación se limita la actividad del asegurador. Puede ser solicitada su presencia en los actos conciliadores del incidente de reparación integral, por parte de la víctima, el condenado, su defensor, o el tercero civilmente responsable, es decir que resulta una iniciativa que la ley entrega prácticamente a todas las personas que pueden intervenir en el incidente de reparación integral y que se explica por el deseo del legislador de que quien deba reparar o participar en la reparación, en cualquier forma o por cualquier motivo que sea, lo haga. No cabe duda de que esa posición contribuye decididamente a hacer efectiva la reparación, dentro del espíritu conciliador que marca todo el contenido de la nueva estructura restaurativa del proceso penal.

Es requisito fundamental para que pueda ser citado quien funge como asegurador, que exista un contrato de seguros válidamente celebrado. La exigencia es

entendible, ya que de no existir de por medio un acto vinculante entre asegurador y asegurado, la presencia del primero resultaría inocua, a más de improcedente.

De esta manera el legislador ha colocado un verdadero blindaje al derecho de la víctima a obtener la reparación del daño ocasionado por la conducta ilícita, todo dentro del marco de la Justicia restaurativa y como parte fundamental de la obligación de reparar los daños que ocasiona el delito.



I. Volviendo al caso presentado, al iniciar el estudio de la presente unidad, veamos cómo se resolverían las nuevas cuestiones:

1. ¿Cómo y en qué momento el Representante Legal de la Empresa puede ejercer su derecho de defensa, acreditando y demostrando esos hechos? ¿Mediante qué elementos de prueba podría establecer lo anterior? ¿Cómo se allegarían al proceso dichos elementos probatorios? ¿Qué valor tendrían dichos elementos de prueba frente a la responsabilidad civil? Argumente sus respuestas.
2. ¿En qué momento existe controversia sobre el planteamiento?
3. Usted como Juez de Conocimiento en el caso, ¿qué haría para garantizar el derecho de defensa de la empresa citada como tercera civilmente responsable y para preservar la controversia probatoria antes de tomar una decisión?

II. Dentro del incidente de reparación integral se produce un acuerdo conciliatorio que se integra a la sentencia condenatoria; sin embargo el condenado incumple con lo acordado.

Problema Planteado:

¿Qué consecuencias puede acarrearle dicha conducta?

Para que la reparación sea efectiva, ¿a qué mecanismo legal puede acudir la víctima?

Es conveniente analizar el caso anterior frente a dos posibilidades: la primera, que el incumplimiento se haya producido cuando la sentencia condenatoria todavía no ha adquirido ejecutoria; y la segunda, que el incumplimiento se produzca cuando la sentencia condenatoria ya se encuentra en firme.

X. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

A través de la unidad estudiada es fácil llegar a la comprensión del significado del incidente de reparación integral como parte fundamental de la Justicia restaurativa, por cuanto en ese momento el mecanismo de reparación tiene que contar forzosamente con la participación de la víctima y el penalmente responsable, adelantándose el mismo dentro de un ambiente de conciliación previo a la decisión del juez que solamente entrará a fallar sobre la reparación, en el caso que no exista nn acuerdo conciliatorio entre las partes en conflicto.



- Volvamos al caso presentado. Tome los argumentos por usted desarrollados y busque un colega con quien pueda discutir una a una las respuestas dadas. Elabore un cuadro comparativo teniendo como referente sus respuestas y las de su colega.
- Valore o evalúe los argumentos propios y los de su colega. Discutan la fuerza argumentativa y validez de sus premisas.
- Elabore un mapa conceptual del incidente de reparación integral.
- Finalmente, elabore un flujograma del incidente de reparación integral, desde el punto de vista procesal.

UNIDAD 4

EL RÉGIMEN DE LOS BIENES EN LA LEY 906 DE 2004

Og

Llevar al discente el conocimiento sobre el tratamiento que en el nuevo sistema se da a los bienes de propiedad del imputado, acusado o condenado, llevándolo a diferenciar: i) los aspectos que tienen que ver con la figura del comiso y las medidas cautelares sobre ellos y ii) las medidas cautelares en general, que se refieren al tratamiento procesal de los bienes del imputado o acusado pero que siendo elementos con los cuales se cometió el delito o que provienen de su ejecución no tienen vocación de ser afectados con el comiso.

Oe

- Conocer el contenido y naturaleza de la figura jurídica del comiso
- Conocer las medidas cautelares que se relacionan con los bienes objeto de comiso
- Entender la diferenciación que existe entre medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, de las medidas cautelares en general que afectan los bienes del imputado, acusado o condenado.

At

Vuelva al caso planteado al inicio de la unidad anterior y resuelva las siguientes preguntas de manera individual:

- a. Sobre la entrega del vehículo con el cual se cometió la conducta, ¿Quién cree usted debe hacer la entrega, el Juez de Control de Garantías o el Fiscal?
- b. En el caso propuesto, ¿se trata de una medida cautelar, o no?
- c. ¿Quién está legitimado para solicitar la entrega del vehículo?
- d. ¿Es el dueño del vehículo y el representante legal de la empresa de transportes, terceros de buena fe?

Para desarrollar esta actividad tenga en cuenta el mismo esquema de argumentación planteado al inicio del módulo, es decir: i) tesis central, ii) argumentos de la tesis y iii) conclusión.

Los temas planteados han sido objeto de debate al interior del conversatorio¹⁰ sobre el Sistema Penal Acusatorio en la ciudad de Bogotá, usted deberá consultar los debates en torno a los bienes y entrega de vehículos, en la página de la rama judicial¹¹, y que parte de ellos se han incluido como anexo del presente módulo para facilitar su consulta.

Para desarrollar la actividad pedagógica, usted deberá leer las actas y evaluar cada uno de los argumentos allí presentados y desarrollar una tabla de evaluación de los mismos de la siguiente manera:

Sobre la entrega de vehículos:

| CONVERSATORIO | VALIDEZ DE LAS PREMISAS | VALIDEZ DE LA CONCLUSIÓN | ARGUMENTACIÓN PERSONAL |
|--|-------------------------|--------------------------|------------------------|
| ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA OPCIÓN DE ENTREGA DE VEHÍCULOS POR PARTE DE LOS JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS | | | |
| ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TESIS SEGÚN LA CUAL EL FISCAL PUEDE ENTREGAR AUTÓNOMAMENTE LOS AUTOMOTORES: | | | |
| ARGUMENTOS PRESENTADOS POR DIVERSOS FUNCIONARIOS QUE FORMAN PARTE DEL CONVERSATORIO | | | |
| Argumento constitucional | | | |
| Argumento sistemático | | | |
| Argumento de coherencia | | | |
| Argumento de consecuencias absurdas | | | |
| Argumento de consecuencias prácticas | | | |

¹⁰ El “Conversatorio interinstitucional” es un espacio de discusión creado a instancia del Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, y al cual asisten funcionarios de las diferentes instituciones comprometidas con la implementación y seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. El Conversatorio no es un espacio de decisión interinstitucional, sino de discusión académica, al cual se llevan temas que han despertado especial atención y consideración, y respecto de los cuales deben confluír los esfuerzos de aclaración conceptual por parte de miembros de las instituciones participantes. Lo anterior significa que las diferentes posiciones allí discutidas, no comprometen formalmente a las instituciones, aunque, desde luego, dichas posiciones podrían coincidir con políticas institucionales. Es un esfuerzo de trabajo conjunto en función del esclarecimiento de los temas. Al final, el principio de legalidad al cual están sometidos los jueces, para citar este caso, y el principio de su independencia, son los que rigen su trabajo y los que darán sentido a las decisiones. **Conversatorio Institucional**. Tomado del acta de discusión del día 8 de febrero de 2005, sobre la entrega de vehículos.

¹¹ www.ramajudicial.gov.co

Sobre bienes:

| CONVERSATORIO | VALIDEZ DE LAS PREMISAS | VALIDEZ DE LA CONCLUSIÓN | ARGUMENTACIÓN PERSONAL |
|--|-------------------------|--------------------------|------------------------|
| El caso concreto de la devolución de vehículos | | | |
| COMISOY MEDIDA CAUTELAR | | | |
| Segundo aporte | | | |
| Tercer aporte | | | |

Una vez analizados los argumentos expuestos por los colegas en el marco del conversatorio, iniciemos el desarrollo de los contenidos de la unidad.

I. INTRODUCCIÓN

En esta última unidad nos ocuparemos de dos temas, que si bien no hacen parte estricta del contenido de un programa de Justicia restaurativa, se relacionan estrechamente con el tratamiento que la nueva estructura procesal les da a los bienes de los sujetos involucrados en una controversia de carácter penal, teniendo el legislador siempre en cuenta, los aspectos relacionados con la garantía real que debe darse al derecho fundamental de la reparación. Las disposiciones relativas al régimen de bienes del vinculado a una investigación penal, sea como imputado o sea como acusado, están contenidas en los Capítulos II y III del Título II (Acción Penal), de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo con esa normatividad el régimen de los bienes se divide en dos grandes bloques legislativos a saber: el que tiene que ver con el **comiso y las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y el referente a las medidas cautelares en general**. En cuanto al primer tema, se abordará el concepto de comiso, que se hace extensivo tanto a los bienes como a los recursos del penalmente responsable, entendido como la decisión jurisdiccional mediante la cual se entrega al Estado la libre disposición de los bienes y recursos vinculados a una investigación penal con el fin de que sobre ellos pueda ejercer una libre destinación de acuerdo con la reglamentación legal al respecto. Igualmente se buscará aclarar su procedencia y en la misma línea que se han trabajado las demás unidades. Se responderán los siguientes interrogantes: ¿cuál es el derecho de las víctimas y de los terceros de buena fe?, ¿cuáles son las medidas cautelares aplicables sobre bienes susceptibles de comiso?, la procedencia de las medidas cautelares sobre bienes y recursos susceptibles de comiso, el trámite procesal para decretar las medidas cautelares sobre los mismos.

En una segunda parte de esta Unidad, se abordará el tema de las medidas cautelares sobre bienes, su concepto, trámite procesal, desarrollando igualmente el embargo y secuestro, previstos en general para los bienes del imputado o acusado dentro del régimen de la Ley 906 de 2004.

Dentro de este orden de ideas plantearemos entonces los aspectos fundamentales de la presente unidad.

II. EL COMISO. CONCEPTO

La Ley 906 de 2004 se refiere, en primer lugar, al llamado **comiso** que se hace extensivo tanto a los bienes como a los recursos del penalmente responsable. Para una mejor ilustración debemos inicialmente entender que el **comiso** es la decisión jurisdiccional mediante la cual se entrega al Estado la libre disposición de los bienes y recursos vinculados a una investigación penal con el fin de que sobre ellos pueda ejercer una libre destinación de acuerdo con la reglamentación legal al respecto.

Esta decisión debe tomarse por el Juez de Conocimiento como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal del acusado, en la misma sentencia condenatoria que así lo proclama.

El **comiso** así decretado, producirá como consecuencia el paso de los bienes y recursos a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, con la única excepción de aquellos que conforme a la ley tengan una destinación diferente o deban ser destruidos, incluyéndose dentro de estos últimos los expresamente señalados por la propia Ley 906 de 2004 en su artículo 87:

“Art. 87. Destrucción del objeto material del delito. En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este Código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del ministerio público”.

Los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal citados por la disposición anterior, hacen referencia a los siguientes hechos típicos:

“Art. 300. Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. El productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario que ofrezca al

público bienes o servicios en forma masiva, sin que los inismos correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciada en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente, incurrirá en multa”.

“Art. 306. Usurpación de marcas y patentes. El que utilice fraudulentamente nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad o diseño industrial protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro años y multa de veinte (20) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes producidos o distribuidos en las circunstancias previstas en inciso anterior”.

“Art. 307. Uso ilegítimo de patentes. El que fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta, enajene, financie, distribuya, suministre, almacene, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación producto fabricado con violación de patente”.

A propósito de lo anterior, el artículo 90 de la Ley 906 del 2004 prevé la eventualidad de que por omisión el juez no se refiera en su pronunciamiento de fondo a los bienes afectados con fines de comiso, caso en el cual la Defensa, el Fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de que se produzca el respectivo ordenamiento.

Se complementa lo anteriormente dicho con la observación de que mientras la decisión judicial definitiva de comiso se produce, los bienes objeto de medidas cautelares con tal fin, deben ser pñestos a disposición del mismo Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación quien es el organismo encargado legalmente de su administración, mientras se levantan las medidas respectivas o se declara definitivamente el comiso.

A. PROCEDENCIA DEL COMISO

En términos generales debe decirse que el comiso procede sobre los bienes y recursos de quien ha sido declarado penalmente responsable, siempre que se deuen estas dos situaciones:

- a. Que los bienes y recursos del penalmente responsable provengan o seau pro ducto directo o indirecto del delito.

b. Que se trate de bienes o recursos utilizados o destinados a ser utilizados como medios o instrumentos para la ejecución del delito, siempre que en todo caso se trate de conductas dolosas y sin perjuicio de los derechos que sobre ellos tengan el sujeto pasivo y la víctima del injusto, o los terceros de buena fe.

En cuanto se refiere al primer aspecto, debemos señalar: El comiso como medida jurisdiccional presupone la declaración de responsabilidad penal, porque solamente en el momento en el cual exista una sentencia condenatoria, podrá el juez competente disponer que los bienes del condeudado pasen definitivamente a la esfera de disponibilidad del Estado.

De otra parte, los bienes y recursos del declarado penalmente responsable, deben provenir o ser producto del delito, como por ejemplo los dineros materia de apoderamiento en un peculado o en un delito contra el patrimonio económico, los bienes obtenidos como producto de un enriquecimiento ilícito, de una estafa, de un fraude, etc., o los bienes muebles o inmuebles —como un vehículo, una casa, una finca, etc.— que hayan sido adquiridos con el producto de la conducta ilícita y que por lo mismo constituyen bienes indirectamente procedentes del delito.

En relación con el segundo aspecto, planteamos que ya no se trata de los bienes y recursos provenientes directa o indirectamente del delito, sino aquellos que sirvieron para su comisión, como un arma, un automotor, etc., o que claramente estaban destinados a ser utilizados para el mismo fin, no importa que por circunstancias que tienen que ver con la modalidad del delito imperfecto, no hayan cumplido su finalidad específica.

Es evidente, sin embargo, que en este último caso el proceso debe establecer y demostrar sin ninguna duda, que esos bienes, esos elementos o esos recursos cuyo comiso se dispone, efectivamente estaban destinados a ser utilizados para la comisión del delito, exigencia apenas lógica dentro de la estructura de nuestro sistema positivo.

Ahora bien, puede suceder que los bienes o recursos, producto directo o indirecto del delito sean mezclados o se encuentren encubiertos con bienes de lícita procedencia, como consecuencia de un proceder de buena o de mala fe. Piénsese en un bien inmueble adquirido en parte con dineros procedentes de un delito de peculado y en parte con sumas originadas en actividades lícitas del procesado o en bienes procedentes de la comisión de un delito que son aportados a una sociedad enmarcada en su origen y funcionamiento dentro de los postulados legales que rigen la actividad comercial.

En este caso la ley dispone que el comiso se disponga hasta el valor que el sentenciador estime como equivalente al producto ilícito, a menos que el hecho anterior por su naturaleza constituya un delito propio, en cuyo caso, la decisión del comiso debe operar sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la conducta ilícita.

Dentro del aspecto que estamos comentando podría suceder que estando establecida la procedencia directa o indirecta del delito de bienes o recursos, por circunstancias ajenas a la propia investigación no haya sido posible su localización, su identificación plena o su afectación material real, en cuyo caso la decisión de comiso comprenderá entonces los bienes propios del penalmente responsable, en las cuantías equivalentes al valor de esos bienes procedentes del delito, de acuerdo con lo demostrado.

Con el objeto de precisar el contenido de las disposiciones que regulan esta materia, y en particular con el contenido del **parágrafo** del artículo 82 de la Ley 906 de 2004 que establece el alcance del concepto de **bienes** para efectos del comiso, conviene recordar las principales definiciones del Código Civil que precisan el sentido de los conceptos fundamentales a los cuales se refieren las normas del procedimiento penal, así:

-Bienes como cosas: "ART. 653. Los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas".

-Muebles e inmuebles: "ART. 654. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles".

-Noción de muebles: ART. 655. Muebles son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismos, como los animales (que por ello se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658".

-Inmuebles por naturaleza y adhesión: ART. 656. Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos".

-Las plantas: "ART. 657. Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro".

-Inmuebles por destinación: "ART. 658. Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo

y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:

Las losas de un pavimento.

Los tubos de las cañerías.

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca.

Los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla.

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de este.

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que estos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio”.

- Muebles por anticipación: “ART. 659. Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño. Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina y a las piedras de una cantera”.

-Muebles accesorios : “ART. 660. Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles. Si los cuadros o espejos están embutidos en las paredes de manera que formen un mismo cuerpo con ellas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento”.

-Cosas separadas momentáneamente: “ART. 661. Las cosas que por ser accesorias a bienes raíces se reputan inmuebles, no dejan de serlo por su separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, y las losas o piedras que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan con el objeto de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles”.

-Muebles de una casa: “ART. 662. Cuando por la ley o el hombre se usa de la expresión bienes muebles sin otra calificación, se comprenderá en ella todo lo que se entiende por cosas muebles según el artículo 655.

En los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carnajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa”.

-Fungibles y no fungibles: “ART. 663. Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

En cuanto a los conceptos de bienes **tangibles** e **intangibles**, a los cuales no se refiere de una manera concreta la legislación civil, debemos acudir al significado natural y lógico de las palabras, definido en el Diccionario de la Lengua Española:

“TANGIBLE: Que se puede tocar / Que se puede percibir de manera precisa”.

“INTANGIBLE: Que no debe o no puede tocarse”.

Lo anterior lleva a la consideración de que un bien **tangible** es el que puede ser apreciado por los sentidos, que ocupa un espacio físico y que puede ser en consecuencia precisado en su forma, volumen y contenido, dentro de un concepto similar al de los bienes **corporales**. Por el contrario, el bien **intangible** no puede tener las calidades del anterior, pertenece al campo de los derechos, como sería una patente, los derechos de autor, el good-will de una empresa o sociedad comercial, etc.

El Diccionario de Derecho Usual de GUILLERMO CABANELLAS¹² hace coincidir el concepto de bienes **incorporales** con el de bienes **intangibles** al señalar:

“BIENES INCORPORALES. Los que no existen sino intelectualmente, los no tangibles ni visibles; como servidumbres, herencias y, en general, todos los derechos”.

B. DERECHOS DE VÍCTIMAS Y TERCEROS

La Ley 906, en su artículo 82, resguarda los derechos que sobre los bienes tengan **las víctimas o los terceros de buena fe**, en cumplimiento de los principios generales del derecho.

En cuanto a las **víctimas**, es apenas entendible que la protección que la ley les brinda dado su carácter de receptor de la conducta punible, se dirige no solamente “a la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor” como reza el artículo 11-2 de la Ley 906 de 2004, sino también a la protección de sus bienes, que por lo mismo no pueden ser afectados con medidas que impliquen menoscabo a su derecho de propiedad, al derecho de posesión entendido como “la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño” (artículo 762 del C.C.) y al derecho de libre disposición de los mismos.

Con relación al tercero de buena fe debemos precisar: Si se trata de una persona natural o jurídica que ha sido afectada directamente por la conducta ilícita, su posición

¹² Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Encyclopedic Dictionary of Usual Law). 8 Tomos, 4.612 págs. Editorial Helasta. 2004.

procesal no será la de tercero de buena fe sino la de víctima puesto que así debe entenderse el contenido del artículo 132 de la Ley 906 de 2004 que establece:

“Art. 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este Código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto...”.

Es decir, de acuerdo con el contenido de la disposición citada, si el daño y la afectación del derecho ha sido consecuencia **indirecta** del delito, ese **tercero de buena fe** ya no tendrá el carácter de **víctima**, y en consecuencia, si considera que su derecho fue en cualquier forma afectado, tendrá que acudir a las vías ordinarias civiles para hacerlo respetar; pero si es perjudicado directo, su posición será diferente porque tendrá la calidad de víctima y en consecuencia su representación deberá ajustarse a las normas que rigen la intervención procesal de dicho interviniente y podrá de esta manera obtener la reparación (que incluye desde el reconocimiento pleno de su calidad de tercero de buena fe hasta la restitución e indemnización como mecanismos de Justicia restaurativa), incluyendo desde luego su intervención como víctima en el incidente de reparación integral.

C. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES SUSCEPTIBLES DE COMISO

No deben confundirse las medidas cautelares en general, con las medidas cautelares que pueden tomarse sobre bienes susceptibles de comiso, a las cuales nos referimos a continuación.

En cuanto a las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, la Ley 906 de 2004 consagra la **incautación y la ocupación**. Tanto la incautación como la ocupación, como medidas cautelares, son instrumentales y eminentemente provisionales, dirigidas a sacar del comercio bienes y recursos susceptibles de comiso, mientras el juez competente, en el momento de dictar la sentencia de responsabilidad penal, toma la decisión de entregar definitivamente al Estado el derecho de libre destinación disponiendo el **comiso** o en su lugar resuelve su devolución.

D. PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES SUSCEPTIBLES DE COMISO

En capítulo anterior se indicó la procedencia del comiso como medida jurisdiccional sobre bienes y recursos y esas exigencias operan igualmente como base

fundamental de apoyo al decreto de medidas cautelares protectoras de la medida. En consecuencia, para decretarlas se requiere, de acuerdo con el contenido del artículo 83 de la Ley 906 de 2004:

1. Que existan motivos fundados para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso. Esos motivos fundados surgirán de los elementos fácticos obtenidos en desarrollo de la indagación o de la investigación y que por su calidad demostrativa llevan precisamente a la inferencia sobre la relación directa o indirecta de los bienes y recursos como producto de la realización de una conducta dolosa (art. 22 del C.P.), lo cual lleva por ministerio de la misma ley a excluir los comportamientos culposos (art. 23 C.P.) y preterintencionales (art. 24 ibídem), que no entran en la gama de la culpabilidad dolosa:

“...La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley” (artículo 21 del Código Penal).

2. Que el valor de los mismos equivalga a dicho producto.
3. Que hayan sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o como instrumentos de un delito doloso o que se trate del objeto material del delito.
4. Que no deban ser devueltos al sujeto pasivo del delito o a la víctima, en los eventos en los cuales de acuerdo con el derecho sustancial exista diferencia entre la persona sobre la cual recae la acción ilícita y el perjudicado directamente por el injusto, o al tercero de buena fe.

E. TRÁMITE PARA DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES DE BIENES Y RECURSOS SUSCEPTIBLES DE COMISO

Las medidas cautelares solamente pueden ser dictadas por el Juez de Control de Garantías a solicitud del fiscal coordinador o director de la investigación. El trámite respectivo se adelantará de la siguiente forma:

El acto formal de incautación u ocupación de los bienes y recursos es función que corresponde a la Policía Judicial, bien mediante previa orden del Fiscal General de la Nación, o de su delegado, o bien al mismo personal de Policía Judicial cuando en virtud de sus actividades propias, no sometidas a previa autorización judicial o a mandato del fiscal delegado, o por circunstancias de flagrancia inminente deban proceder a realizarlo.

Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a que se produzca el acto material de incautación u ocupación de los bienes y recursos con fines de comiso el

fiscal director de la investigación debe promover, ante el Juez de Control de Garantías la revisión de legalidad de la actuación.

Efectuado el control de legalidad, el fiscal tiene dos posibilidades para obtener el decreto de medidas cautelares:

- Solicitar al Juez de Control de Garantías que, en audiencia preliminar, tome la disposición de suspender el poder dispositivo sobre los bienes y recursos que han sido motivo de la ocupación o de la incautación, teniendo siempre en cuenta el interés de la justicia, el valor de los bienes y la viabilidad económica de su administración, pautas de conducta que le impone el contenido final del artículo 85 de la Ley 906 de 2004.

Dentro de dicha audiencia preliminar, si el Juez de Control considera que se dan las circunstancias señaladas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004, ya vistas con anterioridad, procederá a decretar la suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos incautados u ocupados, situación que se mantendrá hasta cuando se resuelva, con carácter definitivo, en sentencia ejecutoriada, sobre la decisión de comiso o sobre la devolución de los mismos.

- Elevar la solicitud de suspensión del poder dispositivo sobre los bienes incautados u ocupados, en la misma audiencia de formulación de imputación, pues debe tenerse en cuenta que dicho acto, entre otras consecuencias, abre el proceso penal, vincula a un ciudadano a la investigación penal, permite la solicitud de aplicación de medidas de aseguramiento y permite la posibilidad de solicitud de medidas cautelares como las que estamos estudiando.
- Si el Juez de Control considera que la medida no es procedente y la niega, el fiscal tendrá entonces que examinar si dichos bienes se encuentran dentro de una circunstancia de extinción de dominio, en cuyo caso tomará las previsiones necesarias para promover la acción respectiva; de lo contrario, procederá a poner fin a la incautación y a la ocupación, sin perjuicio de que dichos bienes puedan ser afectados en el futuro con medida cautelar encaminada a proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.
- La decisión del Juez de Control de Garantías de aplicar medida cautelar sobre los bienes incautados u ocupados disponiendo la suspensión del poder dispositivo, puede ser materia de interposición de los recursos de reposición y apelación, y en este último caso el efecto de concesión del recurso será el devolutivo, de acuerdo con el contenido de los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004. Tales recursos podrán

ser interpuestos por el fiscal en la etapa de indagación y por el mismo fiscal, por el imputado o acusado o por el defensor, en el período de investigación y juzgamiento.

- Para la efectividad de la medida que se tome, el Juez de Control de Garantías deberá librar los oficios respectivos ante las oficinas de control que correspondan, informando sobre la medida cautelar adoptada.

F. DEVOLUCIÓN DE BIENES

En relación con este aspecto es necesario precisar los siguientes aspectos de especial importancia:

Al estudiar, en capítulo anterior, lo relacionado con la decisión del Juez de Control de Garantías en torno a la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo de los bienes y recursos incautados u ocupados con fines de comiso, tuvimos la oportunidad de señalar que si el juez consideraba procedente no dictar la medida cautelar, tales bienes y recursos deberán ser entonces vinculados a la respectiva acción de extinción de dominio si, a juicio del fiscal, los bienes se encuentran dentro de una causal que lo haga procedente u ordenar su devolución.

Lo anterior nos lleva a referirnos a la devolución de bienes incautados u ocupados, respecto de lo cual señalamos:

- Producida por la Policía Judicial la incautación o la ocupación de bienes con fines de comiso en las condiciones vistas anteriormente, es decir, como acto propio de la Policía Judicial en los eventos de conductas flagrantes, o previa orden del fiscal, estos serán custodiados por la propia fiscalía hasta tanto se tomen sobre ellos las medidas que sean procedentes.
- Si los bienes y recursos incautados u ocupados con fines de comiso, son afectados con medida cautelar de suspensión del poder dispositivo que se tenga sobre ellos, por parte del juez de control de garantías, dichos bienes serán puestos a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación quien los administrará hasta el momento en el cual se ordene el **comiso** o hasta que se disponga su devolución.
- Cuando los bienes y recursos hayan sido afectados por medida cautelar, **solamente el Juez de Control de Garantías podrá levantar la medida**, lo cual hará previa solicitud del fiscal o de quien tenga un interés legítimo en que se produzca, y en audiencia preliminar solicitada y convocada para tal fin; en consecuencia,

la devolución de los mismos no podrá realizarse mientras el Juez de Control no levante la medida.

Si el Juez de Control de Garantías se abstiene de decretar la medida cautelar y en consecuencia los bienes permanecen a disposición de la fiscalía, o si habiendo bienes incautados u ocupados, estos no se hacen necesarios para la indagación o la investigación o no procede la medida cautelar, por no encontrarse dentro de las causales de comiso a las cuales se refieren los artículos 82 y 83 de la Ley 906 de 2004, el fiscal deberá, antes de formular acusación y, en un término que no puede exceder de seis (6) meses para su cumplimiento, devolver los bienes y los recursos a quien tenga derecho a recibirlos.

- Puede suceder que quien tenga derecho a recibir los bienes no concurra, no obstante la comunicación que al respecto debe enviarle la Fiscalía. De sucederse este evento y no presentarse el interesado en el término de los quince (15) días siguientes a la fecha de la decisión que ordena su devolución, (sería sin embargo más prudente tomarse los 15 días a partir de la fecha de envío de la comunicación respectiva) los bienes serán puestos a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, a las voces del artículo 89 de la Ley 906 de 2004, lo cual sucederá igualmente cuando se ignora quién sea el titular, poseedor o tenedor de los bienes o recursos afectados.

G. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA PERSONERÍA JURÍDICA

Incluye la ley dentro de las normas que regulan la figura del comiso la afectación de la personería jurídica y la permanencia de actividades de locales o establecimientos abiertos al público, dentro de una secuela legislativa lógica que mira sancionar la utilización de fuentes comerciales en actividades ilícitas.

La norma anterior, no es institución nueva en nuestro derecho procesal penal puesto que ya la encontramos en los códigos de los años de 1991 (Decreto 2700) y del 2000 (Ley 600), con un alcance conceptual similar al contenido en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004.

Su base está fundamentada en la existencia de motivos fundados, es decir, en la existencia de elementos fácticos que lleven a inferir, de una manera razonable, que determinadas sociedades, empresas, personas jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, etc., están dedicados total o parcialmente al desarrollo de actividades ilícitas.

Cuando surge ese convencimiento, apoyado en elementos materiales de prueba, evidencia física o informes legalmente obtenidos, el fiscal coordinador de la investigación, antes de presentar el escrito de acusación, puede solicitar al Juez de Control de Garantías la realización de una audiencia preliminar con el fin de solicitar la suspensión o cancelación de la personería jurídica o el cierre temporal de establecimientos abiertos al público, sea de personas jurídicas o naturales, dedicados total o parcialmente a dichas actividades ilícitas.

Tomada la decisión por parte del Juez de Control de Garantías, deberá comunicarla a la autoridad competente, advirtiéndole que previo a la efectivización de la suspensión, de la cancelación o del cierre temporal del establecimiento abierto al público, se de cumplimiento a los requisitos legales establecidos para ello.

At

El artículo 91 de la Ley 906 de 2004 establece que "... el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales...".

Reflexión:

- a. ¿Quién es la autoridad competente para cumplir lo dispuesto por el Juez de Control de Garantías al dar aplicación al artículo 91 de la Ley 906?
- b. ¿Cuáles son los requisitos legales establecidos para la suspensión o cancelación de personerías jurídicas o para el cierre temporal de establecimientos abiertos al público?

Finalmente digamos al respecto de esta primera parte sobre el régimen de los bienes en el Nuevo sistema, que la decisión que al respecto de lo anterior tome el juez de control de garantías, al igual que otras medidas ya vistas anteriormente y que afectan bienes susceptibles de comiso, deben permanecer vigentes hasta el pronunciamiento de sentencia de responsabilidad penal, en cuyo momento, y de existir convencimiento más allá de toda duda sobre la validez de las circunstancias que las originaron, el Juez de Conocimiento las dispondrá con carácter definitivo.

III. MEDIDAS CAUTELARES

En el acápite anterior se estudió el régimen de los bienes y recursos susceptibles de **comiso** y las medidas cautelares que sobre ellos reglamenta la nueva legis-

lación procesal penal. Ahora nos referiremos a las medidas cautelares, embargo y secuestro, previstas en general para los bienes del imputado o acusado dentro del régimen de la Ley 906 de 2004.

A. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Antes de avocar el tema de las medidas cautelares sobre los bienes del imputado o acusado nos referiremos a la norma que impone la prohibición al imputado de enajenar bienes de su propiedad sujetos a registro.

El artículo 97 de la Ley 906 de 2004, en defensa al derecho a la reparación que asiste a la víctima del delito, establece la restricción para el imputado de enajenar los bienes de su propiedad, cuando estos están sujetos a la formalidad del registro (como es el caso de los inmuebles y de los vehículos automotores) a partir de la audiencia de formulación de imputación, puesto que es en tal momento cuando se produce la vinculación del imputado al proceso penal. Se busca mediante este mecanismo evitar que el procesado, frente a la obligación reparatoria que surgiría para él en el caso de una declaratoria de responsabilidad penal o frente a la aceptación y allanamiento a los cargos, que podría sucederse de su parte como consecuencia de los preacuerdos o de las negociaciones con el fiscal, e incluso frente a la aplicación del mismo principio de oportunidad, se insolvente, y de esta manera haga imposible el cumplimiento de uno de los fines propios de la reparación, como lo es la indemnización y pago de los perjuicios ocasionados con el injusto.

Dicha restricción opera dentro de los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación y de ello debe prevenirse al imputado, en el momento de la audiencia preliminar, por parte del Juez de Control de Garantías, advirtiéndole además que cualquier negociación que realice contraviniendo la prohibición, y sin autorización del Juez de Control, será nula y en consecuencia no producirá ningún efecto jurídico. Para la efectividad de la medida el Juez de Control deberá comunicar esta situación a la oficina de registro correspondiente.

En relación con el instituto procesal que estamos comentando, además de lo anterior, debemos tener en cuenta lo siguiente:

- a. La restricción a la libertad de enajenar bienes de su propiedad sujetos a registro, impuesta al imputado en la audiencia de formulación de la imputación, solamente puede ser levantada por el juez que conozca del proceso, y únicamente cuando el imputado garantice satisfactoriamente la indemnización de los perjuicios causados.

- b. La prohibición solamente cubre un período de seis (6) meses, contados a partir de la audiencia de formulación de imputación, en consecuencia, transcurrido dicho lapso, debe informarse a la oficina de registro correspondiente la finalización de la restricción, comunicación que debe dirigir el juez que conozca del proceso en el momento de sucederse tal circunstancia, a menos que, como consecuencia de una medida cautelar sobre dichos bienes, estos deban permanecer fuera del comercio.
- c. Cuando con anterioridad a la formulación de la imputación se haya realizado lícita y legalmente un negocio jurídico sobre un bien y dicho negocio deba perfeccionarse dentro de un término que incluye el del adelantamiento del proceso penal, la ley procesal establece la posibilidad de que el tercero de buena fe, por sí mismo o por intermedio de apoderado, solicite audiencia preliminar al juez que conozca del asunto para demandar la correspondiente autorización de culminación del negocio jurídico iniciado, con base en los motivos y razones que originaron la realización del mismo. Esta solicitud puede ser formulada en cualquier tiempo a partir de la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de iniciarse el juicio oral. Escuchados los argumentos del tercero de buena fe, el juez resolverá de plano, lo cual indica que su determinación no es susceptible de recurso alguno.
- d. Puede suceder que estando vigente la prohibición de enajenar bienes, resulte necesaria la realización de algún tipo de operación comercial con el objeto de acudir al pago de los perjuicios decretados. En este caso, el juez que conoce del proceso podrá autorizar la operación mercantil solicitada, incluso sobre bienes que hayan sido entregados en forma provisional. Realizada la operación autorizada por el juez, el importe de la misma deberá ser inmediatamente consignado a órdenes del despacho judicial que la autorizó.

De la misma manera es importante señalar que cuando sea necesaria la realización de una operación de venta sobre un bien cuya prohibición de enajenar esté vigente, por causa del giro ordinario de la actividad del procesado (como cuando se trata de un corredor de finca raíz, de un constructor de vivienda o de otro tipo de inmuebles, etc.), y se demuestre ante el juez competente la existencia de bienes en cuantía suficiente para asegurar la eventual reparación económica de los perjuicios ocasionados, el funcionario judicial podrá autorizar la realización del negocio jurídico.

B. PROCEDENCIA, OBJETO E INTERÉS JURÍDICO PARA SOLICITAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

En torno a los aspectos que eumarkan el contenido de las medidas cautelares sobre los bienes de propiedad del imputado o acusado, señalamos los siguientes aspectos fundamentales:

- a. Las medidas cautelares sobre bienes de propiedad del imputado o acusado resultan procedentes a partir de la audiencia preliminar de formulación de imputación, lo cual indica que pueden ser tomadas dentro de esta misma audiencia y una vez producida

la vinculación legal del imputado al proceso penal o posteriormente, en cuyo caso deberá realizarse una audiencia preliminar con tal fin.

b. El objeto de las medidas cautelares sobre bienes tiende a garantizar a las víctimas el derecho que les asiste a la indemnización de los perjuicios causados, cuando este aspecto resulta prioritario dentro del contenido general del derecho fundamental a la **reparación**.

Como se ha planteado, los programas de Justicia restaurativa no se dirigen necesariamente al reconocimiento económico indemnizatorio, puesto que su contenido global puede contener también otros aspectos que entran dentro del concepto general de **reparación**, como lo son la realización o abstención de determinada conducta, la prestación de servicios a la comunidad, el pedimento de disculpas o perdón, y otras modalidades que tengan la misma finalidad de las anteriores y que sean aceptadas por la víctima, sin que impliquen necesariamente un interés de contenido económico.

Sin embargo, como la naturaleza y modalidad de la reparación solamente será acordada entre víctima y victimario como consecuencia del sometimiento voluntario y consensual a los programas de Justicia restaurativa, o por el imputado o acusado y el fiscal en desarrollo de los institutos procesales de los preacuerdos y negociaciones o en aplicación del principio de oportunidad, o en últimas por el propio Juez de Conocimiento como culminación del incidente de reparación integral adelantado a solicitud de la víctima o del fiscal o del Ministerio Público a instancias de esta y como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal, el legislador ha querido a través de las medidas cautelares, asegurar que la **reparación**, cuando tenga un contenido económico, no resulte inocua o simplemente ilusoria.

c. Las personas habilitadas para solicitar las medidas cautelares son el fiscal y las víctimas directas del delito; excepcionalmente puede hacerlo el Ministerio Público cuando se trate de víctimas menores de edad o incapaces.

Con respecto a lo anterior debemos tener en cuenta que no obstante la ley establece que el reconocimiento de la calidad de víctima solamente se determinará en la audiencia de formulación de acusación (artículo 340 de la Ley 906 de 2004), para efectos de las medidas cautelares sobre los bienes de propiedad del autor del delito, reviste a la víctima del poder de solicitar su imposición con el fin de garantizarle la reparación del daño causado por el injusto.

Para la efectividad del derecho, que se considere víctima directa del delito deberá acreditar de una manera sencilla y sumaria en la audiencia de formulación de imputación o en la convocada específicamente para tomar las medidas cautelares,

su calidad de tal, como la naturaleza del daño recibido y la cuantía de la pretensión indemnizatoria, con el objeto de que el juez de control de garantías (ya que de acuerdo con el primer inciso del artículo 92 de la Ley 906 de 2004 esta facultad se le entrega de manera específica al Juez de Control de Garantías), en el momento de tomar la decisión que resulte procedente, tenga en cuenta este factor fundamental para disponer embargo y secuestro de bienes en cuantía suficiente para garantizar real y efectivamente el pago de los perjuicios ocasionados por la conducta punible.

C. CRITERIOS Y TRÁMITE DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Para la aplicación de las medidas cautelares sobre los bienes de propiedad del imputado o acusado, el juez de control de garantías deberá tener en cuenta los criterios de **necesidad, suficiencia y proporcionalidad**.

La **necesidad** surge, como se señaló anteriormente, del objetivo fundamental de garantizar a la víctima directa de la conducta punible, la seguridad sobre la efectividad de la reparación, cuando esta se fundamente en un contenido de naturaleza económica, evitando así que el autor del delito acuda a prácticas indebidas, como la de insolventarse, ocultar los bienes, autoembargarse, etc., con el propósito de impedir la afectación de su patrimonio económico, en desmedro de la responsabilidad civil que emana del delito (artículo 94 del Código Penal), y de la obligación de reparar a la víctima como consecuencia de su comportamiento ilícito.

La suficiencia se relaciona con la necesidad de que las medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes, se produzcan en una cuantía que resulte suficiente para garantizar el eventual pago de los perjuicios ocasionados.

La proporcionalidad se predica en el sentido de que las medidas cautelares que se tomen sobre los bienes del imputado o acusado deben resultar proporcionales a la gravedad del daño y a la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de los perjuicios, como lo predica el artículo 94 de la Ley 906 de 2004. De esta manera el nuevo sistema previene sobre la inveterada costumbre de decretar medidas cautelares alejadas de la realidad procesal, absolutamente desproporcionadas con los fines de reparación e incomprensibles dentro del alcance lógico de la indemnización.

Por lo mismo, deberá el Juez de Control de Garantías, antes de ordenar las medidas cautelares, hacer un juicio de valor integral sobre los aspectos estructurales

del delito que se imputa, sobre su gravedad, sobre las víctimas directas del mismo y sobre la posible cuantía de la reparación integral indemnizatoria en el evento de que se llegare a ello, y solamente luego de tal análisis, disponer la afectación de los bienes aplicando entonces criterios de justicia, de equidad y consecuentemente de proporcionalidad.

Exige la normatividad al funcionario judicial tal prudencia en la toma de estas medidas cautelares que incluso autoriza al juez para que frente a solicitud fundamentada del imputado, acusado o condenado, pueda sustituir las medidas cautelares por otros mecanismos que garanticen la reparación pero que resulten menos gravosos, como podrían serlo fianzas, constitución de hipotecas o fiadores solventes, lo mismo que reducirlas cuando resulten excesivas o desproporcionadas.

2. Como ya se dijo, las medidas cautelares pueden ser solicitadas por el fiscal o por las víctimas directas del delito y en casos excepcionales por el Ministerio Público cuando la víctima sea un menor de edad o un incapaz, y deben ser decretadas por el Juez de Control de Garantías con sometimiento a los principios que presiden su imposición y que se vieron en el punto anterior.

Previamente al decreto de las mismas deberá prestarse caución de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil, exceptuándose de esta obligación al Fiscal y al Ministerio público en los casos en que este puede solicitarlas.

La nueva normatividad contenida en la Ley 906 de 2004, establece igualmente una excepción a la obligación de prestar caución, que resulta evidentemente válida y que se acomoda a un criterio elemental de justicia: se establece que en los casos en que existan motivos fundados que lo justifiquen, podrá eximirse de la obligación de prestar caución al peticionario diferente al fiscal o al Ministerio Público, que en este caso serían únicamente las víctimas del delito. Estos motivos fundados pueden surgir de elementos fácticos que establezcan la imposibilidad de la prestación de la caución, como sería la extrema pobreza, la iliquidez manifiesta y no provocada, la enfermedad grave que impide la actividad productiva, la improducción laboral, etc., circunstancias que no pueden obrar para hacer nugatoria la medida fundamental de garantía de reparación.

Como en el procedimiento de embargo y secuestro, cauciones, funciones del secuestro y trámite posterior al decreto de medidas cautelares, la Ley 906 remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, consideramos de especial utilidad para el discente hacer aquí la transcripción de las principales normas de dicho estatuto que regulan estos aspectos, para mayor facilidad en la comprensión del tema.

D. CAUCIONES

El Código de Procedimiento Civil establece en relación con este tópico:

“ART. 678. Clases, cuantía y oportunidad para constituir las. Las cauciones que ordena prestar este código pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Si el juez considera necesario un dictamen de peritos para fijar la cuantía de la caución, podrá decretarlo y las expensas serán de cargo de quien deba prestarla.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código.

Las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.

Podrá remplazarse por dinero cualquier caución ya constituida, consignando su importe en la cuenta judicial, o por otra de las indicadas en el inciso primero cuando en concepto del juez ofrezca igual garantía y facilidad para hacerla efectiva”.

“ART. 679. Calificación y cancelación. Prestada la caución, el juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará, para lo cual observará las siguientes reglas:

1. La caución hipotecaria se otorgará a favor del respectivo juzgado o tribunal y dentro del término señalado para prestarla deberá presentarse un certificado del notario sobre la fecha de la escritura de hipoteca, copia de la minuta de esta autenticada por el mismo funcionario, el título de propiedad del inmueble, un certificado de su tradición y libertad en un período de veinte años si fuere posible, y el certificado de avalúo catastral. Los notarios darán prelación a estas escrituras, y su copia registrada se presentará al juez dentro de los seis días siguientes al registro.

2. Cuando se trate de caución prendaria, deberá acompañarse el certificado de la cotización de los bienes en la última operación que sobre ellos haya habido en una bolsa de valores que funcione legalmente, o su avalúo por dos peritos que figuren en la lista de auxiliares de la justicia, autenticado ante juez o notario, que se entenderá rendido bajo juramento por la sola firma del escrito.

Los bienes dados en prenda deberán entregarse al juez junto con la solicitud para que se acepte la caución, si su naturaleza lo permite, y aquel ordenará el depósito en un establecimiento bancario u otro que preste tal servicio; en los demás casos, en la misma solicitud se indicará el lugar donde se encuentren los bienes para que se proceda al secuestro, que el juez decretará y practicará inmediatamente, previa designación

del secuestro y señalamiento de fecha y hora para la diligencia; si en esta se presenta oposición y el juez la considera justificada, se prescindirá del secuestro.

3. Si la caución no reúne los anteriores requisitos, el juez negará su aprobación y se tendrá por no constituida, y si se trata de hipoteca procederá su cancelación.

4. Salvo disposición en contrario, las cauciones se cancelarán mediante auto apelable en el efecto diferido si el proceso está en curso, o en el suspensivo si concluyó, una vez extinguido el riesgo que amparen, o cumplida la obligación que de él se derive, o consignado el valor de la caución a órdenes del juez”.

“ART. 680. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 338. Recursos. Son apelables los autos que fijen la especie o cuantía de una caución y los que la acepten o rechacen.

Si el superior aumenta la cuantía de la caución, deberá complementarse en un término igual al señalado para prestar la primera, contado desde la notificación del auto de obediencia a lo dispuesto por aquel y si así no ocurriere se procederá como si no se hubiera prestado inicialmente”.

Embargo y secuestro

El Código de Procedimiento Civil establece al respecto:

“ART. 681. Modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num. 339. Modificado, L. 794/2003, art. 67. Embargos. Para efectuar los embargos se procederá así:

1. El de bienes sujetos a registro se comunicará al respectivo registrador, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquellos pertenecieren al afectado con la medida, lo inscribirá y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre su situación jurídica en un período de veinte años, si fuere posible. Una vez inscrito, el oficio de embargo se remitirá por el registrador directamente al juez junto con dicho certificado.

Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta, cuando se trate de ejecutivo con garantía real, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 554.

2. El de los derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra, se perfeccionará previniendo a aquella y al obligado al respectivo pago, que se entiendan con el secuestro para todo lo relacionado con las mejoras y sus productos o beneficios.

Para el embargo de mejoras plantadas por una persona en terrenos baldíos, se notificará a esta para que se abstenga de enajenarlas o gravarlas.

3. El de bienes muebles no sujetos a registro se consumará mediante su secuestro, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes.

4. El de un crédito u otro derecho semejante, se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que debe hacer el pago a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquier persona que presencie el hecho.

Al recibir el deudor la notificación, o dentro de los tres días siguientes, deberá informar bajo juramento que se considerará prestado con su firma, acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquélla, so pena de responder por el correspondiente pago y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

Si el deudor no efectúa el pago oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.

El del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó, y los anteriores que no hubieren sido cancelados.

5. El de derechos o créditos que la persona contra quien se decreta el embargo persiga o tenga en otro proceso, se comunicará al juez que conozca de él para los fines consiguientes, y se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio en el respectivo despacho judicial.

6. El de acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y títulos valores a la orden, se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa emisora o al representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, de lo cual deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres días siguientes, so pena de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio y a partir de esta no podrá aceptarse ni autorizarse transferencia ni gravamen alguno.

El de acciones, títulos, bonos y efectos públicos, títulos valores y efectos negociables, a la orden y al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestre.

Los embargos previstos en este numeral se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, que se consignarán oportunamente por la persona a quien se comunicó el embargo, a órdenes del juzgado en la cuenta de depósitos judiciales, so pena de hacerse responsable de dichos valores y de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

El secuestre podrá adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas y promover cualesquiera otras medidas autorizadas por la ley con dicho fin, tendrá acceso a los libros o comprobantes de la sociedad y podrá solicitar exhibición de ellos.

7. El del interés de un socio en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada u otra de personas, se comunicará a la autoridad encargada de la matrícula y registro de sociedades, la que no podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés, ni reforma o liquidación parcial de la sociedad que implique la exclusión del mencionado socio o la disminución de sus derechos en ella.

A este embargo se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del numeral anterior, y se comunicará al representante de la sociedad en la forma establecida en el inciso primero del numeral 4°, a efecto de que cumpla lo dispuesto en tal inciso.

8. Si el deudor o la persona contra quien se decreta el embargo fuere socio comanditario, se comunicará al socio o socios gestores o al liquidador, según fuere el caso. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio.

9. El del interés de un socio en sociedades civiles sometidas a las solemnidades de las comerciales, se perfeccionará en la forma prevista en el numeral 7°. El de otras sociedades civiles se comunicará a los demás socios y al gerente o al liquidador, si lo hubiere, y se aplicará lo dispuesto en los incisos primero y tercero del numeral 6°.

10. El de salarios devengados o por devengar, se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4°, para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y haga oportunamente las consignaciones a órdenes del juzgado, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores e incurrirá en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales.

Si no se hicieren las consignaciones el juez designará secuestre que deberá adelantar el cobro judicial, si fuere necesario.

11. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4°, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento. Aquellos deberán consignar las sumas retenidas en la cuenta de depósitos judiciales, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

12. El de derechos pro indiviso en bienes muebles, se comunicará a los otros copartícipes, advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos deben entenderse con el secuestre.

PAR. En todos los casos en que se utilicen mensajes electrónicos, los emisores dejarán constancia de su envío y los destinatarios, sean oficinas públicas o particulares, tendrán el deber de revisarlos diariamente y tramitarlos de manera inmediata”.

E. SECUESTRO

El Código de Procedimiento Civil determina al respecto:

“ART. 682. Modificado, D.E. 2282/89, art. 1°, num. 340. Adicionado, D.E. 2651/91, art. 41. Secuestro. Para el secuestro de bienes se aplicarán las siguientes reglas:

1. Modificado L. 794/2003, art. 68. En el auto que lo decreta se señalará fecha y hora para la diligencia que se practicará aunque no concurra el secuestre, caso en el cual el juez o el funcionario comisionado procederá a remplazarlo en el acto, sin que en la comisión se pueda prohibir la designación del secuestre reemplazante en el evento de la no comparecencia del que se encontraba nombrado y posesionado.

2. La entrega de bienes al secuestre se hará previa relación de ellos en el acta, con indicación del estado en que se encuentren.

3. Cuando se trate de derechos pro indiviso en bienes inmuebles, en la diligencia de secuestro se procederá como se dispone en el numeral 12 del artículo precedente.

4. Salvo lo dispuesto en los numerales siguientes y en el artículo 10, el secuestre depositará inmediatamente los vehículos, máquinas, mercancías, muebles, enseres y demás bienes en la bodega de que disponga y a falta de esta en un almacén general de depósito u otro lugar que ofrezca plena seguridad, de lo cual informará por escrito al juez al día siguiente, y deberá tomar las medidas adecuadas para la conservación y mantenimiento. En cuanto a los vehículos de servicio público, se estará a lo estatuido en el numeral 2° del artículo 684.

No obstante los muebles estrictamente necesario para la sala de recibo y el comedor de la casa de habitación, a juicio del juez, serán dejados en depósito provisional, en poder de la persona contra quien se decretó el embargo, o en su defecto de uno de sus parientes o del cónyuge, y serán retirados por el secuestre una vez decretado su remate, para lo cual se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

5. Si se trata de semovientes o de bienes depositados en bodegas, se dejarán con las debidas seguridades en el lugar donde se encuentren, hasta cuando el secuestre considere conveniente su traslado y este puede ejecutar, en las condiciones ordinarias del mercado, las operaciones de venta o explotación a que estuvieren destinados, procurando seguir el sistema de administración vigente.

6. Los almacenes o establecimientos similares se entregarán al secuestre, quien continuará administrándolos, como se indica en el numeral anterior, con el auxilio de los dependientes que en ese momento existieren y los que posteriormente designe de conformidad con el numeral 6° del artículo 9°, y consignará los productos líquidos en la forma indicada en el artículo 10. El propietario del almacén o establecimiento podrá ejercer funciones de asesoría y vigilancia, bajo la dependencia del secuestre.

Inmediatamente se hará inventario por el secuestre y las partes o personas que estas designen, sin que sea necesaria la presencia del juez, copia del cual, firmado por quienes intervengan se agregará al expediente.

7. El secuestro de cosechas pendientes o futuras se practicará en el inmueble, dejándolas a disposición del secuestre, quien adoptará las medidas conducentes para su administración, recolección y venta en las condiciones ordinarias del mercado.

8. Si lo secuestrado es una empresa industrial o minera u otra distinta de las contempladas en los numerales anteriores, el secuestre asumirá la dirección y manejo del establecimiento, procurando seguir el sistema de administración vigente. El gerente o administrador continuará en el cargo bajo la dependencia del secuestre, y no podrá ejecutar acto alguno sin su autorización, ni disponer de bienes o dineros; a falta de aquel, el propietario podrá ejercer las funciones que se indican en la parte final del inciso primero del numeral 6°.

La maquinaria que esté en servicio se dejará en el mismo lugar; pero el secuestre podrá retirarla una vez decretado el remate, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la policía.

9. Cuando al practicar el secuestro de una empresa o establecimiento se encuentre dinero, el juez lo consignará inmediatamente en la cuenta de depósitos judiciales.

10. Cuando se trate de títulos de crédito, alhajas y en general objetos preciosos, el secuestre los entregará en custodia a una entidad bancaria o similar, previa su completa especificación, de lo cual informará al juez al día siguiente.

11. El juez se abstendrá de secuestrar los bienes muebles inembargables, y si se trata de inmuebles levantará el embargo. Estos autos son apelables en el efecto devolutivo.

12. Cuando no se pueda practicar inmediatamente un secuestro o deba suspenderse, el juez o el comisionado podrá asegurar con cerraduras los almacenes o habitaciones u otros locales donde se encuentren los bienes o documentos, colocar sellos que garanticen su conservación, y solicitar vigilancia de la policía”.

F. SECUESTRE

El nombramiento del secuestre para efecto de las medidas cautelares en el sistema de la Ley 906 de 2004, debe ser realizado por el Juez de Control de Garantías de acuerdo a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 92 de dicha ley, pero el trámite posterior que deba realizarse como las funciones del secuestre, se deben ceñir a las disposiciones respectivas del Código de Procedimiento Civil, que determina:

“ART. 683. Modificado, D.E. 2282/89, art. 1º, nrm. 341. Funciones del secuestre y caución. El secuestre tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen, y si se trata de empresa o de bienes productivos de renta, las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo.

Si los bienes secuestrados son consumibles y se hallan expuestos a deteriorarse o perderse, el secuestre los enajenará en las condiciones normales del mercado, consignará el dinero en la forma establecida en el artículo 10 y rendirá al juez informe de la venta.

Cuando no se trate del caso previsto en los incisos cuarto y quinto del artículo 10, el secuestre deberá prestar la caución que el juez fije una vez practicado el secuestro y si no lo hace en el término que se le señale, será removido.

No se exigirá caución al opositor a quien se dejen los bienes en calidad de secuestre, ni cuando las partes lo soliciten de común acuerdo...”.

Resta, al respecto del presente acápite, señalar que la ley procesal penal impone la obligación de dejar en poder del imputado o acusado el bien inmueble que esté ocupado o habitado por el mismo, a título de depósito gratuito, con la condición de entregarlo al secuestre designado o a quien el funcionario señale, en el momento en que se profiera en su contra sentencia de responsabilidad penal.

G. DESEMBARGO

Las medidas cautelares sobre los bienes de propiedad del imputado o del acusado, dictadas por el Juez de Control de Garantías, deben cumplirse en forma

inmediata luego de su decreto, pero dada su naturaleza y sobre todo el fin que las motiva, solamente pueden ser dadas a conocer mediante notificación a la parte afectada, una vez que se hayan cumplido.

El desembargo puede ser total o parcial. El desembargo total de los bienes que han sido objeto de las medidas cautelares puede producirse cuando el afectado preste caución, que garantice satisfactoriamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, así como las demás obligaciones de contenido económico, que lleguen a establecerse dentro del proceso penal, en el evento de dictarse una sentencia condenatoria, o en el caso de darse cualquier otro mecanismo procesal que conlleve reparación económica, no ligada necesariamente al pronunciamiento de sentencia, como sería el caso de la aplicación del principio de oportunidad.

El monto de la caución debe ser señalado por el juez de acuerdo a la gravedad y modalidades del hecho investigado, los daños producidos a la víctima, la naturaleza y cuantía de los bienes afectados con las medidas cautelares y demás factores que puedan incidir en el monto de la garantía ofrecida como mecanismo para lograr el desembargo.

La caución puede prestarse en dinero efectivo, en cuyo caso la suma depositada se entenderá embargada para todos los efectos legales, o mediante póliza de compañía de seguros o garantía bancaria, y debe constituirse dentro de un término no mayor de veinte (20) días contados a partir de la fecha en que se imponga.

De otra parte, el desembargo puede ser parcial, lo cual se da cuando la medida cautelar resulta excesiva frente al valor de la posible reparación económica a la cual estaría obligado el autor del injusto. En este caso el afectado puede solicitar el desembargo del excedente y el juez competente tomará la determinación que corresponda, teniendo siempre en cuenta el fin de la medida y la necesidad de asegurar la efectividad de la indemnización, cuando esta se constituya en exigencia de la pretensión reparatoria.

H. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS FRAUDULENTAMENTE

Corresponde esta figura, contenida en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, a una de las modalidades del **restablecimiento del derecho**, que persigue, en sentido general, evitar la producción de consecuencias jurídicas mediante la utilización de títulos de propiedad obtenidos fraudulentamente.

El sentido de la disposición consagrada en la nueva ley plantea variantes significativas en relación con el instituto procesal surgido a la vida jurídica nacional con el decreto 2700 de 1991 (artículo 61), primer estatuto procesal penal inspirado en la reforma constitucional de dicho año. Son elementos integrantes de la norma procesal los siguientes:

1. La medida solamente puede ser tomada por el Juez de Control de Garantías, en cualquier momento de la investigación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación.
2. Debe ser solicitada por la Fiscalía.
3. El Juez de Control de Garantías solamente podrá disponer la **suspensión** del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, lo cual significa que, contrario a las interpretaciones dadas a la figura en sistemas procesales anteriores, la medida que se tome en la etapa de la investigación tiene un carácter eminentemente temporal.
4. La procedencia de la decisión debe estar basada en la existencia de **motivos fundados** que permitan inferir razonablemente al funcionario llamado a tomar la decisión correspondiente, que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.
5. La **cancelación** de los títulos y de los registros respectivos solamente se puede disponer en la sentencia condenatoria, lo cual indica que únicamente cuando se produzca la ejecutoria del fallo respectivo es cuando adquiere plena vigencia el restablecimiento del derecho.
6. De acuerdo con el contenido de la disposición legal que comentamos (artículo 101 de la Ley 906 de 2004), para tomar la determinación de la cancelación definitiva de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente, debe existir **“convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la medida”**, lo cual crea una disparidad legislativa que si bien no es de gravedad ni significa dicotomía normativa, sí demuestra una inconsistencia conceptual inconveniente que podría llevar a confusiones.

Lo anterior porque la norma rectora del artículo 7º, de la Ley 906, establece que **“para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”** mientras que para ordenar la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente

la ley exige ausencia de “**duda razonable**”, no obstante que esta determinación se toma en la misma sentencia condenatoria.

Debemos entender, sin embargo, que tanto para dictar sentencia condenatoria como para disponer la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente, simplemente se exige el convencimiento más allá de toda duda, sin necesidad de calificar si ese estado de duda es razonable o no es razonable. Si existe la duda sobre cualquiera de los dos extremos, sea sobre la responsabilidad penal o sea sobre las circunstancias que infieren la fraudulentencia original de la obtención de los bienes sujetos a registro, el juez no podrá tomar ni decisión condenatoria en un caso, ni disponer la cancelación de los títulos y registros, en el otro.

7. Las medidas que se han estudiado y que se refieren a los bienes sujetos a registro, también operan en relación con los títulos valores a condición de que por su naturaleza deban cumplir con este requisito y que, además, hayan sido obtenidos fraudulentamente.
8. Finalmente debe señalarse que **una vez cancelados los correspondientes títulos y que la decisión se encuentre ejecutoriada**, debe ponerse en conocimiento de las autoridades que estén adelantando procesos con base en tales títulos, sobre dicha decisión, con el fin de que se tomen las medidas pertinentes, que no pueden ser diferentes a la finalización de las actuaciones judiciales originadas con base en ellos.

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS DELITOS CULPOSOS

La Ley 906 de 2004 en su artículo 100 establece un régimen especial sobre los bienes vinculados con los delitos culposos, cuya síntesis, para los efectos del presente módulo, planteamos en los siguientes términos:

Realizada una conducta que tenga las características de un delito culposos, los vehículos automotores, las naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas, o los demás elementos vinculados al resultado culposos (que se recuerda, no necesariamente está ligado a las actividades de tránsito), y que sean de libre comercio, deberán, de acuerdo con las reglas generales del procedimiento, ser puestos a disposición del fiscal coordinador o director de la investigación por parte de la Policía Judicial, con el objeto de que dentro de los diez (10) días siguientes se cumplan con todas las previsiones legales sobre cadena de custodia, contenidas en los artículos 254 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

Por su relación especial con el tema que estamos tratando, transcribimos el contenido de los artículos 254, 256 y 266 de la Ley 906 de 2004 y otras normas pertinentes:

Ley 906 de 2004:

“Art. 254. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos”.

“Art. 256. Macro elementos materiales probatorios. Los objetos de gran tamaño, como naves, aeronaves, vehículos automotores, máquinas, grúas y otros similares, después de ser examinados por peritos, para recoger elementos materiales probatorios y evidencia física que se hallen en ellos, se grabarán en videocinta o se fotografiarán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, microrrastros o semejantes, marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y videos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento, se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior.

El fiscal, en su defecto los funcionarios de policía judicial, deberán ordenar la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan”.

“Art. 266. Destino de macroelementos. Salvo lo previsto en este Código en relación con las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, los macroelementos materiales probatorios, mencionados en este capítulo, después de que sean examinados, fotografiados, grabados o filmados, serán devueltos al propietario, poseedor o al tenedor legítimo según el caso, previa demostración de la calidad invocada, siempre y cuando no hayan sido medios eficaces para la comisión del delito”.

Artículo 922 del Código de Comercio:

“ART. 922. La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la inscripción del título en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la entrega material de la cosa.

PAR. De la misma manera se realizará la tradición del dominio de vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades”.

Ley 53 de 1989:

“ART. 6°. El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato que implique tradición, disposición, aclaración, limitación, gravamen o extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros”.

Decreto 1809 de 1990:

“ART. 1°. Numeral 76- El artículo 88 del Decreto-ley 1344 de 1970 quedará así:

El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros.

El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito será el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito y/o transporte lleven el registro terrestre automotor.

PAR. No serán objeto de este registro los vehículos y la maquinaria que por sus características no puedan transitar por las vías de uso público o privadas abiertas al público”.

En consecuencia, una vez cumplidas las previsiones para la cadena de custodia, los vehículos automotores, naves, aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y demás objetos que tengan libre comercio, serán entregados, por el propio fiscal, de una manera provisional al propietario, poseedor o tenedor legítimo.

Sin embargo, en el caso de que posteriormente el imputado o acusado garantice el pago de los perjuicios, entouces la decisión sobre la validez de la garantía y la suficiencia protectora para asegurar el derecho a la reparación, ya corresponde valorarla al juez competente, quien si la encuentra satisfactoria, dispondrá la entrega definitiva del bien.

Pero queda entonces bien en claro que la capacidad de entrega de los bienes o elementos de libre comercio, vinculados a la comisión de un delito culposo, solamente la tiene el fiscal coordinador o director de la investigación, en el lapso de los diez (10) días siguientes al cumplimiento de las previsiones sobre cadena de custodia, y siempre y cuando dichos bienes no sean afectados con medida cautelar; porque si lo han sido, corresponderá única y exclusivamente al juez competente (de Control de Garantías, en la investigación, y de conocimiento, en la etapa de juzgamiento),

levantar las medidas cautelares o entregarlos a su propietario, poseedor o tenedor legítimo, en las oportunidades legales previstas y previo el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Es decir, si sobre tales bienes se ha solicitado y el juez de control de garantías ha decretado medidas cautelares de embargo y secuestro dentro del término subsiguiente a la realización del hecho culposo señalado en el párrafo anterior, ya dichos bienes no pueden ser entregados por la fiscalía, sino que cualquier decisión sobre ellos corresponderá al juez que conoce de la actuación.

Pero si se trata de vehículos de servicio público colectivo, el juez puede, si así se le solicita, dejarlos en depósito provisional a cargo del representante legal de la empresa a la cual se encuentren afiliados, imponiéndole la obligación de rendir cuentas del producido dentro del término que para tal efecto se le señale por parte del funcionario judicial, y de entregarlos en el momento en el cual se disponga su devolución.

De otra parte y como sucede en los demás casos, el juez competente podrá entregar definitivamente los bienes afectados con medida cautelar, cuando se garantice por parte del imputado o acusado el pago de los perjuicios, lo cual podrá hacer mediante póliza de compañía de seguros o mediante garantía bancaria, o por cualquier otro mecanismo que en sentir del funcionario judicial constituya garantía real y satisfactoria de dicho pago.

Así mismo, cuando se ha dispuesto el embargo de bienes del imputado o acusado, y la medida ha producido como efecto el embargo de estos en cuantía suficiente para garantizar la reparación económica de la víctima, los demás bienes afectados deben ser entregados definitivamente a su propietario, poseedor o tenedor legítimo, por cuanto ya se ha cumplido con el objetivo y la finalidad de la medida cautelar.

Por considerar especialmente importante el conocimiento de los instrumentos internacionales que se refieren al aspecto de la Justicia restaurativa, desarrollado en el presente capítulo, en el anexo No. 1 se transcribe la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares firmada en la ciudad de Montevideo el día ocho (8) de mayo de 1979 y aprobada en Colombia mediante la Ley 42 de 1986.

IV. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Conforme a los temas desarrollados en esta unidad podemos concluir:

- i) el comiso es una medida jurisdiccional que solamente se toma por el juez de

Conocimiento en la sentencia condenatoria y siempre y cuando exista prueba que lleve al convencimiento más allá de toda duda de que tales bienes, están involucrados en actividad delictiva, de acuerdo con la cual la propia ley prevé su afectación con esta medida. ii) Con el objeto de sacar del comercio temporalmente los bienes susceptibles de comiso, el Juez de Control de Garantías puede tomar las medidas cautelares conducentes, obviamente, con carácter temporal, ya que la decisión definitiva solamente puede tomarse en el momento de dictarse sentencia condenatoria.

De otra parte, se ha insistido en la unidad, en establecer la diferencia entre las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso y las medidas cautelares en general que afectan los bienes del imputado o acusado, y que tienden a limitar el derecho de disposición sobre ellos con el propósito de que se constituyan en garantía del pago de los perjuicios a la víctima, cuando la pretensión de esta es de carácter económico, que al fin y al cabo es uno de los integrantes de la reparación.

Ca

- a. Individualmente realice un análisis de las conclusiones a las que llegó a partir de los argumentos presentados en el conversatorio.
- b. Conforme a la lectura de la presente unidad, evalúe dichas conclusiones y reconstruya sus argumentos iniciales.
- c. En el trabajo en subgrupos, con los colegas que se encuentran desarrollando las actividades del módulo, haga un intercambio de argumentos, evalúe los de su compañero y que él haga lo propio con los suyos, luego socialice los cambios o valoraciones nuevos surgidos a partir de la lectura de la unidad.
- d. Es evidente que el módulo en algunos aspectos presenta posiciones diversas a las desarrolladas en el conversatorio interinstitucional, razón por la cual, usted deberá tener claros, conceptos como el de comiso y las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso, para diferenciarlas de las medidas cautelares en general, lo mismo que saber diferenciar el tratamiento que se da a los elementos provenientes de un delito culposos, con los involucrados en los delitos dolosos. ¿En qué radican dichas diferencias? Argumente su respuesta.

GLOSARIO DE TÉRMINOS RELATIVOS A LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN GENERAL¹³

Agresor

“La persona que ha cometido una infracción a las reglas básicas de convivencia o que ha cometido un delito”, se le denomina igualmente como victimario o infractor.

Ámbito de aplicación

Es aplicable en varios campos. Uno de ellos es el sistema penal, pero existen también otros modelos restaurativos que han sido utilizados para infracciones o faltas menores (en colegios, vandalismo callejero e incluso en eventos de violencia familiar). Excepcionalmente se ha aplicado en casos de injusticia extrema como el “apartheid” en Sudáfrica. Generalmente se excluye su aplicación a delitos mayores y a crímenes de lesa humanidad.

Asistencia a la víctima

Son los programas que proporcionan ayuda material y psicológica a las víctimas.

Asistencia al delincuente

Son los programas de asistencia que pretenden desarrollar en los agresores capacidades que les permitan actuar de manera legítima en la sociedad, como habilidades para resolver los conflictos de manera constructiva y reemplazar así las respuestas violentas y destructivas.

Círculos de discusión

Es espacio de encuentro entre la víctima, el agresor y la comunidad, en el cual todos tienen derecho a expresarse. En algunos países un juez o un abogado pueden estar presentes. Los participantes deben sentarse en un círculo y pasar un objeto que señala quién tiene la palabra, según quede en sus manos. En el proceso se promueve el uso de las teorías y los valores restaurativos –respeto mutuo, empatía,

¹³ El presente glosario de términos es general y hace referencia a un concepto universal de justicia restaurativa, por lo tanto, es solamente indicativo y constituye una herramienta pedagógica de consulta para el discente/lector. Los términos fueron tomados de la página web: “La Justicia Restaurativa y Construcción de Paz en Colombia”. On Line. 2005. Dada su generalidad, no necesariamente resultan coincidentes con el contenido de la Ley 906 de 2004.

imparcialidad, reparación, trabajo con la comunidad, arrepentimiento y perdón—, así como también es indispensable escuchar de manera atenta y aceptar las diferencias sin hacer ningún tipo de juicios. Puede realizarse en cualquier momento del proceso y tiene como finalidad lograr el consenso y el entendimiento de los involucrados a trabajar conjuntamente para tomar decisiones de contenido restaurativo.

Conferencia del grupo familiar (FGC)

Es una reunión de grupo en la cual está presente la familia del agresor o de la víctima según el caso, trabajadores sociales, educadores, o sociedades benéficas. Hay dos tipos de conferencias: En las “benéficas”, el agresor es invitado a asistir con su familia extensiva y con otras personas que él considere importantes en su vida. Después de señalar el problema y los recursos disponibles para solucionarlo, se otorga a la familia un tiempo en privado para que establezcan un “plan de acción” para el agresor, el cual tiene un elemento de reparación. En la “justicia juvenil”, se sigue un proceso similar, salvo que la víctima también está invitada a asistir, con su representante si así lo desea, para que exprese sus sentimientos respecto al impacto del crimen.

Esta conferencia tiene como finalidad aclarar hechos del caso y resaltar los comportamientos inadecuados del agresor, mientras se estimula su reintegración a la comunidad. Debe concentrarse en el “mal comportamiento” y no en la persona.

Conferencia restaurativa

En términos generales es una intervención estructurada en la cual participa un facilitador entrenado, la víctima, el delincuente y sus respectivas familias, los grupos comunitarios de apoyo, la policía, los asistentes sociales y los abogados. En esta reunión se delibera y se determina cuáles son las sanciones más apropiadas para el caso concreto, así como la mejor manera de reparar el daño causado. Todas las partes deben estar de acuerdo con respecto al plan de reparación y considerarlo una resolución justa.

Funciona en diversos países en casos de violencia familiar y delincuencia juvenil y tiene como finalidad demostrar al delincuente que muchas personas se preocupan por él y despertar en el menor un sentido de responsabilidad respecto de su familia, su círculo social y la sociedad. Asegura también que la comunidad se involucre en estos procesos.

En Colombia se adelanta con la intervención del mediador y en ella participan víctima y victimario.

Discusión restaurativa

Es el proceso en el que participan solamente aquellos directamente afectados por el conflicto. Ningún facilitador está presente. Ejemplos en Colombia: En el Distrito de Aguablanca, Cali, un grupo de mujeres ha promovido exitosamente estas prácticas. También hay casos de tutela en los cuales se han protegido las costumbres de algunos pueblos indígenas.

Facilitador

Es la persona imparcial e independiente que prepara a los participantes y dirige la conferencia. No impone un resultado específico, sino que facilita la interacción entre víctima y delincuente, durante la cual cada uno asume un rol proactivo para alcanzar un resultado que sea percibido como justo para todos, en algunos países, entre ellos Colombia, se lo llama Mediador cuando interviene en programas de Justicia restaurativa en el ámbito penal.

Justicia indígena

Es un procedimiento diferente al de la justicia estatal, basado en valores indígenas y en la cosmovisión de cada comunidad que fomenta el uso de sus métodos tradicionales de resolución de conflictos. Usualmente involucra a toda la comunidad en las diversas etapas de la resolución de un conflicto.

En Colombia un ejemplo de composición y resolución de conflictos en la cultura indígena es la forma como resuelven sus conflictos en la comunidad Wayuu, donde a través de un palabrero la familia ofendida envía la palabra a la familia del ofensor y con base en este procedimiento se procura llegar a un acuerdo concertado.

Justicia restaurativa

Aunque existen muchas definiciones, cabe resaltar dos. De acuerdo con el “Restorative Justice Consortium”, se trata de un proceso mediante el cual todas las partes interesadas en un conflicto, infracción o delito, participan conjuntamente en la resolución de cuestiones derivadas del mismo, así como también en sus implicaciones futuras. En ella, los agresores tienen la oportunidad de reconocer el impacto de lo que han hecho y repararlo, y las víctimas tienen la oportunidad de que el daño o la pérdida sean reconocidos y reparados.

La segunda definición establece que es una nueva manera de resolver los conflictos. Su finalidad es reparar el daño causado mediante el contacto directo entre

la víctima y el agresor con la participación de la comunidad. El proceso de reparación implica reunir al agresor, a la víctima y a la comunidad, para buscar una solución que, en la medida de lo posible, satisfaga a todas las partes. En este proceso, se negocia la reparación y se inicia el perdón. (Hudson & Galaway, 1996, Umbreit, 1994).

Límites

Son las situaciones en las cuales no es posible aplicar procedimientos restaurativos. Tales límites pueden ser sociales como cuando el agresor, la víctima y la comunidad no consideran útil o suficiente un proceso restaurativo.

También hay límites jurídicos consistentes en que el derecho nacional o internacional exige un resultado punitivo y no solo restaurativo para ciertos crímenes de extrema gravedad o de lesa humanidad.

Mediación indirecta

Sucede cuando el agresor y la víctima no desean realizar un encuentro. El facilitador, se reúne por separado con cada uno de ellos, les lleva sus respectivos mensajes y muchas veces logra un acuerdo. Es lo que se denomina “shuttle mediation”.

Mediación víctima-agresor

Es el proceso mediante el cual la víctima y el agresor se comunican directa o indirectamente con la ayuda de un tercero imparcial, para dar a la víctima la oportunidad de expresar sus necesidades y sentimientos; mientras que el agresor acepta sus responsabilidades. Puede utilizarse en lugar del proceso judicial, durante o después de este.

Origen de la Justicia restaurativa

En las prácticas de justicia en las comunidades aborígenes, en especial la comunidad Maorí en Nueva Zelanda. Sin embargo otras comunidades indígenas tienen prácticas semejantes como las colombianas según lo ha reconocido la Corte Constitucional. Algunos encuentran antecedentes en otras formas de justicia comunitaria o no punitiva.

Plan de acción

Serie de comportamientos y metas que debe realizar el agresor. Están diseñados para proveer una respuesta individual a un comportamiento delictivo. Pueden durar

hasta tres meses. El agresor debe realizar las acciones a las cuales se comprometió. Generalmente incluye un requisito de reparación.

Preguntas sobre los sentimientos

Son preguntas que se formulan al agresor en los procesos restaurativos para estimular su reflexión acerca de su propio comportamiento y los sentimientos de las personas que resultaron afectadas por este. El agresor debe conocer el impacto que tuvo su conducta en la víctima.

Proceso restaurativo

Actividad en la cual los perjudicados, los que causaron el perjuicio y/o la comunidad afectada por la infracción o el delito, participan de manera voluntaria, activa y conjunta en la resolución del mismo, muchas veces con la ayuda de un tercero imparcial. Ejemplos de procesos restaurativos son la mediación, las conferencias y los círculos de discusión.

Son procedimientos de negociación en la justicia penal ordinaria que no buscan un resultado restaurativo sino definir la pena del que ha colaborado con la justicia. Entre estos casos está la negociación de penas por colaboración.

No se excluye que puedan combinarse procedimientos ordinarios con procedimientos restaurativos según la legislación de cada país.

Reconciliación

Es la resolución de las diferencias mediante la búsqueda de la verdad y el entendimiento. Se parte de una discusión activa sobre las áreas de desacuerdo, se exploran maneras de resolverlo y se encuentra una solución que sea satisfactoria para todos. (www.emory.edu/ACAD). Requiere una disculpa del agresor y el perdón de la víctima.

Revelación de sentimientos

La persona afectada por la infracción o el delito le manifiesta todos sus sentimientos a quien le ocasionó el daño.

Resultado restaurativo

Se opera cuando las partes han logrado un acuerdo sobre los pasos que dará el agresor para reparar el daño causado y consideran que por lo menos algunas de sus principales expectativas han sido resueltas.

Restitución

Es restablecer la situación de la víctima al estado en que estaba antes del incidente o la comisión del delito. Comprende la reparación tanto financiera como emocional. Esto permite que el delincuente pueda reintegrarse a la sociedad al darle la oportunidad de hacer las cosas bien.

Reparación

Es un concepto más amplio que el de la compensación económica. Existen varias alternativas. Puede consistir en: 1) el pago de una suma de dinero para compensar a la víctima, o si esta lo desea, ser entregado a una organización de caridad; 2) trabajo para la víctima (especialmente cuando la víctima es una organización como una pequeña empresa o un colegio); o 3) trabajo para la comunidad, generalmente en una organización de caridad. No debe confundirse con el servicio comunitario. Estos lugares son escogidos por la víctima y deben tener relación con la infracción y con las aptitudes e intereses del agresor, para aumentar las posibilidades de que logre reintegrarse.

De acuerdo con algunas víctimas, la mejor forma de reparación es que el agresor participe en un programa en el cual pueda cumplir unas metas y llenar unos vacíos para así evitar cometer los mismos actos en el futuro, como por ejemplo, completar su educación, adquirir nuevas destrezas o recibir tratamiento adecuado para sus adicciones.

Verdad

Es el derecho a conocer lo que sucedió real e integralmente

Víctima

La persona contra quien se ha cometido una infracción o un delito. Puede ser un miembro de la familia inmediata si el afectado ha fallecido¹⁴.

¹⁴ Las siguientes son Bases de datos donde se puede encontrar mayor información sobre los términos definidos y notas complementarias sobre el tema: www.transformingconflict.co.uk, www.bcrjp.org/forms/school_init, www.restorativejustice.org.uk, www.realjustice.org, www.aic.gov.au, www.barjproject.or, www.bethelks.edu/academics/rcj, www.crj.anu.edu.au, www.fresno.edu/pacs/rjp, www.restorativejustice.org

BIBLIOGRAFÍA SUGERIDA Y COMENTADA

Para abordar el estudio de la Justicia restaurativa frente a la delincuencia juvenil se puede consultar el texto de Aida Kemelmajer de Carlucci, *"Justicia restaurativa. Posible Respuesta para el delito Cometido por personas Menores de Edad"* Rubinzal - Culzoni Editores. 1ª Edición. Santa Fe. Argentina. 2004.

El texto expone en cinco capítulos de manera rigurosa, el estudio de la Justicia restaurativa y la delincuencia juvenil, la primera parte está dedicada a la descripción de los sistemas tradicionales de justicia penal Juvenil, la segunda parte se dedica al estudio de la llamada justicia reparadora y sus principios; la tercera describe genéricamente los programas más frecuentes de JR, la cuarta desarrolla la implementación de estos programas en diversos países, finalmente la autora desarrolla una serie de conclusiones y propuestas alrededor del tema frente a las conductas realizadas por menores de edad específicamente.

Arias T., Diego L. Justicia restaurativa, Novedad para la Paz. Publicado en: *Lecturas Dominicales* (Bogotá). – (Feb. 5, 2005). – p. 10.

Materias: Justicia restaurativa—Colombia, Proceso de Paz—Colombia, Administración de Justicia—Colombia.

Barkan, Elazar. *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. Editor: New York: Norton, 2000.

Materias: Ética Política, Derechos Humanos--Aspectos Morales y Éticos, Relaciones Internacionales--Aspectos Morales y Éticos, Minorías, Postcolonialismo, Filosofía de la Historia, Justicia restaurativa.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, (Encyclopedic Dictionary of Usual Law). 8 Tomos, 4.612 págs. Editorial Heliasta. 2004.

Kemelmajer de Carlucci, Aida. *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Editor: Buenos Aires; Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

Materias: Justicia restaurativa, Derecho penal, Reparación (Justicia penal), Delincuencia infantil, Delincuencia juvenil, Administración de justicia para menores, Rehabilitación de delincuentes juveniles.

Lira, Elizabeth. Políticas de Reparación: Chile 1990-2004. Editor: Santiago de Chile: LOM Ediciones; Universidad Alberto Hurtado, 2005.

Materias: Indemnización Judicial—Legislación—Chile, Daños y Perjuicios, Justicia restaurativa—Chile, Reparación (Justicia penal)—Chile.

Mayr, Juau. Justicia restaurativa: El Fiel de la Balanza. Publicado en: Dinero (Bogotá). - Vol. 11, No. 222 (Feb., 4, 2005). p. 98.

Materias: Administración de Justicia restaurativa, Justicia restaurativa— Colombia, Solución de Conflictos.

Sampedro Arrubla, Julio Andrés. Escritos sobre el Proceso Penal desde la Victimología. Editor: Santa Fe de Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 1998.

Materias: Administración de Justicia—Colombia, Procedimiento Penal—Colombia, Víctimas de Delitos—Colombia, Estado de Derecho—Colombia

Tamarit Sumalla, Josep Maria. La Reparación a la Víctima en el Derecho Penal: Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Político-Criminales. Editor: Barcelona: Fundación Jaume Callis, 1994.

Materias: Reparación (Justicia penal), Indemnización judicial—Europa, Delitos Contra las Personas—Europa, Derecho penal—Europa.

El Camino del Perdón: Reconciliación. Semana (Bogotá). No. 1189 (Feb., 1421, 2005). p. 50.

Materias: Perdón, Justicia restaurativa—Colombia, Proceso de Paz—Colombia.

Sistema penal acusatorio. Editor. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

Materias: Sistema Acusatorio—Colombia, Justicia restaurativa—Colombia, Indemnización Judicial—Colombia, Derecho de defensa—Colombia, Juicio oral—Colombia.

Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional. Editor: Bogotá: Universidad de los Andes, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2005.

Materias: Administración de Justicia—Colombia, Reparación (Justicia penal)—Colombia, Conflicto Armado—Colombia, Proceso de Paz—Colombia, Violencia Política—Colombia, Paz—Colombia, Derechos humanos—Colombia.

Principio de Protección a las víctimas. Editor: Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2005.

Materias: Proceso Penal—Colombia, Derechos de las Víctimas—Colombia,

Víctimas de Delitos--Legislación—Colombia, Acusación—Colombia, Protección a las Víctimas—Colombia.

(Wachtel 1997, 2000; Wachtel & McCold 2000), la Función de las partes interesadas.

(McCold 1996, 2000), y la Tipología de las prácticas restaurativas (McCold 2000; McCold & Wachtel, 2002). Cada una de ellas, a su vez, explica el cómo, qué y quién de la teoría de Justicia restaurativa.

McCold, P. (1996). Restorative justice and the role of community [La Justicia restaurativa y la función de la comunidad]. En B. Galaway & J. Hudson (Eds.) *Restorative Justice: International Perspectives* (pp. 85-102). Monsey, NY: Criminal Justice Press.

McCold, P. (2000). Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: A reply to the Maximalist model [Hacia una teoría de Justicia restaurativa penal de alcance intermedio: Una respuesta al modelo Maximalista]. *Contemporary Justice Review*, 3(4), 357-414.

McCold, P. & Wachtel, T. (2002). Restorative justice theory validation [Validación de la teoría de Justicia restaurativa]. En E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), *Restorative Justice: Theoretical Foundations* (pp. 110-142). Devon, UK: Willan Publishing.

Wachtel, T. (1997). *Real Justice: How to Revolutionize our Response to Wrongdoing* [La justicia verdadera: Cómo cambiar radicalmente nuestra respuesta ante los delitos]. Pipersville, PA: Piper's Press.

Wachtel, T. (2000). Restorative practices with high-risk youth [Prácticas restaurativas con jóvenes de alto riesgo]. En G. Burford & J. Hudson (Eds.). *Family Group Conferencing: New Directions in Community Centered Child & Family Practice* (pp. 86-92). Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter.

Wachtel, T. & McCold, P. (2000). Restorative justice in everyday life [La Justicia restaurativa en la vida diaria]. En J. Braithwaite and H. Strang (Eds.), *Restorative Justice in Civil Society* (pp. 117-125). New York: Cambridge University Press.

www.transformingconflict.co.uk,

www.bcrjp.org/forms.school_init,

www.restorativejustice.org.uk

www.realjustice.org,

www.aic.gov.au,

www.barjproject.or,

www.bethelks.edu/academics/rcj,

www.crj.anu.edu.au

www.fresno.edu/pacs/rjp

www.restorativejustice.org

<http://www.justiciarestaurativa.org/intro/>

http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/bibliografia/biblio06.htm

<http://www.justiciarestaurativa.org/intro/>

<http://www.justicia-restaurativa-colombia.org/html/sitio/>

<http://elpais-cali.terra.com.co/paionline/calionline/notas/Mayo242004/A324N2.html>

ANEXOS

ANEXO UNO CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE MEDIDAS CAUTELARES¹⁵

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre cumplimiento de medidas cautelares, han acordado lo siguiente:

I. TÉRMINOS EMPLEADOS

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil. Los Estados Partes podrán declarar que limitan esta Convención solamente a alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en ella.

II. ALCANCE DE LA CONVENCIÓN

Artículo 2

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención darán cumplimiento a las medidas cautelares que, decretadas por jueces o tribunales de otro Estado Parte, competentes en la esfera internacional, tengan por objeto:

- a. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales;
- b. El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas.

¹⁵ CIUDAD DE MONTEVIDEO, República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.

III. LEY APLICABLE

Artículo 3

La procedencia de la medida cautelar se decretará conforme a las leyes y por los jueces del lugar del proceso. Pero la ejecución de la misma, así como la contra cautela o garantía, serán resueltas por los jueces del lugar donde se solicita su cumplimiento, conforme a las leyes de este último lugar.

La garantía que debe prestar el solicitante, así como la que ofrezca prestar el afectado en el lugar en que se haga efectiva la medida, se registrarán por la ley del lugar de cumplimiento de la medida.

Artículo 4

La modificación de la medida cautelar, así como las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas, se registrarán por la ley del lugar de cumplimiento de la medida.

Solamente en caso de que el afectado justifique la absoluta improcedencia de la medida, o cuando la petición se fundamente en la disminución de la garantía constituida, el juez del Estado de cumplimiento podrá levantar dicha medida de acuerdo con su propia ley.

Artículo 5

Cuando se hubiere trabado embargo o cualquier otra medida cautelar en materia de bienes, la persona afectada por esa medida podrá deducir ante el juez al cual se le libró el exhorto o carta rogatoria, la tercería u oposición pertinente con el único objeto de que sea comunicada al juez de origen al devolverse el exhorto. Informado el juez requirente de la interposición de la tercería o alegación de derechos, suspender el trámite del proceso principal por un término no mayor de sesenta días con el objeto de que el afectado haga valer sus derechos.

La oposición se sustanciará por el juez de lo principal, conforme a sus leyes. El opositor que compareciere vencido el plazo indicado, tomará la causa en el estado en que se encuentre.

Si la tercería interpuesta fuese excluyente de dominio o de derechos reales sobre el bien embargado, o la oposición se fundamentare en la posesión o dominio del bien embargado, se resolverá por los jueces y de acuerdo con las leyes del lugar de la situación de dicho bien.

Artículo 6

El cumplimiento de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional requerido no implicará el compromiso de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera que se dictare en el mismo proceso.

Artículo 7

El órgano jurisdiccional a quien se solicitare el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá, sin más trámite y a petición de parte, tomar las medidas cautelares necesarias, conforme a lo dispuesto por su propia ley.

Artículo 8

Sin perjuicio de los derechos de terceros, las autoridades consulares de uno de los Estados Partes podrán recibir las pertenencias personales de uno de sus nacionales cuando, en virtud de fallecimiento, estas fueren puestas a disposición de sus familiares o presuntos herederos, y no existieren éstos, salvo lo previsto al respecto en las convenciones internacionales. Este procedimiento se aplicará también cuando la persona esté imposibilitada para administrar sus bienes como consecuencia de proceso penal.

Artículo 9

Cuando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal.

Artículo 10

Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención ordenarán y ejecutarán, a solicitud fundada de parte, todas las medidas conservatorias o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de un litigio pendiente o eventual. Esto se aplicará cualquiera sea la jurisdicción internacionalmente competente de alguno de los Estados Partes para conocer el fondo del asunto, siempre que el bien o derecho objeto de dicha medida se encuentre dentro del territorio sujeto a la jurisdicción de la autoridad a la cual se la solicite. Si el proceso estuviese pendiente, el tribunal que decretó la medida deberá comunicarla de inmediato al juez o tribunal que conoce de lo principal.

Si el proceso no se hubiere iniciado, la autoridad jurisdiccional que ordenó la medida fijará un plazo dentro del cual deberá el peticionario hacer valer sus

derechos en juicio, atendiéndose a lo que en definitiva resuelva sobre los mismos el juez internacionalmente competente de cualquiera de los Estados Partes.

Artículo 11

Si el órgano jurisdiccional requerido se declarare incompetente para proceder a la tramitación del exhorto o carta rogatoria, transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad judicial competente de su Estado.

Artículo 12

El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria referente a medidas cautelares, cuando estas sean manifiestamente contrarias a su orden público.

IV. TRAMITACIÓN

Artículo 13

El cumplimiento de las medidas cautelares de que trata esta Convención se hará mediante exhortos o cartas rogatorias que podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad central del Estado requirente o requerido, según el caso.

Cada Estado Parte informará a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos acerca de cuál es la autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias.

Artículo 14

Los exhortos o cartas rogatorias se cumplirán en los Estados Partes siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que el exhorto o carta rogatoria se encuentre legalizado. Se presumirá que el exhorto o carta rogatoria se halla debidamente legalizado en el Estado requirente cuando lo hubiere sido por un funcionario consular o agente diplomático competente;
- b. Que el exhorto o carta rogatoria y la documentación anexa se encuentren debidamente traducidos al idioma oficial del Estado requerido, pudiendo las autoridades exigir que sean traducidos conforme a sus propias leyes.

Artículo 15

Los exhortos o cartas rogatorias deberán ir acompañados de los documentos que se entregarán a la autoridad central o al órgano jurisdiccional requerido y serán los siguientes:

- a. Copia auténtica de la demanda o de la petición de la medida cautelar, así como de la documentación anexa y de las providencias que la decretaron;
- b. Información acerca de las normas procesales que establezcan algún procedimiento especial que el órgano jurisdiccional requirente solicitare que observe el órgano jurisdiccional requerido;
- c. En su caso, información acerca de la existencia y domicilio de la defensoría de oficio o de sociedades de auxilio legal competentes en el Estado requirente.

Artículo 16

En el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias referentes a medidas cautelares las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados.

Será facultativo del Estado requerido dar trámite al exhorto o carta rogatoria que carezca de indicación acerca de la parte que deba atender a los gastos y costas cuando se causaren, salvo si se trata de alimentos provisionales, en cuyo caso el tribunal requerido lo diligenciará de oficio. El juez o tribunal requirente deberá precisar el contenido y alcance de la medida respectiva. En los exhortos

o cartas rogatorias o con ocasión de su trámite podrá indicarse la identidad del apoderado del interesado para los fines legales. El beneficio de pobreza concedido en el Estado requirente será mantenido en el Estado requerido.

V. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 17

Los Estados Partes que pertenezcan a sistemas de integración económica o que sean fronterizos, podrán acordar directamente entre sí procedimientos y trámites especiales más expeditos que los previstos en esta Convención. Estos acuerdos podrán ser extendidos a terceros Estados en la forma que resolvieren las Partes.

Artículo 18

Esta Convención no restringirá las disposiciones de otras convenciones sobre medidas cautelares que hubieren sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en

forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

VI. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 19

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 20

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 21

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 22

Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas y que no sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

Artículo 23

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 24

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente

Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 25

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 26

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá la información a que se refiere el párrafo segundo del artículo 13, así como las declaraciones previstas en el artículo 24 de la presente Convención.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

HECHA EN LA CIUDAD DE MONTEVIDEO, República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.

ANEXO DOS CONVERSATORIO INTERINSTITUCIONAL. ENTREGA DE VEHÍCULOS Y BIENES

PRESENTACIÓN

El presente documento corresponde a las reflexiones conjuntas adelantadas el día 8 de febrero de 2005 en el espacio de discusión denominado “Conversatorio interinstitucional”, creado a instancia del Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, y al cual asisten funcionarios de las diferentes instituciones comprometidas con la implementación y seguimiento del sistema penal acusatorio.

El tema del cual se ocupa este documento, corresponde a la entrega de vehículos: ¿cuál es el funcionario competente para ello?

De manera general, en relación con el Conversatorio, se aclara que no se trata de un espacio de decisión interinstitucional, sino de un espacio de discusión académica, al cual se llevan temas que han despertado especial atención y consideración, y respecto de los cuales deben confluír los esfuerzos de aclaración conceptual por parte de miembros de las diferentes instituciones. Lo anterior significa que las diferentes posiciones allí llevadas, no comprometen formalmente a las instituciones, aunque, desde luego, dichas posiciones coinciden con políticas institucionales. Pero, se recalca, no se trata ni de un espacio para la toma de decisiones, ni de un espacio de compromiso institucional de las posiciones asumidas; es un esfuerzo de trabajo conjunto en función del esclarecimiento de los temas. Al final, el principio de legalidad al cual están sometidos los jueces, para citar este caso, y el principio de su independencia, son los que rigen su trabajo y los que darán sentido a las decisiones. El caso que reseña este documento, el problema de la entrega de vehículos, ilustra claramente lo que se ha expuesto: hay posiciones muy divergentes, hay funcionarios que optan por unas u otras, pero la discusión en conjunto servirá a los jueces para llegar a máximos niveles de claridad posible y, en ese sentido, les ayudará a afinar sus decisiones, gobernadas por la independencia y el respeto a la legalidad.

Se ha conformado un grupo de trabajo para abordar el estudio de este tema, a partir de una exposición que hicieron los jueces de control de garantías, que llevan trabajando en los más diversos temas, divididos en grupos de estudio temático. Se trata de los resultados del denominado “Foro de discusión permanente” de los jueces de control de garantías. Es una actividad promovida por el Consejo Superior y la

Escuela Judicial que busca reseñar, dar curso y discutir en conjunto, las principales dudas y problemas jurídicos que han sido detectados por los jueces en su quehacer diario. De esta forma, al Conversatorio, hasta el momento, se han presentado exposiciones por parte de los jueces que han trabajado los temas en su Foro de discusión permanente y a partir de dichas exposiciones, se han allegado diversas posiciones, interrogantes y dudas por parte de funcionarios de distintas instituciones y por parte de profesores que han acompañado las reflexiones. A medida que avancen las tareas del Conversatorio, se harán exposiciones por parte de funcionarios de las diversas instituciones y de otros interlocutores que acompañan el proceso que también ha contado con la participación de agencias de cooperación internacional.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en este documento, preparado y editado por el profesor Alejandro Aponte, consultor del Consejo Superior y de la Escuela Judicial, se reseñan en primera instancia las diversas posiciones adoptadas por los jueces de control de garantías, en relación con el tema de los vehículos, y luego se van añadiendo las contribuciones de diversos funcionarios. Como se verá, el tema, aparentemente técnico, en realidad compromete temas de fondo que otorgan a la discusión una importancia insoslayable y que se adentra en el delicado universo del manejo de los bienes en el nuevo sistema penal acusatorio.

Los siguientes argumentos son aportados por el juez 20 penal municipal con funciones de control de garantías, Carlos Moreno Arboleda, relator del grupo de trabajo sobre entrega de vehículos, del Foro de discusión permanente de los jueces de control de garantías.

1. ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA OPCIÓN DE ENTREGA DE VEHÍCULOS POR PARTE DE LOS JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS

Se sostiene por parte de quienes defienden esta postura, que la entrega de vehículos sí es una de las funciones del Juez de Control de Garantías, toda vez que el artículo 100 del C.P.P. se halla inmerso en el capítulo tercero (3°), correspondiente a las medidas cautelares, del título 2° que se refiere a la acción penal y en tal virtud debe concordarse necesariamente con el 154 del mismo estatuto, que se refiere a las diferentes modalidades de audiencia preliminar.

En el numeral 5° del artículo se hace referencia a las medidas cautelares y en el 8° se hace referencia al hecho de resolver asuntos similares a los anteriores y dentro

de los anteriores se halla la protección de las víctimas que, si bien es cierto cuando hace alusión a esta protección se expresa en términos de garantizar su integridad personal, se debe no obstante considerar que no solamente se debe invocar dicha circunstancia, sino también la de protección patrimonial a su favor y la única manera de hacerlo es afectando los bienes con los cuales se le vulneró su "humanidad", como es el caso de los accidentes de tránsito.

Para regresar al artículo 100 del C.P.P., se ha cuestionado por parte de quienes se oponen a esta postura, que puede llegar a hacer inclusive inconstitucional al menos en la palabra provisionalmente; sin embargo, se considera que ello no es cierto, toda vez que el legislador al ubicar esta norma dentro de la normatividad procedimental penal, lo que buscó fue ofrecer una protección especial para las víctimas de los delitos culposos, pues de no hacerlo así, estas podrían tener una expectativa lejana y compleja para el resarcimiento de sus derechos patrimoniales, toda vez que siempre tendrían que acudir a la legislación civil y los Jueces de esta especialidad para pedir el resarcimiento de los mismos.

Se debe observar igualmente el artículo 100 del Código Penal, en donde se expresa que los objetos con los cuales se cometió una conducta culposa también son objeto de comiso y solo se podrán entregar de forma definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se haya embargado en cuantía suficiente, bienes del sindicado para el pago de aquellos, o hayan transcurrido 18 meses desde la ejecución de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien. Se considera por quienes defienden esta tesis, que este artículo en concordancia con el 100 del C.P.P., esclarece que la competencia es del Juez de Control de Garantías, pues estos bienes sí son objeto de comiso, así no exista querella, pues este es un requisito de procedibilidad para la iniciación de la acción penal, mas no significa que impida esta limitación al derecho de dominio, pues el hecho es que se ha cometido un delito, existe víctima y hay perjuicios, y estos últimos están garantizados por disposición legislativa a través de la norma que prevé su entrega provisional (artículo 100 del C.P.P.). De no llevarse este procedimiento a cabo, se dejaría inerte al perjudicado con el hecho punible y es evidente que de la normatividad constitucional e internacional la víctima merece un tratamiento especial y eso es lo que le da soporte en especial al varias veces mencionado artículo 100 del C.P.P.

Igualmente, se debe considerar que si bien es cierto pareciera que el Código de Procedimiento Penal utiliza la categoría de funcionario Judicial para referirse aparentemente de forma indistinta al fiscal y al juez, es claro que a la luz de la

Constitución Nacional, sólo lo es el Juez y el fiscal se convierte en funcionario judicial en las actividades de que habla el artículo 250 de la Constitución Nacional reformado por el segundo del acto legislativo 03 de 2002. Esto se trae a colación, por cuanto solamente Juez es quien profiere decisiones que son objeto de recursos y por eso se preguntan los partidarios de esta postura: ¿qué pasa si la víctima acude ante el fiscal para que no entregue el vehículo y este lo hace inclusive de forma definitiva? ¿En dónde quedan sus derechos, al menos dentro del proceso penal?

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TESIS SEGÚN LA CUAL EL FISCAL PUEDE ENTREGAR AUTÓNOMAMENTE LOS AUTOMOTORES

Sostiene esta tesis que la entrega de vehículos sí es procedente por parte del fiscal, habida cuenta que de conformidad con el artículo 83 del C.P.P., no es objeto de comiso y que solo si dicha medida se solicitara, podría adquirir competencia el Juez de Garantías. Sin embargo, el argumento central consiste en que el artículo 100, es inconstitucional, al menos en la palabra provisionalmente, toda vez que lo que persigue esa disposición es que le sea realizada la correspondiente pericia al vehículo con la cadena de custodia pertinente y pueda ser utilizada como evidencia en un eventual juicio, pues argumentan que solo habiendo imputación se puede precisar y establecer quién es la víctima y solo a partir de allí se pueden pedir medidas cautelares por parte de la víctima de conformidad con lo establecido en el artículo 92 del C.P.P.

Agregan los partidarios de esta postura, que esa medida que restringe el derecho de propiedad de quien ostenta dicho título respecto del automotor, debe dictarse a partir de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, y este juicio sólo puede hacerse una vez hecha la imputación, pues hacerlo antes de dicha diligencia, como lo prevé el artículo 100 del C.P.P., se entraría en los terrenos de la arbitrariedad judicial. Exponen que la afectación de un derecho, en este caso el de propiedad, debe tener razones jurídicas para llevarse a cabo y en el caso que nos convoca, al no existir propiamente proceso—pues no hay imputación e inclusive no hay querella—no puede llegarse al exceso de limitar el derecho de propiedad como lo consagra el artículo 100 del C.P.P.

Se argumenta, inclusive, por parte de algunos partidarios de esta postura, que la intervención del Estado a través de este artículo 100, es desproporcionada y afectada por carencia de interés, pues hasta no existir la querella del afectado, no

podría entrarse a suspender el derecho dispositivo de un bien, como es el caso de los automotores, mucho más cuando este puede estar en cabeza de un tercero ajeno al incidente en que se vio involucrado el rodante.

3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR DIVERSOS FUNCIONARIOS QUE FORMAN PARTE DEL CONVERSATORIO

Ricardo Marín, Fiscal delegado ante la Corte, presenta argumentos concertados con los monitores de seguimiento del sistema de la Fiscalía. En relación con el tema del funcionario competente para entregar vehículos involucrados en un delito de lesiones personales en tránsito, regulado en el artículo 100 del Código de Procedimiento Penal, las razones para fijarla en el juez de control de garantías son las siguientes:

En relación con el tema del funcionario competente para entregar vehículos involucrados en un delito de lesiones personales en tránsito, regulado en el artículo 100 del Código de Procedimiento Penal, las razones para fijarla en el juez de control de garantías, de acuerdo con la solución concertada por los monitores de seguimiento del sistema de la Fiscalía, son las siguientes:

Argumento constitucional. El artículo 100 prevé la “afectación de bienes en delitos culposos”, en el sentido de que, una vez cumplidas las previsiones sobre cadena de custodia, los vehículos “se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo”. Esta norma comporta un desarrollo de la protección constitucional de las víctimas, pues, la “entrega provisional” del vehículo, instrumento con el cual se cometió un delito culposo, solo apunta a garantizar el pago de los eventuales perjuicios.

Las medidas de protección a las víctimas durante la investigación, según el artículo 250, numeral 1º de la Constitución Política (modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002), las solicita la Fiscalía al juez que ejerza las funciones de control de garantías. Pero, correlativamente, esa medida de protección a las víctimas, entraña una limitación al derecho de propiedad, posesión o tenencia, que puede resultar fundamental si se halla en conexidad con otros que a derechas son fundamentales (vida, trabajo, etc.), lo cual indica que se aplicaría el numeral 3 del artículo 250 citado, a cuyo tenor la Fiscalía deberá asegurar los elementos materiales probatorios mediante el procedimiento de cadena de custodia (el vehículo lo es), pero, si requiere afectar derechos fundamentales, deberá mediar la autorización del juez de control de garantías.

Argumento sistemático. El Libro I, Título II, Capítulo III de la Ley 906 de 2004, consagra las medidas cautelares sobre bienes, entre ellas, el embargo y secuestro de bienes del imputado, la prohibición de enajenar bienes, la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, y la afectación de bienes en delitos culposos (entrega o depósito provisional). Todas son medidas patrimoniales, pero de diferente grado y exigencias, hasta el punto de que en las dos (2) primeras se exige la formulación de imputación que no es necesaria en las dos (2) últimas, pues de acuerdo con el artículo 154-5 del C. P. P., se tramitan en audiencia preliminar las solicitudes de “medidas cautelares reales” (que son todas las anteriores) y, en cualquier caso, la afectación por entrega provisional de un bien sería un asunto similar al anterior (numeral 8°).

De igual manera, si se entiende que la “entrega provisional” es una medida patrimonial a favor de la víctima, recuérdese que ella está prevista en el artículo 100, porque el artículo 99 prevé las que puede decretar el fiscal, de modo que la señalada antes, solo puede decretarla el juez de control de garantías —la Constitución y la ley indican expresamente cuáles son las medidas que puede adoptar la Fiscalía— y, en caso de duda, debe acudir al juez de control de garantías.

Argumento de coherencia. De acuerdo con el artículo 98, las operaciones mercantiles o civiles sobre “bienes entregados en forma provisional”, deberán ser autorizadas por el juez. Esta autorización la imparte bajo el supuesto de que él fue el que hizo la afectación, a menos que la ley expresamente hubiera dispuesto que la afectación la hace el fiscal y las autorizaciones especiales las concede el juez.

Argumento de consecuencias absurdas. De acuerdo con el artículo 100, el bien involucrado en un delito culposo se le entregará provisionalmente al “propietario, poseedor o tenedor legítimo”, pero ello no indica que sea a elección del funcionario, sino que, de acuerdo con la norma rectora del restablecimiento del derecho (artículo 22), las cosas deben volver al estado anterior al delito; es decir, la entrega del vehículo debe hacerse a quien, antes de la conducta punible culposa, lo ostentara a título de propietario, poseedor o tenedor legítimo. Supóngase que el vehículo lo tenía legítimamente Pedro mediante un contrato de arrendamiento aún vigente, pero su dueño, Diego, aprovecha la ocasión y se lo reclama al fiscal y este se lo entrega al propietario, cuando debió devolvérselo al arrendatario (tenedor legítimo), acto con el cual el fiscal arbitrariamente rompe un contrato de arrendamiento válido y vigente. ¿Cómo reclamaría sus derechos el tenedor Pedro, si el fiscal apenas emite una orden sin recursos? Es la razón por la cual la entrega provisional siempre debe hacerla el juez de control, pues, si se trata de una medida

con efectos patrimoniales, tendrá recurso de apelación, de acuerdo con la norma rectora del artículo 20 del C. P. P.

Argumento de consecuencias prácticas. Finalmente, no interesa que, en el caso de las lesiones personales culposas, aún no se haya interpuesto la querella, pues lo importante es que el fiscal solicite y el juez provea una medida de protección oportuna a la víctima (no una medida tardía), pues, si dentro de los seis (6) meses siguientes no se formula la querella ni se intenta la conciliación preprocesal, la medida deberá levantarse y permitir el libre comercio del bien. La protección a la víctima y a los derechos fundamentales, si se quiere hacer eficaz, debe prestarse en algunos casos aun desde la indagación.

Documento para la reflexión conjunta, presentado por Julio Ospino|Gutiérrez, Procurador 23 Judicial Penal.

En relación con el problema central sobre quién debe entregar los bienes aprehendidos materialmente a partir de un hecho punible, se adelantan las siguientes consideraciones:

1. Si son tenidos como evidencias o elementos materiales de prueba, el Fiscal debe realizar lo pertinente con ellos (inspeccionarlos, fotografiarlos, peritazgos, etc.) y proceder a devolverlos sencillamente, si no son requeridos para otros fines.
2. Si en el caso anterior, además, los bienes son requeridos para eventual comiso, indemnización de perjuicios o multa, el fiscal debe solicitar al Juez de garantías que dicte medida cautelar sobre ellos (embargo, secuestro, suspensión del poder dispositivo, incautación u ocupación según el caso); es claro que si se toma la medida, de allí en adelante sólo el Juez puede disponer cualquier cosa sobre el bien. Para el evento de que no decrete la medida, el juez, allí mismo, debe entonces disponer la devolución del bien a su legítimo tenedor. El artículo 88 del C. P.P. así lo manda.
3. Para el caso contemplado en el artículo 100 del Código, tratándose de vehículos involucrados con delitos culposos, el fiscal por tratarse de una evidencia en principio, debe realizar lo pertinente (ya se indicó a qué nos referimos), seguidamente si lo considera, solicitar sobre este, medida cautelar al juez de garantías, para eventual indemnización de perjuicios o multa si hubiere lugar. Para el caso de que no haya lugar a solicitar medida cautelar, no habrá ninguna razón para que se registre limitación alguna a la entrega en estas condiciones, a menos que otro de los intervinientes o sujetos legitimados para solicitar al juez medidas cautelares lo haga.

4. Si se está frente a delito querellable, debe el fiscal “requerir” a quienes estén legitimados para presentar la querella (víctima, perjudicados, Ministerio Público, defensor de familia, según el caso); si no obtuviere respuesta positiva, entonces deberá entregar sencillamente el bien a su legítimo tenedor sin ningún condicionamiento.
5. ¿Es posible cautelar bienes antes de la formulación de imputación? Sí. Piénsese en el encuentro de una caneca de dólares en terrenos baldíos. ¿Qué hacer desde el punto de vista penal (pues existe la posibilidad de mandarlos para extinción de dominio)? No se ve salida diferente a la de pedir medida cautelar sobre esos recursos, a fin de que jurídicamente se cuente con un fundamento que permita tener esos bienes mientras se decide lo que corresponda; nótese que en este caso no habrá indiciados, luego tampoco hay manera de hacer imputación. No hay problema en proceder de esta forma; recuérdese que por ejemplo las pruebas anticipadas corresponden a esa misma situación.

Contra la decisión del fiscal no proceden recursos; es lógico y obvio así entenderlo (naturaleza devolución, capacidad de proferir decisiones recurribles, etc.). Téngase en cuenta que si una persona considera que debe recaer sobre el bien medida cautelar, así deberá solicitarlo al juez de garantías. Contra las decisiones del juez, con igual razonamiento, sí proceden los recursos de ley.

Es importante hacer claridad, en relación con la multa, pues si bien es cierto que en el nuevo Código procesal, nada se dice en relación con ella, se considera que al ser una obligación de la Fiscalía asegurar el cumplimiento de la pena (la multa lo es), debe solicitar al juez de control de garantías, si se procede por delitos que tengan esa sanción y por supuesto conozcan bienes del procesado, las medidas cautelares correspondientes. Lo contrario sería pretermitir uno de los deberes que le son esenciales a su función conforme a lo indicado.

ENTREGA DE VEHÍCULOS SEGUNDO DOCUMENTO MARZO 29 DE 2005

PRESENTACIÓN

El tema relacionado con la entrega de vehículos, no ha sido en ningún caso pacífico. El primer documento, producto del Conversatorio Interinstitucional, ha sido dedicado al tema. Ahora, se presenta un nuevo documento después de varias semanas

de ocuparse este espacio de reflexión en otros diversos, con nuevos aportes. Pero las dificultades en torno de este tema, no se presentan tan solo con el nuevo Código. Ha sido una constante en el caso colombiano: en la década de los 30, frente a las reformas, se suscitó; ocupó un espacio de debate muy significativo en los debates de 1971 y luego, en el proyecto de 1974 y también en el Código de Procedimiento Penal que siguió a los debates de la Asamblea Nacional Legislativa de 1991. Es un tema que ha ocupado las reformas sustantivas y procesales. Hoy, desde luego, con los avances en torno de la discusión sobre el carácter de la propiedad, si es derecho fundamental o no, con el avance en torno al significado y alcance de las medidas cautelares sobre bienes, el tema se ha vuelto más complejo. De ello dan cuenta, de nuevo, los siguientes aportes.

En el caso de este nuevo documento, no se registran actas de los debates suscitados en el grupo —estos se dieron en el marco de la elaboración del primer documento—; se registran aportes escritos de los diversos funcionarios judiciales. Documento preparado y editado por el Prof. Dr. Alejandro Aponte.

PRIMER APORTE

Javier García Prieto, Juez 48 penal municipal en función control de garantías

ACLARACIÓN

Previo al análisis del tema que nos ocupa, bueno es presentar un esquema de cómo ha quedado estructurado legalmente el asunto de las medidas cautelares en general, dejando constancia que desde el punto de vista de la sistemática adoptada, no se ha normativizado en la forma más adecuada. Para una mayor comprensión de los diversos puntos objeto de discusión las medidas cautelares de conformidad con el nuevo código, se propondría la siguiente estructura (VER DOCUMENTO COMPLETO EN LA PÁGINA DE LA RAMA JUDICIAL):

El caso concreto de la devolución de vehículos:

Se discute si con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004 particularmente el artículo 100, en el caso de los delitos culposos especialmente lo referente a homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, la expresión PROVISIONALMENTE es indicativo de que dicha entrega sea objeto del trámite de una audiencia preliminar, al amparo de lo preceptuado en los artículos 153 y 154 numeral 8 del CPP.

El eje de la cuestión se centra en señalar un planteamiento positivo y uno negativo con respecto a dicho interrogante.

En el presente escrito se sustentarán las razones por las cuales se concibe que la entrega provisional de vehículos involucrados en accidentes de tránsito, no es objeto de audiencia preliminar.

COMISO Y MEDIDA CAUTELAR

El artículo 100 de la Ley 599 del 2000 regula en la misma norma y bajo la figura del comiso, dos situaciones diferentes. La primera, el comiso propiamente dicho regulado en el primero y segundo apartado, regulando a su vez dos circunstancias fácticas diferentes, una la de instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución y que no sean de libre comercio, y otra cuando los bienes usados tengan libre comercio, pertenezcan al penalmente responsable y sean utilizados para la realización de la conducta o bien provengan de su ejecución.

La medida de comiso en el contexto del artículo 100 de la Ley 599 de 2000, recaería sobre bienes de titular indeterminado, que provengan de la ejecución del delito y que no tengan libre comercio, y también sobre bienes utilizados para la realización de la conducta punible o provengan de su ejecución y que además tengan libre comercio y pertenezcan al penalmente responsable, expresión esta última que significaría la existencia de condena ejecutoriada, a través de la cual se hubiere declarado al ciudadano como penalmente responsable de la conducta ilícita, en delito doloso.

Los apartados 3 y 4 de dicho artículo 100 hacen referencia a los delitos culposos. Allí se hace referencia a la entrega provisional al propietario y/o legítimo tenedor, que así lo hubiere solicitado, salvo la circunstancia de que se hubiere decretado su embargo y secuestro. De igual manera se determinaba en el párrafo final que la entrega sería definitiva cuando se hubiesen pagado los perjuicios, hubiere embargos suficientes para cubrir las indemnizaciones, o hubiesen transcurrido 18 meses sin que se afectaren dichos bienes.

La Ley 600 de 2000 en su artículo 67 plantea, en concordancia con el artículo 100 del C.P., la figura del comiso y en la misma norma regula lo concerniente al comiso propiamente dicho referente a bienes que no tienen libre comercio y, tratándose de los que tienen libre comercio, regula lo referente a los delitos culposos y su entrega definitiva, regula bienes incautados en determinados delitos (redacción declarada

inconstitucional por asuntos de formalidad) y establece un párrafo especial referente a los bienes que tuvieren que ver con delitos contra el orden económico y social.

Pero en la Ley 906 en donde todo aquello que en pretérita oportunidad se encuentra mezclado en una sola norma, comienza a ser objeto de regulación específica, diferenciando, para el tema que nos ocupa, la normatividad en cuanto a medidas cautelares indicando que las mismas son de orden material y de orden jurídico, señalando como materiales la incautación, la ocupación, y la destrucción y como medidas jurídicas la suspensión del poder dispositivo y la acción de extinción de dominio. De igual manera especifica la finalidad de cada una de dichas medidas, unas con fines de comiso, otras con fines preventivos, y otras con fines indemnizatorios. Todas ellas tienen como marco referencial la acción penal, entendida esta, en general, como la potestad del Estado de persecución del delito, en cabeza de la Fiscalía e igualmente en ese contexto se comienza a sistematizar en forma más coherente cada una de ellas imponiendo una serie de condiciones para el ejercicio de las mismas.

La Ley 906 del 2004 es la primera norma de carácter procesal penal que en general y a pesar de muchas deficiencias y contradicciones internas, puede decirse que se estructura conforme a parámetros de orden internacional (derechos humanos-Derecho humanitario) e igualmente sigue la ruta, marcada por la Constitución Nacional, normativizando conceptos y premisas dados por la Honorable Corte Constitucional. Es decir, a partir de este Código se comienzan a dar en serio los primeros pasos de la constitucionalización del derecho penal en su arista procesal.

La premisa central sobre la que se erige el nuevo Código procesal, me atrevo a afirmar, la constituye el hecho de la “salvaguarda de los derechos fundamentales en un Estado Social y democrático de Derecho” premisa que delimita el accionar del Estado en el ejercicio de la persecución penal, y le traza los límites, le otorga facultades y le impone prohibiciones, en virtud de la facultad de configuración, y mediante la reglamentación legal, a todos aquellos que de una u otra manera, se conviertan en intervinientes en dicho ejercicio, Fiscalía-Víctimas-Infractor-Defensa-Jueces.

Es en ese contexto en el cual hay que darle una interpretación razonable al tema que nos ocupa.

Tratamiento dado a las figuras del comiso y las medidas cautelares

Entre algunas de las similitudes que tienen, estas se encuentran en la regulación de las facultades de persecución penal del Estado en relación con los bienes que se

ven involucrados en desarrollo de las actividades delictivas. Pero, igualmente, dentro de las diferencias, nos centraremos aquí en una sola, entre otras, en la finalidad de dichas medidas.

El comiso tiene como finalidad específica que los bienes, que son objeto del mismo, salgan de la órbita de dominio de los particulares y entren a la órbita de dominio del Estado con el fin de destruirlos, o de que pasen al Estado a título de propietario de estos, tanto en forma directa, como a través del procedimiento de extinción de dominio. Para ello establece como paso previo un acto jurisdiccional consistente en la revisión de legalidad del acto de ocupación e incautación, para que a través de dicho acto jurisdiccional se proceda a la SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO DE LOS BIENES (medida jurídica) con miras a decidir su comiso por parte del Juez de conocimiento, generando con ello que los bienes pasen en titularidad al Estado —en cabeza de la Fiscalía General de la Nación o de lo que la ley determine— y dicha finalidad tiene como sustento o que los bienes no son de libre comercio, o son producto directo o indirecto del delito, o son instrumentos para la ejecución del mismo, independientemente de que tengan titular o no, haya o no imputado.

Resumiendo, entonces, el comiso procede cuando se realiza incautación y ocupación; sobre dichos bienes se resuelve a través del Juez de Garantías la suspensión del poder dispositivo mientras que el Juez de conocimiento, una vez decretado el comiso por este, ordena que los bienes pasen en propiedad al Estado para efectos de destruirlos si es el caso, queden en cabeza de la Fiscalía o bien tengan una destinación específica de conformidad con la ley.

A diferencia del comiso, las medidas de embargo y secuestro no tienen como finalidad que los bienes y/o recursos pasen a manos del Estado. Los mismos, como tales, tienen como objeto que estos sirvan de soporte de una indemnización a quien acredite la calidad de víctima. Sustancialmente, dichas medidas, solo pueden recaer sobre bienes de quien resulta penalmente responsable y solo sobre los de este, pues a diferencia de la ley 600 (Art. 72), queda proscrita al interior del proceso penal, en el contexto de la Ley 906, cualquier medida jurídica sobre los bienes del tercero civilmente responsable, persona que según la ley, es la que responde por el daño causado por la conducta del condenado y se subraya esta expresión, CONDENADO, indicando con ello que ha de existir decisión judicial que así lo declare. En ese contexto siendo las medidas de embargo y secuestro dirigidas a los bienes del penalmente responsable, y solo a los de este, es por lo que se requiere como requisito esencial la formulación de imputación.

No de otra manera se puede interpretar de manera sistemática el articulado de los capítulos II, III y IV y los fines que cada uno de ellos se propone, imponiendo para cada caso requisitos de orden sustancial y procesal, pues solo de esta manera se puede hablar del ejercicio de la acción penal y de la protección de los derechos de todos y cada uno de los intervinientes, pues si bien es bueno hablar de derechos en abstracto, la afectación de estos únicamente se materializa en el caso particular y solamente se puede a través de la singularidad y concreción del caso, y en el actuar judicial, garantizar a todos y cada uno de los intervinientes el ejercicio y respeto de los mismos.

¿Cuál podría ser la interpretación adecuada del artículo 100 de la Ley 906?

En desarrollo del debate se han presentado diversos argumentos por los diferentes participantes del mismo en las mesas de discusión.

La Fiscalía General de la Nación sustenta que la devolución de vehículos en el caso de los accidentes de tránsito ha de ser objeto de una audiencia preliminar con base en los siguientes argumentos:

El primero de ellos se encuadra en el marco constitucional y legal, derivado de la interpretación de la expresión “funcionario judicial...” indica que para el artículo 100 del C.P.P., dicha expresión se refiere al Juez de Garantías, pues para el caso en concreto, la Fiscalía no tiene facultades jurisdiccionales teniendo en cuenta el artículo 250 de la Constitución Nacional.

El argumento de la Fiscalía en ese contexto es válido, es decir en abstracto, pero solamente puede ser razonablemente aceptable, si media la imputación que ella haga en la persona, pues solamente así puede hablarse de medida cautelar. Sin que medie dicha imputación, al contrario, no es posible afectar bienes (para el caso en concreto), pues ello significaría imponer una medida cautelar en oportunidad anterior a aquella en la cual se activa el derecho de defensa y sería tanto como afectar a un ciudadano con medida de aseguramiento sin que hubiere imputación, con el argumento de proveer una posible imposición de medida de aseguramiento. Y es bueno dejar claro que los bienes a afectar deben pertenecer al imputado (el vehículo) pues en el caso que no lo sea, más gravoso y violatorio del debido proceso, sería gravar bienes de un tercero sin razón jurídica para ello, pues la medida cautelar es jurídica y esa decisión jurídica que efectivamente le corresponde al Juez de Garantías, solo puede tener un fundamento y este es la imputación. Es más, ni siquiera con imputación se

pueden gravar bienes de un tercero (conocido como tercero civilmente responsable), pues para ello se requiere un presupuesto esencial y consistente en la sentencia de condena (lo que favorece a las aseguradoras). Por lo tanto el argumento expuesto por la Fiscalía sólo puede ser aceptable en el marco de la imputación.

Un segundo argumento presentado por la Fiscalía, consiste en señalar que como el vehículo es un objeto con el cual se comete el delito, este puede ser objeto de comiso de conformidad con el artículo 100 del C.P. y que para ello no se requiere que exista querella. Aquí si el argumento es más desafortunado y no articula sistemáticamente el artículo 100 del C.P. con el artículo 100 del C. P. P. Recuerdese que el C.P. y el C. P. P. del 2000 en materia de delitos culposos en accidente de tránsito, algunos requerían querella, partiendo del resultado de la lesión y además en el contexto de esas normas no se discutió el problema que hoy se debate y que emerge con la implementación del sistema acusatorio. ¿Será que en el pasado tomábamos decisiones arbitrarias, sin que ello fuera nuestro propósito, precisamente por la falta de esta discusión?

En el actual contexto legal, tenemos elementos de juicio diferentes. El primero, con la Ley 906 del 2004, hay un mayor desarrollo legislativo, pues distingue en medidas materiales y en medidas jurídicas. El gran tema son las medidas cautelares; unas son de orden material y otras de orden jurídico, y entre estas últimas se encuentra la suspensión del poder dispositivo, el cierre temporal, la cancelación de registros, la prohibición de enajenar, los embargos y secuestros y la famosa entrega provisional que en nuestro sentir, dentro del contexto de la nueva preceptiva procesal, no tiene cabida jurídica. A pesar de dicha confusión, desde el punto de vista de la norma (aun con las contradicciones anotadas) el Código hace una diferenciación entre comiso y medida cautelar. Segundo: hoy todas las lesiones culposas en accidente de tránsito son querellables. Estos dos aspectos centran la diferencia y obligan a una reinterpretación lógica y razonable entre la Ley 599, y la Ley 906. En cuanto a lo primero, remitimos a la interpretación de inicio del presente artículo y en cuanto a lo segundo indico.

Liga la Fiscalía su argumento de la “entrega provisional” con los derechos de las víctimas. Pero, si la misma ley determina que en los casos de lesiones personales culposas, cualquiera fuere el resultado, se requiere querella de parte (artículo 74), dicho requisito de procedibilidad o procesabilidad —como quiera llamarse— impide a la Fiscalía actuar *motu proprio* por más que invoque la justicia y la verdad. A la víctima le corresponde ejercer sus derechos por los mecanismos legales que le sean

propios. No pueden la Fiscalía, ni los Jueces, abrogarse el derecho de las víctimas como argumento, cuando la víctima no ejerce sus derechos consagrados en la ley, máxime cuando querella significa, ni más ni menos, que el afectado o víctima es el que decide si se ejercita o no la acción penal. Sin embargo, ello no implica que la Fiscalía deje de cumplir su función consagrada en el artículo 114 numeral 6, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 906, solo que para el caso en concreto de los delitos querellables, tiene que contar con la querella de la víctima; de lo contrario, no puede actuar por más que quiera a nombre de la verdad y la justicia o por más que el insuceso sea injusto.

Otro aspecto de la argumentación de la Fiscalía, es que el artículo 100 busca una especial protección a las víctimas de los delitos culposos, en especial tratándose de accidentes de tránsito. No obstante: ¿podrá argumentarse ello cuando la misma ley faculta a la víctima para solicitar o no la intervención del Estado a través del mecanismo de la querella?

Dicho argumento bien puede tener un contenido de validez y solamente se puede hacer efectivo mediante el acto de imputación. Solo mediante esta, que requiere primero la querella, luego la conciliación como requisitos esenciales antes de formularla, es que las víctimas no tendrían que acudir a la jurisdicción civil. Además, es la víctima también la que escoge a cuál de las jurisdicciones acudir; ello es su potestad que no puede ser interferida por actos voluntariosos del ente Fiscal.

La ley les otorga unos derechos a las víctimas y una forma específica de ejercerlos para el caso que nos ocupa. Es por ello por lo cual para las lesiones en accidente de tránsito no podemos invocar in genere la protección de la víctima como argumento para ligarlo a una entrega provisional mediante actuación del Juez de Garantías.

En ese mismo marco conceptual de la protección de la víctima cabe la pregunta: ¿ha de hacerse “entregas provisionales” de los vehículos? Podría cuestionarse de nuevo: ¿y, por qué no, si de proteger los derechos de las víctimas en general se trata, no le limitamos con provisionalidad no uno, sino todos los bienes a quien de pronto en el futuro puede ser imputado? La respuesta es una sola: porque no hay imputación. Solo a través de ella se le puede imponer, al tenor del artículo 97, la prohibición de enajenar bienes muebles e inmuebles sometidos a registro y solo así es que podemos afectar bienes con medidas de embargo y secuestro y no con el comiso como refieren otros, para garantizar el pago de los daños y perjuicios por parte del imputado, lo que indica que los bienes deben ser de este y no de otra persona.

En conclusión, solamente en el marco de la imputación, se puede entender una medida de embargo y secuestro, sistemáticamente no es posible pensar en una entrega provisional teniendo como referente el artículo 97 y la posibilidad de un embargo y de un secuestro que recaería sobre todos los bienes del imputado y no solo sobre un vehículo que no daría mayores garantías a las víctimas. Por fuera de la imputación, no hay posibilidad de intervenir bienes que garanticen indemnizaciones futuras y es por ello que la expresión “entrega provisional” sería abiertamente inconstitucional. Pero es más, como lo anoté anteriormente —lo cual ha de ser objeto de otro debate— desde el punto de vista sistemático la posibilidad de una entrega provisional de un bien no se compadece con la naturaleza del sistema acusatorio.

También ha argumentado la Fiscalía que el artículo 100 establece un tratamiento de excepción a la regla general sobre la oportunidad para hacer efectivas las medidas cautelares al establecer la entrega provisional. No he encontrado argumento diferente, en los materiales que he tenido a la vista, que el de la protección a la víctima, argumento que ya ha sido criticado en renglones anteriores.

Otro argumento presentado es que siendo la entrega, provisional, ello implica una restricción a la propiedad y que por tal motivo debe ser objeto de trámite de audiencia preliminar. Ello es cierto en la medida en que hacer una entrega provisional significa que esta no es definitiva y como tal, efectivamente sería limitativa del derecho de propiedad. Pero ¿cómo y en qué circunstancia en concreto es que el funcionario judicial puede afectar derechos? ¿A quién se le deben afectar esos derechos? En desarrollo de la actuación penal y al amparo del respeto al debido proceso, los artículos 94 y 96 del C.P. han de interpretarse en concordancia con el nuevo procedimiento y en ese marco la afectación de bienes requiere de nnos presupuestos sustanciales y procesales. Con respecto a los segundos el presupuesto esencial está en la formulación de la imputación cuando se trate del presunto penalmente responsable. Cuando se trata de responsabilidad solidaria, el procedimiento establece otro requisito sustancial, la sentencia de condena. En ese marco, se concluye nuevamente que para darle aplicación al artículo 100, necesaria es la imputación, sin ella no es viable la toma de decisiones que restrinjan derechos tanto del futuro imputado, como de un tercero.

Quienes tenemos facultades jurisdiccionales, estamos en la obligación de darles protección a los derechos de quienes intervienen en el proceso independientemente de la naturaleza de cada uno de ellos. La Constitución faculta al poder jurisdiccional para limitar derechos e imponer obligaciones. La ley en el marco del

poder de configuración del legislativo, nos indica el cuándo, el cómo y el por qué, el poder jurisdiccional puede interferir los derechos de los ciudadanos y en el caso que nos ocupa espero haber dado suficientes razones para demostrar que en los casos de accidente de tránsito, lesiones, mientras no se haga imputación, el vehículo con el que se ocasionan las lesiones no puede ser objeto de afectación alguna. Mientras la imputación no se dé los vehículos deben ser tratados como evidencia macroelemento, y ser devueltos sin ninguna restricción a sus propietarios, poseedores o tenedores. Una vez hecha la imputación, cabe la posibilidad de afectar bienes del imputado, si y solo si, pertenecen a este, dando aplicación a los artículos 92-97 y 100 de la Ley 906. En el caso de que el rodante sea de un tercero, únicamente se pueden ejercer acciones, si está de por medio una sentencia de condena.

Segundo aporte:

Las siguientes son reflexiones elaboradas por Juan Pablo Lozano Rojas, Juez 4o Penal Municipal con Función de Control de Garantías. Se trata de tesis compartidas por otros jueces, entre ellos los doctores José Polidoro Bernal, María Elvira Espinoza, Gabrielina Molina.

Los siguientes son fundamentos que se aducen frente a la postura de que el Juez de Control de Garantías niegue a la Fiscalía la solicitud de entrega de vehículos. Ellos son los siguientes:

1. De acuerdo con la Constitución Nacional (artículo 116, reformado por el acto legislativo 03 del 2002), los Fiscales son funcionarios judiciales y, como tales, aplicando el principio rector del artículo 22 del C.P.P., están facultados para ordenar el restablecimiento del derecho, hasta antes de que se formule la imputación, pues una vez formulada la imputación, ese restablecimiento del derecho lo debe hacer el Juez. Se considera esta la interpretación razonable de dicha norma, la cual autoriza a la Fiscalía General de la Nación y al Juez restablecer el derecho, o volver las cosas a su estado anterior.
2. La entrega provisional de un vehículo no involucra ni afecta derechos fundamentales, ya que el derecho a la propiedad no es un derecho fundamental; dicha entrega no es una medida cautelar. Además, se debe entender que para ordenar la entrega provisional de un vehículo, no se requiere hacerlo mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, no se requiere una ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la Administración de Justicia y el valor o derecho sacrificado al investigado, pues la vinculación de un vehículo a una

investigación penal, no es ordenada por ningún funcionario judicial; tampoco lo es su desafectación. Ello, habida cuenta que tanto la una como la otra, son dispuestas por la ley (artículos 100 y 256 y ss. del C.P.P.), y por esa razón la entrega provisional de un vehículo es un acto de mero trámite, que puede ser **ordenada** por un fiscal, el cual está facultado para ello, de acuerdo con el parágrafo del artículo 161 del C.P.P.

3. Las solicitudes de los Fiscales en favor de terceros, adolecen de **falta de legitimación**, habida cuenta que dentro de sus funciones legales y constitucionales, ellos solamente están facultados para hacer peticiones en nombre de la Fiscalía General de la Nación, y en favor de la víctima.
4. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 88 y 99 del C.P.P., el fiscal tiene facultades para la devolución de bienes incautados, y se le permite ordenar la restitución de bienes a la víctima.
5. Finalmente, los vehículos involucrados en accidentes de tránsito, se convierten por ese hecho en elementos materiales de prueba, objeto de cadena de custodia (macroelemento), y por tal razón la custodia del mismo es de competencia de la Fiscalía General de la Nación, y en ese carácter de custodio, le compete definir la solicitud que hagan los terceros sobre la entrega provisional del mismo (artículo 257 del C.P.P.).

Tercer aporte:

Las siguientes son reflexiones aportadas a la discusión por José Reyes Rodríguez Casas, Juez cuarto penal del circuito especializado.

Para abordar el interrogante, acerca del funcionario a quien le compete, dentro de los trámites penales, adoptar la decisión de entregar bienes, es necesario advertir que para abordarlos consistentemente, es preciso plantear diversas categorías de situaciones, cuya resolución entre ellas debe ser coherente, en función de propósitos que cada evento encarga (se busca la coherencia en las decisiones, de acuerdo a las diversas categorías de bienes).

Categoría uno: Bienes que son aprehendidos por organismos de seguridad a propósito de actos delictivos, que no están llamados al comiso y que tampoco están comprometidos en delitos culposos (inc. 1 art. 100 C.P.P.), o que en consecuencia de la Fiscalía no le resulten útiles como elementos materiales probatorios. La devolución tendrá que hacerla, de plano e inmediatamente, la Fiscalía.

Categoría dos: Bienes de los cuales razonablemente pueda inferirse que son productos directo o indirecto del delito, o utilizados o destinados a ser utilizados en comisión de delitos dolosos, mezclados o encubiertos (art. 82 C.P.P.). Una vez incautados u ocupados estos, la Fiscalía tendrá que pedir al Juez de Garantías que legalice lo actuado y adopte medida de suspensión del poder dispositivo sobre los mismos, y solo en caso de que así proceda, el debate que surja en torno a su entrega, reconocimiento de tercero de buena fe, etc., habrá de darse ante el juez. Esta competencia subsistirá provisoriamente, hasta que el Juez de conocimiento decida de manera definitiva.

Categoría tres: Bienes que tengan carácter de elementos materiales probatorios, que no están llamados al comiso ni a extinción de dominio. En término que no puede superar los seis meses, serán devueltos por el fiscal a quien tenga derecho a recibirlos. Si fueron cubiertos con medidas de suspensión del poder dispositivo, la decisión habrá de adoptarla el juez de Control de Garantías.

Categoría cuatro: Bienes afectados con medidas cautelares, a petición del Fiscal o de las víctimas, en pos de proteger el derecho a indemnización de perjuicios. El levantamiento de las medidas, también a petición de la Fiscalía o de las víctimas, será decisión del Juez de control de Garantías.

Categoría cinco: Bienes sujetos a registro, sobre los cuales obra restricción al derecho de propiedad, durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación. En razón a que esta limitación encuentra su razón de ser también en la protección de derechos indemnizatorios, y en razón a que es impuesta por el juez a petición del fiscal —comportando comunicación a la Oficina de Registro correspondiente que materialmente significa sacarlo del comercio— la controversia que se suscite a partir de dicha afectación, deberá resolverla el Juez de Control de Garantías.

Categoría seis: Afectación de bienes en delitos culposos. Al igual que en las dos categorías anteriores que hacen parte del capítulo III, medidas cautelares, si los bienes están comprometidos en delitos culposos y la limitación al derecho de propiedad bajo el modo de entrega provisoria, haya su razón de ser en el afán de garantizar derechos indemnizatorios, pero degradando efectos nocivos de mayor intervención —embargo o secuestro— y frente a la dinámica de permanente productividad que esta clase de bienes ostentan, la Fiscalía o la víctima tendrán que solicitar al Juez que los afecte con dicho propósito, que no significa embargarlos ni secuestrarlos, sino que dada la devolución o reclamación para mantener el *statu quo*

sobre ellos, se intervenga en el derecho de propiedad, disponiendo que la devolución sea solo provisoria, hasta que el juez de conocimiento adopte la definitiva.

Entonces, la competencia del Juez de Garantías solo podría activarse por la petición de afectación sobre el derecho de propiedad que haga la Fiscalía o la víctima en tal caso, y sólo en ese, podrá ordenar la devolución provisoria. Si la Fiscalía o la víctima guardan silencio, bien sea porque no existe querella, o porque esta declina su interés indemnizatorio, el juez no cuenta con la facultad para resolver un conflicto que no se le ha presentado en la dinámica de partes, y unilateralmente, sin fundamentos de necesidad, ponderación, legalidad e interés de la parte afectada con el hecho, disminuir o afectar el derecho a la propiedad. Considero imperativo que se requiera al juez la afectación del derecho de propiedad, y solo a partir de la limitación que dicha decisión embarga sobre el mismo, entrar a resolver la provisionalidad de la entrega. De lo contrario, el Fiscal tendrá que entregar el bien y esta entrega será definitiva, porque la ley no le ha concedido la facultad para afectar derechos fundamentales como es el de la propiedad, en la medida que refiere la norma.

NOTAS DE ACTUALIZACIÓN DEL MÓDULO POR PARTE DEL COMITÉ ACADÉMICO DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL DE LA ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

El análisis teórico argumentativo que hace el autor en el presente módulo constituye, sin duda, un avance en la comprensión de las temáticas que aborda; no obstante, el paso del tiempo hace necesario advertir a los discentes sobre los cambios normativos y desarrollos jurisprudenciales más significativos que se han presentado a partir de la fecha de la primera publicación del trabajo, motivo por el cual el Comité Académico de los Programas de Formación Judicial Especializada del área Penal de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" ofrece los siguientes comentarios y referencias que, sin ser exhaustivos, corresponden a los más notorios avances legislativos y jurisprudenciales que han surgido a partir de la fecha de publicación hasta el momento de esta nueva edición del módulo, los cuales deben ser complementados, en todo caso, por el lector atendiendo al propósito de mantener el modelo educativo de la Escuela, en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial y particularmente de la sistemática penal acusatoria, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante la evolución jurisprudencial que emerge de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional y que, no pocas veces, implica para los magistrados y magistradas, jueces y juezas abordar discusiones conceptuales de gran calado y hondas consecuencias para la praxis judicial.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. LEY 906 DE 2004

Autor: Guillermo Angulo González

Actualización jurisprudencial del módulo “La justicia restaurativa en el nuevo sistema procesal penal. Ley 906 de 2004”.

La víctima, sus facultades, derechos y limitaciones es quizás uno de los temas que han adquirido mayor relevancia con la puesta en vigencia del sistema penal acusatorio en Colombia a partir de 2005. En el presente escrito solo nos limitaremos a hacer una relación breve e incompleta del tema en cuestión, para lo cual acudiremos a la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En lo referente a la jurisprudencia constitucional nos centraremos en las sentencias C-454 de 2006 y 516 y 209 de 2007 sin que descartemos la abundante jurisprudencia que sobre las víctimas se ha proferido hasta la fecha; pero como quiera que las citadas son relevantes para el tema de la Ley 906 de 2004, nos detendremos en ella. La primera de ellas, la 454 de 2006, le concede la posibilidad a la víctima de poder solicitar pruebas en la audiencia preparatoria; la segunda, la 516 de 2007, le concede la facultad a la víctima de ser protagonista de primer nivel en las negociaciones y preacuerdos, al punto que puede intervenir directamente en las mismas cuando las celebren el fiscal y la defensa. Por último, la 209 de 2007 permite la intervención de la víctima en las audiencias de medidas de aseguramiento, acusación, principio de oportunidad y juicio oral para materializar los derechos generales de verdad, justicia y reparación tratado en extenso en la sentencia C-228 de 2002. Como se puede observar, la víctima ha adquirido en el nuevo proceso penal acusatorio colombiano la calidad de parte, excepto en lo atinente a que en las decisiones de la Corte Constitucional se le ha vedado la posibilidad de interrogar y contrainterrogar en el juicio para preservar el equilibrio entre las partes que caracteriza al sistema penal acusatorio adoptado desde la Ley 906 de 2004.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha sido igualmente prolífica en defender los intereses de las víctimas, materializando así sus derechos fundamentales como son la verdad, justicia y reparación. Es de relieves el hecho de considerar que aun en sentencias producto de preacuerdos o aceptaciones unilaterales tienen

derecho a la solicitud del correspondiente incidente de reparación (ver entre otras sentencias las 23323 y 26581 de 2007 y 28161 y 29559 de 2008).

Es evidente que en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia les han imprimido una dinámica propia a las víctimas y sus derechos. Sin embargo, desde una perspectiva integral del proceso penal colombiano se está produciendo un profundo desbalance en detrimento del imputado, que pone en serio riesgo sus derechos fundamentales. Y aunque parezca contradictorio, la situación de desventaja en que se halla el imputado en la Ley 906 de 2004 puede producir resultados contrarios a los derechos fundamentales de verdad, justicia y reparación de las víctimas. Algunas voces aisladas en la judicatura vienen expresando la necesidad de replantear un proceso tan desequilibrado como el que tenemos hoy y que sin excluir a la víctima del proceso penal es indispensable buscar una fórmula que permita que sus derechos se mantengan incólumes pero no en detrimento de los de los imputados. El camino que se transita hoy es el de una justicia en donde es evidente la debilidad de la defensa; lo decimos al menos en los casos ordinarios, pues en el campo de la ley de justicia y paz la situación allí es altamente desfavorable a las víctimas, siendo estas circunstancias producto de una decisión política en la que los Jueces hemos sido totalmente ajenos a ella.

CARLOS ALBERTO MORENO ARBOLEDA

Juez 3º Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá
Formador de la Escuela Judicial en comisión especial

