INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS

En la Ley 906 de 2004

NELSON SARAY BOTERO

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS

En la Ley 906 de 2004

NELSON SARAY BOTERO

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS

En la Ley 906 de 2004

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado Sala Penal Tribunal
Superior de Medellín

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS EN LA LEY 906 DE 2004

© Nelson Saray Botero
Magistrado Sala Penal Tribunal

Primera Edición: Abril de 2013

Diseño y Diagramación:
Marcela Valencia Ramírez
disenomarce@gmail.com

Para mi esposa Sonia, con mucho amor.

Presentación

La publicación de este manual representa para el Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia un verdadero logro. Es el resultado del estudio dedicado, concienzudo y profundo de su autor, el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Medellín Nelson Saray Botero, quien ha logrado dar claridad frente a un tema que resultaba bastante complejo para los operadores judiciales en general. Esto, dado que en palabras del mismo autor, el incidente de reparación integral combina o incorpora un trámite netamente civil a través de la oralidad propia del sistema penal acusatorio, ante un Juez penal. Esta publicación brinda las pautas, ofrece jurisprudencia y además clarifica sobre el incidente de reparación integral su finalidad, trámite, audiencias y diligencias, términos y participación de los sujetos procesales. Asimismo, la participación de las personas víctimas, pruebas que sustentan las pretensiones, presupuestos procesales, conciliación, tercero civilmente responsable, apoderados o representantes judiciales, perjuicios materiales e inmateriales, daño, tasación de perjuicios y medidas cautelares, entre otros.

Este texto se ha nutrido de un intenso proceso de capacitación, llevado a cabo a través de los Centros de Atención a Víctimas de la Fiscalia General de la Nación, auspiciados por el Departamento de Justicia. Parte de la labor de los Centros de Atención a Víctimas es prestar asistencia legal en el incidente de reparación integral a las víctimas de diferentes delitos. A través de las capacitaciones sobre el incidente de reparación, donde el autor ha actuado como ponente, se logró incorporar las inquietudes que los asistentes destinatarios de los cursos (Entre otros: jueces, magistrados, defensores de personas víctimas, defensores de familia, comisarios de familia, personeros, procuradores, fiscales, investigadores, practicantes de consultorio jurídico, asesores y directores de diversas universidades) plantearon durante las arduas jornadas de trabajo.

Estamos seguros que con esta publicación los operadores judiciales contarán con la guía idónea para presentar el incidente de reparación. Adicionalmente, es grato poder continuar brindando nuestro apoyo y colaboración frente a este y todos los temas que sean necesarios para facilitar el proceso de formación, consulta y estudio en lo relacionado con el sistema penal acusatorio colombiano.

PAUL VAKY
DIRECTOR PROGRAMA REFORMA A LA JUSTICIA
EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN COLOMBIA

Indice

Presentación 5

UNIDAD TEMÁTICA 1
PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS Y PROCESALES EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

A. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL 13

1. RECONOCIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL 13
2. RECONCEPTUALIZACIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO 17
3. PERJUDICADO Y VÍCTIMA EN LA LEY 906 DE 2004 21
4. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN 22
5. LEGITIMACIÓN PROCESAL POR ACTIVA 32
   - 5.1 La Víctima 33
   - 5.2 El Fiscal, a Instancia de la Víctima 36
   - 5.3 El Agente del Ministerio Público, a Instancia de la Víctima 38
   - 5.4 El Actor Popular 39
   - 5.5 El Defensor de Familia 40
   - 5.6 Inicio e Impulso de Oficio por el Juez de Conocimiento 42
6. LEGITIMACIÓN PROCESAL POR PASIVA 43
   - 6.1 El Declarado o los Declarados Penalmente Responsables 43
   - 6.2 El Tercero Civilmente Responsable 46
   - 6.3 La Compañía Aseguradora de Responsabilidad Civil Extracontractual en Virtud de Contrato Válidamente Celebrado 53
   - 6.4 Concepto de "Tercero Civilmente Responsable" 59
   - 6.5 La Solidaridad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes 62
   - 6.6 Solidaridad y Empresas Operadoras de Transporte 63
   - 6.7 El Tercero Civilmente Responsable en el Proceso Penal Mixto 67
   - 6.8 El Tercero Civilmente Responsable en el Proceso Penal Acusatorio 68
   - 6.9 Mecanismos de Defensa del Tercero Civilmente Responsable 72
   - 6.10 El Llamado en Garantía 74
   - 6.11 Cuadro de Legitimación Procesal por Pasiva 74

B. PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL 75

1. PRESUPUESTOS PROCESALES 75
2. CONDICIONES DE LA LEY 906 DE 2004 77
3. EXIGENCIAS PROCESALES CUANDO SE TRATE DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMAS DE DELITO 79

4. EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE CONDENA 79
5. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS 81
6. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN Y EL TERMINO DE DÍAS HÁBILES 85
7. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN 87
7.1 Declaratoria de Desistimiento y la Perención Procesal o Desistimiento Tácito 91
8. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL 93
8.1 Indemnización integral y Favorabilidad de Doble Via 93
8.2 Indemnización Integral y Delito de Inasistencia Alimentaria Contra Niños, Niñas y Adolescentes 97
8.3 Libertad Inmediata cuando se Indemniza Integralmente después de Ejecutoriada la Sentencia de Condena 102
9. LÍMITE PROCESAL MÁXIMO PARA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR REPARACIÓN INTEGRAL 103
10. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES 104
10.1 Prescripción de la Acción Civil contra el Penalmente Responsable y contra el Tercero Civil 104
10.2 Prescripción de la Acción Derivada del Contrato de Seguro Validamente Celebrado 108
10.3 Suspensión de la Prescripción de la Acción Civil 114
10.4 Prescripción y Caducidad 116
10.5 Prescripcion de las Acciones Civiles Derivadas del Delito 122
11. DELITOS DE EJECUCIÒN PERMANENTE, EN ESPECIAL, EL PUNIBLE DE INASISTENCIA ALIMENTARIA 123
11.1 Límite Final de la Imputación Factica para el Juzgamiento en el Delito de Inasistencia Alimentaria 128
11.2 Sobre la Imputación del Pago 134
11.3 Los Delitos contra Niños, Niñas y Adolescentes No requieren querella como condición previa para iniciar el Proceso Penal 136
11.4 Vigencia del INC. 2° Num. 3° Art. 37 de la Ley 906 de 2004 para el delito de Inasistencia Alimentaria 138

C. APODERADOS O REPRESENTANTES JUDICIALES 141

1. SILENCIOS DEL LEGISLADOR 141
2. DEFENSOR DE OFICIO DEL PROCESADO EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL 142
3. COMPARATIVO ENTRE EL DEFENSOR DE LA DEFENSORIA PÚBLICA Y EL DEFENSOR DE OFICIO 144
4. ACTUACIÓN PROCESAL SIN ABOGADO DEFENSOR DEL PROCESADO 145
5. ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURÍDICO COMO DEFENSORES DEL PROCESADO 147

6. INTERVENCIÓN SIN ABOGADO E INTERVENCIÓN CON ABOGADO POR PARTE DE LA VÍCTIMA, Y ESTUDIANTE ADSCRITO A CONSULTORIO JURÍDICO 152
7. EXTENSIÓN DEL APODERAMIENTO JUDICIAL EN MATERIA PENAL 157
8. CONCLUSIONES SOBRE EL APODERAMIENTO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL 161
9. TUTELA N° T-61.798 DE 21 AGOSTO DE 2012 DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 163
10. CUADRO SOBRE EL APODERAMIENTO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA 164
11. LOS CENTROS DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS (CAV) 164
12. RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA JURÍDICA PARA ACTUAR EN FAVOR DE LA VÍCTIMA 165
13. APODERADO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA NNA EN DELITO COMETIDO POR UN ADULTO 168
14. CONFLICTO DE PRETENSIONES ENTRE EL ABOGADO DEL PROCESADO Y SU CLIENTE 172
15. CONFLICTO DE PRETENSIONES ENTRE EL ABOGADO DE LA VÍCTIMA Y SU CLIENTE 175

UNIDAD TEMÁTICA 2
LOS PERJUICIOS

1. DAÑOS, CLASES DE PERJUICIOS Y REPARACIÓN INTEGRAL 179
2. PRUEBA DE LOS PERJUICIOS Y EL ARBITRIO JUDICIAL 183
3. CRITERIOS DE EQUIDAD EN TEMA PERJUICIOS POR FALTA DE PRUEBAS 187
4. EL DAÑO EMERGENTE Y SU LIQUIDACIÓN 192
5. EL LUCRO CESANTE Y SU LIQUIDACIÓN 194
   5.1 Presunción Legal de que se devenga al menos el Salario Mínimo Legal Mensual en el trámite el IRI 194
   5.2 Evolución del Salario Mínimo Legal MensuaL (SMLMV) 196
   5.3 Criterios para la Liquidación del Lucro Cesante 197
   5.4 Fórmulas Aplicadas por el Consejo de Estado 199
6. PRUEBA DE LOS INGRESOS DEL OCCISO Y GASTO PERSONALES Y FAMILIARES 202
7. MANUTENCIÓN DE HIJOS Y PERJUICIOS MATERIALES 203
8. PERJUICIOS Y LÍMITE DE LOS 1.000 SMLMV 204
9. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES, INMATERIALES O MORALES 206
10. PRESUNCIÓN LEGAL DE DAÑO MORAL SUBJETIVO PARA LOS FAMILIARES INMEDIATOS 210
11. HERMANOS MAYORES DE LA VÍCTIMA Y PERJUICIOS MORALES 215
12. PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE, LESION GRAVE Y LESION LEVE 219
13. PERJUICIOS MORALES PARA EL HIJO DE CRIANZA 222
14. PERJUICIOS MORALES PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS 222
15. PRUEBA Y CUANTIA DE LOS PERJUICIOS MORALES 224
16. COMPARATIVO DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE CONDENAS POR PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS 226

17. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA 228
18. DIFERENCIAS ENTRE EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA 234
19. PERJUICIOS EN DELITOS COMETIDO BAJO ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR 236
20. LA CONCURRENCIA DE INDEMNIZACIONES 241

UNIDAD TEMÁTICA 3
MEDIDAS CAUTELARES Y SALIDAS ALTERNAS

A. MEDIDAS CAUTELARES 247
1. LOS BIENES EN EL PROCESO PENAL 247
2. MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CURSO DEL PROCESO PENAL 250
3. MEDIDAS PREVIAS CAUTELARES DE EMBARGO Y SECUESTRO Y LEGITIMACIÓN PROCESAL 253
4. LA INCAUTACIÓN Y OCUPACIÓN DE BIENES CON FINES DE COMISO 255
5. DIFERENCIAS ENTRE EL COMISO Y EL EMBARGO Y SECUESTRO 260
6. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES Y CAUCIÓN 262
7. MEDIDAS PREVIAS CAUTELARES CONTRA BIENES DEL IMPUTADO O ACUSADO 267
8. CONCURRENCIA DE EMBARGOS ORDENADOS SOBRE UN MISMO BIEN POR LA JURISDICCION CIVIL Y LA PENAL .. 269
9. DESEMBARGO DE BIENES 270
10. COMPETENCIA EN TEMA DE BIENES UNA VEZ COBRE EJECUTORIA LA SENTENCIA PENAL 275
11. CUADRO DE RUTA DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACIÓN 277
12. AFECTACION DE BIENES EN DELITOS CULPOSOS 280
    12.1 Aspectos Relevantes de la Entrega Provisional 280
    12.2 Imputación y Entrega Provisional en Delitos Culposos 282
13. LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR BIENES SUJETOS A REGISTRO DURANTE LOS SEIS (6) MESES SIGUIENTES A LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN 285
14. MEDIDAS PATRIMONIALES A FAVOR DE LAS VICTIMAS DE DELITOS, POR PARTE DEL FISCAL 289
    14.1 Fondo para Reparación de las Víctimas (Ley 975 de 2005) 291
    14.2 Víctimas de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997) 291
    14.3 Víctimas de Delitos Contra la Libertad Personal (Ley 282 de 1996) 292
    14.4 Fondo para la Restitución de Tierras Despojadas (Ley 1448 de 2011) 292
15. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS FRAUDULENTAMENTE 294
    15.1 Instituto en los Regímenes Procesales Mixtos Inquisitivos 294
    15.2 Instituto en el Sistema Acusatorio Penal 297
16. MEDIDAS DE EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL 300
    16.1 Medidas Previas Cautelares antes de la Sentencia Del IRI 300
    16.2 Medidas Previas Cautelares una vez se Dicta Sentencia de Condena al pago de Perjuicios 302

17. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 304

17.1 Cuestiones Generales sobre Restablecimiento del Derecho.....304
17.2 Restablecimiento del Derecho Provisional o Definitivo y Competencia Judicial 311

18. LA RESTITUTIO IN PRISTINUM O LA RESTITUTIO IN INTEGRUM 313

B. SALIDAS ALTERNAS.....319

1. CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN DELITOS QUERELLABLES..... 319
2. ACUERDO EN LA FASE PREPROCESAL PENAL QUE SE INCUMPLE POR PARTE DEL QUERELLADO 322
3. CONCILIACIÓN Y PAGO DURANTE EL PROCESO PENAL..... 324
4. REBAJA DE PENA DEL ARTICULO 269 CODIGO PENAL EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO..... 325
5. SITUACIONES EN QUE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL NO FIJA PERJUICIOS O LOS QUE FIJA SON EXAGERADOS 327
6. VÍCTIMA, DAÑO Y PAGO POR ASEGURADORAS..... 334
7. PAGO DEL PERJUICIO EN SU TOTALIDAD Y LA TRANSACCIÓN O CONCILIACIÓN..... 335
8. LA REPARACIÓN INTEGRAL, la ACTUALIZACIÓN E INDEXACIÓN DEL PAGO EN EL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL 338
9. EL PAGO EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL..... 340
10. LA CONCILIACIÓN EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL..... 342

UNIDAD TEMÁTICA 4
TRÁMITE Y ACTUACIÓN DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL (IRI)

1. EL DELITO ES FUENTE DE OBLIGACIONES..... 345
2. INCIDENTE QUE NO ES INCIDENTE AL MODO DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO..... 350
3. ÚLTIMA POSIBILIDAD DE JUSTICIA RESTAURATIVA..... 352
4. TRÁMITE POR JUEZ PENAL EN AUDIENCIAS Y NORMAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO..... 354

4.1 Integracion Normativa y Aplicación del Codigo General del Proceso en el Incidente de Reparacion Integral de Perjuicios.....354
4.2 Integración Normativa y Aplicación de la Ley 600 de 2000 en la fase de Ejecucion Penal 358

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LA LEY 906 DE 2004 361

5.1 Sobre la Prueba del Parentesco.....365
5.2 Incidente de Reparación y Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.....367

6. CITACIONES, NOTIFICACIONES Y COMPARECENCIA 368
7. CONDICIóN DE VALIDEZ DE LAS AUDIENCIAS ORALES 371

7.1 Condiciones para la Validez de las Audiencias del Sistema Acusatorio Penal.....371
7.2 Condiciones para la Validez de las Audiencias en el Trámite del Incidente de Reparacion Integral.....373

8. INICIO DE AUDIENCIA Y DILIGENCIAS 374

9. INASISTENCIA A LAS AUDIENCIAS, SANCIÓN Y JUSTIFICACIÓN 376
10. PRESENTACIÓN ORAL O ESCRITA DE LAS PRETENSIONES 380
11. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN 383
12. INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA 385
13. JURAMENTO ESTIMATORIO 387
14. AUDIENCIA DEL ART. 103 LEY 906 DE 2004 390
14.1 Determinar la Calidad de Víctima con el Delito Cometido 391
14.2 Se debe Constatar si hay Transaccion o Conciliacion Previa o Pago Efectivo de los Perjuicios 393
14.3 Pleito Pendiente 397
14.4 Admisión de las Pretensiones 404
14.5 Intento de Conciliación de las Pretensiones 405
15. CONCILIACIÓN FALLIDA Y AUDIENCIA PARA DENTRO DE LOS 8 DIAS SIGUIENTES 409
15.1 Ofrecimiento de Medios de Prueba 410
15.2 Solicitud y Decreto de Pruebas 411
16. AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 104 LEY 906 DE 2004 419
16.1 Intento de Conciliación 420
16.2 Practica de Pruebas 420
16.3 Alegaciones de Conclusión, Fallo e Impugnación 426
17. COSTAS Y AGENCIAS PROCESALES 430
18. TRÁMITE PARA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL 433
19. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN 434
20. ACLARACIÓN, ADICIÓN Y CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA 437
21. CUADRO DE RUTA DEL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL 439
22. SOBRE LOS EFECTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION 444

BIBLIOGRAFIA 447

UNIDAD TEMÁTICA 1

Presupuestos dogmáticos y procesales en el Incidente de Reparación Integral

A. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

1. RECONOCIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

El proceso penal, "*además de velar por los derechos fundamentales del procesado, cuida de los intereses de ese otro importante protagonista de la actuación que es el ofendido o sus herederos*", expresó la Sala Penal de la Corte en providencia de 12 julio de 1990, Rad. 3475, con ponencia del magistrado Edgar Saavedra Rojas.

Los derechos de la víctima en el proceso penal se han desarrollado más ampliamente en la Ley 906 de 2004 precisamente a raíz del Acto Legislativo 03 de 2002 y la respectiva jurisprudencia constitucional.

Establece el canon 132 de la Ley 906 de 2004:

> 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]*[1] como consecuencia del injusto.

[1] La Corte Constitucional mediante sentencia C-516 de 11 julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, declaró inexequible la expresión "directo", contenida en el primer inciso de la presente norma.

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

Se cuenta entonces ahora, como no sucedía en el pasado, con una delimitación legal del concepto de víctima que supera la simple cuestión semántica[2] o bien su origen etimológico[3].

Según Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de las víctimas de delitos y abuso del poder y la Resolución de la Asamblea General de la ONU de 29/11/85, se entenderá por víctima:

> "Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, perdida 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 del poder".

La resolución de la ONU extiende la expresión "*víctima*" además "*a los familiares o personas a cargo que tengan relación 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].

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que debe entenderse como víctima o perjudicado de un delito a la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó[5].

---

2 "*Víctima- (Del lat. vīctima). 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. /2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra./ 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita./ 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito./ Hacerse alguien la ~.1. loc. verb. coloq. Quejarse excesivamente buscando la compasión de los demás*". Según el DRAE, en http://buscon.rae.es/draeI/.

3 "*Cerca le ronda la palabra victus, que significa alimento; podría ser también que viniese de vieo (atar con juncos; formaba parte del ritual) y en tal caso, significaría atado, inmovilizado. Podría ser también que proviniese de vincere, vencer, o también de vincire, que significa atar. Sea cual sea el origen, ahí están alrededor de víctima todos estos conceptos que, tanto por separado como en conjunto se le pueden aplicar perfectamente, por lo que no sería de extrañar que estuviesen todos ellos emparentados./ La razón de ser de la víctima es ser sacrificada (sacrum facere), es decir hacer con ella una cosa sagrada. En primer lugar porque el victus, el alimento ha de ser sacralizado mediante un ritual; y en segundo lugar porque la tribu necesita hacer víctimas para mantenerse fuerte y unida y en todo caso para marcar distancias respecto a otras. Por ello es preciso que la víctima cargue con las culpas de todo aquello que haga daño a la tribu. La tribu nunca puede ser responsable de sus propios males, nunca ha de autocastigarse. Para eso están las víctimas, para cargar sobre ellas todas las culpas*". En: Textos y escritos difundidos por el Consejo Superior de la Judicatura en versión de CD, Artículo El papel de la víctima.

4 Históricamente la víctima va desde el protagonismo absoluto en el proceso penal hasta su exclusión definitiva, para finalmente resurgir en especial a través de la victimología y la victimodogmática (I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén en 1972); Cfr. En: Textos y escritos difundidos por el Consejo Superior de la Judicatura en versión de CD, Artículo *El papel de la víctima.*

5 Corte Constitucional, Sentencia C-370 de mayo 18 de 2006, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Gálvis y Clara Inés Vargas Hernández.

Se adquiere pues la calidad de víctima desde el mismo momento de comisión del hecho punible, para lo cual la Policía Judicial o el Fiscal le debe suministrar información sobre sus derechos contenidos en el Art. 136 CPP y los enlistados en el Art. 11 *ibídem*, y sin ninguna formalidad distinta a la acreditación sumaria de su calidad de víctima se le debe permitir intervenir en todas las fases de la actuación[6].

Esa acreditación como víctima en el proceso penal y su reconocimiento judicial, implica que sus actuaciones son válidas aunque posteriormente se demuestre o constate que su reconocimiento carece de fundamento legal (*vr .gr*., por carecer de legitimidad), como se dedujo para el sistema mixto inquisitivo en sentencia de 23 mayo de 2012, Rad. 34.962, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Salazar Otero, y con mayor razón aplicable al sistema acusatorio penal cuando se ha presentado el fenómeno de la re conceptualización constitucional del papel de la víctima en el proceso penal moderno.

Como regla general, los derechos de las víctimas serán comunicados a la misma víctima, desde el mismo momento en que se presenta el primer contacto con las autoridades.

Expresa el canon 135 del CPP[7]:

> Art. 135. **Garantía de comunicación a las víctimas**. Los derechos reconocidos serán comunicados por el fiscal a la víctima desde el momento mismo en que esta intervenga.
>
> Igualmente se le informará sobre las facultades y derechos que puede ejercer por los perjuicios causados con el injusto, y de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral.

Para la Corte Constitucional la víctima es un interviniente especial o figura especial en las distintas etapas del proceso penal (Sentencia C-209 de 2007), y un interviniente especialmente protegido (Sentencia C-516 de 2007), al fin y al cabo "*Las víctimas son ciudadanos que han sufrido el fracaso del Estado en su obligación, derivada del contrato*

---

6 Como buena práctica judicial esa comunicación de los derechos se hace constar por escrito que firma la víctima, por supuesto luego de una razonable explicación de sus derechos y la constatación que los comprendió.

7 La Corte Constitucional mediante sentencia C-454 de 7 junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, declaró exequible el Art. 135 de la Ley 906 de 2004 "***en el entendido que la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación***".

social, de ofrecerles protección"[8]; y si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 radicó en cabeza del Fiscal la función de acusar, no supedita la intervención de la víctima a la actuación del Fiscal porque "*la víctima del delito no es un sujeto pasivo de protección por parte de la Fiscalía, sino un interviniente activo, constitucionalmente legitimado para hacer valer sus derechos*"[9]. La participación de las víctimas es más directa y activa en fases anteriores y posteriores al juicio oral y público, ya que éste es un debate entre adversarios, esto es, entre Fiscalía y Defensa[10].

Definido el concepto de víctima, entonces para efectos procesales se deber entender por tales: ***primero***, el sujeto pasivo de la infracción, es decir aquella(s) persona(s) naturales o jurídicas sobre la(s) cuales recae la acción del autor del comportamiento punible; y ***segundo***, los perjudicados directos que son aquellos que sin ser los titulares del bien jurídico reciben directamente los efectos del delito como por ejemplo los familiares de la persona asesinada.

En algunos delitos, tales como ilícitos contra la administración pública y en el delito de peculado por apropiación concretamente, en principio se podría pensar que no es posible el perjuicio directo para personas particulares en tanto y cuanto los bienes son del Estado; pero es posible el reconocimiento de un particular como víctima en esos delitos.

Ya el asunto fue dilucidado por la jurisprudencia, así:

> "Mas, bueno es aclararlo, a pesar de los *efectos patrimoniales* de la protección legal y del delito, el peculado no es ni puede convertirse en un hecho punible patrimonial, pues la tutela al patrimonio económico allí está mediatizada (y no excluida) por el mayor destacamiento de la función administrativa relacionada con él. Esto es tan evidente que si un funcionario judicial es investigado por el delito de peculado, dado que se apropió de un vehículo hurtado puesto a su disposición, no sería posible negarle la constitución de parte civil al ciudadano que es dueño, poseedor o tenedor del automotor recuperado y después distraído por el servidor público"[11].

Ahora bien, ha expresado la Corte Constitucional, que "*más allá de la punición del delito o la rehabilitación del condenado, uno de los principales aportes del constitucionalismo*

---

8 Josep María Tamarit Sumilla: Estudios de victimología, Actas del I Congreso español de victimología, citado en conferencias y presentaciones de Fidel Alejandro Ruiz Caicedo.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 11 julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

10 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de segunda instancia de 7 diciembre de 2011, Rad. 37.596, M.P. José Luis Barceló Camacho.

11 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de segunda instancia de septiembre 16 de 1997, Rad. 12.655, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

al sistema penal ha sido reforzar como bien jurídico por proteger, los derechos de la víctima, sujeto a quien el delito ha afectado lesivamente y a quien el Estado debe cuidar a través del establecimiento de las garantías sustanciales y formales que velen por su reparación integral. Tal vocación garantista se observa desde los pronunciamientos de la Corte sobre el procedimiento penal anterior[12]*, en los debates y discusiones constituyentes que sirvieron de base a la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo No. 03 de 2002*[13]*, en este mismo*[14]*, y también en los trabajos de la Comisión encargada de presentar el proyecto de ley de desarrollo*[15]*, así como en las interpretaciones que la Corte ha dado a la propia Ley 906 de 2004. De los datos anteriores se infiere que la salvaguarda de la víctima y su reparación integral, son objetivos esenciales del sistema penal colombiano*"[16].

2. RECONCEPTUALIZACIÓN DEL PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

La Corte Constitucional ha declarado la exequibilidad de numerosas normas de la Ley 906 de 2004 de manera condicionada en el entendido que la mayoría de las garantías de los imputados se extiendan a las víctimas, de tal forma que las prerrogativas de éstas ocupan un lugar destacado en el proceso penal y su papel no se limita a la obtención de un resarcimiento de índole meramente económica[17].

Es indiscutible que los derechos de las víctimas adquieren rango constitucional pues es un sujeto procesal que merece especial consideración en el conflicto penal y se erige así en factor determinante de los fines del proceso penal que debe apuntar hacia

---

12 En particular las sentencias C-228 de 2002, C-580 de 2002 y C-916 de 2002.

13 Gacetas del Congreso Nos 134, 148 y 531 de 2002 y 29 de 2003 entre otras.

14 Así cuando el artículo 250 constitucional establece: "… 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 (…)*

6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.*

7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa (…)".*

15 Vid. Luis Camilo Osorio Isaza, Gustavo Morales Marín. Proceso penal acusatorio. Ensayos y actas. Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 357, 372, 453-457.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

el restablecimiento de la paz social[18]. La VÍCTIMA tiene derecho entonces a ser oída en el proceso penal[19].

Con la re conceptualización del papel de la víctima en el proceso penal[20], cuando se compruebe vulneración a sus derechos a la verdad, justicia y reparación, y si con la decisión ha sufrido un daño concreto, real y específico, la víctima puede verse habilitada para instaurar apelación en procura de que se revoque la sentencia absolutoria[21], no obstante que por ejemplo haya conciliado o transado sus intereses económicos[22]; o bien para que la pena impuesta en la condena no sea irrisoria[23] y se fije una proporcional y además razonable[24], ya sea la individualmente impuesta o la dosificada por razón del concurso de delitos, o para que se niegue un subrogado penal cuando se considere ilegal; en fin, también tiene interés en la impugnación no obstante la sentencia de condena cuando su pretensión es restitutoria porque es la mejor manera de proteger los derechos que le fueron conculcados, dentro de las varias posibilidades, unas directas otras por equivalencia, que buscan cumplir esa finalidad[25], entre otros.

La víctima tiene interés jurídico en impugnar la sentencia absolutoria, lo cual es comprensible, pero también puede presentar apelación contra la sentencia de condena cuando se impone una sanción irrisoria, ridícula o ilegal o bien cuando se conceden subrogados o sustitutos penales sin fundamento legal.

En efecto,

> "Es que aumentar la pena —como lo hizo el juzgador de primera instancia— en solo seis meses por el concurso de delitos que acá se imputó resultó inadecuado, inapropiado y desproporcionado por lo bajo frente a la pena que individualmente correspondería a cada una de dichas ilicitudes, a su gravedad y naturaleza y a las

18 Corte Constitucional. Sentencia C-454 de 7 junio de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

19 Corte Suprema de Justicia. Sentencia Rad. 36.502 de 5 septiembre de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

20 En especial a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 3 abril de 2002, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Cfr. Sentencias C-875 de 15 de octubre de 2002, C-06 de 21 de enero de 2003, C-805 de 1° de octubre de 2003, C-899 de 2003, C-370 de 18 de mayo de 2006, C-454 de 7 de junio de 2006, entre otras, y acogida por la Sala Penal en decisiones del 20 de febrero de 2003, Rad. 13.177; de 17 junio de 2003, Rad. 15.100, entre otras

21 Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 21 marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 23 febrero de 2005, Rad. 22.758, M.P. Marina Pulido de Barón.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 21 marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Pero si la adecuación típica es correcta y la sanción impuesta dentro de los límites punitivos, no tiene interés jurídico, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia Rad. 36.901 de 30 noviembre de 2011, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 10 agosto de 2006, Rad. 22.289, M.P. Marina Pulido de Barón, posición reiterada en auto de 11 noviembre de 2009, Rad. 32.564, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

circunstancias ya relievadas en que fueron cometidas, por eso es por lo que se entiende legitimada la parte civil cuando impugnó en el propósito de evitar esa modalidad de impunidad y por lo mismo infundado el cargo ahora propuesto por el censor"[26].

En oportunidad más reciente explicó la alta corporación judicial:

> "[…] la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar las decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias ***y las que conlleven penas irrisorias***; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria" (Se subraya)[27].

Pero si la pena se determina correctamente y además adecuadamente se han utilizado los criterios de individualización de la sanción, entonces la víctima no tendrá interés jurídico en la impugnación, pues "*en verdad, siempre que la adecuación típica sea la correcta y la sanción penal se determine discrecionalmente dentro de los límites punitivos y los criterios de individualización consagrados por el legislador, los fines superiores reseñados [verdad y justicia, se agrega] quedarán satisfechos con la declaración de responsabilidad penal del procesado por el juzgador y la imposición de la pena correspondiente*"[28].

Es decir, que cuando se satisfacen los presupuestos de verdad y justicia, entonces a la víctima no le asiste interés jurídico en la impugnación, y así se deberá declarar por el *ad quem*.

Como lo expresó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela Rad. 48.456 de 22 junio de 2010, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez:

> "Ahora bien, las víctimas están facultadas para propender ante el Juez de Control de Garantías la defensa de sus derechos fundamentales por acciones u omisiones de la Fiscalía General de la Nación. En efecto, la Corte Constitucional mediante

---

26 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 21 octubre de 2009, Rad. 31.324, M.P. Alfredo Gómez Quintero. Aunque la sentencia fue dictada en un proceso del Sistema Mixto Inquisitivo su *ratio decidendi* es aplicable al Sistema Acusatorio Penal.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-209 de marzo 21 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. El fundamento constitucional son los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas que se deducen de los artículos 1, 2, 15, 21, 93, 229 y 250 de la Carta Fundamental.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.901 de 30 noviembre de 2011, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

> sentencia C-209 de 2007 además de garantizar su efectiva intervención en la práctica de pruebas anticipadas ante aquella autoridad (artículo 284 numeral 2º de la Ley 906 de 2004); en la audiencia de formulación de imputación (artículo 289 *ibídem*); en el trámite de una petición de preclusión (artículo 333); en los momentos en que se produce el descubrimiento, la solicitud de exhibición, exclusión, rechazo o inadmisibilidad de elementos materiales probatorios (artículos 344, 356, 358 y 359); en las oportunidades para solicitar medidas de aseguramiento (Artículos 306, 316 y 342); en la audiencia de formulación de acusación (artículo 339) y en la audiencia preparatoria formulando solicitudes probatorias (artículo 357 y sentencia C-454 de 2006), declaró el principio de que las víctimas, en garantía de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, **tienen la potestad de intervenir en todas las fases de la actuación**" (subrayas en el texto original).

Igualmente, la víctima puede impugnar aspectos puntuales que le causen agravio, como puede ser, por ejemplo, cuando el fallador reconoce una circunstancia de atenuación, específica o genérica, no debidamente probada y ni siquiera deducida en la imputación o en la acusación, con lo cual se desdibuja la verdad de lo ocurrido,

> "[…] por ejemplo, declarando que el procesado realizó la conducta punible bajo estado de ira o intenso dolor o por razones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, que en criterio de la víctima o el perjudicado no concurren y, por ello, no era dable reconocer"[29].

En cumplimiento de la misión constitucionalmente impuesta al Ministerio Público, la Procuraduría también puede impugnar las decisiones judiciales buscando una sanción que considere necesaria, proporcional y razonable[30], también puede impugnar la sentencia en temas de subrogados y sustitutos penales.

De otra parte, se ha de advertir que las terminaciones abreviadas o anticipadas del proceso penal no pueden convertirse en un dato estadístico para mostrar resultados positivos de la gestión judicial[31], desconociéndose los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en la imposición de la pena (Art. 3° Código Penal) o bien en la concesión graciosa e ilegal de subrogados penales.

La víctima está legitimada procesalmente y en la causa para la impugnación en los temas y circunstancias explicados.

---

29 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 10 agosto de 2006, Rad. 22.289, M.P. Marina Pulido de Barón; sentencia de 27 junio de 2007, Rad. 27.177, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, reiterada en auto de 11 noviembre de 2009, Rad. 32.564, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

30 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de tutela, Rad. 25.646 de 9 mayo de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

31 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 8 julio de 2009, Rad. 31.280, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

3. PERJUDICADO Y VÍCTIMA EN LA LEY 906 DE 2004

Se ha discutido si en la sistemática de la Ley 906 de 2004 los conceptos de víctima y perjudicado son asimilables y si se equiparan, o por el contrario son disímiles.

El vocablo víctima se refiere a la *"persona que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita"*[32] y la expresión perjudicado designa a quien *"ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral"*[33]. Así lo recordó la Sala Penal en Auto de segunda instancia con Rad. 36.513 de 6 julio de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos. En auto de segunda instancia con Rad. 37.596 de 7 diciembre de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho, se explicó por la Corporación judicial que el concepto de víctima "*cuando corresponda, ese término debe comprender, además, a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a quienes hubiesen recibido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro. En este contexto se deslinda que la "víctima" propiamente dicha es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica, en tanto el concepto de "perjudicado" tiene un alcance mayor en cuanto comprende a todos quienes sufren un daño (no necesariamente patrimonial) como consecuencia de la comisión del delito, acepción que igualmente alcanza a la víctima, como que ésta también es receptora del perjuicio (confrontar sentencia del 29 de septiembre de 2009, radicado 31.927)*".

Se desprende de lo dicho que los términos son de similar acepción y están dentro del concepto amplio y genérico de víctima y ambos (perjudicado y/o víctima) deben demostrar un daño concreto, cierto y real, no necesariamente patrimonial o pecuniario, para participar, primero en el proceso penal, y luego en el incidente de reparación integral.

Además, el artículo 250 numeral 6° de la Carta Política refiere como un deber de la Fiscalía General de la Nación, brindar asistencia a las víctimas y "*disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito*", de lo cual se colige una definición amplia según la cual víctima es toda persona afectada con el delito[34].

La ley 906 de 2004 en algunas disposiciones (Art. 56 numerales 2, 5, 9 y 10; Arts. 71, 75, 111 literal d y 524) utiliza la expresión "*perjudicados*", pero lo hace para referirse a las víctimas indirectas del delito y diferenciarlas de la víctima directa o sujeto pasivo del delito.

---

32 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Tercera Edición, Madrid 2009

33 *Ibídem.*

34 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia Rad. 36.513 de 6 julio de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos.

La Corte Constitucional, en sentencia C-228 del 3 de abril de 2002 diferenció los conceptos, así:

> "La Corte precisa que parte civil, víctima y perjudicado son conceptos jurídicos diferentes. En efecto, la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría "*perjudicado*" tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito. Obviamente, la víctima sufre también un daño, en ese sentido, es igualmente un perjudicado. La parte civil es una institución jurídica que permite a las víctimas o perjudicados, dentro de los cuales se encuentran los sucesores de la víctima, participar como sujetos en el proceso penal".

Distinción que no se opone a la definición ampliada de víctima adoptada por la Ley 906 de 2004, en la medida que se refiere al origen del daño a reparar, más no a la condición de haber padecido un perjuicio, según explica la Corte en su Sala Penal en el Auto Rad. 36.513 de 6 julio de 2011, donde además se agrega:

> "Por tanto, para acceder al reconocimiento como víctima (directa —sujeto pasivo— o indirecta), categoría inclusiva del término perjudicado, dentro del proceso penal actual **no basta con pregonar un daño genérico o potencial**; además, es preciso señalar el daño real y concreto causado con el delito, así se persigan exclusivamente los objetivos de justicia y verdad y se prescinda de la reparación pecuniaria" (Resaltado en el texto original).

Así pues, no cualquier persona puede ser reconocida como víctima dentro del proceso penal. Es víctima quien ha sufrido un daño y por ello está legitimada para intervenir en tal calidad, situación que debe valorarse en cada caso concreto; razón por la cual la "*simple condición de denunciante, ausente de daño concreto derivado de los hechos investigados, no faculta su intervención en el proceso*" [35].

4. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS A LA VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

A pesar de la importancia atribuida a las otras formas de reparación en favor de las víctimas y del significado de tales nuevos ingredientes en la dogmática de la responsabilidad, ha explicado la Corte Constitucional[36], no hay que restar valor al

[35] Ibid.

[36] Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

elemento compensatorio o indemnizatorio del derecho en comento. Por esto, aún en caso de amnistías o indultos generales por delitos políticos, es necesario garantizar a la víctima el derecho a la indemnización por el delito (Art. 150 numeral 17 C. Política), pero también se ha contemplado en el Derecho comparado y en nuestro propio orden jurídico para ciertos casos la creación de fondos públicos para cubrir los daños causados a éstas cuando el condenado no está en capacidad de reparar[37].

En la sentencia C-454 de 2006, se recordó la línea jurisprudencial sobre el tema de verdad, justicia y reparación que se deriva de los artículos 1°, 2°, 15, 21, 93, 229 y 250 de la Carta, y en general sobre los derechos de las víctimas; línea que se puede complementar como sigue:

1. Desde la sentencia C-293 de 1995, proferida con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 45 del Decreto 2700 de 1991 (oportunidad para la constitución de parte civil en el proceso penal), la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de la parte civil en el proceso penal.

2. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia C-163 de 2000, que se pronunció sobre los artículos 47.7 (requisitos de la demanda de parte civil), 50 (rechazo de la demanda) y 55 parcial (sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios) del Decreto 2700 de 1991.

3. En la sentencia T-694 de 12 junio de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se dijo: "*Los derechos de participación y de acceso a la administración de justicia, le confieren a la parte civil en el proceso penal una serie de derechos y obligaciones similares, en principio, a los que ostentan los restantes sujetos procesales. En consecuencia, debe entenderse que desde el momento en el cual una persona es reconocida como "parte civil", adquiere el derecho a participar activamente en todas las diligencias que se realicen, lo cual implica, entre otras cosas, el derecho a solicitar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de la verdad o para demostrar la responsabilidad del sindicado, así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten sus intereses*".

4. En sentencia C-740 de 11 julio de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se expresó: "*Dentro del proceso penal militar la actuación de la parte civil se establece de manera precisa, limitando su actuación al impulso procesal para contribuir*

[37] Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 29 octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

a la búsqueda de la verdad de los hechos y que el tema del resarcimiento de perjuicios se concentra en la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, excluyendo expresamente la competencia de la justicia penal militar en este campo".

5. En la sentencia C-1149 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería, sobre los artículos 107, 108.3 y 305 (parcial) de la Ley 522 de 1999 (Código penal Militar), la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, particularmente a conocer la verdad y a que se haga justicia, a los procesos de competencia de la justicia penal militar.

6. En la sentencia SU-1184 de 13 noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, se dijo: "*Las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso ––— legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural— se predican de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés —derecho— legítimo en que el proceso se trámite ante el juez natural*".

7. En sentencia T-1267 de 29 noviembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, se adujo: "*Nuestro ordenamiento jurídico prevé que las personas afectadas por un hecho punible pueden constituirse como parte civil en el proceso penal respectivo con el fin de lograr el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios que le fueron ocasionados. Es cierto que la regulación legal confiere a la parte civil una pretensión esencialmente indemnizatoria, pero ello no excluye que ésta pueda apelar una sentencia absolutoria, por las siguientes dos razones: de un lado, las víctimas de los delitos tienen un derecho a la*

verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales. Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial. De otro lado, incluso si se considera que la parte civil tiene una vocación puramente indemnizatoria, es obvio que ella puede apelar una providencia absolutoria, ya que sólo logrará su pretensión mediante una sentencia condenatoria".

8. Siguiendo esta misma tendencia la sentencia C-178 de 2002, declaró la inexequibilidad de los artículos 578 y 579 (parcial) de la Ley 522 de 1999, *"por la cual se expide el código penal militar"*.

9. La sentencia C-228 de 2002 profundiza en la re conceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991, realizando un completo estudio de los derechos de las víctimas y los perjudicados con el delito. Explica que éstos tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, que es la forma tradicional en que se ha resarcido a la víctima de un delito. Desarrolla los derechos a la verdad y la justicia a la luz de los principios de la Constitución y del derecho internacional, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva; se apoya igualmente en una referencia al derecho comparado. En esta decisión se declara exequible el inciso 1° del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, en el sentido que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia.

10. En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, *"por medio de la cual se crea el Estatuto de La Corte Penal Internacional"*, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la exequibilidad de la Ley.

11. En la sentencia C-805 de 2002, al revisar la constitucionalidad del artículo 392 de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró el alcance de los derechos de las víctimas en sus dimensiones de verdad, justicia y reparación integral.

12. En la sentencia C-875 de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 45 (parcial), 48 (parcial) y 137 (parcial) de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró la finalidad de la parte civil en los términos establecidos en la sentencia C-228 de 2002, poniendo énfasis en que el interés de las víctimas y los perjudicados en participar en el proceso penal, trasciende el campo meramente subjetivo o individual.

13. La sentencia C-916 de 2002, al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 97 (indemnización por daños) de la Ley 599 de 2000, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible, con énfasis en las nuevas estrategias que se han desarrollado en el derecho comparado para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que van desde el reconocimiento de la posibilidad de buscar la reparación de los daños a través del mismo proceso penal en países en que no estaba permitido, hasta la creación de fondos públicos y sistemas de aseguramiento del riesgo de daño proveniente de los delitos violentos.

14. En la sentencia T-556 de 2002, la Corte reiteró la doctrina de los derechos de las víctimas en el proceso, con énfasis en la posibilidad de acceso a la justicia, y la protección de este derecho por vía de tutela cuando resulte vulnerado o amenazado.

15. En la sentencia C-004 de 2003, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del numeral 3° (parcial) del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 sobre la procedencia de la acción de revisión. En esta sentencia se pone el énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia; deber que adquiere particular relevancia cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos.

16. En la sentencia C-451 de 2003, a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 323 de la Ley 600 de 2000, la Corte declaró el derecho de las víctimas a participar con plenas garantías en la fase de investigación previa.

17. En la sentencia C-570 de 2003 la Corte realizó un estudio sobre las especiales prerrogativas que se derivan de la constitución de parte civil dentro del proceso penal, en contraste con la reclamación mediante acciones de la jurisdicción civil; prerrogativas que se derivan del plexo de derechos que a las víctimas de los delitos se han reconocido en el ámbito penal (a saber la verdad, a que se haga justicia y a obtener reparación integral).

18. La sentencia C-775 de 2003 estudió la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 600 de 2000 sobre restablecimiento del derecho; se reiteró la doctrina sobre la trilogía de derechos de que son titulares las víctimas: verdad, justicia y reparación, destacó su valor como bienes cardinales de una sociedad

que persiga un orden justo, y la interdependencia que existe entre ellos, de manera que *"no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia"*.

19. En la sentencia C-899 de 2003 se efectuó el estudio de constitucionalidad sobre los artículos 38 (parcial), 42, 48 (parcial), 52 (parcial), 55, 57 (parcial) de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se destacó la relevancia de la explícita consagración del derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229 Carta) en la nueva conceptualización de los derechos de las víctimas, en particular de su derecho al proceso penal.

20. En las sentencias C-014 de 2004 y C-114 de 2004, la Corte hizo extensivo el concepto de víctima y el alcance constitucional de sus derechos a los afectados por las faltas disciplinarias. En la primera de ellas, la Corte amplió la protección de los derechos de las víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario a los procesos disciplinarios, respetando la finalidad de este tipo de procesos.

21. En la sentencia C-998 de 2004, la Corte ratificó la legitimidad de la parte civil (Art. 205 de la Ley 600 de 2000) para instaurar demanda de casación contra la sentencia absolutoria.

22. En la sentencias C-1154 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y C-1177 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad de algunas normas de la ley 600 de 2000, sobre archivo de diligencias (Art. 79) e inadmisión de denuncia (Art. 69), condicionando la constitucionalidad a que tales decisiones fueran notificadas a las víctimas y al denunciante, respectivamente, a fin de preservar sus derechos.

23. En la sentencia C-591 de 2005, se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, se destacó en esta sentencia la relevancia de los derechos de las víctimas dentro del modelo procesal con tendencia acusatoria instaurado mediante el Acto Legislativo N° 03 de 2002.

24. En sentencia C-823 de 10 agosto de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se enseñó que: "*En ese orden de ideas la Corporación ha precisado que la protección que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas no se refiere exclusivamente a la reparación de los daños que les ocasione el delito —aspecto tradicionalmente*

considerado—, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad y a la justicia".

25. En la sentencia C-979 de 2005 a propósito de la demanda contra los artículos 78, 192.4, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, la Corte realizó un pronunciamiento sobre la protección de las víctimas y los esquemas de justicia distributiva establecidos en el sistema procesal de tendencia acusatoria.

26. En la sentencia C-047 de 2006, se estudió la constitucionalidad de los artículos 176 (parcial) y 177 (parcial) de la Ley 906 de 2004, la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in ídem* y el debido proceso contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que *"en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem*." Se explicó además, que "*La propia Constitución establece junto con el non bis in ídem y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (C.P. art. 29), la garantía de la doble instancia como principio general (C.P. art. 31). De esta manera, si el legislador establece la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, el juicio no termina sino con la decisión de ultima instancia, sin que pueda decirse que por virtud del recurso el sindicado que ha sido absuelto se vea sometido a un nuevo juicio ante el superior jerárquico, porque se trata de una instancia adicional dentro del mismo proceso, que no se ha agotado. Esa etapa busca asegurar la corrección del fallo, de manera que se protejan no solo el derecho del sindicado a un juicio con todas las garantías, sino también los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en un juicio justo*".

27. En la sentencia C-370 de 2006, la Corte se pronunció sobre los derechos de las víctimas en procesos inscritos en contextos y modalidades de justicia transicional de reconciliación o de Justicia y Paz. La providencia tuvo como ponentes a los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento de voto de los magistrados Jaime Araújo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Humberto Antonio Sierra Porto.

28. En la sentencia C-454 de 2006, a propósito de demanda contra el Art. 135 de la Ley 906 de 2004, se declaró exequible "*en el entendido que la garantía*

de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que éstos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación"; y con respecto al Art. 357 de la Ley 906 de 2004, se declara ajustado a la Carta Fundamental "*en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía*".

29. En la misma sentencia C-454 de 2006 se dijo: "*Esta re conceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias*".

30. En la sentencia C-209 de 2007 se fijan las siguientes exequibilidades condicionadas de algunas norma de la Ley 906 de 2004:

    (i) El numeral 2° del artículo 284, en el entendido que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías;
    (ii) El artículo 289, en el entendido que la víctima también puede estar presente en la audiencia de formulación de la imputación;

(iii) El artículo 333 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal;
(iv) El artículo 344, en el entendido que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica;
(v) El artículo 356, en el entendido que la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral;
(vi) El artículo 358, en el entendido que la víctima también puede hacer dicha solicitud;
(vii) El inciso primero del artículo 359, en el entendido que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba;
(viii) Los artículos 306, 316 y 342, en el entendido que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente;
(ix) El artículo 339, en el entendido que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

31. En la sentencia C-060 de enero 30 de 2008, sobre demanda parcial del inciso 2° del Art. 101 de la Ley 906 de 2004, se explica: "*Durante los años recientes el papel de las víctimas dentro del proceso penal ha ganado creciente protagonismo, en desarrollo de una tendencia internacional*[38] *que se recoge y decanta en nuestro país dentro del contexto trazado por la Constitución Política de 1991 y los postulados fundamentales sobre Estado social de derecho. En desarrollo de lo anterior la Corte Constitucional ha delineado una sólida doctrina sobre el tema, que si bien se inicia incluso antes de la promulgación del Acto Legislativo 03 de 2002*[39]*, cobra especial relevancia a partir de su entrada en vigencia y de la gradual implantación del sistema acusatorio en que se inspira el más reciente Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), del cual hace parte la disposición cuya exequibilidad aquí se analiza*".

38 El interés por el tema en el entorno internacional se ve reflejado, por ejemplo, en la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Resolución 40/34 de noviembre 29 de 1985, sobre "*Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*".

39 Cfr. Sentencia C-1149 de 2001 (M. P. Jaime Araújo Rentería) en la que se declaró la inexequibilidad parcial de varias normas de la Ley 522 de 1999 relativas al papel de la parte civil dentro de la justicia penal militar.

32. En la sentencia C-250 de abril 6 de 2011 por medio de la cual declaró la exequibilidad de la expresión "*en firme la sentencia condenatoria*", se recordó el papel de la víctima en el proceso penal acusatorio, así: *"(i) su carácter de interviniente dentro del proceso penal; (ii) la facultad de intervención independiente y autónoma de las funciones del fiscal; (iii) la potestad de configuración legislativa para la determinación de la forma como las víctimas harán ejercicio de ese derecho a "intervenir" en el proceso penal; (iv) su atribución de actuar en cualquier etapa del proceso penal y no en una etapa específica*"[40].

33. En la sentencia C-782 de 10 octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se declaró exequible el Art. 90 de la Ley 906 de 2004, "*en el entendido que la víctima podrá solicitar en la audiencia de que trata esta norma, la adición de la sentencia o de la decisión con efectos equivalentes, que omita un pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento*". Se consideró que existe omisión legislativa en el mencionado artículo en desmedro de los intereses de la víctima, razón por la cual se declaró exequible en forma condicionada dicha norma.

34. La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha contribuido al esclarecimiento de los derechos de la víctima en el proceso penal, y para este tema concreto es pertinente la mención de la doctrina fijada en el Auto con Rad. 39.564 de 17 octubre de 2012, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, donde se explicó que en el proceso penal acusatorio de la Ley 906 de 2004 no pueden actuar simultáneamente apoderado de víctima y Defensor de Familia cuando se trate de niños, niñas o adolescentes perjudicados por el delito. Se dijo en dicha providencia: "*Es oportuno precisar que en este tipo de procesos, es indispensable para la validez del trámite que el menor cuente con representación para la defensa de sus derechos, la cual será asumida, ya sea por sus padres o familiares que podrán designar un abogado, o a falta de éstos por el defensor de familia para quien tal deber surgirá obligatorio, únicamente en el caso de que los parientes se encuentren ausentes, lo que no puede equipararse a que en representación de la víctima menor de edad deben actuar dos intervinientes, pues de lo contrario se desconocería la estructura del proceso que desde la Constitución, artículo 250 superior, fija la Ley 906 de 2004, tanto para el sistema de responsabilidad*

[40] Corte Constitucional sentencia C-250 de abril 6 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

para adultos como para el de adolescentes y para aquellos casos en los que la víctima es un menor de edad".

35. También como un desarrollo del derecho de las víctimas al acceso a la administración de justicia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido constante en su jurisprudencia al determinar que la víctima tiene derecho a que se le expidan copias simples de la actuación pre procesal y procesal penal, y de los documentos, piezas procesales, registros y grabaciones que tenga en su poder la Fiscalía General de la Nación relacionados con la pesquisa. Así se ha dispuesto en las siguientes providencias: Tutela Rad. 33.999 de 22 noviembre de 2011, Tutela Rad. 57.069 de 17 noviembre de 2011 y Tutela Rad. 63.698 de 24 octubre de 2012.

5. LEGITIMACIÓN PROCESAL POR ACTIVA

Según en canon 102 de la Ley 906 de 2004, pueden iniciar el incidente de reparación integral,

(i) la víctima,

(ii) el fiscal, o

(iii) el Ministerio Público, pero estos dos últimos "*a instancia*", esto es, a pedimento expreso de la víctima y para reclamaciones no pecuniarias.

También son titulares para incoar el trámite, el actor popular, el Defensor de Familia, y en algunos casos por expresa disposición legal, el Juez de oficio.

De esta manera, en el sistema acusatorio penal no puede haber condena en perjuicios de oficio, como sucedía en los sistemas mixtos inquisitivos, pues "*ello rompe con el sistema adversarial del nuevo sistema de procedimiento*"[41].

La reforma introducida por la Ley 1395 de 2010 no deroga, ni expresa ni tácitamente, las normas sustantivas del Código Penal (Ley 599 de 2000) ni otras leyes especiales (como por ejemplo la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia).

En efecto, en el capítulo de disposiciones varias de la Ley 1395 de 2010 (Arts. 113-122), nada dijo sobre el particular, simplemente para cada norma hizo la correspondiente modificación.

[41] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.484 de 16 diciembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Así las cosas, esta norma complementa el Código Penal y otras normas procesales especiales, de tal forma que el incidente de reparación integral se puede iniciar a instancia de alguna de los siguientes interesados, como titulares de la acción civil, así:

5.1 La Víctima

Víctima en sentido amplio (Según la sentencia C-228 de 3 abril de 2002) o perjudicado, tanto persona natural como persona jurídica.

Por supuesto que en el concepto de "*persona jurídica*" quedan comprendidas tanto las de derecho privado como las de derecho público.

También son víctimas sus herederos, sucesores y causahabientes, según el Art. 95 Código Penal.

En tema de responsabilidad civil extracontractual puede reclamar quien sufrió el daño y sus causahabientes o herederos[42].

El incapaz actúa a través de su representante legal (padres, tutores o curadores, etc.). La persona jurídica actuará a través de sus representantes legales (Arts. 135, 136-13, 137-7 CPP).

El artículo 250 numeral 6° de la Carta Política fija como un deber de la Fiscalía General de la Nación, brindar asistencia a las víctimas y "*disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito*", de donde se colige una definición amplia según la cual víctima es toda persona afectada con el delito[43].

Para la Corte Constitucional son los "*titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste*"[44].

Las sentencias fundamentales sobre la nueva concepción de la víctima dentro del proceso penal (C-228 de 2002 y C-516 de 2007), coinciden en sostener que aún en los eventos en los cuales la víctima esté motivada en la defensa de sus derechos a la verdad y a la justicia, debe acreditar **un daño concreto** que se le haya causado, en virtud del

42 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia sustitutiva de 20 enero de 2009.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 34.993 de 24 noviembre de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.

44 Corte Constitucional. Sentencias C-516 de 11 de julio de 2007; C-370 de 2006; C-228 de 2002; C-578 de 2002.

cual se justifique la defensa de tales valores, y que justifique su presencia dentro de la actuación penal[45], criterio exigible, con mayor razón, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios[46].

La víctima, entonces, puede interponer la acción para la reclamación indemnizatoria económica y/o de la reparación simbólica, ya que no hay obstáculo alguno para que se puedan acumular dichas pretensiones.

5.1.1 Persona Jurídica de Derecho Público como Víctima

Cuando la víctima con el delito sea una persona jurídica de derecho privado, será su representante legal quien en los delitos querellables, presente la querella, y, además, puede acudir como víctima en toda clase de delitos en que sufra un perjuicio con el mismo.

Cuando se trate de persona jurídica de derecho público será, en primer lugar, el representante legal de cada entidad quien, a través de apoderado judicial, intervenga en el trámite procesal penal como víctima.

Es importante recordar que en algunos casos la Ley defiere la representación de la Nación-Rama Judicial y comprende también a la Fiscalía General de la Nación, para efectos de la querella, al Director Ejecutivo de Administración Judicial en los términos del Art. 99 numeral 8° de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de Administración de Justicia, concordante con el inciso final del Art. 137 de la Ley 600 de 2000.

En segundo lugar, también puede intervenir como víctima en el trámite del proceso penal y para la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, la Contraloría.

En efecto, expresa el inciso 2° del Art. 137 de la Ley 600 de 2000, todavía vigente, que en los procesos contra la Administración Pública (Arts. 397 a 429 del Código Penal) se debe constituir como parte civil. En la Ley 906 de 2004 deberá entonces el representante legal de la persona de derecho público constituir apoderado judicial para que lo represente como víctima cuando se trate de los delitos comprendidos en los Arts. 397 a 429 del CP.

Igualmente, en el sistema acusatorio penal será aplicable el apartado normativo del Art. 137 de la ley 600 de 2000, que expresa: "*Si el representante legal de esta última*

45 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia del 10 de agosto de 2006, Rad. 22.289, M.P. Marina Pulido de Barón.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 24 noviembre de 2010, Rad. 34.993, M.P. María del Rosario González de Lemos.

fuere el mismo sindicado, la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, según el caso, deberán asumir la constitución de parte civil; en todo caso, cuando los organismos de control fiscal lo estimen necesario en orden a la transparencia de la pretensión podrán intervenir como parte civil". Se debe entender que esa "*parte civil*" será ahora la representación judicial de la víctima.

Es aplicable entonces en el sistema acusatorio penal el Art. 36 de la Ley 190 de 1995, "*Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa*", declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-038 de 5 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Dicha norma expresa:

> **Ley 190 de 1995, Artículo 36**. En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.
>
> De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.
>
> El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente.

Por su parte, el Art. 65 de la Ley 610 de 2000 "*por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*" (que derogó el anterior Art. 87 Ley 42 de 1993), también vigente, indica:

> Artículo 65. **Constitución en parte civil**. Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliere con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados.
>
> "Parágrafo. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución.

Por regla general, cuando la administración pública sufre menoscabo patrimonial no puede renunciar a la reclamación de los perjuicios.

En efecto, como se dijo en sentencia de la Sala Penal de la Corte de 21 enero de 2009, Rad. 30.978, M.P. Yesid Ramírez Bastidas: "*La Sala resalta que la administración pública ordinariamente no puede renunciar a la reparación económica derivada de algunos delitos, como ocurre por ejemplo cuando las acciones delictivas generan menoscabo de su patrimonio, pero en punibles como la concusión es posible que se satisfagan los derechos de las víctimas con manifestaciones de arrepentimiento y contrición por parte del enjuiciado, resarcimiento simbólico que cada día cobra más fuerza y que genera un positivo y profundo impacto social que permite realizar algunas de las funciones preventivas que cumple el derecho penal*".

En conclusión, no siempre la persona jurídica de derecho público que representa a la Nación, debe ineludiblemente constituir apoderado judicial en el proceso penal, pero sí es obligatorio cuando la investigación penal verse sobre delito contra la "*Administración Pública*" (Arts. 397 a 429 del CP) y que además sea perjudicada con el punible, como lo explicó la Sala Penal de la Corte en auto de 29 mayo de 1996, Rad. 11.664, M.P. Dídimo Páez Velandia.

De todas maneras, con la vigencia del Código General del Proceso, puede intervenir la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, según el Art. 610, que expresa que en los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción, la Agencia podrá actuar en cualquier estado del proceso "*donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado*", lo cual permite colegir que se amplió el espectro de defensa de los intereses públicos.

Los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría serán asesorados en este tema según el Art. 46 de la Ley 1551 de 6 julio de 2012, "*por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*".

Finalmente, el ministerio público tiene deber el deber legal ineludible de "*procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan*" según el literal b, del numeral 2º del Art. 111 del Código de Procedimiento Penal.

5.2 El Fiscal, a Instancia de la Víctima

El Fiscal puede iniciar el trámite pero lo debe hacer "*a instancia*" de la víctima (Art. 102 CPP), esto es, por pedimento expreso de la misma víctima; pero no para la

reclamación pecuniaria o para la reparación económica, sino exclusivamente para la reparación simbólica, o mejor, cuando la petición no sea meramente pecuniaria.

En efecto,

> "[…] el artículo 102 del C.P.P. establece una clara distinción, según la pretensión sea exclusivamente económica, situación en la cual sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos o causahabientes, en tanto que, en los demás casos, esto es, cuando la petición no sea meramente pecuniaria, la solicitud deberá ser presentada por la víctima o por solicitud "*del fiscal o del ministerio público a instancia de ella*"[47].

Disposición concordante con el inciso 2° del Art. 135 del CPP que impone como obligación del Fiscal informar a la víctima sobre las facultades y derechos en la reclamación de los perjuicios causados con el injusto y "*de la disponibilidad que tiene de formular una pretensión indemnizatoria en el proceso por conducto del fiscal, o de manera directa en el incidente de reparación integral*". Es decir, que en el trámite del proceso penal el Fiscal debe procurar el restablecimiento de derechos de la víctima, pero ya en el incidente de reparación integral, cuando se trate de pretensión económica o pecuniaria, corresponderá a la víctima ejercer el derecho de "*manera directa*".

El Fiscal no posee titularidad o legitimación por activa para iniciar por sí el trámite de incidente de reparación integral para efectos de reclamación pecuniaria, así sea a instancia de la víctima, pues para los efectos pecuniarios se requiere petición directa a través de apoderado judicial de la víctima, sus herederos o causahabientes (salvo los casos donde la Ley autoriza litigar en causa propia); de faltar la autorización de la víctima cuando la pretensión no sea pecuniaria entonces el Juez debe rechazar la pretensión de inicio del incidente por falta de legitimación por activa[48].

El Fiscal, a instancia o por petición o con autorización de la víctima, puede adelantar el trámite del incidente de reparación integral cuando se pretenda una reparación que no sea meramente pecuniaria.

La Ley 906 de 2004, al igual que sucede en el derecho internacional de los derechos humanos, según la sentencia C-425 de 2006, consagra el derecho de las víctimas de los

---

47 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

48 En el mismo sentido, Saúl Uribe García, La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín. Edición 2008, p. 410.

delitos a ser plenamente reparadas y no simplemente indemnizadas. En otras palabras, continúa la Corte Constitucional, "*quien acude a un incidente de reparación integral, como lo señala la norma citada, puede tener una pretensión meramente económica, caso en el cual, la legitimación activa para solicitar la apertura del incidente se encuentra limitada a los interesados; por el contrario, cuando se busca no sólo ser indemnizado pecuniariamente sino ser reparado integralmente, esto es, se persiguen la adopción de medidas de restitutium in integrum, modalidades de reparación del daño sufrido por una determinada comunidad, medidas de satisfacción o simbólicas, la legitimación se extiende a la Fiscalía y al Ministerio Público. De hecho, puede suceder que las víctimas acudan al incidente de reparación integral sin la pretensión de la obtención de una indemnización económica, sino con el propósito, por ejemplo, de obtener otra forma de reparación del daño, como lo es la simbólica, por parte del víctimario*"[49].

Lo anterior quiere decir, además, que si el delegado de la Fiscalía en un caso concreto no es peticionario o demandante, entonces, no es parte en el trámite del incidente de reparación integral, razón por la cual las audiencias y diligencia se iniciarán y tramitarán sin su presencia.

No hay ninguna norma procesal, ni penal ni civil, que imponga la intervención obligatoria de la Fiscalía General de la Nación en el trámite de incidente de reparación integral cuando no es demandante a instancia de la víctima para efectos de reclamación no pecuniaria, así que si no es demandante, no es obligatoria su citación ni su comparecencia.

5.3 El Agente del Ministerio Público, a Instancia de la Víctima

El Ministerio Público, como en el caso del Fiscal, también puede iniciar el incidente "*a instancia*" de la víctima, so pena de rechazo por falta de legitimación procesal por activa, y cuando la petición no sea meramente pecuniaria[50], pues la pretensión económica será del resorte exclusivo de la víctima, sus herederos o causahabientes.

Lo dicho con respecto a la Fiscalía se predica en relación con el agente del ministerio público.

La presencia del Ministerio Público en el incidente de reparación integral, como en el proceso penal, "*no es obligatoria*" (Art. 155.1 CPP), salvo cuando es demandante

[49] Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[50] Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

a "*instancia*" de la víctima para reclamaciones no pecuniarias, o cuando actúe directamente para la defensa de intereses colectivos.

El Ministerio Público tiene legitimación directa para ser demandante cuando se trate de intereses colectivos de conformidad con el numeral 2° literal b, Art. 111 de la Ley 906 de 2004.

Se debe aclarar que el Ministerio Público no puede adelantar el trámite de incidente en procesos de Responsabilidad Penal para Adolescentes de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia, pues sus funciones están dirigidas a la defensa de los derechos del niño, niña o adolescente imputado o procesado (Artículo 95 CIA).

5.4 El Actor Popular

También el actor popular tiene legitimación por activa en el incidente de reparación integral cuando se cause una lesión directa a bienes jurídicos colectivos, según se contempla expresamente en el inciso 2° del Art. 95 Código Penal.

Según la doctrina[51], los bienes jurídicos colectivos se identifican a partir de las siguientes características:

(i) tienen una titularidad supraindividual, por cuanto, al estar en cabeza de toda la sociedad, no pueden ser detentados individualmente;
(ii) son indivisibles, ya que no son susceptibles de ser divididos ni adjudicados a sus titulares y, por ende,
(iii) también son indisponibles[52]. Así también lo reiteró la Sala Penal de la Corte en sentencia de tutela T-60.987 de 19 junio de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

La figura del actor popular está regulada en la Ley 472 de 1998.

En este tema es pertinente recordar la ilustrativa sentencia T-536 de 29 noviembre de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, donde la Corte resolvió sobre la intervención como parte civil popular a la Fundación para la Defensa del Interés Público (FUNDE-PUBLICO), representado por el abogado Germán Sarmiento Palacio, en la investigación que adelantaba la Fiscalía por la posible comisión de conductas punibles relacionadas con la celebración irregular de un contrato para el suministro de energía

51 CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva.* Revista Díkaion, Chía: Universidad de la Sabana, año/vol. 20, Nº 15, 2006, p. 208.

52 HEFENDEHL, Roland (compilador). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 189.

eléctrica entre I.S.A. S.A. E.S.P. y unas sociedades privadas, durante el "*apagón*" de 1992. Se dijo por la Corte Constitucional que la decisión de la Fiscalía 257 de Bogotá de rechazar la constitución de FUNDEPUBLICO como actor civil popular constituía una vía de hecho, por cuanto la citada fundación al haber acreditado la afectación a un bien colectivo, como es el patrimonio público, sí demostró que tenía la condición de perjudicado con los hechos objeto de investigación.

También explicó la Corte Constitucional en sentencia T-589 de 7 junio de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que "*es preciso puntualizar que en tratándose de un interés jurídico colectivo, cualquier persona está legitimada para intervenir como actor civil popular siempre que se pretenda proteger los "mínimos de civilidad", esto es, los graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario o aquellas conductas que comprometan gravemente la paz o el uso racional de la fuerza militar. En todo caso, a fin de evitar el uso de la constitución de parte civil como herramienta de retaliación particular, le corresponde al actor popular justificar que mediante su comportamiento existe un genuino compromiso con el esclarecimiento de los hechos investigados y con la promoción y protección de los valores jurídicos antes mencionados*".

Los criterios explicados tienen vigencia en el sistema acusatorio penal.

5.5 El Defensor de Familia

Cuando el niño, niña o adolescente (NNA) sea víctima de delito cometido por adulto según el Art. 197 de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, entonces el Defensor de Familia está legitimado para iniciar el incidente de reparación integral. Esta es una específica obligación del delegado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Pero la intervención del Defensor de Familia, para este caso concreto, es residual, esto es, en la medida que el NNA víctima del delito no tenga representante legal o carezca de apoderado especial que represente sus intereses; por supuesto que cuando el representante legal del NNA es el acusado o procesado o condenado, es en este momento en que, la actuación del Defensor de Familia es prevalente.

Sobre el particular la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que no es posible la actuación simultánea del apoderado de la víctima NNA y el Defensor de Familia.

En el Auto con Rad. 39.564 de 17 octubre de 2012, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, se expuso: "*Es oportuno precisar que en este tipo de procesos, es indispensable para la validez del trámite que el menor cuente con representación para la defensa de sus derechos, la cual será asumida, ya sea por sus padres o familiares que podrán designar un abogado, o a falta de éstos por el defensor de familia para quien tal deber surgirá obligatorio, únicamente en el caso de que los parientes se encuentren ausentes, lo que no puede equipararse a que en representación de la víctima menor de edad deben actuar dos intervinientes, pues de lo contrario se desconocería la estructura del proceso que desde la Constitución, artículo 250 superior, fija la Ley 906 de 2004, tanto para el sistema de responsabilidad para adultos como para el de adolescentes y para aquellos casos en los que la víctima es un menor de edad*".

En el incidente de reparación integral se cumplirá además con la preceptiva del Art. 194 del CIA en el sentido de que "*no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor*", pues sus derechos como víctima también son de especial protección en este incidente principal; al fin y al cabo en el incidente no se habla de demandante sino de víctima y el Juez debe evitar la victimización secundaria o victimización institucional o doble victimización, que es el dolor y el sufrimiento causado por las personas que ejercen labores en la administración de justicia. Se trata de impedir el segundo proceso de trauma que sufre la víctima al momento de someterse al trámite que le plantea el aparato judicial[53].

El niño, niña o adolescente víctima de un abuso sexual tiene que vivir el siguiente drama: contar primero el hecho a sus familiares, luego instaurar la denuncia, ir a medicina legal, soportar los exámenes médicos, contar su historia al sicólogo, luego al fiscal, y, finalmente, debe acudir al juicio para ser sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio. Este es el procedimiento conocido como re- victimización.

La Constitución de 1991, en su artículo 44, consagra diversos derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra "*toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*". Toda persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos de garantía.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de Agosto de 2002, consideró lo siguiente:

---

53 Periódico Ámbito Jurídico. Legis. Año IX, N° 212, de 23 octubre a 5 noviembre de 2006, pp. 18-19. La victimización de las víctimas, Diana S. Giraldo Mesa, editora.

> "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor".

En la sentencia T-554 de 10 julio de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional dijo que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales contra menores están obligadas a guiar siempre sus actuaciones con base en el principio constitucional de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

5.6 Inicio e Impulso de Oficio por el Juez de Conocimiento

El Juez de conocimiento tiene el deber de iniciar de oficio el trámite del incidente de reparación integral cuando se trate de niño, niña o adolescente víctima de delito, "*si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia*" (Art. 197 CIA).

Expresa el canon 197 del CIA:

> Art. 197.— **Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas.** En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

LEGITIMACIÓN PROCESAL POR ACTIVA (DEMANDANTES)	
Víctima, en sentido amplio (Sentencia C-228 de 2002); también sus herederos, sucesores y causahabientes	Art. 95 Código Penal Arts. 135, 136-13, 137-7 CPP
Fiscalía, a instancia de la víctima, para la reparación simbólica	Sentencia C-425 de 2006 Art. 102 CPP

LEGITIMACIÓN PROCESAL POR ACTIVA (DEMANDANTES)	
Ministerio Público, a instancia de la víctima, para la reparación simbólica; pero no en CIA pues sus funciones están dirigidas a la defensa de derechos de NNA imputado o procesado (Art. 95 CIA)	También es demandante directo cuando se trate de intereses colectivos, según el numeral 2° literal b, Art. 111 CPP
Actor popular	Cuando se cause una lesión directa a bienes jurídicos colectivos (inc. 2° Art. 95 Código Penal). Regulado en Ley 472 de 1998)
Defensor de Familia	Cuando el NNA sea víctima del delito cometido por adulto (Art. 197 CIA)
El Juez, de oficio	"*si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia*" (Art. 197 CIA)

6. LEGITIMACIÓN PROCESAL POR PASIVA

Pueden ser demandados en el incidente de reparación integral:

6.1 El Declarado o los Declarados Penalmente Responsables

Dice el canon 96 del Código Penal que: "*Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, estén obligados a responder*".

El Art. 1568 del Código Civil preceptúa: "*Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum*" y "*La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley*".

Una de las ventajas de la solidaridad es la posibilidad que tiene la víctima de demandar a todos los deudores solidarios (los declarados penalmente responsables), conjuntamente o a cualquiera de ellos, sin que por tal motivo se le pueda oponer el beneficio de la división de la deuda

Si hay dos o más responsables solidarios u obligados al todo, nada impide que la víctima demande por separado y en forma coetánea, ante diferentes jueces, penales o civiles, e incluso administrativamente cuando haya lugar a ello, a cada uno de los responsables solidarios o al todo, pues no hay identidad de partes y los deudores no se representan entre sí.

Sobre tal aspecto la Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 10 de septiembre de 1998, Rad. 5023, M. P. Nicolás Bechara Simancas, indicó:

> "La acción que finalmente instaura la víctima en orden a recabar la indemnización respecto de apenas uno de los responsables, constituye una actuación independiente, que, justamente por ser así, en tesis general, no da lugar a que se comunique la respectiva decisión judicial en relación con los demás sujetos que son civilmente responsables que no han sido demandados o que lo son en otro proceso (...).
>
> "Justamente por tener la víctima el derecho a reclamar la indemnización total de cada uno de los obligados solidarios, o de todos a la vez cuando ello sea posible; y porque no siempre ha sido viable involucrar a todos ellos en la acción civil que el perjudicado instaura dentro del mismo proceso penal en el que apenas uno de ellos es sujeto pasivo o sindicado; no se puede predicar que el influjo de la decisión de los jueces penales alcanza para disminuir ese derecho y hasta el punto de que la víctima se vea privada de poder hacer efectiva la reparación de perjuicios in integrum frente a otros de los sujetos que son responsables desde el punto de vista civil, pues en guarda del principio por el cual todo daño debe ser resarcido se debe acudir a tomar lo decisivo que en el pronunciamiento penal tenga carácter definitivo, irrecusable o irreversible, y al propio tiempo le deje a la jurisdicción civil la suficiente libertad para el ejercicio de la potestad que le es propia en orden a definir todos los aspectos atinentes al resarcimiento del daño que aquella providencia no tenía necesidad de involucrar (...).
>
> "En esas circunstancias, entonces, mientras a la víctima no se le haya reparado íntegramente el daño que ha sido irrogado, puede reclamar de cada obligado solidario la indemnización plena; obvio que lo que cada uno efectivamente paga por razón de la condena que se les imponga puede y debe ser deducido de una condena mayor que eventualmente pudiera llegar a darse, con el fin de evitar que

el damnificado reciba un doble pago por el mismo concepto y, por ende, impedir que la indemnización se torne en fuente de enriquecimiento indebido".

Cuando se demanda entonces a varias personas separadamente o ante diversas jurisdicciones, no se presenta el pleito pendiente, porque no hay identidad de partes entre los deudores solidarios y, se reitera, porque los deudores solidarios y los responsables al todo no se representan recíprocamente.

La solidaridad pasiva tiene entonces como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda; esto es, que para el acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional.

La solidaridad es una caución para el acreedor, ya que así se le garantiza que ningún obligado pueda alegar o pretextar que la deuda sea dividida.

Según la Sala Civil de la Corte[54]:

> "Trátase, entonces, de la quintaesencia misma de la solidaridad, al punto de que donde se diga obligación solidaria se dice al propio tiempo que para el acreedor todos los obligados son iguales, y a cualquiera puede perseguir por la obligación entera. El acreedor los mira a ras: sencillamente todos son codeudores. No interesa si los deudores reportan beneficio económico de la negociación, o no. Para el acreedor es esto indiferente; se desnaturalizaría el carácter de caución que ínsito se ve en la solidaridad, si los deudores eludiesen aquel su principal efecto, con sólo argüir luego que no han recibido provecho del negocio que sirvió de fuente a la obligación que se les cobra, como sería, en el caso del mutuo, el no haber recibido parte alguna del préstamo. Vana ilusión del acreedor sería que los deudores se digan solidarios al contraer la obligación, mas no al momento de pagarla".
>
> "Visto que todos los deudores solidarios, sin excepción, están en pie de igualdad con respecto al acreedor, es erróneo sostener que uno de ellos sea apenas fiador. Aunque también es una caución de tipo personal, no es dable confundir la fianza con la solidaridad. Ningún deudor solidario es, per se, fiador frente al acreedor. Allí no hay sino codeudores".

Los demandados penalmente responsables son entonces solidariamente responsables en el pago, por virtud de la ley.

---

54 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 11 enero de 2000, Rad. 001-2000 (Expediente 5208), M.P. Manuel Ardila Velásquez.

Ahora bien, la relación entre ellos es diferente según que alguno o algunos de ellos paguen al acreedor, en tal caso se seguirán las normas civiles correspondientes.

6.2 El Tercero Civilmente Responsable

La responsabilidad civil extracontractual se puede reclamar incluso contra las personas por quienes se responda[55] (Art. 107 CPP, Art. 2347 Código Civil, y Sentencia C-425 de 2006).

6.2.1 Tercero civilmente responsable de derecho privado

Aunque más adelante se tratará el tema de las empresas de transporte, que es muy común en trámite de incidente de reparación integral, se aprovechará este apartado para indicar que la persona jurídica también puede responder por los delitos causados por sus empleados. Las personas jurídicas responden por delitos que cometen sus empleados con ocasión de sus funciones[56].

Las personas jurídicas responden civilmente y de forma directa por los delitos que cometen sus empleados en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Así, por ejemplo, determinó la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 13 de septiembre de 2007, Rad. 348-01, M.P. Jairo Agudelo Parra. En este fallo, se condenó al Club El Nogal de Bogotá a indemnizar a una joven que fue abusada sexualmente por uno de los enfermeros de esa entidad.

Si una persona actúa en ejercicio o con ocasión de las funciones que le otorga la persona jurídica para la que trabaja, lo hace como agente de esta, de manera que compromete directamente su responsabilidad frente a terceros, por las actuaciones dolosas y culposas. Esa responsabilidad nace porque el autor del delito se aprovecha de las funciones de su cargo, para ejecutar el acto criminal.

En estos casos, la responsabilidad de la persona jurídica es directa. Esto significa que el hecho de demostrar que fue diligente en la selección y vigilancia del empleado no la exonera, como ocurre en el régimen de la responsabilidad indirecta. Para hacerlo,

---

55 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia sustitutiva de 20 enero de 2009.

56 Sobre el tema y en lo que sigue fue tomado de: http://www.bonila.com/Ultimas-Noticias/Noticias-Octubre-2007/Personas-juridicas-responden-por-delitos-que-cometen-sus.html; y también puede consultarse en: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERES/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota%20-%20Sala%20Penal/Boletin%20informativo%20No%2012%20del%209%20de%20abril%202010.pdf.

debe comprobar la presencia de una causa extraña (fuerza mayor o culpa de la víctima), tal como lo exige el régimen de la responsabilidad directa.

Además, por tratarse de responsabilidad directa, existe solidaridad entre el agente y la persona jurídica, de tal forma que esta última puede repetir contra su empleado y exigirle los perjuicios que tuvo que pagarle a la víctima.

Por regla general, la obligación de reparar el daño ocasionado con un delito no es solo del autor, sino de los terceros que no intervinieron en el hecho delictivo, pero debían asegurarse de que este no ocurriera.

La sentencia del Club El Nogal aclara la diferencia entre cometer el delito "*en ejercicio de las funciones*" y "*con ocasión de ellas*", pues se trata de situaciones disímiles. En el primer caso, la responsabilidad es más clara, porque el delito es el resultado directo de las labores asignadas por la persona jurídica. Por el contrario, cuando se trata de un delito cometido con ocasión de las funciones, el daño no es consecuencia directa de la labor desempeñada, sino de un nexo causal entre el ejercicio de la función y el delito, es decir, de un aprovechamiento del cargo que se ostenta, para la comisión de un ilícito.

En el caso de El Nogal, por ejemplo, el delito no fue cometido en ejercicio de las funciones, pues dentro de las tareas del enfermero no estaba abusar de las personas que requerían auxilio médico. La conducta delictiva fue ejecutada con ocasión de esas funciones, ya que el trabajador se aprovechó de su condición laboral en el club, para consumar el abuso sexual por el que fue condenado.

De esta forma, una vez se prueba la culpa o el dolo del empleado, que su conducta desbordó el ejercicio de sus funciones y que entre estas dos situaciones hay una conexión significativa, se le asigna responsabilidad a la persona jurídica.

De esta misma tesis es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que, en diversas sentencias, ha sostenido que las personas jurídicas responden pecuniariamente y en forma directa por los delitos cometidos por sus agentes, si fueron ejecutados valiéndose del cargo que estos ostentan.

También ha sostenido la Sala Civil de la Corte en sentencia con Rad. 4422 de 15 de abril de 1997, M. P. Carlos Estaban Jaramillo Schloss, lo siguiente, y con respecto a la solidaridad:

> "Tratándose de responsabilidad civil emergente del 'daño privado', a su vez originado en infracciones a la ley penal, se tiene por definido de acuerdo con disposiciones normativas expresas (arts. 105 del C. P. y 44 del C. de P. C.) que dicha responsabilidad le incumbe solidariamente a quienes como autores, coautores o cómplices recibieron la correspondiente condena, así como también, si fuere el caso, a terceros (...) incluidas las personas jurídicas públicas o privadas (...) comprometidas en forma inmediata... por la conducta ilícita de sus agentes, funcionarios directivos o subalternos (...).
>
> (...) Cuando el autor del perjuicio es un agente de una entidad de derecho público o privado, no existe un desplazamiento de su responsabilidad hacia la persona jurídica, sino una ampliación o extensión de esa responsabilidad (...), Se establece entre ellas una solidaridad legal, erigida en beneficio exclusivo de la víctima, que en consecuencia puede demandar la totalidad de la indemnización a la persona natural o jurídica, o de ambas conjuntamente, a su elección".

Tratándose del tercero civilmente responsable, la definición de su responsabilidad en el pago de perjuicios no solo pasa por demostrar el daño y la causación por el procesado, sino "*la relación entre el condenado, su conducta y el objeto con el que se causó con el tercero de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil derivada de la comisión de una conducta punible reguladas por el Código Civil*"[57].

6.2.2 El tercero responsable de derecho público

No puede pasarse por alto que no obstante que alguna entidad de derecho público pueda considerarse tercero en la responsabilidad civil, el escenario natural para la demanda en su contra es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así pues, cuando se condena penalmente por ejemplo a un militar, un policía o funcionario de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación, o servidor público en general, no se podrá demandar mediante este trámite incidental a la Nación, Ministerio de la Defensa Nacional, Policía Nacional o Rama Judicial, etc., sino que deberá hacerse ante su juez natural, esto es, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior se deduce del Art. 237 de la Constitución Política, de los Arts. 11 y 35 Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de los Arts. 128 a 134 del CCA y Arts. 149 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 o Nuevo Código de

[57] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 9 mayo de 2012, Rad. 38.859, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (que rige a partir de 2 de julio de 2012), en concordancia con la Sentencia C-740 de 11 julio de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que declaró exequibles algunas normas de la Ley 522 de 1999 "*Por medio de la cual se expide el Código Penal Militar*".

Cuando alguna de las partes solicite la vinculación como tercero civilmente responsable de una entidad de Derecho Público en el trámite del incidente de reparación integral el Juez Penal de Conocimiento debe negar la vinculación, pues en materia de responsabilidad patrimonial el Juez natural del Estado es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se debe demandar a través de la acción de reparación directa.

En un proceso penal del sistema mixto inquisitivo donde se condenó solidariamente responsable al pago de perjuicios a la AEROCIVIL, entidad adscrita al Ministerio de Transporte, por las conductas punibles cometidas por un empleado conductor de automotor de su propiedad, la Corte decidió declarar oficiosamente la desvinculación del tercero civilmente responsable y la invalidación de la condena al pago de perjuicios impuesta[58].

Dijo la Corte en esa ocasión:

> "Bajo estos parámetros, era ante la jurisdicción contencioso administrativa que han debido las víctimas demandar la indemnización estatal por los daños sufridos, no ante la jurisdicción penal ordinaria dada la imposibilidad jurídica que ésta tiene de imponerle al Estado la carga de responder patrimonialmente para reparar los perjuicios causados con los hechos de sus agentes".

Precisamente, la Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 11 julio de 2001; M.P. Álvaro Tafur Galvis, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 579 de la Ley 522 de 1999 o Código Penal Militar, sobre traslado a las partes para solicitud de pruebas en el juicio, expresó:

> "No debe olvidarse en efecto que dentro del procedimiento penal militar, el resarcimiento de perjuicios se reconoce claramente como un derecho de las

[58] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 25.312 de 30 noviembre de 2006, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, proceso del Sistema Mixto Inquisitivo.

personas afectadas por el hecho punible, pero que deberá obtenerse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo.

(…)

"Es decir que dentro del proceso penal militar la actuación de la parte civil se establece de manera precisa, limitando su actuación al impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos y que el tema del resarcimiento de perjuicios se concentra en la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, excluyendo expresamente la competencia de la justicia penal militar en este campo"

(…)

Es decir que la participación de la parte civil en este procedimiento especial no solo resulta concordante con el objetivo que la Ley 522 de 1999 le señala como sujeto procesal dentro del procedimiento penal militar, sino que dicha intervención se hace necesaria para garantizar la protección de sus derechos, en materia de indemnización de perjuicios, indemnización que podrá excluirse o limitarse en función del pronunciamiento de la justicia penal militar, al momento de ser estudiada por la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

"Atendiendo estas consideraciones la Corte estima necesario condicionar la Constitucionalidad del inciso atacado, en el sentido de entenderse que la parte civil, en caso de haberse constituido, interviene también en esta etapa del procedimiento debiendo en consecuencia corrérsele traslado para alegar".

6.2.3 Proceso penal y proceso ante la jurisdicción contencioso administrativo

Es jurídicamente viable que la víctima intervenga en el proceso penal y a la vez presente demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con el delito; por ejemplo, en situaciones en que el servidor público comete el hecho punible: soldado o policía que da muerte a otra persona, el conductor del vehículo oficial que atropella al transeúnte…

Tampoco hay inconveniente que una vez iniciadas las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se solicite por la víctima la apertura del incidente de reparación integral ante el Juez Penal de Conocimiento.

Al demandante no se le puede cerrar la oportunidad de que una vez culminado el proceso penal y tramitado el incidente de reparación donde se le reconocieron determinados perjuicios "*accione ante la jurisdicción contenciosa para perseguir*

la reclamación de los daños que no hayan sido reconocidos en la jurisdicción penal, pues las autoridades deben garantizar la reparación integral de la indemnización a que tenga derecho el afectado. Sobre el particular la Corte Constitucional indicó que la reparación debe ser integral, reitera el derecho de las víctimas a constituirse en parte civil y la obligación del juez para pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito, todo ello como desarrollo de los principios generales de la eficacia jurídica de los intereses tutelados por la Carta y a modo de conclusión en la sentencia C-163 de febrero 23 de 2000"[59].

El consejo de Estado en sentencia de 25 de octubre de 2001, expediente 13.538, sobre el particular, expresó:

> "La Sala rectifica y precisa su pensamiento y dispone que quien se ha constituido en parte civil dentro de un proceso penal, igualmente puede demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, con el fin de perseguir la plena indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima, cuando quiera que hubiese sido afectada a la vez por culpa grave o dolo del agente y falla del servicio. En todo caso la entidad demandada se verá obligada a pagar la totalidad de la indemnización impuesta por el juez administrativo, en una conciliación o en cualquier otra providencia, salvo que la entidad pruebe en el proceso o al momento de cubrir el monto de la condena, que el funcionario citado en el proceso penal, pagó totalmente el monto de los daños tasados por el juez penal, ahora si prueba que el funcionario pagó parcialmente, a la entidad le asiste el derecho de descontar la suma cubierta por aquél".

No se puede invocar en estos eventos la excepción de "*pleito pendiente*" toda vez que no hay identidad de partes.

El interesado se puede presentar entonces como víctima al proceso penal y simultáneamente demandar a la entidad de derecho público para la reparación patrimonial, sin perjuicio de que igualmente, y en forma simultánea, inicie y tramite el incidente de reparación integral en contra de las personas particulares o de derecho privado llamadas a responder civilmente por los daños.

Pero cuando se concilian todas las obligaciones en sede penal, entonces no hay lugar a demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los casos en

---

59 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, octubre veinticinco () de dos mil uno (2001), Rad. 25000-23-26-000-1993-8964-01(13538). En: http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=88.

que por supuesto sea una entidad de derecho público la demandada y uno de sus vinculados sea el autor del hecho delictivo.

Es que no se puede desconocer el valor vinculante de la autonomía de la voluntad de las partes según el canon 1602 del Código Civil, cuando se concilian las obligaciones civiles que surgen con el delito.

Cuando la persona jurídica de Derecho Público concilia directamente o bien a través de la aseguradora, a quien precisamente se traslada el riesgo, dicha conciliación tiene incidencia en el trámite administrativo.

Como se expuso en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente con Rad. 25.106 de 29 octubre de 2012, C.P. Stella Conto Díaz: "*Es claro que dicha conciliación suponía el desistimiento de las pretensiones que ahora se resuelven, puntualmente porque con quien concilió el lesionado fue precisamente el tercero a quien la entidad demandada le trasladó el riesgo y, por lo mismo, llamó en garantía dentro del presente trámite./ Quiere decir que en este evento no existe daño indemnizable, elemento central de cualquier juicio de responsabilidad, pues la víctima directa concilió con La Previsora S.A. el pago de una suma de dinero como indemnización integral por todos los perjuicios causados, comprometiéndose correlativamente el señor JES a desistir "de toda acción judicial (civil, penal, administrativa) en contra de FC y del I.S.S., según sea el caso*".

Una vez presentada y cumplida la conciliación previa en sede penal, no hay daño indemnizable, elemento central de cualquier juicio de responsabilidad, y por tanto, no puede haber lugar a responsabilidad administrativa.

En los casos en que la conciliación sea parcial, la parte interesada podrá perseguir la otra parte ante la jurisdicción ordinaria o ante lo contencioso administrativo.

El problema jurídico se presentará entonces para el momento de la ejecución de la obligación, donde los interesados podrán alegar o excepcionar pago, total o parcial, según el caso, y además, también pueden excepcionar expresamente la compensación (Art. 1715 C. Civil y Art. 282 CGP), o bien descontar la suma ya cubierta o pagada. Sobre la compensación expresa el canon 1715 del Código Civil:

> Art. 1715. **Operancia de la compensación**. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

2. Que ambas deudas sean líquidas; y

3. Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

Si la conciliación penal cubre todas las obligaciones entonces extingue la obligación de indemnizar en sede administrativa (y también en sede de la jurisdicción civil) y viceversa; pues de lo contrario podría llegar la constituirse un enriquecimiento indebido o sin justa causa.

6.3 La Compañía Aseguradora de Responsabilidad Civil Extracontractual en Virtud de Contrato Válidamente Celebrado

El contrato de seguro de responsabilidad civil aparece definido en el artículo 1127 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, como aquel que:

> "[…] impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado".

El Art. 1055 del Código de Comercio señala que no son asegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador. La norma expresamente indica que cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno, ni tampoco la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

Quizás por una ligereza del legislador, el nuevo texto del artículo 1127 (Art. 84 de la Ley 45 de 1990), crea el seguro de responsabilidad civil para los perjuicios patrimoniales o materiales que cause el asegurado, con motivo de determinada responsabilidad civil en que incurra, lo que implica que los perjuicios extra patrimoniales o inmateriales escapan a la cobertura de la póliza, y, consecuencialmente, de la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador, a menos que de manera expresa se pacte su

cubrimiento dentro del contrato de seguro; además, la norma implica que ya no son los daños patrimoniales que sufra el tomador del seguro, sino los que cause[60].

En procesos penales de tendencia inquisitiva donde se consagró la parte civil, se había explicado que el trámite con la aseguradora es independiente del proceso penal y que la acción pertinente es a través del proceso civil ante el Juez Civil correspondiente[61]; lo cual expresamente cambió por disposición del legislador de 2004 pues en el incidente de reparación integral se puede vincular a la compañía aseguradora.

En la Ley 906 de 2004 la intervención de la compañía aseguradora está claramente definida y regulada precisamente en el canon 108. Así que también se puede demandar a la compañía aseguradora en acción directa por parte de la víctima en los términos del Art. 1133 del Código de Comercio, subrogado por el Art. 87 de la Ley 45 de 1990, aunque igualmente, por supuesto, y es lo más común, que sea citada por uno de los demandados.

Expresa el canon 108 de la Ley 906 de 2004:

> Art. 108. **Citación del asegurador**.- [*Exclusivamente*] para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán pedir la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, [*quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación*].

Por sentencia C-409 de 17 junio de 2008, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte Constitucional declaró inexequible las expresiones "*Exclusivamente*" y "*quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación*" del Art. 108 de la Ley 906 de 2004 porque vulneraba el derecho de reparación de la víctima del delito, la norma no tendría "*efecto útil*" y porque rompe el principio hermenéutico de "*coherencia interna del ordenamiento*", razón por la cual ahora una vez vinculada la compañía de seguros tendrá derecho a adelantar todas las actuaciones admisibles tendientes a proteger sus intereses, pues su citación, efectuada con todas las garantías exigidas por el ordenamiento[62], la vincula al incidente y a sus resultas.

---

60 Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia del doctor Carlos Enrique Quijano Rueda. Bucaramanga, julio 27 de 2007. En: http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_quijano_rueda.htm.

61 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia con Rad. 10.589 de 16 diciembre de 1998, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote, reiterada en Sentencia de 3 julio de 2003, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

62 Arts. 171 a 173 CPP.

Ninguna duda ofrece la precisión del artículo 108 de la Ley 906 de 2004 sobre los sujetos legitimados para solicitar la citación de la compañía aseguradora y que son

i. la víctima,

ii. el condenado y su defensor, y

iii. el tercero civilmente responsable del Art. 107 CPP, con el objeto de que con él se cubra la indemnización pedida como todo o como parte de la reparación integral.

La aseguradora puede ser citada (excepcionalmente) para la primera audiencia de conciliación, o (de ordinario) para la segunda audiencia.

Hay que precisar el condicionamiento según el cual el asegurador cuya convocatoria se pide, no es otro que el "*de la responsabilidad civil amparada en virtud de contrato de seguro válidamente celebrado*" [63].

El citante o convocante tiene una carga probatoria mínima cual es la demostración de la existencia del "*contrato de seguro válidamente celebrado*" (Art. 108 CPP), para que así el juez pueda constatar que efectivamente el asegurador citado ha constituido una relación contractual que asegura la responsabilidad civil, con identificación de los elementos esenciales del contrato de seguro[64], y en los que se evidencie que el riesgo que cubre, al menos en principio, se identifica con el daño causado por el delito que se imputó en el proceso penal[65].

La carga probatoria será entonces la demostración del contrato de seguro (Art. 1046 C. de Comercio), la calidad de asegurado del demandado, la naturaleza y cuantía de los perjuicios y el cubrimiento de los perjuicios reclamados y garantizados en la póliza "*pues de lo contrario, será el penalmente responsable o el tercero civilmente responsable, quien debe correr exclusivamente con la carga de indemnizar, pues no puede desconocerse que el asegurador llega al proceso por virtud de la existencia de un contrato y su obligación está limitada a los términos del mismo y a los principios y disposiciones legales que regulan el contrato de seguro*"[66].

---

63 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

64 Dice al respecto el art. 1045 C.Co: "**Elementos esenciales**. *Son elementos esenciales del contrato de seguro:1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro, y 4) La obligación condicional del asegurador.*
En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno".

65 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

66 María Cecilia Mesa Calle, El incidente de reparación integral, Temas Procesales. Segundo semestre 2011, N° 27, Librería Jurídica Comlibros, pp.135-155.

Ha de entenderse que la prueba para acreditar el contrato válidamente celebrado, no es otra que la misma reconocida por la ley sustancial que regula la materia, a saber el Art. 3º de la Ley 389 de 1997, por medio de la cual se modificó el art. 1046 del Código de Comercio, y según el cual, "*el contrato de seguro se probará por escrito o por confesión*".

> "Esto significa que la forma de demostrar la existencia de un contrato de seguro será tanto la póliza, prueba por excelencia del mismo, como cualquier otro documento escrito que contenga cuando menos el interés asegurable, el riesgo, la prima y la obligación del asegurador. Es decir, un documento en el que aparezcan con claridad los elementos que tipifican el contrato. También puede emplearse como prueba del contrato la confesión, cuyos requisitos deben ser los establecidos en el Código de Procedimiento Civil y cuyo contenido debe ofrecer igualmente la certeza sobre la existencia de los elementos esenciales del seguro de responsabilidad civil" [67].

La prueba del "*contrato de seguro válidamente celebrado*" es una condición esencial para reclamar la presencia del asegurador en el incidente.

Es importante entonces contar con la mayor diligencia y probidad por parte del asegurador y del tomador, del asegurado, así como de la Superintendencia Financiera como ente que representa importantes funciones constitucionales (Arts. 189, numerales 24, 335 Carta Pol.), "*para facilitar la información necesaria con la que se haga posible demostrar la existencia del contrato de seguro válidamente celebrado y pueda así cumplir su finalidad en el incidente de reparación integral de la víctima del delito, por ser ésta la beneficiaria del riesgo asegurado*[68]"[69].

De esta manera, "*en caso de existir dicho contrato de seguro suscrito por el condenado, éste deba ponerlo de presente en la audiencia inicial, con el objeto de que el juez cite a la compañía de seguros para la segunda audiencia, a fin de alcanzar a una conciliación*"[70]. Es decir, que es un deber del tomador del seguro brindar dicha información completa a la víctima[71].

---

67 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

68 Tal actuación de las partes del contrato tiene particular incidencia para la víctima, pues como se indicaba en la sentencia C-388 de 2008, se da el caso, más bien común, de que ésta desconozca por completo la existencia misma del contrato de seguro, así como las condiciones pactadas en él. Por ello en aquel asunto la Corte declara constitucional la norma que determina una prescripción de la acción contra la aseguradora, distinta para la víctima y para el tomador-asegurado.

69 Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

70 Ibid.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 junio de 2007, Rad. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El Juez penal tiene competencia entonces para el estudio del contrato de seguro de responsabilidad civil; y no es posible aducir, como se explica en la sentencia C-409 de 2009, que mal puede el juez penal negarse a establecer si la aseguradora debe cubrir o no la responsabilidad civil asumida en el contrato como forma de reparar pecuniariamente a la víctima que ha sufrido los efectos del delito, por lo siguiente:

i. Porque la aplicación del principio de la *perpetuatio jurisdictionis* está delineado por el Constituyente y reconocido por el Legislador al incluir la figura en el incidente.

ii. Porque esa determinación normativa es correcta aplicación de los principios de economía procesal, eficacia, respeto y protección de los derechos que atiende el juez en el proceso penal (Art. 229 Carta y Arts. 7º y 9° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Arts.1º, 10º, 11, literal. c), 138, numeral 2º y 139, núm. 5º CPP).

iii. Porque el contrato de seguro puede representar un título ejecutivo, por contener una obligación clara, expresa y exigible (Art. 1053 C. de Co., Art. 488 CPC y Art. 422 CGP), evidente para cualquier juez de la República, y que éste y muy en especial el de la jurisdicción penal, como agente del Estado social de derecho y como operador jurídico de prohibiciones legales intensas, de la libertad personal del imputado y los derechos de las víctimas, debe contar con todos los poderes que le permitan administrar justicia y crear desde el legítimo ejercicio de sus funciones el orden constitucionalmente justo (arts. 1º, 2º, 6º, 29, 229, preámbulo)[72].

Se debe resaltar que en la sentencia C-409 de 17 junio de 2009, se expresan las siguientes conclusiones con respecto al canon 108 de la Ley 906 de 2004:

1. El asegurador del contrato de seguro de responsabilidad civil válidamente celebrado puede ser citado en el incidente de reparación integral bien sea (excepcionalmente) para la primera audiencia de conciliación, bien sea (de ordinario) para la segunda.

2. La solicitud de citación puede provenir de la víctima, el condenado o su defensor, o del tercero civilmente responsable, con el objeto de que con él se cubra la indemnización pedida como todo o como parte de la reparación integral.

72 Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

3. Para que la citación sea procedente, es necesario que el contrato de seguro haya sido suscrito por el condenado o por el tercero civilmente responsable como tomadores o asegurados, y que su objeto consista en cubrir el daño causado por el delito imputado y probado en el proceso penal.

4. La petición para que la aseguradora asista a la conciliación dentro del incidente, procede cuando se acredite prueba sobre la existencia del contrato de seguro celebrado con ella para los efectos de compensar los posibles daños causados a un beneficiario, que es la víctima dentro del proceso penal concluido.

De otra parte, la compañía aseguradora podrá entonces "*desarrollar todas las actuaciones derivadas de su derecho de defensa: Aceptar y/o proponer un acuerdo; o negarse a conciliar y controvertir pruebas, o aportar y solicitar las requeridas con las que desvirtuar la responsabilidad civil contractual endilgada o la existencia misma del contrato, o la calidad de beneficiario de la víctima, o la pretensión de ésta, del condenado o del tercero civilmente responsable, de que la reparación económica reclamada deba cubrirse con el riesgo amparado por seguro*"[73].

La víctima cuenta con la facultad de pretender contra la compañía aseguradora en virtud del canon 108 del CPP y de la acción directa contemplada en el canon 1133 del Código de Comercio, modificado por la Ley 45 de 1990, por virtud del cual "*podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador*".

De todas maneras, las obligaciones que surjan del delito son independientes de las obligaciones que se deriven del contrato de seguro válidamente celebrado, como se recordó por la Sala Penal de la Corte en Auto Rad. 19.430 de 3 julio de 2003, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

COMPAÑÍA ASEGURADORA Y CONTRATO DE SEGURO VALIDAMENTE CELEBRADO	
La aseguradora puede ser citada (excepcionalmente) para la primera audiencia de conciliación, o (de ordinario) para la segunda audiencia, por:	1. La víctima
	2. El condenado penalmente
	3. El tercero civilmente responsable

[73] Ibid.

COMPAÑÍA ASEGURADORA Y CONTRATO DE SEGURO VALIDAMENTE CELEBRADO	
Carga procesal de quien solicita la vinculación de la compañía aseguradora:	1.- Demostración del contrato de seguro (Art. 1046 Código de Comercio)
	2.- Demostrar la calidad de asegurado del demandado
	3.- Demostrar la naturaleza y cuantía de los perjuicios
	4.- Demostrar el cubrimiento de los perjuicios reclamados y garantizados en la póliza
El Juez Penal de Conocimiento tiene competencia para el estudio integral del contrato de seguro (Sentencia C-409 de 2009)	

6.4 Concepto de "Tercero Civilmente Responsable"

En el esquema de la Ley 906 de 2004 el tercero civilmente responsable no es parte ni es un interviniente, lo cual no obsta para que sea citado al incidente de reparación integral de perjuicios[74].

La figura del tercero civilmente responsable tiene su fundamento en el instituto de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, también conocida como indirecta o refleja.

Tal instituto jurídico está consagrado, como ya se ha dicho, en el canon 2347 del Código Civil, el cual dispone:

> Art. 2347.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.
>
> Inc. 2o.- Modificado. Decreto 2820 de 1974, Art. 65. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

74 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

> Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.
>
> Inc. 4o.- Derogado. Decreto 2820 de 1974, Art. 70.
>
> 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

La Ley presume que por los daños que causen tales personas deben responder quienes respecto de ellas tenían el deber de ejercer en forma adecuada la vigilancia y control[75].

La Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2006 expresó sobre esta forma de responsabilidad por el hecho ajeno con carácter "*excepcional*" basada en la presunción de culpa indirecta o mediata del responsable, lo siguiente:

> "De allí que los padres sean responsables solidariamente del hecho de los hijos que habitan en la misma casa[76]; el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado; los directores de colegios y escuelas responderán del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de los aprendices o dependientes, en el mismo caso[77]. Así pues, la ley presume que los daños que ocasionen las referidas personas son imputables a quienes debían haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos, y por ende, la víctima de tales perjuicios debe probar (i) el daño causado y el monto el mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; y (iii) que este último se encuentre bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual"[78].

La ley presume la responsabilidad por los hechos ajenos basada en la culpa predicable de quien tiene a otro bajo su dependencia al presumir que el daño ocurre por la negligencia del guardián obligado a vigilar al autor del daño, entonces se ha de acreditar, por supuesto una vez establecida la responsabilidad penal del dependiente,

---

75 En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Rad. 35.489 de 2 mayo de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

76 Artículo 65 del decreto 2820 de 1974.

77 Artículo 70 del decreto 2820 de 1974.

78 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

la relación de éste con el responsable indirecto, por incurrir en la llamada culpa "*in eligendo*" o "*in vigilando*", esto es, por falencias en la selección de sus subordinados o en la adopción de medios destinados a evitar accidentes[79], y finalmente, deberá probarse la cuantía de los perjuicios.

Pero no sólo por el vínculo o dependencia laboral es predicable la responsabilidad del llamado a asumir civilmente por las consecuencias del hecho punible de otro, ella puede derivarse de la obligación legal de resultado por actividades que tienen virtualidad para engendrar daños y por lo tanto son riesgosas, *vr. gr*. el tráfico automotor, como lo ha explicado la alta corporación judicial[80].

También es dable citar a las personas jurídicas a las cuales están vinculados los declarados penalmente responsables, siempre y cuando ese comportamiento punible se haya producido en el cumplimiento o con ocasión de sus funciones dadas por su nexo con aquéllas, evento en el cual propiamente no se trata de un tercero civil, sino que su responsabilidad se enmarca en las previsiones del artículo 2341 del Código Civil, sin que sea una especie de responsabilidad indirecta o refleja por el hecho ajeno, sino directa, ante el daño causado por la persona jurídica a través de uno de sus agentes o representantes, en cumplimiento de su objeto social[81].

> "es claro que, de acuerdo con la teoría del órgano, quien tiene la obligación de indemnizar el daño causado y contra quien se debe dirigir la acción, no sería un tercero civilmente responsable, sino un verdadero autor de la conducta lesiva de bienes jurídicos, pues así como el Estado cumple sus cometidos políticos a través de sus servidores, las personas jurídicas de derecho privado desarrollan su objeto social por intermedio de personas naturales en ejercicio o con ocasión de sus funciones"[82].

Se ha precisado que para que una persona, sea natural o jurídica, pueda ser condenada como tercero civil al pago de perjuicios se debe demostrar:

i. El daño.

ii. La atribución del daño al procesado, esto es, que el daño fue causado por el menor, el pupilo, el aprendiz o dependiente, etc.

---

79 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 33.085 de 11 abril de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Proveído de 23 de abril de 2008. Rad. 28.396, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

iii. Que el penalmente responsable estaba bajo el cuidado y control de otro (que puede surgir por mandado de la ley o por una relación laboral o contractual), esto es, la relación entre el condenado, su conducta y el objeto con el que se causó, con el tercero, por supuesto, de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil derivada de la comisión de una conducta punible, reguladas por el Código Civil[83].

La responsabilidad para el tercero civilmente responsable se genera entonces cuando el directamente responsable (el trabajador, dependiente o pupilo) ha causado el daño mientras cumplía una función encomendada, esto es, mientras estaba bajo el cuidado del empleador o patrono.

Es pues, la subordinación y la vigilancia que el empresario o patrono debe tener respecto del trabajador, dependiente o pupilo, lo que presume la culpa del tercero civil[84].

6.5 La Solidaridad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes

En el canon 2348 del Código Civil, con respecto a la responsabilidad de los padres, se establece: "*Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir*"; y "*que habiten en la misma casa*" (Art. 2347-2° CCC).

Pero el Art. 170 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (norma especial y posterior), dice: "*Los padres o representantes legales, son solidariamente responsables, y en tal calidad, deberán ser citados o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente*".
Del texto de estas dos normas podemos concluir, con respecto a la *culpa in vigilando* y el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, lo siguiente:

1. La sola condición de padres del adolescente infractor no determina la responsabilidad civil de los mismos y, por ende,

---

83 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 18 junio de 2008. Rad. 29.187, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y Sentencia de 2 mayo de 2012, Rad. 35.489, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

84 Cfr. Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, segunda reimpresión. Noviembre de 2007, pp. 768 y 769.

2. La obligación de reparar el daño civil extracontractual causado por el hijo requiere, además, que habite en la misma casa; hecho éste que soporta la presunción de que está bajo su cuidado.

3. Pero en la Ley 1098 de 2006 o CIA es suficiente que el adolescente esté bajo su cuidado, no necesariamente que habite en la misma casa según Art. 170 CIA con lo cual se establece la "*solidaridad*" en tema de responsabilidad civil derivada del delito (Art. 1568 CCC y Sentencias C-423 de 2006 y C-425 de 2006).

Sin embargo, los padres del adolescente pueden alegar y probar:

i. Que no tienen bajo su responsabilidad el cuidado del hijo adolescente

ii. Que no ejercen la patria potestad sobre el adolescente.

iii. Que actuaron de manera diligente y pese a ello no pudieron evitar la producción del resultado: "*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*" (Art. 2347, parte final, Código Civil).

6.6 Solidaridad y Empresas Operadoras de Transporte

El transporte o tránsito vehicular es una actividad riesgosa o actividad peligrosa regida por el Art. 2356 del Código Civil. Sobre el tema se pueden consultar las siguientes providencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-258 de 11 junio de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-066 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Fabio Morón Díaz, Sentencia SU-1184 de 13 noviembre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-523 de 1° julio de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Sentencia C-529 de 3 de julio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

La Sala Civil de la Corte[85] ha señalado que la acotación del responsable del daño y obligado a su reparación pesa sobre quien ejerce la actividad peligrosa y en quien al momento del daño ostenta su gobierno, dirección, administración o control, y que sólo para exonerarse de tal carga puede demostrar que no tenía esas facultades, sea por la transferencia de su dominio, posesión o tenencia, o que por ejemplo el daño no

[85] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 agosto de 2009. Rad. 11001-3103-038-2001-01054-01 y Sentencia de 3 noviembre de 2011, Rad. 73449-3103-001-2000-00001-01.

está en la órbita del ejercicio de la actividad peligrosa, acreditando una causa extraña que desvirtúa su responsabilidad, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de un tercero[86].

La víctima en todo caso deberá demostrar o comprobar que el vehículo o el objeto que sirvió de medio para que el penalmente responsable causara el daño estaba bajo el cuidado o guarda del tercero civil, así lo precisó la Corte en su Sala Penal a través de la sentencia de 2 mayo de 2012, Rad. 35.489, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. No se requiere demostrar propiedad del tercero civil sobre el vehículo, es suficiente con constatar que tenía la guarda o tenencia simplemente material, pues en dicho caso por su calidad de vigilante o guardián radica la facultad de poder o control sobre el bien que está a su servicio. "*Por consiguiente, no resulta determinante la propiedad o no de la cosa, sino su guarda, sea ésta material o jurídica, que respecto de ella se ejerce*"[87].

No es obstáculo alguno para que varias personas asuman la guarda compartida sobre el mismo bien, caso en el cual a todos se les puede vincular en el trámite de incidente de reparación integral ya que la responsabilidad es *in solidum*. Sobre el tema se ha pronunciado la Sala Civil en sentencia de 22 de abril de 1997, expediente 4.753 y sentencia de 19 diciembre de 2011, expediente N°. 44001 31 03 001 2001 0005001.

Sobre la regulación concreta y específica en automotores y la responsabilidad solidaria, se tiene el siguiente desarrollo normativo:

> Art. 36 Ley 336 de 1996.- Los conductores de los equipos destinados al servicio público de transporte serán contratados directamente por la empresa operadora de transporte quien para todos los efectos será solidariamente responsable junto con el propietario del equipo[88].
> La jornada de trabajo de quienes tengan a su cargo la conducción u operación de los equipos destinados al servicio público de transporte será la establecida en las normas laborales y especiales correspondientes.

Esta disposición fue modificada por el artículo 305 del Decreto 1122 de 1999, por el cual se expidieron normas "*para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y*

86 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 33.085 de 11 abril de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

87 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, Sentencia de 26 de noviembre de 1999, Exp. 5.220, y en el mismo sentido Sala Penal. Sentencia Rad. 35.489 de 2 mayo de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

88 El inciso primero de esta norma fue declarado exequible por sentencia C-579 de 11 agosto de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

fortalecer el principio de la buena fe". Se dijo en el nuevo precepto, bajo la titulación "*conductores de equipos ajenos*":

> "El artículo 36 de la Ley 336 de 1996 quedará así:
>
> "Artículo 36. Los conductores de los equipos que no sean propiedad de la empresa o del operador, destinados al servicio público de transporte, podrán ser contratados directamente por la empresa operadora de transporte. En cualquier caso, y para todos los efectos legales el operador y el propietario del equipo responderán solidariamente".

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999, declaró inexequible dicho Decreto, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 4º del artículo 120 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.

Una norma idéntica al Art. 305 del Decreto 1122 de 1999 se introdujo a través del artículo 150 del Decreto 266 de 2000, también declarado inexequible por sentencia C-1316 de 26 de septiembre de 2000.

En la sentencia C-579 de 11 agosto de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional se pronunció sobre la solidaridad de las empresas operadoras de transporte:

> "19. Finalmente, considera la Corte importante hacer referencia a dos afirmaciones del actor. La primera señala que la consagración de la responsabilidad solidaria entre los propietarios de los equipos y las empresas de transporte podría conducir a que éstas últimas se las haga responsables de ilícitos cometidos por los conductores o los propietarios de los equipos. Esta aseveración no tiene ningún asidero. Obviamente la responsabilidad solidaria que se consagra en el primer inciso del artículo 36 es de carácter patrimonial, por cuanto mal se puede establecer en el campo penal —que se distingue por exigir responsabilidades personalísimas— una responsabilidad solidaria, sin atender a las condiciones de cada uno de los sujetos y del ilícito investigado".

Sobre el tema hay pues explícita regulación legal.

La norma vigente claramente hace responsable "*para todos los efectos*" a la empresa transportadora y al propietario del equipo cuando el mismo es ajeno. Se trata pues de una responsabilidad patrimonial solidaria por los daños originados en ejercicio de la actividad peligrosa del transporte automotor, como también lo ha entendido la

jurisprudencia civil, y así lo resaltó la Sala Penal de la Corte en sentencia con Rad. 35.558 de 27 junio de 2012, con ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz, en la cual agregó: "*Ni el artículo 36 de la Ley 336 de 1996 ni el anterior criterio jurisprudencial, excluyen de la condición de guardián de la actividad peligrosa y, por consiguiente, de su responsabilidad patrimonial en razón de los daños derivados de ella, a las empresas de transporte terrestre automotor en vehículos taxi. Y no podía ser de otra manera. Si sólo a través de ellas, según la ley, es posible la prestación de ese servicio público, si la habilitación oficial para hacerlo está sujeta al cumplimiento de unos requisitos rigurosos, si por el hecho de la vinculación de automotores ajenos la empresa se beneficia económicamente y si la seguridad es uno de los principios primordiales de la actividad, no se entiende que las compañías dedicadas a ella pretendan que no la controlan y que, por tanto, no responden de los daños que se causen con su ejercicio*".

La jurisprudencia civil sobre el particular ha enseñado:

> "En consecuencia, por principio la prueba por cualquier medio probatorio idóneo de la afiliación o vinculación del vehículo destinado al transporte, "*legitima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si ella es la que crea el riesgo…*" (cas.civ. Sentencia número 021 de 1º de febrero de 1992) debe responder por los daños causados, dado que "*el solo hecho de estar afiliado un vehículo a determinada sociedad, implica que ésta en principio soporte alguna responsabilidad y tenga algún control sobre el vehículo*" (CCXXXI, 2º volumen, 897), quedando comprendido el detrimento en la esfera o círculo de su actividad peligrosa"[89].

Tesis reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente N° 44001-31-03-001-2001-00050-01, en la que después de precisar que las varias personas que en mayor o menor grado tienen injerencia en el manejo o control del bien con el cual se cumple la actividad peligrosa, asumen solidariamente el compromiso de indemnizar a la víctima.

Con respecto al servicio público de taxis se expidió el 5 de febrero de 2001 el Decreto 172, por el cual reglamentó "*el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxi*". El artículo 6º los define como: "*aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, en forma individual, sin sujeción a*

[89] Expediente 25290-3103-001-2005-00345-01, Sentencia de 17 mayo de 2011.

rutas ni horarios, donde el usuario fija el lugar o sitio de destino". Se requiere, entre otras condiciones, acreditar un capital pagado o patrimonio líquido mínimo[90], certificación del representante legal "*sobre la existencia del programa de revisión y mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio*" y copias de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual respectivas. Dichos seguros tendrán que tomarse con una compañía autorizada para operar en Colombia, deberán amparar contra los riesgos inherentes a la actividad transportadora (muerte o lesiones personales, daños a bienes de terceros y muerte o lesiones a dos o más personas). Se previó en el artículo 21 del Decreto Reglamentario, además, la posibilidad de que las empresas de transporte constituyan "*fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio*".

6.7 El Tercero Civilmente Responsable en el Proceso Penal Mixto

El Decreto Ley 2700 de 1991 consagró que el tercero civilmente responsable era un sujeto procesal que podía participar "*en el trámite incidental de la liquidación de perjuicios que se promueva con posterioridad a la sentencia*[91]", no pudiendo ser condenado en perjuicios "*cuando no se haya notificado debidamente ni se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra*"[92].

La Ley 600 de 2000, recordó la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 6 abril de 2011[93], facultó que la vinculación del tercero civilmente responsable podía solicitarse desde la admisión de la demanda de parte civil, o incluso antes de proferirse la providencia de cierre de la investigación[94]. Como consecuencia de dicha disposición, el embargo y secuestro de los bienes de aquél podía solicitarse una vez ejecutoriada la resolución de acusación[95]; y de conformidad con el artículo 141 de la citada Ley, el tercero civilmente responsable tenía "*los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal*"; es decir, que una vez vinculado legalmente, el tercero civilmente responsable podía ejercer su derecho de defensa, también sobre las medidas cautelares decretadas en su contra.

---

90 No inferior a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes en poblaciones de más de 1.500.000 habitantes.

91 Artículo 154 del Decreto Ley 2700 de 1991.

92 Disposiciones que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-541 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

93 Magistrado ponente, Mauricio González Cuervo.

94 Artículo 69 de la Ley 600 de 2000.

95 Artículo 72 de la Ley 600 de 2000: — "***Medidas cautelares.*** *El embargo y secuestro de bienes del tercero civilmente se podrá solicitar una vez ejecutoriada la resolución de acusación. En lo demás, se seguirán las normas consagradas en el procedimiento civil*".

La víctima, en todos los sistemas, siempre conserva la opción de acudir directamente ante la jurisdicción civil ordinaria con el propósito de obtener la reparación del daño causado[96].

6.8 El Tercero Civilmente Responsable en el Proceso Penal Acusatorio

Con el Acto Legislativo 03 de 19 diciembre de 2002 y la Ley 906 de 31 agosto de 2004 se avanzó a un sistema de investigación y juzgamiento penal de marcada tendencia acusatoria, que introduce un nuevo enfoque respecto de los actores que integran la relación jurídico-procesal, previendo expresamente la intervención en el proceso penal de:

i. las víctimas;

ii. el imputado y su defensor;

iii. el fiscal;

iv. el juez de conocimiento;

v. el Ministerio Público, y

vi. el juez de control de garantías[97].

Tales modificaciones, en palabras de la Corte Constitucional[98], incidieron en la regulación legal del tema bajo examen:

(i) al desaparecer la parte civil;

(ii) (ii) al dejar el tercero civilmente responsable de ser sujeto procesal;

(iii) (iii) al permitirse durante la etapa de investigación la imposición de una medida cautelar consistente en la entrega provisional del vehículo, nave o aeronave, para el caso de los delitos culposos; y

(iv) (iv) al establecer un incidente de reparación integral, el cual se lleva a cabo con posterioridad al fallo condenatorio y previa solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público, a instancia de la víctima, durante el cual es citado quien debe responder por el hecho ajeno.

---

96 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

97 Ver al respecto sentencias C- 873 de 2003 y C- 591 de 2005. Los jurados, como encargados de administrar justicia en forma transitoria, en la medida que la ley lo disponga.

98 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

En la investigación y en el juicio propios de la ley 906 de 2004 se discute exclusivamente la responsabilidad penal del imputado o procesado, sin embargo se permiten algunas medidas cautelares sobre bienes, pero en todo caso, no se discute responsabilidad civil.

El debate acerca de la responsabilidad civil del imputado o procesado y de los terceros se presenta una vez ejecutoriada la sentencia de condena, a través del denominado "*incidente de reparación integral*".

Los artículos 86 y 89 de la Ley 1395 de 12 julio de 2010, condicionan la procedencia del incidente de reparación integral (y su solicitud dentro de los treinta días siguientes) a la firmeza o ejecutoria de la sentencia condenatoria (Art. 86), razón por la cual entonces no se permite la participación del tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad penal (indagación, investigación y juicio), ya que para el momento de iniciación de su concurrencia, esto es, en el incidente de reparación integral, ya estará concluido el juicio sobre responsabilidad penal.

El tercero civilmente responsable es la persona que civilmente debe responder por el daño causado por la conducta del condenado, por lo que su papel es responder por el hecho ajeno y en este sentido, resarcir los perjuicios que como consecuencia de la conducta del condenado se le han ocasionado a la víctima, razón por la cual la potencialidad de su obligación de reparación tan solo nace una vez se ha determinado la generación del daño, obligación que surge necesariamente con posterioridad a la sentencia penal de condena, así lo concluyó la Corte Constitucional de conformidad con los cambios constitucionales sobre el sistema penal introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002, la ley 906 de 2004 y en especial las sentencias C-423 de 2006, C-425 de 2006 y C-717 de 2006[99].

Según las sentencias C-423 y C-425 de 2006 el tercero civilmente responsable no es equiparable a los demás intervinientes y partes, como sucedía en los anteriores sistemas procesales de carácter mixto inquisitivo, puesto que ahora su objeto y finalidad está orientado a la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima por quien el tercero debe responder en su papel de responsable por la conducta ajena, en desarrollo del derecho a la reparación integral de la víctima y del principio de justicia restaurativa (Art. 250 de la Carta).

[99] Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

En este sentido, explicó la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2011 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, en virtud de la función que desempeña el tercero civilmente responsable, "*la decisión que le afecta y en la cual se considera constitucionalmente legítima su participación, es aquella que surja como consecuencia del incidente de reparación integral, toda vez que es en este momento procesal en el que partiendo de la responsabilidad penal del condenado, "requisito sine qua non para que el tercero deba responder por el hecho ajeno" se da su participación mediante: i) la determinación de su relación para con el condenado, ii) la determinación de su obligación de reparar a la víctima; iii) el señalamiento del tipo de perjuicio y iv) la fijación del tipo de indemnización y su cuantía, la cual culminará con la sentencia que pone fin al incidente*".

No obstante que, por decirlo de alguna manera, el tercero civilmente responsable llega tarde al proceso, a diferencia de los sistemas mixtos inquisitivos donde el tercero civilmente responsable actuaba a la par de la acción penal en la fase de investigación y antes de la sentencia de condena, también cuenta con todas las garantías de acceso a la justicia, en cuanto a su deber de reparación a las víctimas, las cuales se concretan, según sentencia C-250 de 2011 en: *"(i) la existencia de un mecanismo judicial para la efectiva reparación de los perjuicios a la víctima, en la cual está contemplada la participación del tercero civilmente responsable, pudiendo este ser citado al mismo por la víctima del condenado o su defensor o acudir directamente; (ii) la posibilidad de utilizar los instrumentos que allí se le proporcionan para plantear su posición, solicitar la citación al asegurador, debatir las pretensiones de la víctima y, en general, ejercer la defensa de sus intereses particulares; (iii) el derecho a que la actividad jurisdiccional, dentro del incidente de reparación integral, concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas por la víctima o las objeciones que sobre las mismas hayan sido presentadas; y la facultad de interponer los recursos judiciales respectivos*"[100].

Sobre el terreno abonado que tiene el apoderado de la víctima en el incidente de reparación integral, se ha explicado[101]:

> "A diferencia de lo que ocurría en el anterior sistema de enjuiciamiento penal y que coexiste con la sistemática adversarial actual, el apoderado de la víctima tiene un terreno abonado a su favor, comoquiera que al encarar la pretensión

100 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

101 Norberto Hernández Jiménez, El rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral, p. 3. El autor es especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como Asesor Penal del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes.

indemnizatoria, ya cuenta con la declaración judicial de existencia de la obligación "sin demeritar la labor que en pretérita oportunidad pudo haber realizado tendiente a que el sentido del fallo fuera de condena, satisfaciendo así unas eventuales pretensiones de verdad[102] y justicia[103], que igualmente se afianzarán en la sentencia con la imposición de una pena justa" debiendo dirigirse su actividad, dentro del incidente de reparación integral, hacia la demostración fehaciente de la afectación dineraria padecida por su representado, o los demás medios de reparación ocasionalmente perseguidos, logrando la concurrencia del aforismo *da mihi factum ego tibi jus*"[104].

Esa participación tardía del tercero civilmente responsable una vez ejecutoriada la sentencia penal de condena no vulnera los artículos 2° y 229 de la Carta Fundamental sobre el derecho a participar en las decisiones que le puedan afectar y el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que cuenta con todas las garantías dentro del incidente de reparación integral para hacer valer sus intereses y participar en la decisión que habrá de tomarse en el mismo, en desarrollo de procesos judiciales que concretan el derecho de acceso ciudadano a la administración de justicia. Estas son las razones que llevaron a la Corte Constitucional a pregonar la exequibilidad de los artículos 86 y 89 de la Ley 1395 de 2010 que reformaron los artículos 102 y 106 de la Ley 906 de 2004, respectivamente[105].

En este orden de ideas, la Corte en la sentencia C-425 de mayo 31 de 2006[106], encuentra que

---

102 Desde el ámbito internacional y en relación con violaciones de los Estados a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tenemos que "(…) *el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención*" (Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201) citado en la sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo), Caso Barrios Altos Vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

103 "*El derecho a la justicia es entendido como un ciclo que incluye la investigación, la sanción y la reparación. Aborda igualmente la distribución de jurisdicción entre la nacional, la extranjera y la internacional, estableciendo que normalmente los tribunales nacionales tienen jurisdicción sobre las violaciones de derechos humanos, pero que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción concurrente cuando la nacional no ofrezca garantías de independencia e imparcialidad o esté funcionalmente incapacitada de actuar*".
"En el marco de estos principios, el derecho a la justicia implica la obligación de combatir los obstáculos a su aplicación mediante la restricción o exclusión, según el caso, de medidas tales como las amnistías, los indultos, la prescripción, los tribunales militares, etc.". Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *"Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos humanos*". Encuentro para las regiones de Bogotá y Cundinamarca del grupo de trabajo que propende al esclarecimiento del caso de la Unión Patriótica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la realización de los derechos a la verdad y a la justicia, y por el reconocimiento de una reparación integral. Bogotá, 10 de febrero de 2004. Disponible en el siguiente link:
http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf.

104 Dame las pruebas que yo te daré el derecho.

105 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

106 Magistrado ponente, Humberto Antonio Sierra Porto.

(i) el tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, en los términos del Título IV del Libro I del C.P.P. sino que su actuación se limitará a participar, en igualdad de condiciones que la víctima, en el incidente de reparación integral al cual

(ii) deberá ser citado, de conformidad con la ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico;

(iii) podrá llamar en garantía a un asegurador; y

(iv) gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto el mismo, la calidad de víctima, e incluso, podrá llegar a una conciliación con la misma.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de defensa de los mencionados terceros inicia con el decreto y práctica de la medida cautelar, extendiéndose por el tiempo que ésta se encuentre vigente, sin perjuicio de su plena intervención durante el incidente procesal de reparación integral[107].

6.9 Mecanismos de Defensa del Tercero Civilmente Responsable

Los terceros civilmente responsables pueden ejercer actos defensivos en el incidente de reparación integral.

Así por ejemplo,

1. Pueden alegar y demostrar que el demandante no tiene carácter de víctima.
2. Pueden alegar que el hecho no ha ocasionado esos perjuicios materiales ni morales; o al menos no en la cuantía estimada por el demandante.
3. Pueden alegar que los perjuicios no tienen relación con el hecho ilícito.
4. Pueden alegar que el perjuicio no es directo.
5. Puede alegar que aunque figure registrado como propietario del automotor en la oficina de tránsito respectiva, no tiene materialmente la efectiva tenencia,

[107] Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

disposición, guarda o dominio del medio peligroso, por ejemplo porque lo transfirió a un tercero o lo vendió a quien causó el daño[108], etc.

6. Puede argumentar y demostrar que si bien es titular de la fuente de riesgo, su tenencia ha sido desplazada —dígase en comodato, para citar solo un ejemplo— y, consecuencialmente, no puede responder por la fuente de riesgo, dado que la guarda del bien ha sido entregada a otro[109].

Obsérvese:

"De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario— pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario. O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmase tener. Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada" (G.J. t. CXLII, pág. 183)"[110].

7. Puede exponer que el tercero empleador no provee de medio de movilización automotor al empleado, razón por la cual no ejerce control, guarda o vigilancia sobre la fuente de riesgo, y que si el empleado lleva vehículo a sus labores de trabajo esa es responsabilidad exclusiva de dicho trabajador. Es decir, que la empresa no tiene deberes de cuidado y vigilancia sobre el automotor en ese caso concreto[111.]

8. Puede excepcionar que el simple vínculo laboral no presume, *per se*, la culpa del empleador y el correlativo deber de responder civilmente, toda vez que no existe una relación entre el daño causado y la empresa o empleador, y que no tiene como actividad propia la del transporte[112].

9. En fin, puede alegar todas las demás excepciones que considere pertinentes y necesarias para la defensa de sus intereses.

---

108 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 9 mayo de 2012, Rad. 38.859, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

109 Ibid.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 13 mayo de 2008, Rad. 09327, citada por la Sala Penal en sentencia Rad. 38.959 de 9 mayo de 2012.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.489 de 2 mayo de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.489 de 2 mayo de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

6.10 El Llamado en Garantía

En este trámite caben los llamamientos en garantía de conformidad con el Art. 57 del CPC y Art. 64 del CGP.

Nada impide que en el trámite procesal del incidente de reparación integral de perjuicios, la víctima ejerza la acción directa y, simultáneamente, el asegurado demandado llame en garantía al mismo u otro asegurador.

El tercero civilmente responsable puede llamar a su respectivo asegurador en cualquier escenario en el que se adelante un proceso jurisdiccional en su contra para que precisamente la compañía aseguradora responda por sus obligaciones contractuales. Además, "*El hecho de que el asegurador esté vinculado como demandado directo, no hace innecesaria su vinculación a través del llamamiento en garantía*"[113].

6.11 Cuadro de Legitimación Procesal por Pasiva

LEGITIMACIÓN PROCESAL POR PASIVA. EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL SE PUEDE DEMANDAR A:	
El declarado o los declarados penalmente responsables	Artículo 96 Código Penal
El tercero civilmente responsable, persona natural o jurídica de derecho privado	Art. 107 CCP Art. 2347 Código Civil Sentencia C-425 de 2006
	Absolutamente descartado demandar a la persona jurídica de derecho público. Es competencia de la jurisdicción contencioso administrativo
La compañía aseguradora, en virtud del "*contrato de seguro válidamente celebrado*"	Art. 108 CPP Sentencia C-409 de 2009
El llamado en garantía	Art. 57 CPC Art. 64 CGP

[113] María Cecilia Mesa Calle, El incidente de reparación integral, ob. cit., p. 151.

B. PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Para que un proceso sea válido y eficaz deben estar presentes los denominados presupuestos procesales, o condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y termine con una sentencia. En realidad son también los presupuestos para una decisión de fondo[114]; son los supuestos previos al juicio y requisitos sin los cuales el proceso no puede existir o tener validez formal[115].

Esos presupuestos procesales son formales y materiales o de fondo.

Los presupuestos procesales de forma o formales son:

(i) la demanda en forma,

(ii) la capacidad procesal de las partes o *legitimatio ad processum*; y,

(iii) la competencia del Juez.

Los presupuestos procesales de fondo o materiales, también llamados condiciones de la acción, son:

(i) la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal,

(ii) la legitimidad para obrar;

(iii) el interés para obrar; y

(iv) que la pretensión procesal no haya caducado o fenecido.

Los presupuestos procesales de forma y de fondo son requisitos ineludibles para que se genere una relación jurídica procesal válida y para que, por consiguiente, exista proceso válido para resolverse sobre el fondo de lo pretendido.

---

114 Goldschmidt, James. Teoría General del Proceso, Editorial Civitas, Madrid, año 1936, p. 110.

115 Hernando Devis Echandía. Nociones generales de derecho procesal civil. Segunda Edición, Editorial Temis. Bogotá. Febrero de 2009, p. 373.

Para el profesor Hernando Devis Echandía[116], lo más técnico es distinguir los presupuestos procesales así:

Primero, los presupuestos procesales previos al juicio, que se subdividen en dos grupos, así:

i. Presupuestos procesales de la acción, que miran el ejercicio válida del derecho subjetivo de acción por el demandante, comprende la capacidad jurídica y la capacidad procesal del demandado o "*legitimatio ad processum*", y la adecuada representación cuando se actúa por medio de otra persona; comprende la investidura del juez y la calidad de representante judicial, igualmente comprende la caducidad de la acción cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio, que es diferente a la prescripción que tiene que ver con la exigibilidad del derecho.

ii. Presupuestos procesales de la demanda, que deben reunirse antes de admitir el juez la demanda, y comprende que sea formulada ante juez de la jurisdicción, competencia judicial, capacidad y debida representación del demandado y debida demanda.

Segundo, los presupuestos procesales del procedimiento, que atañen al válido desenvolvimiento del proceso, hasta culminar con la sentencia, cualquiera sea el contenido de ésta, como es la notificación, el emplazamiento, cumplimiento de las fases procesales, ausencia de causal de nulidad, ausencia de *litis pendentia* o pleito pendiente; en fin, requisitos que en la mayoría de las veces es saneable.
Aunque otro sector de la doctrina divide los presupuestos procesales así:

(i) de existencia, que requiere la presencia de juez competente, de partes litigantes y del litigio, y

(ii) de validez, que comprende la competencia del Juez, la capacidad de las partes, la observancia de formalidades legales y la substancialidad legal del acto[117].

Esos presupuestos procesales se deben cumplir también en el incidente de reparación integral de perjuicios del SAP.

116 Hernando Devis Echandía. Nociones generales de derecho procesal civil. Segunda Edición, Editorial Temis. Bogotá. Febrero de 2009, pp. 375-380.

117 En: http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjt693c/doc/fjt693c.pdf.

2. CONDICIONES DE LA LEY 906 DE 2004

De todas maneras, para el ejercicio del trámite del incidente de reparación integral, la Ley 906 de 2004 insistió en el cumplimiento adicional de las siguientes condiciones:

Primero: Ejecutoria de la sentencia penal de condena (Arts. 102 y 107 Ley 906 de 2004, declarados exequibles por sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo).

Segundo: Solicitud de pretensión del trámite de incidente de reparación integral presentada dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia penal de condena, según los cánones 102 y 107 de la Ley 906 de 2007[118].

Tercero: Que se tenga legitimación procesal tanto por activa (demandante) como por pasiva (demandado). La legitimidad para actuar no es un simple requisito formal del proceso, sino un elemento inherente a la titularidad del derecho de acción y contradicción. La legitimación es presupuesto de la pretensión que debe ser analizada de oficio por el Juez (Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 3 abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Según concepto de Chiovenda, acogido por la Sala de Casación Civil de la Corte, la *legitimatio ad causam* consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)[119].

Sobre la legitimación procesal y en la causa, se ha dicho: "*Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de ad procesum y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación ad causam que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente*

---

118 La expresión "*después de haber quedado en firme el fallo condenatorio*" fue declarada exequible por sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

119 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 1° de julio de 2008, [SC-061-2008], Exp. 11001-3103-033-2001-06291-01. Reiterada en sentencia del 13 de octubre de 2011, Expediente N° 11001-3103-032-2002-00083-01, M.P. William Namén Vargas, donde hace un recuento jurisprudencial sobre el tema de la legitimación en la causa.

con la representación legal de dicho titular. La legitimación ad procesum es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la ad causam, lo es para que se pronuncie sentencia favorable"[120].

El incidentante o peticionario o demandante puede solicitar la vinculación del tercero civilmente responsable y de la compañía aseguradora desde el momento mismo de la petición de apertura de incidente de reparación.

PRESUPUESTOS PROCESALES	
FORMALES	1. La demanda en forma
	2. La capacidad procesal de las partes
	3. La competencia del Juez
MATERIALES	1. La existencia del derecho que tutela la pretensión procesal
	2. La legitimidad para obrar
	3. El interés para obrar
	4. Que la pretensión procesal no haya caducado o fenecido

CONDICIONES PROCESALES PARA EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL (IRI)		
1. Ejecutoria de la sentencia penal de condena (Art. 102 CPP, declarado exequible por sentencia C-250 de 2011)	2. Solicitud presentada dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la condena penal (Art. 106 CPP, declarado exequible por sentencia C-250 de 2011)	3. Tener legitimación procesal, tanto por activa como por pasiva. El incidentante o demandante, puede solicitar la vinculación del tercero civilmente responsable y de la compañía aseguradora desde la petición de inicio del IRI.

[120] En: http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1393.

3. EXIGENCIAS PROCESALES CUANDO SE TRATE DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE VÍCTIMAS DE DELITO

Según la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia se requiere como condiciones o presupuestos para el incidente de reparación integral:

Primero: Que el condenado sea un adulto.

Segundo: Que la víctima sea un niño, niña o adolescente (Art. 44 C. Pol.)

Tercero: Que la solicitud se presente dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la condena[121].

El Juez de conocimiento desde la misma sentencia de condena o una vez ejecutoriada la providencia de condena debe citar entonces a los padres del niño, niña o adolescente (NNA) víctimas del delito, a los representantes legales del NNA, al Defensor de Familia, o al Comisario de Familia donde no haya defensor de familia, y requerirlos para que inicien el incidente de reparación integral en favor del NNA víctima del delito cometido por adulto, lo que deberán realizar dentro del improrrogable término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria.

Cuarto: Pasados los treinta (30) días hábiles, si ninguno de los citados lo inicia, se abre entonces el incidente de reparación integral oficio por el mismo Juez de Conocimiento.

Se debe aclarar, eso sí, que el agente del Ministerio Público no puede adelantar el trámite de incidente de reparación en procesos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia, pues sus funciones en el SRPA están dirigidas a la defensa de los derechos del niño, niña o adolescente imputado o procesado (Artículo 95 CIA).

4. EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE CONDENA

Con respecto al tema de la "*procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral*" expresa el canon 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 86 de la Ley 1395 de 2010:

---

121 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias Rad. 29.484 de 16-12-08; Rad. 29.542 de 28-05-08; Rad. 30.237 de 19-02-09; Rad. 30.978 de 17-03-09.

> Art. 102.-. ***Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.*** **<u>En firme la sentencia condenatoria</u>** y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante"[122].

La Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de abril 6 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, declaró la exequibilidad de la expresión "*en firme la sentencia condenatoria*", y además reiteró el "*papel que tienen actualmente las víctimas dentro del nuevo sistema penal, adoptado mediante el Acto Legislativo 03 de 2002. Con fundamento en la normatividad constitucional, la jurisprudencia constitucional ha precisado en relación con las víctimas: (i) su carácter de interviniente dentro del proceso penal; (ii) la facultad de intervención independiente y autónoma de las funciones del fiscal; (iii) la potestad de configuración legislativa para la determinación de la forma como las víctimas harán ejercicio de ese derecho a "intervenir" en el proceso penal; (iv) su atribución de actuar en cualquier etapa del proceso penal y no en una etapa específica*".

El interesado tiene pues la opción de demandar a través del incidente de reparación integral ante el Juez Penal de primera instancia o bien a través del proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual ante los jueces civiles correspondientes.

El delito tiene repercusiones en el campo civil, razón por la cual es potestativo del afectado acudir a la jurisdicción civil para reclamar la indemnización de perjuicios, o presentarse a la jurisdicción penal para hacer lo propio ahora mediante el incidente de reparación integral. Cualquiera de las vías es legítima y ofrece una solución similar: la indemnización del daño[123].

El incidente de reparación integral tiene lugar una vez emitido y ejecutoriado el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, esto es, cuando están ya "*agotadas las etapas procesales de investigación y juicio oral*" sobre responsabilidad penal[124].

---

122 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de abril 6 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

123 Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 15 julio de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

124 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

5. SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA Y RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS

El Decreto 2700 de 30 noviembre de 1991, Código de Procedimiento Penal, tenía una norma del siguiente tenor:

> Art. 57.- **Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria**-. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. En estos casos la acción civil podrá intentarse en proceso separado al igual que la responsabilidad del tercero civilmente responsable.

Es decir, que el interesado no podía iniciar ni continuar la acción civil cuando el proceso penal terminaba con sentencia absolutoria en los siguientes eventos:

(i) el hecho causante del perjuicio no se realizó,

(ii) el sindicado no cometió el hecho, o no incurrió en la omisión,

(iii) el imputado obró en cumplimiento de un deber y

(iv) el imputado obró en legítima defensa. Estas cuatro causales de absolución tienen efecto de cosa juzgada *erga omnes*.

En los demás casos el interesado o víctima podía iniciar la reclamación de perjuicios a través del proceso ordinario o declarativo ante los jueces civiles.

La Ley 600 de 24 julio de 2000, Código de Procedimiento Penal, consagró un artículo del mismo tenor así:

> Art. 57.— **Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria**.- La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

El presente artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-528 de 3 julio de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, únicamente por los cargos expuestos en el numeral cuarto de la parte considerativa de la providencia.

La Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal de la Oralidad, no trae una norma similar.

Pero como la Ley 600 de 2000 conserva vigencia es posible la aplicación del canon 57, razón por la cual en caso de dictarse sentencia penal absolutoria en procesos de la Ley 906 de 2004, luego entonces:

i. No se podrá iniciar trámite de incidente de reparación integral.

ii. Si la absolución penal se fundamenta en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, actuó en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, tampoco se podrá iniciar incidente de reparación integral ni, en principio, acción civil ante los jueces civiles.

iii. Pero por fuera de estas causales de absolución se podrá iniciar la acción de responsabilidad civil extracontractual ante los jueces civiles, pero no se podrá intentar, en todo caso, incidente de reparación integral ante el Juez Penal de conocimiento.

En general, entonces, en caso de sentencia absolutoria no hay lugar al incidente de reparación integral ante el Juez Penal de Conocimiento.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1997 explicó que si la jurisdicción penal únicamente resuelve en el caso concreto sobre la responsabilidad penal, entonces la jurisdicción civil tendrá la obligación de seguir adecuadamente esos planteamientos; pero si ellos se refieren a la solución de un problema de responsabilidad civil, su alcance definitivamente es limitado dado que podría el juez civil oponerse al planteamiento del juez penal[125].

Para la Sala de Casación Civil esta norma (Artículo 57 de la Ley 600 de 2000) se justifica para garantizar una especie de unidad de jurisdicción[126], con la excepción de que no haya pronunciamiento previo de la jurisdicción civil sobre la responsabilidad extracontractual, pues en tal caso la decisión civil será imperturbable "*así y todo sea distinta a la que haya de tomar el juez penal, y aunque entonces se frustre en definitiva la unidad de jurisdicción que en principio procura evitar el escándalo jurídico de pronunciamiento divergentes*" [127].

Valga acotar que para la jurisdicción civil la expresión "*no lo cometió (el delito)*" debe comprender todos los supuestos en los que no exista nexo causal entre la conducta

125 Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia, Área Civil. Módulo de la Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*", compilado por Juan Jacobo Calderón Villegas, Bogotá, Junio de 2011, p. 180.

126 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 12 octubre de 1999, En: Interpretación jurisprudencial, ob. cit., p. 180.

127 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 12 octubre de 1999, En: Interpretación jurisprudencial, ob. cit. p. 180.

y el resultado y que quedan allí comprendidas todas las hipótesis que caen bajo el denominador común de "*causa extraña*" [128].

Esta postura es reiterada en sentencias de casación civil de 24 noviembre de 2000, de 13 diciembre de 2000 y de 16 marzo de 2001, concretamente en que es posible (i) incorporar todos aquellos supuestos de rompimiento del nexo causal tales como fuerza mayor y caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero; y (ii) que es necesario evaluar las decisiones de las autoridades penales a fin de establecer si, en verdad se han configurado los eventos mencionados en el Código de Procedimiento Penal[129].

En el estudio de la línea jurisprudencial de la Sala Civil en este tema particular, se tiene[130]:

Providencia de 16 mayo de 2003 donde la Sala Civil de la Corte señala que la afirmación hecha en la sentencia penal consistente en la configuración de fuerza mayor no excluye la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad civil si podía demostrarse que la calificación jurídica de las circunstancias que rodearon el accidente no eran ciertas.

Providencia de 12 agosto de 2003 en la cual la Sala Civil examinó un caso donde se discutía la responsabilidad civil de una persona absuelta en el proceso penal con fundamento en la existencia de la configuración de la defensa putativa, esto es, por realizar el hecho con la convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación, constitutiva de un error sobre la antijuridicidad. Tesis reiterada en sentencia de 20 enero de 2009, Expediente N° 70013103005 1993 00215 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. En ambos casos se concluyó que la víctima podía acudir a reclamar la indemnización por la vía civil. En la última de las providencias citadas se explicó que quien dispara imprudentemente un arma de fuego, el demandante está amparado por la presunción de culpa y le incumbe probar, para la prosperidad de la acción, el perjuicio y la relación causal de éste con el hecho dañoso, mientras que el demandado deberá destruir el nexo causal acreditando que éste fue fruto de una causa extraña en la producción del daño tales como caso fortuito o fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero.

---

128 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 12 octubre de 1999, En: Interpretación jurisprudencial, ob. cit., p. 181.

129 Interpretación jurisprudencial, ob. cit. p. 183.

130 Elaborado por Federico González Campos, Ingrid Mantilla Gómez, Martha Covaleda Castaño, Elena Fuentes López, Álvaro Ordóñez Guzmán y Jorge Gallego Cadavid. Interpretación jurisprudencial, ob. cit. p. 185.

Providencia de 2 febrero de 2005, donde la Sala Civil de la Corte al examinar una sentencia que había considerado la imposibilidad de adelantar un proceso de responsabilidad civil en proceso penal en el cual el procesado fue absuelto por reconocimiento de la defensa putativa, sostuvo que no es posible extender las reglas del procedimiento penal a supuestos no autorizados por dicha norma, que la interpretación de la norma penal debe ser restrictiva considerando que una hipótesis como esta tiene como efecto acallar al juez civil.

Providencia de 29 abril de 2005, donde la Sala Civil luego de reconocer los efectos de la sentencia penal absolutoria, alude a la necesidad de revisar su contenido para asegurarse que encuadre en los eventos que eliminan la posibilidad de formular pretensiones resarcitorias. Se discutió si podía negarse una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito a pesar de haber sido reconocidas por el juez penal, pero para la Corte la disposición de la norma penal "*no exige coherencia absoluta de pareceres para que se produzca el efecto impeditivo allí previsto y tampoco demanda diversidad de opiniones para descartarlo*".

Providencia de 5 julio de 2007, en la cual la Corte en su Sala Civil reconoce los efectos de la cosa juzgada de la sentencia penal absolutoria en los casos previstos en el canon 57 del CPP siempre y cuando la sentencia respectiva hubiere hecho el análisis detenido y claro de su estructuración. En el caso estudiado por la Corte, se constató un análisis insuficiente y por ello estableció que no existía obstáculo para que el demandante iniciara la acción civil correspondiente[131].

De lo expuesto se deberá decir que es necesario en cada caso "*examinar lo dicho por el Juez penal a fin de establecer, con absoluta precisión, si los razonamientos contenidos en su decisión encuadran exactamente con las hipótesis allí contenidas. Si así no fuere, las decisiones penales no tendrán capacidad de inhibir la actuación del juez civil que, por ello, podrá pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial*" [132].

Aunque la llamada responsabilidad civil derivada del delito no se colige o deduce del delito sino del daño, es responsabilidad civil que solo nace y existe cuando hay un daño, tenga éste o no relación con un delito. Es decir, puede haber delitos sin responsabilidad

131 También pueden consultarse las sentencias de 11 abril de 2003 y 20 enero de 2009 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 170013103005 1993 00215 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

132 Elaborado por Federico González Campos, Ingrid Mantilla Gómez, Martha Covaleda Castaño, Elena Fuentes López, Álvaro Ordóñez Guzmán y Jorge Gallego Cadavid. Interpretación jurisprudencial, ob. cit. p. 186.

civil y puede haber responsabilidad civil sin delito. "*La responsabilidad civil surge del daño, haya o no conducta punible, esto es, haya o no responsabilidad penal*"[133].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España permite al Juez Penal declarar la responsabilidad civil, aunque absuelva penalmente al procesado, lo que no ocurre, como se ha visto, en el ordenamiento jurídico colombiano[134].

En nuestra legislación hay delitos que tienen un supuesto de hecho que es una obligación ya existente, tales como la omisión de agente retenedor o recaudador (Art. 402 CP), inasistencia alimentaria (Art. 233 CP), giro de cheques sin fondos o fraude mediante cheque (Art. 248 CP), alzamiento de bienes (Art. 253 CP), entre otros, en los que no obstante absolverse penalmente al acusado, simultáneamente por las vías correspondientes, civil o jurisdicción coactiva[135], puede cobrarse ese título antecedente que nace en el momento en que lo establezca la ley o el convenio, ya que esos delitos consagran, sencillamente, un incumplimiento contractual[136]**.**

6. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA EL TRÁMITE DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN Y EL TERMINO DE DÍAS HÁBILES

Se requiere la ejecutoria material de la sentencia de condena para que a partir de tal fecha se cuente un término de treinta (30) días hábiles a efectos de que cualquiera de los interesados presente petición de inicio del incidente de reparación integral ante el Juez de Conocimiento, esto es, ante el Juez Penal de primera instancia.

Dice el canon 106 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 89 de la Ley 1395 de 2010:

> Artículo 106.-. **Caducidad**. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días **después de haber quedado en firme el fallo condenatorio** (se subraya)[137].

---

133 Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

134 Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

135 La jurisdicción coactiva son los funcionarios administrativos con funciones denominadas de "*equivalente jurisdiccional*".

136 Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

137 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de abril 6 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

En similar sentido expresa el canon 197 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la infancia y Adolescencia:

> Art. 197.- **Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas**. En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

La caducidad de la acción es de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia de condena. Este es el límite temporal para el ejercicio de la solicitud de reparación integral[138].

La caducidad ha sido entendida "*como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico. La caducidad es entonces un límite temporal de orden público, que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente*"[139].

El término de 30 días fue establecido para racionalizar los procedimientos judiciales e imprimirle seguridad jurídica a las relaciones allí trabadas[140].

Esos treinta (30) días son hábiles, esto es, se suprimen los feriados y los vacantes (por ejemplo, de vacancia judicial y semana santa). Se cuentan desde el día hábil siguiente a la ejecutoria de la condena, bien de primera o segunda instancia, o bien desde la sentencia de casación, según el caso; o de la providencia con la cual finalice la actuación, como por ejemplo, la que declara desierto el recurso de apelación.

Que son días hábiles se desprende del Art. 70 del Código Civil, subrogado por el Art. 62 de la Ley 4ª de 20 de agosto de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal, que indica:

> En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de

138 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

139 Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 29 junio de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

140 Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.

El Consejo Superior de la Judicatura a través de Acuerdos señala el horario de atención al público para los diferentes despachos judiciales, lo cual es importante para establecer la última hora del último día hábil.

Ahora bien, como pueden presentarse varias partes con intereses que no necesariamente coinciden entre sí y quieren participar a través de varios apoderados judiciales, lo más recomendable y prudente por parte del Juez de Conocimiento es que espere el transcurso de la totalidad de los treinta (30) días hábiles desde la ejecutoria del fallo de condena pues al fin y al cabo en el último día alguna parte puede expresar legítimamente su pretensión resarcitoria.

En todo caso antes de culminar el día treinta (30) la parte conserva su derecho, y por tanto, conserva la acción a través de este trámite.

Si no se presenta la petición dentro de esos treinta (30) días hábiles o se hace extemporáneamente, el interesado sin embargo cuenta con la opción de acudir a la vía civil a través del trámite ordinario por responsabilidad civil extracontractual o proceso declarativo (Libro Tercero, Sección Primera del CGP, Art. 368 y ss.), pero su oportunidad, se reitera, ante el Juez Penal ha caducado o precluído; en fin, su oportunidad la ha perdido inexorablemente.
El auto que decrete la caducidad, entendida como pérdida de oportunidad de iniciar el trámite ante el Juez Penal de conocimiento, requiere motivación y, por su naturaleza interlocutoria, admite los recursos de reposición y apelación. La apelación se concede en el efecto suspensivo, según el Art. 90 del CGP al cual se acude por integración normativa del canon 25 del CPP/2004.

7. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

El parágrafo del canon 104 de la Ley 906 de 2004 consagra que "*La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas*".

Del texto del parágrafo se debe colegir:

- En **primer lugar**, que la medida no opera automáticamente una vez se constate inasistencia del solicitante pues con ello se pueden afectar derechos fundamentales de la parte concernida, de tal manera que el interesado tiene unas causales y un período para "*justificar*" su ausencia y tal posibilidad se ofrece en el inciso 2° del Art. 169 del CPP en concordancia con el Art. 103 parágrafo de la Ley 446 de 7 julio de 1998, como ya se ha dicho.

- En **segundo lugar**, que la declaratoria judicial está expresamente consagrada para la audiencia de pruebas y alegaciones y así se colige además de la sentencia C-717 de 23 agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

- En **tercer lugar**, que las consecuencias son la declaración judicial de desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud y la condena en costas.

- En **cuarto lugar**, que existen situaciones especiales en las cuales no proceden las consecuencias desfavorables.

Esas situaciones especiales son las siguientes:

- **Primero**, cuando se trate de incapaces, de niños, niñas o adolescentes, víctimas de delitos, entonces no aplica por virtud del interés superior del niño, niña y adolescente que deviene: (i) del artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás[141], y (ii) del marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, según se dijo en sentencia C-900 de 30 noviembre de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

  Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, se reiteró en sentencia T-260 de 29 marzo de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en el nacional que consagró el Estado Social de Derecho. Lo anterior, por la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Precisamente frente a esos riesgos es que necesitan protección y cuidados especiales, tanto materiales, psicológicos y afectivos, como jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico

141 Constitución Política, Art. 44; Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3-1; Ley de Infancia y Adolescencia, artículos 6°, 8° y 9°: "*Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor*". *Código del Menor, artículo 22: "La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor*". Este concepto se ha desarrollado, entre otras, en las sentencias T-408 de 1995, T-551 de 2006, T-189/03, T-864/05, T-041/96, y T-510/03, las cuales han acogido este parámetro como criterio determinante para el análisis y resolución del caso en el que se involucran los derechos de los niños. Cfr. Sentencia C-840 de 2010.

e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

El "*principio del interés superior del niño*"[142] es jurídicamente[143] *"la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes" y "es la plena satisfacción de sus derechos"*[144], la cual tiene doble función: (i) *hermenéutica*, en cuanto es principio rector que permite resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, por ejemplo, a través del *favor menoris* se impone que "*en todo caso se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño*"[145]; y (ii) la *política*, pues se erige en garantía ante el ejercicio del poder estatal orientando y limitando la discrecionalidad en la toma de decisiones por parte del juez para que adopte una decisión que promueva sus derechos y no que los limiten. También es criterio para la adopción de las políticas públicas en relación con los niños. Es *"la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normatividad de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños"*[146].

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que los NNA tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que se hace manifiesta en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les competa, así por ejemplo se puede corroborar en las sentencias T-408 de 1995, T-510 de 2003, T-572 de 2009 y C-840 de 2010, entre otras.

Respecto a los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, la Corte fijó reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales para determinar el interés superior, dependiendo de las circunstancias particulares, en los siguientes

142 "*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*" (Art. 3 CDN).

143 Tomado de Justicia Restaurativa, Víctor Manuel Chaparro Borda, Módulo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2010.

144 CILLERO, Bruñol Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el XI Curso de Especialización "Protección Judicial de Derechos del Niño" para jueces, abogados y fiscales de Colombia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, organizado por UNICEF, Universidad Diego Portales de Chile. Bogotá, septiembre-octubre de 2008.

145 Art. 6º CIA.

146 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos del Niño. Opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

términos[147]: garantía del desarrollo integral, garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, protección frente a riesgos prohibidos, equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del niño, provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño, y necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

- **Segundo**, según la sentencia C-1186 de 3 diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, tampoco procede para los casos de fuerza mayor valorados por el Juez en el caso concreto, sencillamente porque nadie está obligado a lo imposible, o en sus expresiones latinas "*impossibilium nulla obligatio*" y "*ad impossibile nemo tenetur*" (Sentencia T-875 de 4 noviembre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

  Sobre el aforismo "*ad impossibilia nemo tenetur*", esto es, "*nadie está obligado a lo imposible*", dijo la Corte Constitucional en sentencia C-337 de 19 agosto de 1993 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa:

  > "a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación, según sea una obligación de dar o hacer —en el primer caso— o de no hacer —en el segundo—. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico.
  >
  > "b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo.
  >
  > "c) El fin de toda obligación es construir o conservar —según el caso— el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural.

147 Corte Constitucional. Sentencia C-900 de 30 noviembre de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"d) Toda obligación jurídica es razonable. Ahora bien, todo lo razonable es real o realizable. Como lo imposible no es real ni realizable, es irracional, lo cual riñe con la esencia misma de la obligación.

"De acuerdo con lo anterior, es irracional pretender que el Estado deje de cumplir con los deberes esenciales a él asignados —que son, además, inaplazables por tener que estar conforme con las exigencias de uno o varios preceptos constitucionales que, en estas circunstancias, resultan imposibles de cumplir".

<table>
<tr><th colspan="2">PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 104 DEL CPP</th></tr>
<tr><td colspan="2">La ausencia o inasistencia se puede justificar con prueba sumaria del acontecimiento.</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Parágrafo Art. 104 CPP.- "La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas".</td><td>La sanción no es automática. El interesado tiene unas causales y un período para "justificar" su ausencia (inc. 2° Art. 169 del CPP, Art. 103 parágrafo de la Ley 446 de 7 julio de 1998)</td></tr>
<tr><td>La declaratoria judicial de desistimiento está expresamente consagrada para la audiencia de pruebas y alegaciones (Sentencia C-717 de 2006)</td></tr>
<tr><td>Las consecuencias son: (i) la declaración judicial de desistimiento de la pretensión, (ii) el archivo de la solicitud y (iii) la condena en costas</td></tr>
<tr><td rowspan="2">No aplican las consecuencias desfavorables en los siguientes casos:</td><td>1.- Cuando se trate de incapaces, de niños, niñas o adolescentes, víctimas de delitos, porque tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada (Art. 44 Carta Fundamental y marco internacional)</td></tr>
<tr><td>2.- Cuando se demuestre fuerza mayor valorada por el Juez en el caso concreto (Sentencia C-1186 de 2008)</td></tr>
</table>

7.1 Declaratoria de Desistimiento y la Perención Procesal o Desistimiento Tácito

Esa declaratoria expresa de desistimiento de la pretensión por el Juez Penal es diferente a la figura del "*desistimiento tácito*" que ocupa ahora el lugar del instituto de la perención procesal. Adviértase, y reitérese, que el desistimiento tácito no aplica "*en contra de incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial*" (literal h, Art. 317 CGP).

Dijo la Corte Constitucional en sentencia C-1186 de 3 diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que: "*En suma, como fue señalado por algunos de los intervinientes, el desistimiento tácito ocupa hoy el lugar que antes ocupó la perención. La perención estaba regulada desde la expedición del Código de Procedimiento Civil, en los artículos 346 y 347, y era concebida también como una forma anormal de terminación del proceso, imponible cuando se acreditara la inactividad de la parte a cuyas instancias se promovió un trámite o proceso, el cual se paralizó por su causa. Esa competencia del juez para decretar la perención, inicialmente podía decretarse sólo a instancia de la parte contraria a la que debía cumplir con la carga. Más adelante, la Ley 446 de 1998, en su artículo 19, le confirió la competencia al juez para declarar, aun de oficio, la perención del proceso civil*".

La declaración judicial de desistimiento de la pretensión hace tránsito a cosa juzgada porque extingue, como en el derecho romano, la pretensión y no simplemente la acción; lo cual quiere decir que la parte interesada no podrá acudir luego a demandar ante los jueces civiles.

Ahora, si se trata de otros actos procesales distintos de la demanda, el desistimiento tendrá efectos relativos a la actuación y a la parte que la promovió, ya que en el proceso es admisible el ejercicio del derecho de acción por personas distintas del demandante, como es el caso de la demanda de reconvención, los incidentes de terceros, el remate de bienes, la intervención *ad-excludendum* o la sucesión procesal, entre otros, casos en los cuales, dependiendo del derecho alegado, operará la preclusión y no la cosa juzgada, que si bien análogas en su trato, no iguales en sus efectos, pues la primera impide que sobre una etapa cerrada vuelva el juez a pronunciarse y la segunda que el derecho pueda ser debatido más de una vez en proceso posterior.

Se cumple aquí con el principio de legalidad de las sanciones. Según el principio de legalidad, la sanción debe estar señalada expresamente en el ordenamiento jurídico. El juez, aunque facultado para ejercer su poder de instrucción, de ordenación y de disciplina, tan solo puede aplicar la sanción que prevé la ley procesal o sustancial para el hecho demostrado, estando siempre limitado a su interpretación positiva, nunca analógica o extensiva. En esta medida, los aspectos no contemplados en la norma no podrán ser resueltos analógicamente, pues se entiende que por hacer parte del régimen sancionatorio la aplicación extensiva y perjudicial se encuentra expresamente proscrita por la Constitución[148].

[148] CRUET, Jean. La Vie du Droit et l'Impuissance des lois. Paris. Flamarion. 1908.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil desde 1963, al determinar que *"en materia de sanciones, como en asunto de nulidades, el criterio y la norma sobre el particular, según lo tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina, son de carácter restrictivo y por eso el principio de analogía jamás tiene incidencia en esas materias. Quiere lo anterior decir que el juzgador debe ceñirse estrictamente, cuando aplica una sanción, al texto de la norma que la impone, sin poder deducir nunca consecuencias que la hagan más severa, porque de no proceder así, el juzgador impondría o agravaría una sanción, que no quiso imponer ni agravar el legislador"* (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Casación de 28 junio de 1963, M.P. Enrique López de la Pava).

8. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR INDEMNIZACIÓN INTEGRAL AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL

8.1 Indemnización integral y Favorabilidad de Doble Via

La extinción de la acción penal por indemnización integral del art. 42 de la Ley 600 de 2000 (SMI) a la Ley 906 de 2004 (SAP), es perfectamente posible como se adveró en el Auto con Rad. 35.946 de 13 abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos, cuando dicha circunstancia se presente en el trámite de la investigación y en todo caso antes de la ejecutoria de la sentencia de condena.
Se aplicó, sencillamente, la favorabilidad de doble vía.

En la actualidad están vigentes dos sistemas procesales penales, la Ley 600 de 2000 (Sistema Mixto Inquisitivo) y la Ley 906 de 2004 (Sistema Acusatorio Penal), ambos con su propio fundamento constitucional.

Precisamente por esa vigencia simultánea de normas procesales, y en especial, de las normas procesales con efectos sustanciales, es que se aplica el instituto de la favorabilidad de doble vía.

La línea jurisprudencial en el tema se puede observar en las siguientes providencias de la Sala Penal de la Corte: sentencia de única instancia Rad. 19.215 (16/06/2006), segunda instancia Rad. 25.605 (10/08/2006), casación Rad. 25.306 (08/04/2008), casación Rad. 29.010 (15/05/2008), casación Rad. 24.617 (15/05/2008), casación Rad. 26.831 (15/05/2008), casación Rad. 25.936 (28/05/2008), Auto de segunda instancia Rad. 31.720 (06/05/2009) y Auto Rad. 35.946 (13/04/11).

También se ha dicho por la jurisprudencia que la favorabilidad depende de la equivalencia de institutos, y sobre temas análogos y no vertebrales o estructurales del

sistema penal acusatorio, así por ejemplo en auto de segunda instancia Rad. 23.880 (19/07/2005), casación Rad. 25.300 (23/05/2006), casación Rad. 26.190 (14/11/2007), casación Rad. 26.831(15/05/2008), casación Rad. 28.361 (08/10/2008), casación Rad. 33.101 (21/03/12) y Auto Rad. 35.293 (25/01/12).

Igualmente se ha aplicado por favorabilidad el Art. 20 de la Ley 906 de 2004 a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 en el sentido de que también en autos no se puede agravar la situación del apelante único. Así se expuso en sentencias con Rad. 33.529 de 19 mayo de 2010 y Rad. 33.101 de 21 marzo de 2012.

Es posible aplicar a procesos terminados bajo la égida de la Ley 600 de 2000 la causal de revisión por cambio favorable de la jurisprudencia en tema de punibilidad, de conformidad con el Art. 192-7 de la Ley 906 de 2004, porque la norma del sistema acusatorio penal es menos restrictiva, es decir, cuando la jurisprudencia implique un cambio en la punibilidad que faculte para solicitar la atenuación de pena a través de la acción de revisión, según se dijo en auto de segunda instancia de 22 agosto de 2012, Rad. 39.431, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, que reiteró lo dicho en auto con Rad. 34.020 de 8 julio de 2010.

A procesos terminados bajo el imperio de la Ley 600 de 2000 es posible aplicar el parágrafo del Art. 38 de la Ley 906 de 2004 para la competencia de apelación de procesos terminados en contra de aforados, según se dijo por la Corte en Auto con Rad. 39.431 de 22 agosto de 2012.

En el auto con radicado 35.946 de 13 abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos, se aplicó el Art. 42 de la Ley 600 de 2000 ("*extinción de la acción penal por indemnización integral*") a un proceso tramitado bajo la égida de la Ley 906 de 2004.

Se explicó en dicha providencia:

> "Sin embargo, así como es viable aplicar el principio de favorabilidad para asuntos regidos por el sistema de Ley 600 con disposiciones de la Ley 906, bajo la misma lógica lo es proceder en sentido contrario, esto es, traer institutos de la Ley 600 a asuntos tramitados por la 906, como aquí ocurre, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del sistema acusatorio[149]".

Debe tenerse en cuenta que aplica igualmente el inciso final del Art. 42 de la Ley 600 de 2000 en el sentido de que "*La reparación integral se efectuará con base en el avalúo*

[149] Ente otras, sentencia de noviembre 14 de 2007, Rad. 26.190, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado".

Se pueden presentar entonces las siguientes situaciones:

- ***Primero***: Que el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado, caso en el cual la acción ha de finiquitarse.

- ***Segundo***: Que entre las partes exista acuerdo sobre el monto, valor y forma de pago de los perjuicios, y si éstos se pagan efectivamente, hay lugar entonces a la declaratoria de extinción de la acción penal.

- ***Tercero***: Si ninguna de las dos anteriores situaciones se presenta, se puede acudir al avalúo por medio de perito. Pericia que se ha de someter necesariamente a los traslados de rigor y a la contradicción y, así mismo, deberá pasar por el tamiz de la sana crítica pues el juez en modo alguno puede aceptar la pericia acrítica o irrazonablemente[150]. Con respeto al dictamen pericial, se ha dicho por la jurisprudencia civil, que el mismo debe estar soportado en hechos veraces, sometidos a contradicción y acreditados adecuadamente[151]. Se debe acompañar el certificado que acredite la idoneidad del perito o que bajo la gravedad del juramento manifieste que tiene la idoneidad, conocimientos y experiencia suficientes para rendir el estudio especializado[152].

Con respecto a que el Juez no puede asumir pasivamente la pericia, ha explicado la Sala Penal de la Corte:

> "Resulta incuestionable que los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística son de recibo en el proceso penal, por la innegable realidad de la división del trabajo y las cada vez más urgentes especializaciones en el desenvolvimiento del hombre en la sociedad, el curso de ésta y el tratamiento de los problemas o conflictos, empero, lo que no puede aceptarse ni tolerarse es una actitud pasiva o de irreflexiva aprobación del fallador frente al dictamen, dado que fácilmente puede potenciar y acoger errores de fundamentación en que haya incurrido el perito.

150 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 27.357 de 22 mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

151 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 9 marzo de 2012, expediente Rad. 11001-3103-010-2006-00308-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

152 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 31.981 de 14 septiembre de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

> "De modo que cuando el juez simplemente describe las premisas y se adhiere a las conclusiones de la pericia, sin abordar la calidad epistemológica de las mismas desde el punto de vista de las reglas de experiencia común o científica, de la probabilidad estadística o de la lógica, con más veras cuando un mínimo de cuidado en tal sentido podría revelar un error a la luz de comprobaciones estables difundidas por la comunidad científica, entonces incurre en un error de hecho por *falso raciocinio*[153] (…)"[154].

Sin embargo, debe quedar claro además que durante el proceso penal o bien en fase de conciliación pre procesal del Art. 522 de la Ley 906 de 2004 para delitos querellables, en caso de llegarse a un acuerdo el mismo se debe cumplir a efectos de la extinción de la acción penal y el consecuente archivo por el Fiscal, según facultad que le otorga el inciso 2° del Art. 522 del CPP. Por supuesto que dicho acuerdo debe ser física y jurídicamente posible, debe ser claro y preciso en sus obligaciones y forma de pago, igualmente deberá cumplirse en el plazo pactado para dar lugar a la extinción de la acción penal por esta vía de conformidad con el principio de solución efectiva.

Es que la conciliación "*es una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares*", según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-160 de 17 marzo de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Es decir, que si no se cumple con la conciliación, inexorablemente la acción penal debe continuar su trámite normal. Por ello es que se ha dicho que la conciliación es un acto complejo que requiere del acuerdo de las partes y de su efectivo cumplimiento. Es que "*es importante precisar que la conciliación, como mecanismo para la solución de conflictos, debe entenderse como un acto complejo, integrado por el acuerdo entre las partes y el efectivo cumplimiento de lo pactado, porque de otra forma, si se limita su ejercicio al cumplimiento de una formalidad, o si se entiende agotada con el simple acuerdo de voluntades y no se materializa lo convenido, la aspiración de la víctima a obtener la reparación del agravio ocasionado con la conducta punible, se torna inocua*"[155].

---

153 Cfr. Sentencia de 7 de marzo y 16 de mayo de 2002, Radicaciones Nº 14043 y 12843, respectivamente.

154 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 27.357 de 22 mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

155 Corte Suprema de Justicia, Auto de 9 septiembre de 2009, Rad. 32.196, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

En un proceso de abuso de confianza agravado se llegó a conciliación donde el querellado debía pagar una determinada suma de dinero pero solamente pagó una parte mientras que la otra la cubrió con cheque que no fue pagado por el banco por la causal de "*ausencia fondos*". El querellado alegó que se había conciliado y que dicho documento prestaba mérito ejecutivo ante los jueces municipales, razón por la cual el proceso penal debía archivarse y terminarse.

La Corte en auto de 9 septiembre de 2009, en el proceso con Rad. 32.196, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, negó la pretensión del casacionista, para lo cual expuso:

> "Si uno de los mecanismos a través de los cuales opera esta figura, es la conciliación pre procesal, y las partes acuden a ese escenario con miras a lograr un acuerdo conciliatorio para superar el conflicto en el que se encuentran involucradas, surge incuestionable que si el querellado no cumple con lo pactado, no hay opción distinta a la de continuar con el ejercicio de la acción penal. Por tanto, no es posible admitir que en casos como el que ocupa la atención de la Sala, es suficiente que el VÍCTIMArio y la víctima acudan a la audiencia de conciliación y simplemente hagan manifiesta su voluntad de llegar a un arreglo, para considerar resuelto el conflicto y, por esa vía, obtener que la fiscalía proceda al archivo de las diligencias, tal como lo sugiere el libelista.
>
> "Con ese entendimiento no sólo se auspicia que los infractores de conductas querellables evadan su responsabilidad penal, suscribiendo un acuerdo que bien pueden no cumplir, en abierta contradicción con la filosofía del actual esquema procesal penal en punto de la posición privilegiada que otorga a las víctimas y, por esa vía, la satisfacción plena de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que traducen el derecho a conocer qué fue lo que realmente ocurrió, a que no haya impunidad y a obtener una reparación integral del daño causado".

8.2 Indemnización Integral y Delito de Inasistencia Alimentaria Contra Niños, Niñas y Adolescentes

No obstante, al parecer, el claro entendimiento de la norma, la Corte en varias decisiones ha concluido que dicho instituto jurídico (extinción de la acción penal por indemnización integral) no aplica cuando se trate de delitos de inasistencia alimentaria donde sean víctimas niños, niñas o adolescentes.

En sentencia de 25 abril de 2007, Rad. 23.323, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, explicó la Sala de Casación Penal en tema de indemnización integral del Art. 42 de la Ley 600 de 2000 y el delito de inasistencia alimentaria cuando se trate de niños, niñas o adolescentes víctimas del delito:

> "En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, resulta fácil colegir que no procede la petición de indemnización integral, toda vez que el citado artículo 42 de la Ley 600 de 2000, contempla que dicho instituto procede en los casos en que los delitos admitan desistimiento, como sucede por la conducta punible de inasistencia alimentaria, siempre y cuando no se trate de menores de edad, al tenor de lo reglado por el artículo 35 de ese mismo estatuto.
>
> "Empero, dado que aquí los sujetos pasivos son dos menores de edad, no procede la petición de indemnización integral".

En dicho caso la Corte, no obstante la indemnización integral, no decretó la cesación de procedimiento (Art. 39 Ley 600 de 2000), como, sin competencia, la había decretado el juzgador de instancia.

Luego, en sentencia de 20 febrero de 2008, Rad. 23.428, M.P. Javier Zapata Ortiz, la Corte niega la casación para lo cual explica que: "*Con tales precedentes, es descabellado pensar que hubo una indemnización integral, lo que sí se realizó, fue desembolso parcial*". Se trató de un caso donde realmente no se presentó el pago total sino apenas un abono parcial.

Finalmente, en sentencia de 1° febrero de 2012, Rad. 36.907, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte expresó:

> "El instituto de la indemnización integral, cuya aplicación anhela la defensora, puede invocarse en cualquier momento hasta antes de que se dicte fallo de casación, sin embargo en este caso, como lo señaló el Tribunal no se cumplirían los presupuestos establecidos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 —que por favorabilidad es viable para los casos regidos por la Ley 906 de 2004—, especialmente porque, además de que no hay acuerdo respecto del monto de perjuicios, en este caso el sujeto pasivo de la acción es un menor de edad circunstancia que impide el desistimiento y por ende la aplicación de tal figura".

Ahora bien, el numeral 6° del Art. 193 de Ley 1098 de 8 noviembre de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (CIA), establece que la autoridad judicial "*se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados*"; posteriormente se dicta la Ley 1181 de 2007 por cuyo artículo 1° se adiciona el parágrafo 2° al Art. 233 del Código Penal que regula el delito de inasistencia alimentaria en el sentido de que: "*En los eventos tipificados en la presente ley se podrá aplicar el principio de oportunidad*".

Uno de los casos de principio de oportunidad es la justicia restaurativa consagrado en el Art. 324-7 del CPP, modificado por el Art. 2° Ley 1312 de 2009, así: "*Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas*". Norma concordante con el Art. 524 CPP/2004.

Así pues, si la justicia restaurativa implica el cumplimiento de compromisos, y uno de ellos es el económico, que esencialmente es lo que se impetra en el delito de inasistencia alimentaria, no se ve una razón objetiva legítima y suficiente para no aplicar el instituto más expedido del Art. 42 de la Ley 600 de 2000, esto es, la indemnización integral a efectos de extinguir la acción penal.

La indemnización integral, a través de la conciliación con su pago o cumplimiento efectivo y el desistimiento con reparación a satisfacción de la víctima, en esta clase de delitos ha sido avalada en las siguientes providencias: Auto de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 2007-0019 de 5 julio de 2007, sentencia C-1198 de 4 diciembre de 2008 de la Corte Constitucional y providencia de la Sala Penal de la Corte con Rad. 31.248 de 22 julio de 2009.

Lo anterior consulta los criterios de que el *ius puniendi* es la *ultima ratio* del Derecho Penal, se acogen los denominados sistemas o mecanismos alternativos de solución de conflictos y se minimizan de alguna manera los daños que ocasiona la cascada de la huida al derecho penal.

El Fiscal de conocimiento podrá escoger entre las opciones de la aplicación del principio de oportunidad ante el Juez de Control de Garantías o bien la petición de preclusión ante el Juez de Conocimiento, cuando se presente la indemnización integral, según sea el caso. Ambas vías conducen a la extinción de la acción penal y con efectos de *res iudicata*.

8.2.1 Presunción legal de que se devenga al menos el salario mínimo legal mensual en trámite de pensión alimentaria

El decreto 2737 de 27 noviembre de 1989, "*por el cual se expide el Código del Menor*", estableció en el Art. 155:

> "Artículo 155.- Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. *En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal*".

La expresión subrayada fue declarada exequible mediante sentencia C-388 de 5 abril de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por su parte, en el canon 129 de la Ley 1098 de 8 noviembre de 2006, "*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*", se consagró:

> "Artículo 129. Alimentos. En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. *En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal*.
>
> "(…)"

El aparte subrayado fue declarado exequible mediante sentencia C-055 de 3 febrero de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, donde se resolvió: "*ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-388 de 2000 y, en consecuencia, declarar EXEQUIBLE la expresión "En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal", contenida en el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006*".

Las normas anteriores consagran una presunción legal o *iuris tantum*[156], que no es otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes, y que como tal no afectan el debido proceso[157], según se expresó por la Corte Constitucional en la sentencia C-388 de 5 abril de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Del estudio de las decisiones de constitucionalidad podemos colegir[158]:

- ***Primero***: Que las normas pre-transcritas son para "*efectos de definir la pensión alimenticia, si no fuere posible determinar la capacidad económica del alimentante*",

156 El artículo 66 del CC establece la existencia de las llamadas presunciones legales y de las presunciones de derecho. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 16 de febrero de 1994, expediente 4119, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

157 Sobre la legitimidad constitucional de las presunciones pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-015/93 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-109/95 (MP Alejandro Martínez Caballero); C-540/95 (MP Jorge Arango Mejía); C-238/97 (MP Vladimiro Naranjo Mesa); C-622/97 (MP Fabio Morón Díaz); C-665/98 (MP Hernando Herrera Vergara).

158 En el mismo sentido Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. Sentencia de 17 mayo de 2012, Rad. 05-001-60-00248-2009-01762-00, M.P. James Sanz Herrera y Sala Penal del Tribunal de Bogotá, Sentencia de 12 junio de 2012, Rad. 11001-6000-014-2008-00753-01, M.P. Leonel Rogeles Moreno.

esto es, una presunción circunscrita exclusivamente a los procesos de alimentos que se tramiten ante la jurisdicción civil o de familia (C-388 de 2000).

- ***Segundo***: Que esa es una presunción meramente legal y por lo mismo admite prueba en contrario, en los procesos civiles o de familia donde se defina o revise la pensión alimentaria, toda vez que nadie está obligado a lo imposible (Art. 416 CC). Aunque para un sector de la doctrina, las presunciones tienen el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, pero, se insiste, en las áreas del Derecho diferentes a la penal o sancionatoria.

- ***Tercero***: Que esa presunción legal no se consagró para la responsabilidad penal, razón por la cual es carga de la Fiscalía General de la Nación demostrar como elemento de la responsabilidad que el imputado está en capacidad económica de cumplir con su obligación alimentaria y no obstante, voluntaria y conscientemente, se decide a no cumplir con ese deber legal. El implicado, en el proceso penal, goza siempre de la presunción de inocencia (Art. 29 de la Carta). Es que: "*En suma, nada en las disposiciones legales estudiadas permite aseverar que el deudor será condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para la disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria*" (Sentencia C-388 de 2000).

- ***Cuarto***: La responsabilidad penal no puede sustentarse en una presunción desfavorable pues la única constante durante todo el proceso penal es la de inocencia "*como garantía de que no podrá ser condenado si no se ha desvirtuado esa presunción por parte del organismo judicial competente con pruebas legal y oportunamente allegadas*"[159]; mientras que en materia civil la responsabilidad puede sustentarse en meras presunciones de derecho o *juris et de jure* y/o las simplemente legales o *juris tantum*, en los eventos en que lo dispone la misma Ley.

159 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 9 abril de 2008, Rad. 23.754, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

PRESUNCIÓN LEGAL DE QUE SE DEVENGA AL MENOS EL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL	
Presunción en el proceso penal	**Presunción en trámite de pensión alimentaria ante la jurisdicción civil o de familia**
La única presunción posible en el proceso penal es la de inocencia por virtud del canon 29 de la Carta Fundamental. La Fiscalía General de la Nación debe demostrar la capacidad económica del alimentante en el delito del Art. 233 CP	Si no es posible determinar la capacidad económica del alimentante, se presume que devenga al menos el salario mínimo legal mensual. Dicha presunción es legal y admite prueba en contrario

8.3 Libertad Inmediata cuando se Indemniza Integralmente después de Ejecutoriada la Sentencia de Condena

Según la regulación legal actual, no procede subrogado penal cuando se trata de delitos contra niños, niñas o adolescentes a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados (numeral 6° del Art. 193 de Ley 1098 de 8 noviembre de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia).

Sobre el particular se debe explicar que si la persona condenada por delito de inasistencia alimentaria, cuya sentencia se encuentra ejecutoriada y si purga prisión, entonces podrá obtener libertad inmediata si indemniza integralmente los perjuicios.

En efecto, el parágrafo 1° del Art. 9° del Decreto 2636 de 19 agosto de 2004, que adicionó el Art. 29-B al Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), sobre "*seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión*", estableció:

> "Parágrafo 1°.- Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata".

Es necesario aclarar que la regulación sobre los "*sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión*" se encuentra en el Art. 38-A del Código Penal, modificado por el Art. 50 de la Ley 1142 de 2007, luego por el Art. 3° de la Ley 1453 de 2011, y finalmente adicionado un inciso al numeral 4° de dicha norma por el Art. 4° de la Ley 1542 de 5 julio de 2012, razón por la cual se debe considerar que la regulación sobre el mecanismo de "*seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión*" del Art. 29-B del Código Penitenciario y Carcelario se encuentra derogado, específica y concretamente en cuanto a los requisitos de procedencia de tales mecanismos.

Sobre el particular expresó la Corte Constitucional en sentencia C-185 de 16 marzo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto:

> "Con base en las razones anteriormente expuestas, debe concluirse que el artículo 29B del Código Nacional Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) fue derogado tácitamente por el artículo 38A del Código Penal (Artículo 50 de la Ley 1142 de 2007) en aplicación del criterio denominado *lex posterior* y en razón a que es inconcebible pensar que ambas normas pueden estar vigentes en un mismo momento, dado que exigen requisitos distintos para acceder al sistema de vigilancia electrónica. De ahí que la Corte encuentre que los requisitos vigentes a este respecto son los del artículo 38A del Código Penal".

De todas formas, para efectos de libertad inmediata continúa vigente el parágrafo 1° del Art. 29-B del Código Penitenciario y Carcelario.

9. LÍMITE PROCESAL MÁXIMO PARA LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR REPARACIÓN INTEGRAL

En auto con Rad. 34.713 de 27 julio de 2011, con ponencia del magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, se dijo que la "*Corte es competente para proferir la cesación de procedimiento con base en la causal invocada, esto es, la indemnización integral. Esta competencia se extiende hasta antes de que se desate el recurso de casación o se profiera auto que inadmita dicho recurso*[160]".

En ambos casos, esto es, en el del auto que inadmite casación y en el de la sentencia de casación, las providencias quedan en firme una vez sean suscritas por los magistrados, pues la Corte es órgano de cierre o de límite[161].

El interesado debe manifestar la intención de lograr la extinción de la acción penal por indemnización integral al Juez o Tribunal competente, en todo caso a la autoridad judicial que está conociendo del asunto, pues de no hacerlo pierde la oportunidad de extinción de la acción penal por esta vía.

Es decir, que si el interesado indemniza y nada informa a la autoridad judicial, entonces ninguna decisión favorable podrá obtener sobre el particular.

En efecto, en un asunto tramitado bajo la égida del sistema mixto inquisitivo se inadmitió la demanda de casación por auto de 16 diciembre de 2008, luego se presentó

---

160 Radicación 23323, 16 de mayo de 2007, Rad. 26581 21 de marzo de 2007.

161 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 34.713 de 27 julio de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

la petición de cesación de procedimiento por indemnización integral en enero 13 de 2009, es decir, cuando el auto había cobrado ejecutoria precisamente el día de su firma de conformidad con el canon 187 de la Ley 600 de 2000 (declarado exequible condicionalmente por sentencia C-641 de 2002[162]), razón por la cual se decidió que la Corte ya no ostentaba competencia funcional para proferir decisión sobre el particular. Sea de aclarar que el acuerdo o conciliación en este caso, se presentó con anterioridad a diciembre 16 de 2008, concretamente, el 15 diciembre de 2008, el cual consistió en un compromiso de pago para lo cual se entregó en garantía un cheque. Entonces, por circunstancias imputables al propio sindicado fue que no se logró la extinción de la acción penal.

La extinción de la acción penal por el fenómeno de la indemnización integral del canon 42 de la Ley 600 de 2000 no opera automáticamente o de pleno derecho.

Los argumentos para esta postura, esto es, que no procede automáticamente una vez se presente la conciliación, se pueden resumir así:

i. La extinción de la acción penal por indemnización integral es acto de parte.

ii. Está sujeta a varias condiciones, entre otras, la de información sobre el particular a la autoridad judicial competente.

iii. Su reconocimiento depende de la solicitud que se haga en tal sentido.

iv. Se debe constatar el cumplimiento de todos los presupuestos indicados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

10. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

10.1 Prescripción de la Acción Civil contra el Penalmente Responsable y contra el Tercero Civil

Razones de seguridad jurídica y de conservación del orden público son las que han llevado al legislador a considerar que la responsabilidad jurídica tiene límites y no puede perpetuarse ante la inactividad de quienes están legitimados para hacerla

162 "*Conforme se ha sostenido al valorar las consideraciones hechas en el fallo de constitucionalidad condicionado sobre la norma referida, según la cual, dispuso la Corte Constitucional (C-641 de 2002) que, la norma se ajusta a la Carta Magna, pero para que surta efectos la decisión debe ser notificada a las partes. La mejor inteligencia de ello indica que, las decisiones referidas en el artículo 187 se ejecutorían, esto es, quedan en firme, una vez sean firmadas por el funcionario competente, pero es preciso notificarlas a las partes interesadas, tan sólo con propósitos informativos, con la finalidad de garantizar la publicidad del acto. Se concluye entonces, la notificación en tales casos, no afecta la firmeza o la ejecutoriedad de la decisión*", Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 34.713 de 27 julio de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

efectiva (Corte Constitucional, sentencias C-597 de 1998 y C-570 de 2003). Como lo explica Josserand[163]: "*la prescripción llamada extintiva o liberatoria realiza la extinción de un derecho, especialmente de un crédito, por el solo transcurso de cierto plazo; el tiempo, a cuyas manos todo perece, que gasta las instituciones, las leyes y las palabras, echa el olvido sobre los derechos, que caen también en desuso cuando no han sido ejercitados durante un tiempo fijado por la ley; su no utilización conduce a su abolición*".

El término de prescripción de la acción ordinaria, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el Art. 8º de la Ley 791 de 2002, "*por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil*", es de diez (10) años. El tenor literal de la disposición es el siguiente:

> "Artículo 8°. El artículo 2536 del Código Civil quedará así:
>
> "El artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).
>
> "La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).
>
> "Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término".

En la sentencia C-570 de 2003 la Corte Constitucional explicó que es evidente que la regulación especial del artículo 98 del Código Penal es únicamente aplicable a la acción civil que se intenta en el proceso penal y no a la que se impetra de manera independiente, y que a ella se restringe y en ese contexto debe entenderse.

La parte final del canon 98 del CP expresa: "*En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil*".

Con respecto al canon 98 del Código Penal y en vigencia del sistema mixto inquisitivo, es pertinente precisar que si bien es cierto la Sala Penal de la Corte ha declarado conjuntamente la prescripción de las acciones penal y civil, sin embargo en salvamente de voto del magistrado José Leonidas Bustos Martínez a la sentencia con Rad. 38.862 de 28 noviembre de 2012 (M.P. José Luis Barceló Camacho) se expone que la norma en mención:

---

163 Derecho Civil, Tomo II.

"debe ser entendida en el sentido de que el juez penal no puede proferir el fallo civil correspondiente a la demanda de constitución de parte civil, y el afectado queda en libertad de reclamar los perjuicios ante la jurisdicción civil mientras que la acción se encuentre vigente, pues, en palabras de la propia Corte Constitucional *´no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita´*.

"Lo contrario implicaría, con carácter general, victimizar nuevamente al sujeto pasivo de la infracción por haber incurrido en el desacierto de acudir a la jurisdicción penal con la esperanza de que allí se produjera en un tiempo menor la reparación por el agravio padecido, frente a la opción de ir ante los jueces civiles, ya que a pesar de haber ejercido en tiempo el derecho de reclamar el pago por los perjuicios recibidos con la conducta delictiva, la lentitud del aparato judicial en el trámite de su pretensión, le implicó perder el derecho frente al responsable del ilícito, para obligarlo iniciar un proceso contencioso administrativo en contra del órgano judicial que frustró sus expectativas, nada de lo cual hubiera ocurrido de haber presentado la demanda ante la jurisdicción civil".

Es decir, que el juez penal, en el sistema mixto inquisitivo, debe declarar la prescripción de la acción penal y la consecuencia necesaria de cesación de procedimiento o preclusión, según el caso, pero en todo caso dejar a salvo la acción civil para que la persona acuda ante el Juez Civil a reclamar los perjuicios que crea le corresponden ya que

(i) la prescripción, según las leyes civiles, por regla general, opera en términos más amplios que la acción penal,

(ii) dicha prescripción se interrumpe con la notificación del auto que admite la demanda siempre que "*se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante*" (Art. 94.1 CGP) y

(iii) no hay lugar a declarar la prescripción como consecuencia de la simple y llana inactividad del órgano jurisdiccional civil, como se resalta en el salvamento de voto mencionado.

En cambio, la prescripción de la acción penal en el sistema acusatorio de la ley 906 de 2004 puede ser más corta, en algunos casos, que la prescripción que la acción ordinaria civil.

La variación y reducción del término mínimo de prescripción de la acción penal del SAP tiene su justificación ante el carácter teleológico del sistema acusatorio de

alcanzar una pronta y cumplida administración de justicia, propósito para el cual contribuyen los principios de oralidad, inmediación, concentración y celeridad[164].

No hay ningún obstáculo para que simultáneamente el perjudicado se constituya como víctima en el proceso penal para efectos de lograr verdad y justicia, y que presente demanda ante la jurisdicción civil en la búsqueda de la indemnización de perjuicios, así como tampoco hay impedimento para que una vez sea decretada la prescripción de la acción penal la víctima presente entonces demanda ante los jueces civiles.

Como bajo la égida de la Ley 906 de 2004 la acción civil a través del incidente de reparación integral de perjuicios es separada, se debe entender que la prescripción de la acción civil, en actualidad y en todos los casos, se rige por las normas civiles.

Ahora bien, si el juez penal de conocimiento declara la preclusión por la "*imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*" (Art. 332-1 CPP) por prescripción o caducidad de la acción penal, entonces no puede decretar simultáneamente la prescripción de la acción civil, sencillamente porque la misma no ha hecho parte del proceso penal en su variante indemnizatoria que surge del delito y que apenas se podrá hacer valer en el incidente de reparación integral[165], y por supuesto, siempre con la posibilidad de que la víctima acuda a demandar o reclamar indemnización ante la jurisdicción civil.

En tema de prescripción de las diferentes acciones civiles que genera el delito, se tiene:

- ***Primero***, que la prescripción de la acción civil contra el penalmente responsable es de diez (10) años, contados desde el momento de comisión del delito, sea que se adelante ante el Juez Civil o ante el Juez Penal en el incidente de reparación integral de perjuicios.

- ***Segundo***, que la prescripción de la acción civil en contra del tercero civilmente responsable es de tres (3) años, contados desde el momento de los hechos.

El inciso 2° del Art. 2358 del Código Civil expresa:

---

164 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.865 de 8 noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

165 Como en efecto lo explicó la Corte en sentencia de 18 enero de 2012, Rad. 36.841, M.P. José Luis Barceló Camacho.

> "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

Así pues, el perjudicado con el delito, o sus sucesores, cuentan con un término de tres (3) años contados a partir de la comisión de la conducta punible, para ejercer la acción contra el tercero civilmente responsable, en busca del resarcimiento del daño causado; si no lo hacen en ese término, la acción contra el tercero civilmente responsable prescribe[166].

En fin, los terceros demandados pueden presentar la excepción de prescripción de la acción al inicio del trámite del incidente de reparación integral para que el Juez de Conocimiento rechace la vinculación procesal por haberse extinguido la oportunidad del perjudicado con la conducta punible para demandarlos.

10.2 Prescripción de la Acción Derivada del Contrato de Seguro Validamente Celebrado

10.2.1 Prescripción ordinaria y extraordinaria en el contrato de seguros

Sobre el particular expresa el canon 1081 del Código de Comercio:

> Art. 1081.- **Prescripción de acciones**. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.
> La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.
>
> La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Por su parte, el artículo 1131 del mismo Código se ocupa del momento en que se debe entender ocurrido el siniestro, tanto frente a la víctima como respecto del asegurado,

166 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.356 de 15 septiembre de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

> Art. 1131. Código de Comercio. **Ocurrencia del siniestro**.- <Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-388 de 22 de abril de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

La prescripción de la acción en contratos de seguros es de dos (2) años, la ordinaria; y de cinco (5) años, la extraordinaria.

Sobre el entendimiento de las expresiones de los incisos 1° y 2° del Art. 1081 del Código de Comercio expresó la Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia de 12 febrero de 2007, Expediente N° 68001-31-03-001-1999-00749-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla, que: "Pero tal planteo carece de fundamento, porque como ha interpretado la Corte[167], las expresiones '*tener conocimiento del hecho que da base a la acción*' y '*desde el momento en que nace el respectivo derecho*' (utilizadas en su orden por los incisos 2° y 3° del artículo 1081 del C. de Co.) comportan '*una misma idea*'[168], esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad '*El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea*'. En la misma providencia esta Sala concluyó que el conocimiento real o presunto del siniestro era "*el punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinario*", pues, como la Corte dijo en otra oportunidad[169], no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal "se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción 'empezará a correr' y no antes, ni después". En suma, la regla legal aplicable en casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del

167 Sent. Cas. Civ. de 3 de mayo de 2000, Exp. No. 5360.

168 La Corte citó en dicha oportunidad la sentencia de 7 de julio de 1977, G.J. CLV, p. 139.

169 Sent. Cas. Civ. de 18 de mayo de 1994, Exp. No. 4106, G.J. t. CCXXVIII, p. 1232.

interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria[170]".

En fin, según concepto de la Superintendencia Financiera N° 2006051752-001 de 22 de diciembre de 2006, tratándose de la prescripción extraordinaria, los cinco años comienzan a contarse desde el momento de la ocurrencia del siniestro (momento en que nace el respectivo derecho); y se insiste en que la diferencia entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria consiste en el conocimiento real o presunto del siniestro, pues en tanto la primera exige la presencia de este elemento subjetivo, en la segunda no[171].

La diferencia de las dos clases de prescripciones se puede explicar según la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expuesta en Sentencia de 19 de febrero de 2002, Expediente N° 6011, reiterada en Sentencia de 29 junio de 2007, Rad. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, así:

1. Es de naturaleza subjetiva la prescripción ordinaria, pues parte del "*conocimiento*", real o presunto, del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria es de naturaleza objetiva, pues solo tiene en cuenta "*el momento en que nace el respectivo derecho*".

2. En cuanto a sus destinatarios también se diferencian, pues quienes siendo legalmente capaces conocieron o debieron conocer el hecho base de la acción, la prescripción es ordinaria; y con respecto a todas las personas, incluidos los incapaces, la prescripción es extraordinaria

3. Por el momento a partir del cual empieza a correr el término de cada una: en la prescripción ordinaria desde cuando el interesado conoció o debió conocer el hecho base de la acción y la prescripción extraordinaria desde cuando nace el correspondiente derecho.

4. Finalmente, por el término necesario para su configuración: dos años la ordinaria y cinco años la extraordinaria.

---

170 En el mismo sentido la sentencia de 19 de febrero de 2003, Exp. No. 6571, en que la Corte sostuvo: "*la prescripción ordinaria corre respecto de todas las acciones surgidas del contrato de seguro o de las normas que los disciplinan, cobrando materialidad en relación con la persona capaz que conoció o debió conocer el hecho determinante de la acción*".

171 En: http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006051752.pdf.

10.2.2 Acción directa de la víctima contra la compañía aseguradora y prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguros

En principio los contratos vinculan a quienes suscriben el acuerdo de voluntades (*inter partes*) y es ley para las partes, y por tanto, no vincula ni puede afectar a una tercera persona que no ha sido parte del mismo, es decir, los alcances del contrato no pueden extenderse a terceros. Los efectos jurídicos del contrato se limitarían, por tanto, a los derechos y obligaciones de las partes que lo realizaron. Se describe con la expresión latina *res inter alios acta*, que puede traducirse como "*cosa realizada entre otros*".

Pero en materia de contrato de seguros, precisamente a partir de la Ley 45 de 1990, se cambió radicalmente dicho, pues en el artículo 84 de la Ley 45/1990, modificatorio del artículo 1127 del estatuto mercantil, consagró que esta clase de seguros "*impone al asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley*"; que "*tiene como propósito el resarcimiento de la víctima*" y que ésta, "*en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado*", es decir, se convierte al damnificado en el beneficiario de la indemnización que tenga como fuente un seguro de responsabilidad civil, con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra el asegurado.

Así pues, el seguro migró de ser un contrato a favor del asegurado para tornarse en un negocio jurídico a favor de terceros, fundamentalmente[172].

Adicionalmente, el artículo 87 de la misma ley 45 de 1990, que transformó el sentido del 1133 del Código de Comercio, consagró la denominada acción directa de la víctima en contra del asegurador.

En efecto, se dijo en el canon 87 de la Ley 45 de 1990, que modificó el Art. 1133 del Código de Comercio:

> Art. 1133. Código de Comercio <**Acción directa contra el asegurador**>. <Artículo subrogado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso

172 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 junio de 2007, Rad. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

La víctima tiene entonces acción directa en contra de la compañía aseguradora.

El ejercicio de la acción directa por parte de la víctima en contra de la compañía aseguradora, requiere que el damnificado —en principio— conozca la existencia del contrato de seguro y sus condiciones básicas —empresa aseguradora, cobertura, vigencia, etc.—, pues sólo así la víctima podrá, con respaldo en esa convención y dentro de los límites en ella convenidos, obtener la reparación del daño que le fue irrogado, claro está, previa demostración del mismo y de su magnitud económica[173].

La carencia de tal información podrá frustrar el ejercicio de la acción y, por lo mismo, los derechos que la ley 45 de 1990 categórica y explícitamente establecieron en favor de la víctima, de ninguna manera en forma nominal o teórica[174].

Importa destacar entonces el término de prescripción de la acción en relación con la víctima.

Sobre el tema explicó la Sala Penal de la Corte en sentencia con Rad. 39.709 de 29 agosto de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, donde se negó la prescripción de la acción contra la aseguradora: "*Sin llegar a profundizar en el tema comercial y en lo que se refiere a la estructuración del siniestro respecto del asegurado, se ha de mencionar que es con la demanda judicial que el mismo se estructura en relación con aquél y no, como equívocamente lo plantea el censor, desde el momento del accidente, pues ello es propio únicamente en los casos de reclamación en "Acción Directa" cuando las víctimas requieren a la aseguradora sin mediar acción penal, judicial o administrativa; lo que, se debe aclarar, no sucedió porque los perjudicados decidieron concurrir directamente a la jurisdicción penal para ventilar la responsabilidad por el punible y allí reclamar la indemnización por el deceso de su familiar*".

Pero el entendimiento de la doctrina de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, es asaz diferente, como se verá seguidamente.

La prescripción para la víctima corre a partir de que "*acaezca el hecho externo imputable al asegurado*" (siniestro), según voces del Art. 1131 del Código de

173 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias de 10 de febrero de 2005, expedientes Números 7173 y 7614.

174 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 junio de 2007, Rad. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Comercio, y como es un hecho objetivo constatable en la naturaleza, la prescripción será la extraordinaria de cinco (5) años, que, como ya se dijo, es objetiva y no requiere el componente subjetivo del "*conocimiento*".

Es más, la parte inicial del Art. 1131 del Código de Comercio expresa que "*En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima*".

La prescripción de la acción directa de la víctima en contra de la compañía aseguradora es de cinco (5) años contados a partir de que acaezca el hecho, esto es, a partir del siniestro.

La anterior es la tesis expuesta desde la sentencia de la Sala de Casación Civil de 29 junio de 2007, Rad. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, reiterada en sentencia de 20 septiembre de 2010, Expediente 428-01 y en sentencia de 25 mayo de 2011, Expediente N° 2004-00142-01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; en la última providencia se advirtió que "*para decirlo más explícitamente, tal hipótesis concurre en la medida en que la reclamación judicial involucre a la víctima como accionante y, en la parte demandada, a la sociedad emisora del seguro*". La Sala Civil de la Corte reafirmó esta doctrina en providencia de 8 septiembre de 2011, Expediente 73449-3103-001-2006-00049-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, lo cual no deja duda en cuanto a que esta es la posición vigente en el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria[175].

Quien cite a la compañía aseguradora deberá tener presente estos términos, pues de lo contrario se podrá rechazar la vinculación de la compañía aseguradora por virtud de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

El perjudicado tiene pues acción directa contra la compañía de seguros para cobrar los perjuicios patrimoniales o materiales, que es la regla general en los actuales contratos de seguros; el asegurado deberá entonces responder por los perjuicios inmateriales que logre demostrar la víctima.

Algunos de los contratos de seguro que se ofrecen en el mercado contemplan la cobertura de daño moral de manera expresa; unas compañías sin sub-límite; otras, con sub-límites o, condicionada la cobertura a su tasación a través de sentencia judicial[176]. Si en el contrato de seguros no se pacta la indemnización de perjuicios

175 Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, La prescripción en el contrato de seguro. Editorial Temis. Bogotá, marzo 2012, p. 121.

176 Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia del doctor Carlos Enrique Quijano Rueda. Bucaramanga, julio 27 de 2007. En: http://www.acj.org.co/actividad_academica/posesion_

inmateriales la compañía aseguradora podrá excepcionar el "*riesgo no contratado*" referido al daño extra patrimonial o inmaterial.

10.3 Suspensión de la Prescripción de la Acción Civil

Expresa el canon 2358 del Código Civil

> Art. 2358.- **Prescripción de la acción de reparación**.-. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.
>
> Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

La prescripción de la acción civil cuando se ejercita en el proceso penal corre paralelamente con la penal, según el Art. 98 del CP, así es en el sistema mixto inquisitivo de la Ley 600 de 2000, pero la situación difiere con la Ley 906 de 2004 donde no hay parte civil en el proceso penal, de tal forma que, consideramos, se sigue la regla general del código civil.

La Sala Penal de la Corte, y en frente al contenido del Art. 98 del Código Penal, considera que si la víctima intervino en el proceso penal del sistema acusatorio y la acción penal prescribe, debe considerarse relevante su actuación para efectos de interrupción de la prescripción de la acción civil. Así pues, los jueces civiles, "*para los efectos pertinentes, especialmente lo relativo a la prescripción de la acción y a la interrupción de la misma, deberán considerar que bajo los lineamientos de la Ley, la del procedimiento penal, en forma oportuna la víctima intervino válidamente, fue reconocida y reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito*"[177].

De todas formas, en la actualidad la acción civil resarcitoria a través del incidente de reparación integral de perjuicios es separada e independiente del proceso penal, y se debe entender entonces, se reitera, que la prescripción de la acción civil, en todos los casos, se rige por las normas civiles; en este sentido ha de considerarse inaplicable para el sistema acusatorio penal el primer apartado del canon 98 del Código Penal,

---

quijano_rueda.htm.

177 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.841 de 18 enero de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

mientras que la parte final sigue en vigor que además remite a la legislación civil; igualmente no aplica para el sistema acusatorio el inciso primero del Art. 2358 del Código Civil.

El riesgo de la interpretación de la Corte es evidente en la medida que no vincula a la jurisdicción civil.

Ahora bien, la interrupción civil de la prescripción extintiva es a partir de la "*demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524*"[178] según la parte final del canon 2538 del Código Civil.

El actual Art. 94 del Código General del Proceso dispone que "*la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquélla o el de mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado*". En igual sentido el Art. 90 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la ley 794 de 2003

Por su parte, según el Art. 95-1 del Código General del Proceso: "*No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos: 1. Cuando el demandante desista de la demanda*".

Así que la interrupción del término de prescripción de la acción civil se causa con la presentación de la demanda judicial si se intenta ante la jurisdicción civil; pero también se puede interrumpir con la exposición oral o manifestación concreta de pretensiones económicas en la audiencia del Art. 103 del trámite de incidente de reparación integral, no obstante que la manifestación del Art. 102 CPP se haya realizado por escrito.

Consideramos que no es suficiente con la mera manifestación expresa de inicio del trámite del incidente de reparación integral del Art. 102 del CPP pues no hay todavía pretensión patrimonial inequívoca ni de ninguna otra índole; manifestación que apenas se formalizará en la audiencia del canon 103 *ibídem* ante el Juez de Conocimiento. Además, es en esta audiencia que se examina "*la pretensión*". En este

178 El Art. 2524 del Código Civil fue derogado expresamente por el Art. 698 del Código de Procedimiento Civil.

caso se aplicará, en lo pertinente, el Art. 94 del CGP y el Art. 90 del CPC sobre interrupción de la prescripción.

10.4 Prescripción y Caducidad

10.4.1 Conceptos técnico procesales de prescripción y caducidad

La doctrina y la jurisprudencia han diferenciado la prescripción extintiva de la caducidad, en los siguientes aspectos[179]:

La prescripción extintiva es un modo de extinguir obligaciones, pero más que un modo de extinguir obligaciones, previsto en el numeral 10 del Art. 1625 del Código Civil, es un modo de extinguir la acción para reclamar el cumplimiento de una obligación. Lo que prescribe es la acción, pero no el derecho obligacional. Este derecho queda vivo, es perenne, tanto es así que produce efectos jurídicos, *vr. gr*., si el deudor natural paga lo debido voluntariamente, siendo capaz de hacerlo y con los requisitos del pago, está pagando una obligación con causa jurídica y no puede repetir lo pagado; se puede entonces novar una obligación natural por una civil, o una civil por una natural (Art. 1689 CC.) y se puede caucionar la obligación natural por un tercero, (Art. 1529 del CC.).

En cambio, la caducidad no extermina la acción que confiere la ley para reclamar el crédito u obligación, sino que elimina el derecho automáticamente. Ese término de la caducidad se conoce en doctrina como "*términos fatales*" o "*plazos fatales*" porque una vez cumplidos ya nada se puede reclamar, pues la causa jurídica para reclamar, que es el derecho u obligación, se ha extinguido. Es que "*los plazos fatales son los que por su solo vencimiento extinguen un derecho que no se ha ejercido en o dentro del espacio de tiempo que comprenden, y (…) los plazos no fatales son los que no extinguen por su solo vencimiento el derecho que debió ejercerse en o dentro del espacio de tiempo que comprenden, siendo para ello sea necesario la declaración judicial*"[180].

Acerca del entendimiento y alcances del mencionado instituto procesal, la Sala Civil de la Corte ha precisado que "*comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una potestad, cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentoriamente previsto en ella. (…) Por consiguiente, desde*

179 Para mayor ilustración, La prescripción extintiva. Fernando Hinestrosa, Editorial Universidad Externado de Colombia, pp. 227 a 255; apuntes de conferencia dictada por la magistrada del Tribunal Superior de Medellín, doctora Luz Dary Sánchez Taborda.

180 Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodaniv C., Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Julio 1998, p 150.

esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fijado por la ley (aun cuando en algunas legislaciones se concede a las partes la facultad de estipularlo en el contrato, como acontece v. gr., en Italia - artículos 2965 y 2968 -, respecto de derechos disponibles), dentro del cual debe ejercerse idóneamente el poder o el derecho, so pena de extinguirse./ O, para decirlo en otros términos, acontece que la ley, sin detenerse a consolidar explícitamente una particular categoría, consagra plazos perentorios dentro de los cuales debe realizarse a cabalidad el acto en ella previsto con miras a que una determinada relación jurídica no se extinga o sufra restricciones, fenómeno que, gracias a la labor de diferenciación emprendida por la doctrina y la jurisprudencia, se denomina caducidad (…). De ahí que la expresión: 'Tanto tiempo tanto derecho', demuestre de manera gráfica sus alcances, esto es, que el plazo señala el comienzo y el fin del derecho o potestad respectivo, por lo que su titular se encuentra ante una alternativa: o lo ejercitó oportunamente o no lo hizo, sin que medie prórroga posible, ni sea viable detener la inexorable marcha del tiempo"[181].

La caducidad, según la Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 26 mayo de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, es una institución jurídico procesal a través de la cual, el legislador, "*en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia, y su fundamento se halla en la necesidad que tiene el conglomerado social (…) de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico*".

Otra diferencia entre la caducidad y la prescripción extintiva de las acciones para reclamar el cumplimiento de una obligación o de un derecho cualquiera, consiste en que, como regla general, los términos de prescripción, tanto extintiva como adquisitiva, se interrumpen y se suspenden, en este último caso, especialmente en las prescripciones de largo tiempo.

Desde el punto de vista procesal a la luz del Art. 6° de la Ley 1395 de 2010, que reformó el inciso final del Art. 97 del Código de Procedimiento Civil, la caducidad se puede alegar como excepción previa y la providencia que la decida tiene efectos de sentencia y extingue la obligación.

Aunque en el Art. 278 del Código General del Proceso, la constatación y/o demostración de la caducidad implica sentencia anticipada total o parcialmente, según el caso.

---

181 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 4 agosto de 2010, expediente con Rad. 2007-01946-00 y Sentencia de 31 mayo de 2012, Rad. 11001-0203-000-2003-00004-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Por su parte el inciso 2° del Art. 90 del CGP, establece que:

> Artículo 90. **Admisión, inadmisión y rechazo de la demanda**. (…)
>
> El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla. En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose (…)

La prescripción extintiva de los derechos, que tiene el mismo tratamiento en la citada ley, si es acogida por el Juez, mediante providencia que tiene virtualidad de sentencia, aniquila es la acción, pero el derecho queda vivo y produce los efectos propios de la obligación natural; esto se dice especialmente en el sentido de que la obligación que queda es causa justificativa de un pago voluntario por un deudor capaz, o una novación, o una caución, o una compensación voluntaria, a la luz de lo previsto en los Arts. 2314 y 2315 del Código Civil. Pero si se paga una obligación declarada en caducidad por una providencia judicial, o aunque no haya providencia judicial sino que han transcurrido los términos fatales de la caducidad, se puede repetir lo pagado, porque se está pagando lo que no se debe ya que la obligación, el derecho subjetivo de contenido patrimonial, se extinguió *ipso iure*, por el transcurrir los de los "*términos fatales*" de la caducidad previstos en cada caso por la Ley.

Otra diferencia entre la caducidad y la prescripción extintiva, que son las instituciones que más se asemejan en algunas de sus aristas, consiste en que la prescripción extintiva se puede renunciar por quien tiene el deber jurídico, una vez cumplidos los términos de prescripción, al tenor de lo dispuesto en el Art. 2514 del Código Civil; en cambio, la caducidad, una vez cumplida, no puede ser renunciada por quien tiene el deber jurídico de cumplir la obligación caducada, porque si lo hace el deudor voluntariamente, a sabiendas de la caducidad, con plena capacidad y con los requisitos generales del pago, está pagando una obligación que ya se extinguió, y entonces se aplica el viejo aforismo de que quien paga lo que no debe, puede en todo caso, repetir lo pagado.

En común, la institución de la prescripción extintiva y de la caducidad puede eventualmente tener el mismo fundamento, son de orden público, y ambas dan estabilidad a las relaciones jurídicas y su finalidad es evitar el caos y la confusión en las relaciones entre los ciudadanos.

Expresa el inciso 1° del canon 282 CGP (Art. 306 del CPC):

> Artículo 282. **Resolución sobre excepciones**. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. (…).

La prescripción ordinaria está regulada en el Art. 2536 C. Civil, modificado por el Art. 8º Ley 791 de 2002, cuyo término es de diez (10) años; la prescripción de la acción contra el tercero civilmente responsable es de tres (3) años, según el Art. 2358 C. Civil; mientras que la prescripción extraordinaria contra la compañía aseguradora es de cinco (5) años de conformidad con el Art. 1081 del Código de Comercio. La compensación está reglamentada en el canon 1715 del estatuto civil. Y sobre la nulidad relativa establece el canon 1741 del Código Civil: "*La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas./ Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. /Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*".

La norma transcrita del Art. 282 CGP implica que se puede declarar en la sentencia como excepción de fondo, no alegada, pero probada, la caducidad del derecho subjetivo material; pero no puede hacer lo mismo el juez cuando se trata de una prescripción extintiva, porque para poderla declarar como excepción de fondo no solamente tiene que aparecer probada sino que además debe ser alegada.

A esta conclusión se arriba al dar lectura al Art. 90 del CGP (Art. 85 del CPC, modificado por la Ley 1395 de 2010, Art. 5º), el cual dispone que el juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia, o exista término de caducidad para instaurarla, si de aquella o sus anexos aparece que el término está vencido, como ya quedó dicho.
Entonces, en materia civil, si el juez no rechaza la demanda porque el derecho está caducado, y en el proceso están las pruebas, o aparecen después, debe declarar de oficio la caducidad cuando constate tal situación.

*10.4.2 El Concepto del Término "**Caducidad**" del Artículo 106 del Cpp (Art. 89 Ley 1395 de 2010)*

Expresa el Art. 89 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el Art. 106 del CPP/2004:

> ART. 89.— El artículo 106 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

> ART. 106.— **Caducidad**. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días *después de haber quedado en firme el fallo condenatorio*.

Las expresiones subrayadas fueron demandadas pero la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de todo el artículo mediante sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

De la norma pre transcrita se debe colegir que el legislador estuvo lejos de utilizar el vocablo "*caducidad*" en el entendimiento que se explicó en el apartado anterior.

Del contexto de la norma y de su análisis sistemático, lo que la disposición quiere significar es que el interesado conserva las dos opciones que ya se han comentado: una, acudir ante la jurisdicción civil para que mediante el trámite del proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual reclame la indemnización pecuniaria, y, dos, acudir al incidente de reparación integral ante el Juez Penal de Conocimiento para que mediante el procedimiento especial de los Arts. 102 a 108 haga valer sus pretensiones derivadas del delito.

Pero si el interesado no ha iniciado acción civil a través del proceso declarativo ante los jueces civiles correspondientes y no presenta petición expresa ante el Juez Penal de Conocimiento dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia penal de condena, conserva entonces siempre y en todo momento —mientras no prescriba su derecho— la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil.

Así pues, si deja vencer los 30 días luego de la ejecutoria de la sentencia condenatoria penal, puede acudir ante la jurisdicción civil.

Pero si extemporáneamente presenta la demanda ante el Juez Penal de Conocimiento, simplemente se rechaza el trámite a través del incidente de reparación integral pues le ha precluido la oportunidad para hacerlo pero conserva, se insiste, la opción de acudir ante la jurisdicción civil.

Recuérdese que el vocablo preclusión proviene del latín *ocludere*, que significa cerrar. De allí que cuando se habla de oclusión (abrir y cerrar) se habla también de clausura[182]. Es decir, que al demandante extemporáneo se le cerró la oportunidad para acudir al trámite especial del proceso penal, pero puede acudir al trámite del proceso declarativo de la jurisdicción civil.

[182] Nattan Nisimblat. Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia.

La decisión de rechazo del Art. 106 del CPP/2004 puede ser adoptada cuando se alegue expresamente por alguna de los interesados, pero inclusive puede declararse de oficio y debe ser decretada por el Juez de Conocimiento cuando se advierta su presencia, pues es una simple manifestación de preclusividad o de oportunidad vencida otorgada por la Ley, que en modo alguno implica pérdida o extinción de un derecho, razón por la cual no es un rechazo de pretensiones; es, se insiste, el rechazo para tramitar la reclamación a través del incidente de reparación integral.

Los términos procesales en algunas ocasiones son tan imperativos que su cumplimiento es una manifestación de uno de los principios sobre los cuales reposa el derecho procesal; tal es el principio de la preclusión o de la eventualidad, el cual consiste en la clausura de las actividades que pueden llevarse a cabo dentro de cada etapa del proceso. Es que el "*señalamiento de términos judiciales con un alcance perentorio, no sólo preserva el principio de preclusión o eventualidad sino que, también, permite, en relación con las partes, asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, so pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica*" (Sentencia T-213 de 28 febrero de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería).

El demandante extemporáneo pierde entonces esa oportunidad procesal y la fase procesal penal queda indefectiblemente clausurada, que es precisamente el efecto del principio de la preclusividad o de la eventualidad. Es una "*especie de cosa juzgada formal*"[183], con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil.

El auto requiere motivación y, por su naturaleza interlocutoria, admite los recursos de reposición y apelación.

La apelación se concede en el efecto suspensivo, según el Art. 90 del CGP al cual se acude por integración normativa según el canon 25 del CPP/2004.

La declaración judicial de caducidad, en conclusión, es simplemente el rechazo del trámite a través del incidente de reparación integral del proceso penal de la Ley 906 de 2004, pero, se insiste, la víctima conserva el derecho para instaurar demanda ante la jurisdicción civil, de tal forma que no es un rechazo de pretensiones, el cual obedece a circunstancias diferentes como se verá más adelante.

183 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 8 febrero de 1993, Rad. 4271, C.P. Avaro Lecompte Luna.

CAUSAL DE RECHAZO DEL TRÁMITE DE INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL (IRI) POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE CADUCIDAD DEL ART. 106 DEL CPP/2004		
1. Se puede alegar expresamente por alguno de los interesados	2.- Se debe declarar de oficio por el Juez Penal de Conocimiento, cuando advierta su constatación	3.- La declaración de caducidad es el simple rechazo del trámite especial a través del IRI por el Juez Penal de Conocimiento, pero la víctima conserva el derecho de instaurar demanda ante los jueces civiles.
El auto requiere motivación y, por su naturaleza interlocutoria, admite los recursos de reposición y apelación. La apelación se concede en el efecto suspensivo, según el Art. 90-7.2 del CGP al cual se acude por integración normativa según el canon 25 del CPP/2004		

10.5 Prescripcion de las Acciones Civiles Derivadas del Delito

En el siguiente cuadro se pueden observar los términos de prescripción de las diferentes acciones civiles según el demandado.

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CIVILES DERIVADAS DEL DELITO, SEGÚN EL DEMANDADO		
Contra el penalmente responsable	Art. 2536 CCC, reformado por el Art. 8 Ley 791 de 2002	Diez (10) años
Contra el civilmente responsable	Art. 2358 del Código Civil	Tres (3) años
Contra la compañía aseguradora	Art. 1081 del Código de Comercio	Ordinaria de dos (2) años
		Extraordinaria de cinco (5) años, en acción directa, para la víctima, y contados desde el momento del siniestro
Para la interrupción de la prescripción no es suficiente con la mera manifestación expresa de inicio del trámite del incidente de reparación integral del Art. 102 del CPP pues no hay todavía pretensión patrimonial inequívoca ni de ninguna otra índole; manifestación que apenas se formalizará legalmente en la audiencia del canon 103 *ibídem* ante el Juez de Conocimiento. Además, es en esta audiencia que se examina "*la pretensión*". En este caso se aplicará, en lo pertinente, el Art. 94 del CGP y el Art. 90 del CPC sobre interrupción de la prescripción		

11. DELITOS DE EJECUCIÒN PERMANENTE, EN ESPECIAL, EL PUNIBLE DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

Debe indicarse, en primer lugar, que cuando se trata de obligaciones pecuniarias, anticipadamente la Ley regula el perjuicio por el impago y quién es el responsable. Ese perjuicio es el interés moratorio, que es el que debe pagar el deudor a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar el capital.

El texto del canon 1617 del Código Civil no ofrece dudas al respecto, el cual expresa[184]:

> ART. 1617. **Indemnización por mora en obligaciones de dinero**. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:
>
> 1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.
>
> El interés legal se fija en seis por ciento anual (Este inciso 2º de la regla 1ª fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-485 de octubre 30 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía).
>
> 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
>
> 3a.) Los intereses atrasados no producen interés.
>
> 4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.
>
> Aunque es teóricamente posible concebir otros perjuicios tales como el daño moral derivado de incumplimientos contractuales[185].

---

184 Artículo declarado exequible, en los términos de la sentencia, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-367 del 16 de agosto de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

185 Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito. Artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

El tipo penal de inasistencia alimentaria (Art. 233 CP[186], modificado por el Art. 1° Ley 1181 de 2007) es mono subjetivo, de actor jurídicamente cualificado, en el entendido de que solamente se requiere que una sola persona ejecute la acción descrita y que el mismo ostente la calidad de ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo o cónyuge del sujeto pasivo. "*Ha pretendido el legislador penal tutelar la institución familiar —base esencial de la sociedad— de aquellos comportamientos de sus propios integrantes que al vulnerar el derecho de asistencia económica que unos deben a otros, altera su armonía y la subsistencia misma de los miembros desprotegidos. Es que la condición de padre, madre, hijo, adoptante, adoptivo o cónyuge genera no solamente lazos inescindibles de sangre y afecto sino parejas obligaciones civiles de mutua asistencia económica, que han de ser protegidas aún bajo amenaza de sanción penal*"[187].

En segundo lugar, se ha de expresar que el término "*sin justa causa*" del Art. 233 del Código Penal, es considerado por un sector de la doctrina como un elemento superfluo, producto de falta de técnica legislativa, que no modifica la descripción de la conducta, toda vez que se refiere a la misma exigencia de la antijuridicidad; para otro sector, es un elemento normativo del tipo que permite al juez eximir de responsabilidad a quien incurra en la conducta de inasistencia alimentaria, con fundamento en causales legales o extralegales, distintas a las de exención o ausencia de responsabilidad del canon 32 del Código Penal, y que impiden al obligado la satisfacción de su compromiso, a pesar de su voluntad.

En fin, "*Cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no sólo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino —a fortiori— la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad*"[188].

En todo caso la Fiscalía está en la obligación de demostrar, aparte de la obligación legal por alimentos, que el procesado está en capacidad económica de cumplir con la obligación alimentaria y que consciente y voluntariamente se sustrajo a ella, de tal forma que la defensa no quede obligada a demostrar dicha incapacidad; aunque de

186 Declarado exequible por sentencia C-984 de 13 noviembre de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

187 Alfonso Reyes Echandía y Otros. Derecho Penal, Parte Especial. T. 1, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pp. 288-295.

188 Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 20 mayo de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

otra parte, el implicado siempre tendrá la presunción de inocencia a su favor, lo cual es apenas elemental.

Es deber de la Fiscalía, en la imputación y en la acusación, delimitar claramente el momento a partir del cual se da esa conducta negativa "*porque delimitar el tiempo en que se dio la sustracción a la obligación alimentaria, además de los efectos punitivos, incide en uno de los derechos de las víctimas de obtener la indemnización de perjuicios, pues el lapso que no sea objeto de imputación no podrá ser pasible de pretensión pecuniaria*"[189]. La Fiscalía debe entonces delimitar claramente el momento a partir del cual se da esa conducta negativa[190].

En tercer lugar, la investigación del punible de inasistencia alimentaria no está atada a que previamente se haya iniciado la acción civil de alimentos y menos que allí se hubiese señalado el monto de la obligación para el alimentante[191], pues "*la conducta allí descrita es de peligro, toda vez que no se requiere una efectiva causación de daño al bien jurídico protegido —la familia—, sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo*" [192];y, de otra parte, "*la razón de la sanción es la afrenta que el incumplimiento genera en la unidad familiar y en la subsistencia de los miembros del núcleo social*"[193].

De todas maneras el juez penal deberá atenerse a la determinación de la jurisdicción de familia o de la civil, según el caso, cuando fijan la cuota alimentaria, pues son las llamadas preferencialmente a decidir estas cuestiones[194].

El momento consumativo del ilícito se fija por la fecha del mero incumplimiento injustificado de la obligación alimentaria sin necesidad de providencia judicial en la que previamente se fije el monto de dicha obligación. La configuración del hecho punible no depende de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas eventualmente por instancia judicial o administrativa, el incumplimiento se estructura desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el valor de las

189 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 1° febrero de 2012, Rad. 36.907, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

190 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 38.094 de 28 marzo de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

191 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 17 de abril de 1980, reiterado en la sentencia de revisión del 3 de abril de 1990 y posteriormente en sentencias Rad. 25.649 de 13 febrero de 2008 y Rad. 28.542 de 19 agosto de 2009.

192 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 25.649, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

193 Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 20 mayo de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

194 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 17 abril de 1980 reiterado en sentencia de revisión de 3 abril de 1990 y en sentencia ordinaria de 1° febrero de 2012, Rad. 36.907, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

mesadas. "*Necesario es, entonces, distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquélla nace a partir de este segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísimamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica que el legislador quiso penalmente sancionar*"[195].

En cuarto lugar, según el inciso 5° del Art. 42 de la Carta: "*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos*", y uno de los impedimentos para subsistir de su trabajo es el estar estudiando, actividad que permite que los padres cumplan con el deber legal de proporcionar al hijo la enseñanza de una profesión u oficio, como lo ordena el Art. 413 del Código Civil; por su parte, el Art. 422 del Código Civil expresa que los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda[196].

La doctrina y la jurisprudencia han fijado como edad límite para el aprendizaje de una profesión u oficio la de 25 años, en armonía con el derecho a recibir, por sustitución, la pensión de jubilación, vejez o gracia asignada a sus causahabientes[197].

Sobre el particular, en sentencia T-1006 de 9 diciembre de 1999, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, se dijo:

> "La conducta del Seguro Social invocando una disposición que regía cuando murió el causante y que ha perdido toda vigencia a la luz de las nuevas reglas constitucionales y legales, vulnera en forma evidente derechos fundamentales del actor, no solamente el derecho a la educación, sino fundamentalmente el derecho a una vida en condiciones dignas y justas puesto que de esa pensión derivan su sustento no solamente él sino su madre y su hermana menor.
>
> "En consecuencia, la Sala procederá a revocar la decisión judicial proferida por el Juzgado Segundo de Menores de Medellín y concederá la protección solicitada.
>
> "Se ordenará que si, al momento de notificar este Fallo, ya se ha suspendido el pago de las mesadas, se cancelen las debidas al beneficiario en el término de cuarenta y

---

195 Alfonso Reyes Echandía y Otros. Derecho Penal, Parte Especial. T. 1, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, pp. 288-295.

196 Esta norma se aplica tanto a los hombres como a las mujeres, según sentencia C-875 de 30 de septiembre de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

197 Se puede consultar la Resolución 016 de 2007 de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Concepto rendido por el académico de número Carlos Fradique Méndez: En: http://www.acj.org.co/conceptos/concep_ord_016-2007.htm.

ocho (48) horas y se continúe pagando la pensión mientras el actor acredite que sigue estudiando, ***hasta los 25 años, aplicando lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993***" (se subraya).

En quinto lugar, y con respecto a la Ley 1542 de 2012:

- **Uno**:- Que para hechos anteriores a 5 de julio de 2012, fecha de vigencia de la Ley 1542 que elimina el carácter de querellable para el delito de inasistencia alimentaria (al menos para mayores de edad, porque desde la sentencia C-459 de 12 octubre de 1995 los delitos contra NNA son de oficio), entonces los perjuicios por los cuales se puede condenar en el incidente de reparación integral van hasta seis (6) meses atrás contados desde la fecha de la querella, de conformidad con el Art. 73 del CPP, y por supuesto, se reitera, para situaciones diferentes cuando se trate de niños, niñas y adolescentes víctimas del delito.

  Lo dicho es apenas razonable, toda vez que antes de esa fecha se ha presentado el fenómeno de la caducidad de la acción penal. No obstante, las reclamaciones alimentarias anteriores se pueden cobrar a través de los trámites correspondientes ante la jurisdicción civil, pero no a través del incidente de reparación integral.
- **Dos**:- A partir de la vigencia de la Ley 1542 de 5 julio de 2012, que elimina el carácter de querellable del punible de inasistencia alimentaria (al menos para mayores de edad, porque desde la sentencia C-459 de 12 octubre de 1995 los delitos contra NNA son de oficio), y que adiciona las situaciones diferentes para cuando se trate de niños, niñas y adolescentes víctimas del delito, entonces se sigue la regla general de la prescripción de la acción penal según los artículos 82-4° y 83 del Código Penal. En otras palabras dicho, las reclamaciones alimentarias donde son víctimas niños, niñas o adolescentes sigue la regla general del término máximo equivalente a la prescripción, si en ese período no se pagaron alimentos.

Término de prescripción que se interrumpe con la formulación de la imputación de cargos según el Art. 86 del Código Penal que fue modificado por el Art. 6° de la Ley 890 de 2004, declarado exequible por sentencia C-416 de 28 mayo de 2002, concordante con el Art. 292 de la Ley 906 de 2004 que preceptúa además que "*producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior tres (3) años*".

Una vez aprobada la sentencia condenatoria penal de segunda instancia por el *ad quem*, sin que interese la fecha de su lectura[198], se suspende el término de prescripción hasta por cinco (5) años según el Art. 189 de la Ley 906 de 2004.

11.1 Límite Final de la Imputación Factica para el Juzgamiento en el Delito de Inasistencia Alimentaria

11.1.1 Linea jurisprudencial en el sistema mixto inquisitivo

El límite de juzgamiento para los delitos de ejecución permanente o tracto sucesivo debe tener un punto final. Así debe ser, entre otros, para el punible de inasistencia alimentaria, que además de ser permanente no requiere previamente el juicio civil de alimentos para iniciar la acción penal[199], y con mayor razón cuando el canon 235 del Código Penal expresa que "*La sentencia condenatoria ejecutoriada no impide la iniciación de otro proceso si el responsable incurre nuevamente en inasistencia alimentaria*".

Es claro que los ámbitos propios del derecho penal y del civil son diversos, de tal forma que en estricto sentido no es posible afirmar que otra jurisdicción distinta a la penal ya juzgó y condenó o absolvió a una persona por el delito de inasistencia alimentaria. Cosa diferente es que dentro de un proceso surtido en otra jurisdicción, por ejemplo la civil o la de familia, se haya verificado el efectivo y transparente cumplimiento de la obligación alimentaria. "*En esa hipótesis, es evidente que no se da el presupuesto del tipo penal: el incumplimiento, y el juez debe, en principio, respetar esa declaración de cumplimiento que consta en una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada*" [200].

El delito de inasistencia alimentaria comienza a ejecutarse cuando el compelido por la ley a prestar alimentos deja de cumplir con sus deberes, conducta que se prolonga durante todo el tiempo en que se sustraiga a esa obligación. Como consecuencia de ello, para todos los efectos legales esa ejecución culmina con el último acto, es decir, en el momento en el que desaparece la omisión y se comienza a cumplir la obligación[201].

198 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 38.467 de 14 agosto de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

199 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 17 abril de 1980, Sentencia de revisión de 3 abril de 1990 y Sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 25.649, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

200 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 13 febrero de 2008, Rad. 25.649, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

201 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 22.813 de 30 marzo de 2006, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

Ese límite de averiguación penal o de ejercicio de la acción penal pesquisoria, según la jurisprudencia en el sistema mixto inquisitivo, es la resolución de acusación "*o su equivalente*".

La siguiente es la línea jurisprudencial en el tema.

- ***Primero***: Que ese límite o momento cierto en que el Estado define los términos del juzgamiento lo constituye la resolución acusatoria, fue señalado por la Corte cuando, a propósito del examen del principio de congruencia, anotó en sentencia del 3 de noviembre de 1999, Radicado 13.588, con ponencia del magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar:

  > "la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1, 3, 5, 7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2)".

En la misma providencia precisó respecto de los delitos de ejecución permanente que: "*el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo*".

- ***Segundo***: En Sentencia con Rad. 19.915 de 20 junio de 2005, con ponencia del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón se dijo que para todos los efectos jurídicos, sean sustanciales o procesales, el límite en el delito de ejecución permanente no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución de acusación, y cuando se trata de fraude procesal será también *"el acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquélla, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto"*[202] *(subrayas fuera de texto)*"[203].

Concretamente se expresó en la sentencia con Rad. 19.915 de 20 junio de 2005, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, que:

---

202 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Providencia Rad. 8968 de 17 de agosto de 1995. M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll, entre otras.

203 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 20.013 de 5 de mayo del 2004, M.P. Marina Pulido de Barón.

"Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica —que compendia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del hecho— y jurídica —que califica la conducta desde la normativa penal— contenida en la acusación, aun tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente".

Así pues, con la ejecutoria de la resolución de acusación en el sistema mixto inquisitivo se hace una especie de "*corte de cuentas*" en el delito de ejecución permanente que permite valorar el comportamiento ilícito que el procesado realizó por lo menos *hasta el cierre de la investigación*, entonces se debe aceptar como cierto, aunque en algunas ocasiones sea apenas una ficción, que allí cesó el proceder delictivo y, en consecuencia: **(i)** los actos posteriores podrán ser objeto de un proceso distinto; y, **(ii)** a partir de ese momento es viable contabilizar *por regla general* el término ordinario de prescripción de la acción penal como que, en virtud de la decisión estatal, ha quedado superado ese "*último acto*"[204].

En el ilícito de inasistencia alimentaria, por supuesto que cuando se pagan las cuotas alimentarias más recientes, entonces se ha de considerar que ya no hay omisión en los términos del Art. 26 del Código Penal de 2000, de tal forma que la acusación será por las omisiones anteriores.

- ***Tercero***: En la sentencia con Rad. 22.813 de 30 marzo de 2006 con ponencia del magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se resuelve el problema jurídico del delito de inasistencia alimentaria que se inicia con menor de edad pero que continúa cuando ya es mayor de edad, para concluir que cuando la víctima llega a la mayoría de edad debe expresar si quiere continuar o no con el trámite procesal penal. Se agrega en esta providencia que:

  "Así las cosas, una vez el juez constate que el perjudicado ha alcanzado su mayoría de edad, debe informarle de la situación para que se pronuncie en cualquiera de los sentidos anteriores, y en el supuesto de que no diga que quiere que continúe la actuación judicial, es viable la cesación de procedimiento, pero sólo respecto del

[204] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 19.915 de 20 junio de 2005, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

comportamiento posterior a los 18 años, pues sobre los precedentes la actividad oficiosa debe proseguir".

Esta jurisprudencia de la Corte no es conforme con la sentencia de constitucionalidad C-459 de 12 octubre de 1995 que le quitó el carácter de querellable a los delitos en los cuales sean víctimas niños, niñas y adolescentes, y ahora con el advenimiento de la Ley 1542 de 5 julio de 2012.

Recuérdese que algunos delitos exigen la querella como condición de procesabilidad, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad (Art. 74 Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 4° Ley 1142 de 2007 y Art. 108 Ley 1453 de 2011).

Igualmente, debe tenerse en cuenta que en la sentencia C-459 de 12 octubre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se decidió: "*Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2 de la ley 81 de 1993, siempre que se entienda que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querella*".

Se explicó en la sentencia con Rad. 22.813 de 30 marzo de 2006 que: "*con la ejecutoria del pliego que convoca a juicio se hace en todo caso inmodificable la imputación fáctica[205], la valoración que aquella contenga se referirá siempre a los hechos realizados con anterioridad a la resolución que dispuso el cierre de investigación, cuya ejecutoria será el hito que marcará el inicio del plazo prescriptivo, que se podrá interrumpir cuando la resolución acusatoria adquiera firmeza*".

Y agregó que: "*Terminado el delito permanente, es decir, superada la lesión al bien jurídico por razones materiales (por ejemplo, el autor deja de vulnerar el interés protegido) o por razones jurídicas (por ejemplo, cierre de la investigación), comienzan a correr los términos de la prescripción de la acción*".

Cuarto: Explicó la Corte en el sistema inquisitivo que debe existir congruencia personal, fáctica y jurídica entre la resolución de acusación y la sentencia, así se dijo en providencia con Rad. 25.175 de 6 septiembre de 2007, con ponencia del magistrado Augusto J. Ibáñez Guzmán.

205 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de febrero del 2002.

Quinto: El mismo criterio de "*corte de cuentas*" se utilizó en la sentencia con Rad. 22.881 de 10 junio de 2009 con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, al decir que a partir de dicho momento se inicia el término de prescripción de la acción penal "*sin respecto del carácter permanente de la conducta con posterioridad a la fecha del llamamiento a juicio, pues, los efectos permanentes del comportamiento que se suscitan con posterioridad al cierre de investigación, no podrán ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente*".

11.1.2 Límite de la imputación fáctica en el sistema acusatorio penal de la ley 906 de 2004

El canon 84.2 del Código Penal expresa que "*En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que sólo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto*". Y el canon 84.3 *ibídem* indica que "*En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar*".

Por su parte el original artículo 86 de la Ley 599 de 2000, expresaba:

> ART. 86.—**Interrupción y suspensión del término prescriptivo de la acción**. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.
>
> Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

Norma declarada exequible por sentencia C-416 de 28 mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, donde se dijo sobre la interrupción de la prescripción de la acción penal:

> "En este orden de ideas, para que opere la interrupción de la prescripción de la acción penal es menester que el Estado haya adelantado una actuación que sea capaz de permitirle señalar fundadamente la responsabilidad por la comisión de un hecho punible y, justifique, por ende la contabilización de un nuevo término para investigarlo y sancionarlo. Dicha actuación debe suponer, por lo menos, la demostración de la ocurrencia del hecho punible y la existencia de serios elementos de juicio referidos a sus elementos estructurales como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad".

El inciso primero del Art. 86 del Código Penal fue modificado por el Art. 6° de la Ley 890 de 2004, así:

"La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación".

Como se sabe, la Ley 890 de 2004 va unida al sistema acusatorio penal de la Ley 906 de 2004[206].

La modificación entonces es consecuente con el sistema acusatorio penal de la oralidad de la Ley 906 de 2004, ya que en el canon 292 de éste estatuto procesal se indica:

> ART. 292.- **Interrupción de la prescripción**. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.
>
> Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

Ha indicado además la máxima corporación judicial que el término prescriptivo de la acción penal de la Ley 906 de 2004 no se puede aplicar a procesos tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000 o Sistema Mixto Inquisitivo[207], y que ese término tan reducido en el sistema acusatorio "*ha encontrado justificación ante el carácter teleológico del sistema acusatorio colombiano de alcanzar una pronta y cumplida administración de justicia, propósito para el cual contribuyen los principios de oralidad, inmediación, concentración y celeridad*"[208].

De otra parte, ante la reinterpretación del concepto de congruencia[209] que en lo fáctico es invariable desde la audiencia de imputación (Arts. 286-294 CPP/2004), pero variable en lo jurídico hasta el momento de la formulación de la acusación en la respectiva audiencia, al menos dentro de unos límites razonables, según el canon 448 de la Ley 906 de 2004 y la sentencia de constitucionalidad C-025 de 27 enero de 2010, se ha de entender que el límite o el "*corte de cuentas*" en los delitos de ejecución permanente o de tracto sucesivo como el punible de inasistencia alimentaria, es la audiencia de imputación.

---

206 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Providencias de 23 de febrero de 2006, Rad. 24.890; de 21 de marzo de 2007, Rad. 26.065; de 20 junio de 2007, Rad. 25.667; de 23 de enero de 2008, Rad. 28.871; de 29 de julio de 2008 Rad. 27.263, de 17 junio de 2009, Rad. 28.199; Auto Rad. 31.439 de 12 agosto de 2009 y Sentencia de 8 noviembre de 2011, Rad. 36.865, entre otras.

207 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.865 de 8 noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

208 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.865 de 8 noviembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. En el mismo sentido proveído con Rad. 24.300 de 23 marzo de 2006, MM.PP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Marina Pulido de Barón.

209 Sobre el tema, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 16 marzo de 2011, Rad. 32.685, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Finalmente, en la sentencia con Radicado 22.881 de 10 junio de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero, se explica:

> "Ello significa que en conductas de naturaleza permanente, el "*último acto*" objeto de imputación, coincide con la fecha en que la fiscalía cerró la investigación (ley 600), o con la fecha en que formuló la imputación si se tratase de enjuiciamientos a la luz del sistema de enjuiciamiento acusatorio (Cfr. artículo 84 inc. 2 y artículo 86 modificado por el artículo 6° de la Ley 890 de 2004, ambos de la ley 599 de 2000; artículo 292 de la Ley 906 de 2004)[210]".

Para efectos del cobro de las mesadas se debe tener en cuenta que los créditos por alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre todos los demás créditos de primera clase según la sentencia C-092 de 13 febrero de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

En conclusión, para efectos indemnizatorios se ha de tener en cuenta como límite la audiencia de formulación de la imputación de cargos que es precisamente además el límite que se ha de considerar para la sentencia penal en los casos de inasistencia alimentaria como delito que es de ejecución permanente.

No obstante lo dicho, en el proceso con Rad. 38.094 en auto de 28 marzo de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte tomó como límite final, en un proceso de inasistencia alimentaria, la fecha de presentación del escrito de acusación sin ofrecer razones sobre su cambio de postura.

11.2 Sobre la Imputación del Pago

No importa la fuente de la relación crediticia, el deudor debe ajustar su conducta a la satisfacción del título a favor del acreedor (débito), esto es, el deudor debe hacer el pago completo (Art. 1649 C. Civil) y puede extinguir la obligación por cualquiera de los modos del Art. 1625 del Código Civil, además será opción la acción ejecutiva específica o *in natura* (débito primario *perpetuatio obligationis*) en caso de ser posible, útil e interesante, o con la acción ejecutiva por equivalente o subrogado pecuniario de la prestación inicial (*estimatio pecunia*), en el supuesto de que la prestación no hubiere sido pecuniaria desde un principio, o bien cuando el acreedor rehúsa una prestación tardía y decide reclamar su equivalente pecuniario; en todos los casos con derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento, esto es, el restablecimiento del estado patrimonial del acreedor, y

[210] Corte Constitucional, Sentencias C-416 de 28 de mayo de 2002.

aún personal, quebrantado por la conducta indebida del obligado. Todo esto se llama "*responsabilidad*"[211].

La conciliación y la transacción en las prestaciones alimentarias es un pacto o contrato vinculante (compromisorio) y obligatorio que resalta la expresión *pacta sun servanda* (lo pactado obliga)*;* contrato que se extingue, ordinariamente, con el pago o solución, *rectius*: cumplimiento (Arts. 1626 y 1627, Código Civil).

Las prestaciones positivas imponen el deber de su satisfacción oportuna o a término, o mejor, al día *ad quem* para que sea cumplida, así pues, las obligaciones correspondientes "*se incumplen a partir del retardo o mora*"[212] (Art. 1610 CC).

Ahora bien, con respecto al pago de acreencias, entre otras las alimentarias, se debe acotar:

> ***Primero***, que el canon 1628 del Código Civil expresa que "*En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor*".
>
> ***Segundo***, que el pago tiene unas reglas de imputación en los artículos 1653, 1654 y 1655 del Código Civil. La imputación del pago se ha definido como "*una institución que regula el orden en el cual se solucionan o se extinguen las obligaciones en cabeza de un deudor, cuando éste tiene varias obligaciones con un acreedor, o existiendo una sola obligación, el pago efectuado no cubre la totalidad de la prestación debido a la existencia de accesorios como intereses*" [213]. En todo caso, las reglas de la imputación "*tienen aplicación cuando entre las mismas partes existen varias obligaciones cuyos objetos consisten en la entrega de cosas de igual género. O cuando sólo existe una obligación de género, pero con accesorios (por ejemplo intereses) de la misma clase principal*"[214].

Los requisitos y efectos de la imputación del pago, según los artículos 1653, 1654 y 1655 del Código Civil, se pueden resumir así: primero, que el principio general es que el deudor tiene el derecho de indicar a dónde quiere que se le impute el pago, y si no

---

211 Sobre el tema Fernando Hinestrosa Forero, Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, Revista Universidad Externado de Colombia, ed. v. 3 fasc. pp. 45-72, Bogotá. 1984.

212 Fernando Hinestrosa Forero, ob. cit. p. 56.

213 Lo que sigue, En: http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=imputacion_del_pago.

214 Jorge Suescún Melo. Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I, Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1996, p. 66.

lo llegara a hacer en el momento del pago, esta facultad pasará al acreedor siempre y cuando el deudor consienta, expresa o tácitamente, en la elección del acreedor; segundo, que en el caso de obligaciones dinerarias, si se deben capital e intereses entonces el pago se imputará primeramente a los intereses, a menos que el acreedor consienta lo contrario, y "*la imputación a intereses antes que a capital busca proteger al acreedor, pues en esta forma la parte no cubierta de capital seguiría produciendo intereses, mientras que estos últimos no podrían a su turno generar más réditos por expresa prohibición del N° 3 del artículo 1617 del Código Civil y del artículo 886 del Código de Comercio*"[215]; tercero, que en el caso de existir varias deudas con un mismo acreedor y ser éstas de un mismo género, cuando no tengan plazo ni alguna garantía en especial, el deudor podrá elegir a cuál quiere aplicar el pago; cuarto, que si hay varias deudas del mismo género con diferentes plazos, el deudor no podrá imputar el pago a aquella que todavía no está vencida, salvo consentimiento del deudor, y en todo caso, se prefiere a la que ya es exigible, y quinto, que si hay varias deudas exigibles y una de estas tiene garantía, el deudor no podrá imputar el pago a esta sin el consentimiento del acreedor.

11.3 Los Delitos contra Niños, Niñas y Adolescentes No requieren querella como condición previa para iniciar el Proceso Penal

Mediante sentencia C-459 de 12 octubre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se declara exequible el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2° de la Ley 81 de 1993, "*siempre que se entienda que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querella*". Entre tales delitos, está el de inasistencia alimentaria. Tesis reiterada en sentencia C-113 de 21 marzo de 1996 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la que además se dispuso "*Declarar EXEQUIBLE el artículo 267 del Decreto 100 de 1980, siempre que se entienda que dicha disposición no se aplica cuando en los delitos a los que se refiere, aparezca como sujeto pasivo un menor*".

En seguimiento de esa disposición de interpretación constitucional, la Sala Penal de la Corte también reiteró que cuando se trate de delitos contra niños, niñas y adolescentes no se requiere como condición de procesabilidad la querella de parte, entre otras decisiones, en auto Rad. 24.659 de 6 julio de 2006, M.P. Javier Zapata Ortiz.

215 Jorge Suescún Melo, ob. cit., p. 67.

Por sentencia C-798 de 2008 se dijo que el punible comprende a las parejas del mismo sexo y por sentencia C-029 de 2009 se explicó que la unión de hecho no necesariamente debe ser inferior a dos años para que la conducta sea punible.

El condicionamiento de las sentencias C-459 de 1995 y C-113 de 1996 estriba en la evidente oposición de la querella a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, de manera especial, "*el de la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que no solo la familia, sino la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlo y protegerlo, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales, como se sabe, prevalecen sobre los derechos de los demás (Art. 44 C. Política), por consiguiente cualquier persona puede exigir a las autoridades su cumplimiento y la sanción de los infractores*"[216].

A partir de la sentencia C-459 de 1995 los delitos contra niños, niñas y adolescentes no requieren, como condición de procesabilidad, la querella.

La constitucionalidad condicionada se elevó a rango legal en el artículo 35 de la Ley 600 de 2000 y se reprodujo luego en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, así que la Ley 1542 de 5 julio de 2012 simplemente extendió la oficiosidad a situaciones diferentes al niño, niña o adolescente víctima del delito de inasistencia alimentaria.

Sobre el tema también se pronuncia el profesor Israel Guerrero Hernández quien además concluye: "*En síntesis, (i) la conducta punible de inasistencia alimentaria tiene múltiples factores de orden socioeconómico y cultural que deben ser tenidos en cuenta para contrarrestarlo y prevenirlo, (ii) la errática, desarticulada e improvisada política criminal no ha servido para disminuir este comportamiento típico, pero sí para congestionar y hacer ineficaz el aparato judicial, (iii) pese a los vaivenes del legislador al punible de inasistencia alimentaria es viable la aplicación de los efectos procesales de la querella, (iv) la elevada pena de multa acompañante de la de prisión en nada contribuye a la reparación y evitar que el sentenciado incurra en la reiteración de su comportamiento, (v) se impone ensayar otros mecanismos administrativos menos traumáticos que los del presente*"[217].

---

216 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia con Radicado. 31.248 de 22 julio de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

217 Israel Guerrero Hernández. Reflexiones sobre el delito de inasistencia alimentaria ¿Es delito querellable? Revista Facetas Penales, Editorial Leyer, Abril de 2011, Número 103, pp. 7-11.

11.4 Vigencia del INC. 2° Num. 3° Art. 37 de la Ley 906 de 2004 para el delito de Inasistencia Alimentaria

Expresa el inciso 2° del numeral 3° del Art. 37 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 2° Ley 1142 de 2007: "*La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querella para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto*".

Esta norma no fue derogada, ni expresa ni tácitamente, por la Ley 1542 de 5 julio de 2012[218].

La jurisprudencia ha entendido que no obstante el carácter oficioso del punible de inasistencia alimentaria en contra de niños, niñas y adolescentes, siempre tendrá la posibilidad de extinción de la acción penal a través del mecanismo de la conciliación efectivamente cumplida.

Así por ejemplo, en auto de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 2007-0019 de 5 julio de 2007 se expresó:

> "Sin embargo hácese necesario precisar que como en el presente asunto la víctima es una menor de edad la persecución penal puede adelantarse de oficio, situación que no impide que siga siendo de la naturaleza de tal reato su carácter conciliable, como claramente lo advierten los artículos 71 inciso final y 522 inc. 5° de la Ley 906 de 2004, concordados con el artículo 193-5 de la Ley 1098 de 2006, conocida como Código de la Infancia y la Adolescencia" (Conc. Art. 133.2 CIA).

Mediante sentencia C-1198 de 4 diciembre de 2008 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma en comentario, y agregó que no empece su carácter oficioso puede terminarse a través de la conciliación. Expresó la Corte Constitucional:

> "Debe aclararse que la redacción del numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1142 no genera la indebida o ambigua interpretación a la que apunta el actor y que, según él, haría recaer en irregularidades a los funcionarios judiciales. La norma es clara al indicar —más aún si se analiza sistemáticamente con el artículo 4° *ibídem*— que al juez penal municipal le compete el juzgamiento de todos los procesos que se inicien por delitos que para su persecución penal requieran querella y, sin embargo, estipula una excepción a ese requisito de procedibilidad, como es que deba iniciarse oficiosamente la acción penal ante aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo sea un menor de edad o un inimputable, o si el trasgresor ha sido capturado en flagrancia.

[218] Vigente desde su promulgación. Arts. 52 y 53 de la Ley 4ª de agosto 20 de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal.

> "Así, según el inciso 2° del numeral 3° referido, si para un proceso por un delito de los que requieren querella, no hubo lugar a ésta por alguna de las excepciones explicadas, ello no es óbice para que se aplique lo que la norma denomina beneficio y reparación al ofendido, como tampoco lo será para el empleo de otras formas especiales de terminación del proceso. Entonces, tampoco se impediría que el presunto responsable pueda terminar prontamente la acción penal, por colaboración hacia la celeridad y la economía procesal y, por ende, sin el innecesario desgaste de la administración de justicia".

En esta línea se adscribe la providencia con Rad. 31.248 de 22 julio de 2009, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, que trata precisamente de un delito de inasistencia alimentaria donde la Sala Penal de la Corte declaró la extinción de la acción penal por el instituto jurídico de la indemnización integral de perjuicios, para lo cual expuso que "*sin embargo, la inexistencia de requisitos de procesabilidad de la acción penal frente a los delitos querellables cuando el sujeto pasivo es menor de edad, no impide la aplicación en el proceso de los efectos favorables de la querella, siempre que no se opongan a los aludidos intereses superiores de los niños*", lo cual se colige entre otras normas del Código de Infancia y Adolescencia del Art. 192, numeral 3, 5 y 6 del Art. 193.

Agrega la Corte, como fundamento adicional de su tesis en el auto Rad. 31.248 de 22 julio de 2009, que "*De igual modo, ofrece la posibilidad de acudir al principio de oportunidad y al sustituto de la condena de ejecución condicional, si se demuestra que los menores víctimas de la infracción han sido indemnizados, de manera que incluso en el marco del sistema acusatorio la reparación de perjuicios, aún en los casos en los que la víctima es un menor, conduce a la extinción de la acción penal, conforme a lo dispuesto en los artículos 77 y 324, numeral 1º de la Ley 906 de 2004, siempre que se respeten los intereses superiores del niño*".

Ahora bien, si es posible aplicar los efectos propios de los delitos querellables no obstante que el ofendido sea un niño, niña o adolescente, con mayor razón lo será cuando se trate de víctima mayor de edad en el delito de inasistencia alimentaria.

Con respecto al delito de violencia intrafamiliar (Art. 229 CP, modificado por el Art. 33 Ley 1142 de 2007), también regulado en la Ley 1542 de 2012, era de oficio pero conciliable para beneficio y reparación integral de la víctima. En el Auto Rad. 28.921 de 30 enero de 2008, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, recordó la vigencia de la norma sobre violencia intrafamiliar, pues primero fue delito querellable y luego de tramitación e inicio oficioso.

De otra parte, el inciso final del canon 71 del Código de Procedimiento Penal expresa que "*la intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir*" y que en todo caso "*El juez tendrá*

especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica".

Según lo expuesto, está vigente inciso 2° del numeral 3° del Art. 37 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 2° Ley 1142 de 2007.

No obstante lo que se viene de comentar existen voces disidentes que consideran que no es posible la terminación del delito de inasistencia alimentaria acudiendo al inciso 2° numeral 3° del Art. 37 de la Ley 906 de 2004, tal como se desprende del interesante documento publicado por el profesor Julián Andrés Durán Puentes[219] en el cual concluye que: "*Las decisiones 31.248 de julio 22 de 2009 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y C-637 de 2009 de la Corte Constitucional son un buen reflejo de la tensión que existe entre dogmática y jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico y una buena manera de mostrar la confrontación entre el pragmatismo judicial y una postura de emancipación del juicio y del criterio judicial*". Otros se preguntan que para qué tanta legislación sobre el punible de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar si se puede terminar la acción penal por conciliación, lo que daría lugar a creer entonces que también se podrían aplicar los efectos propios de la querella a todos los delitos de los que conocen los jueces penales municipales, y si los efectos propios de la querella se aplican solo a las tres excepciones consagradas en el numeral 3° del Art. 37 de la Ley 906 de 2004 con la advertencia de que los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar están contemplados en el numeral 4° de dicha norma que nada tienen que ver con esas tres excepciones, entonces de haber sido esa la intención del legislador tendría que haber consagrado un parágrafo que incluyera todos los numerales permitiendo esa aplicación a todos los delitos de competencia de los jueces penales municipales[220].

También se ha explicado que para el delito de violencia intrafamiliar queda la opción del principio de oportunidad pero tal vez para el inciso 1° del Art. 229 del CP, y no para los casos del inciso 2° *ibídem* ya que éstos exceden la pena mínima de los cinco (5) años que fijó como condición de procedibilidad el Art. 524 de la Ley 906 de 2004. Esta es la vía adecuada para suspender o renunciar a la acción penal, por lo siguiente:

(i) según el Art. 5° de la ley 1542 de 2012 se derogaron todas las normas que le sean contrarias, es decir, aquellas que imponían como obligatoria la querella y la conciliación pre procesal y autorizaban la aplicación del desistimiento;

---

219 Julián Andrés Durán Puentes, Acerca de la dogmática entre jurisprudencia y dogmática penal. Revista Facetas Penales, Editorial Leyer, Mayo de 2010, Número 92, pp. 7-16.

220 En tal sentido, la Fiscal de CAVIF de Itagüí, Antioquia, doctora Gloria Nancy Montoya Pérez en varias de sus intervenciones y conferencias.

(ii) la vigencia de la Ley 1542 de 2012 es a partir de su promulgación, esto es, desde el 5 de julio de 2012 (Art. 40 Ley 153 de 1887, modificado por el Art. 324 del Código General del Proceso) y es a partir de este momento que no aplica el desistimiento ni la conciliación;

(iii) se puede constatar que en los debates de la Ley 1142 de 2007, a diferencia de los de la Ley 1542 de 2012, se autorizó la aplicación de los efectos sustanciales de la querella, además, expresamente en la Ley 1542 se prohibió tal mecanismo (Gacetas N° 149 de 2012 y N° 924 de 2011); y,

(iv) en la justicia restaurativa se debe satisfacer a las partes vulneradas, y en la medida que se cumpla con el plan de restauración se puede solicitar al Juez de Control de Garantías autorizar la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación.

C. APODERADOS O REPRESENTANTES JUDICIALES

1. SILENCIOS DEL LEGISLADOR

El legislador de 2004 (L. 906/04) nada dijo sobre el defensor de oficio del imputado, acusado o procesado, como lo había hecho en regímenes anteriores, por ejemplo, Art. 131 de la Ley 600 de 2000 y Art. 148 del Dct. 2700 de 1991.

El legislador de 2004 nada dijo sobre el adelantamiento del proceso penal sin abogado defensor, como por ejemplo se contempló en anteriores legislaciones, salvo para la diligencia de indagatoria (Art. 127.2 de la Ley 600 de 2000, declarado exequible por sentencia C-152 de 24 febrero de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería).

La Ley 906 de 2004 nada dijo sobre el estudiante de consultorio jurídico como defensor del indiciado, imputado, acusado o procesado, como se estiló en regímenes procesales de corte mixto inquisitivo; así como tampoco nada dice la Ley 906 de 2004 sobre el judicante.

Finalmente, la Ley 906 de 2004 nada dijo sobre conflicto de pretensiones entre la víctima y su apoderado, pero sí se reguló la resolución de conflictos entre el abogado defensor del imputado y el procesado (Art. 130 SAP).

La jurisprudencia ha ido decantando estos vacíos legislativos, como se verá a continuación.

2. DEFENSOR DE OFICIO DEL PROCESADO EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

En el régimen del sistema acusatorio penal se puede designar abogado defensor de oficio por parte del Juez para el imputado, acusado o procesado (Arts. 118 y 138-2 CPP).

Para evitar las situaciones de falta de abogado contractual o de abogado de la Defensoría Pública, no hay ningún obstáculo para que el Juez o Fiscal designe de oficio abogado defensor al implicado.

Si bien es cierto que la figura del defensor de oficio no está contemplada expresamente en la Ley 906 de 2004, como sí estaba en los estatutos anteriores (Art. 131 Ley 600/00 y Art. 148 Dct. 2700/91), no lo es menos que tampoco se prohibió.
De otra parte, la Constitución y los tratados internaciones ordenan que el imputado o acusado o procesado tenga defensor técnico y en su ausencia se le designará entonces uno de oficio que no necesariamente debe ser de la Defensoría Pública, precisamente para respetar los derechos de quienes intervienen en el proceso penal (Art. 138-2 CPP).

En efecto, expresa en lo pertinente el canon 29 superior:

> "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, **o de oficio**, durante la investigación y el juzgamiento" (se subraya).

Así además lo ha entendido la jurisprudencia, por ejemplo en Auto con Radicación 34.733 de 15 septiembre de 2010, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, cuando explicó:

> "Ahora, la falta de referencia expresa al defensor de oficio no implica que su intervención en el proceso se encuentre prohibida ni que deba reprobarse la actuación en la que, por falta de un abogado de confianza o del Sistema de Defensoría Pública, haya participado en defensa del indiciado o imputado. Justamente cuando no se cuenta con los recursos económicos suficientes para contratar un abogado de confianza y ante la imposibilidad de contar con uno de la Defensoría Pública, es perfectamente admisible acudir al de oficio. De lo que se trata es de garantizar los derechos de quien está siendo investigado o procesado, sin que ello constituya obstáculo para que éste, si lo desea, designe uno de su confianza.
>
> "En un Estado social de derecho la protección a esa garantía fundamental no puede ser meramente formal sino trascender al campo material. Por ello resulta

contradictorio reprobar una diligencia por la actuación de un defensor de oficio cuando ese profesional no hace cosa diferente que velar por el cumplimiento del derecho de defensa de quien representa".

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de febrero de 2009, con ponencia de la magistrada María del Rosario González de Lemos, dijo sobre el particular:

> "el derecho a la asistencia jurídica profesional en el curso de la investigación y el juzgamiento, ya dispuesta por la persona incriminada, o en su defecto provista por el Estado, se encuentra reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, así como en los literales d) y e) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972), en el numeral 3º del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y en el artículo 8º, 118 y demás normas concordantes de la Ley 906 de 2004".

Posteriormente, en sentencia con Rad. 34.412 de 23 marzo de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, expresó:

> "Finalmente dígase que, en términos genéricos, el quehacer de quien encarna la asistencia letrada dentro del proceso penal, debe estar orientado a prestar una colaboración en la recta y cumplida realización de la justicia y en el cumplimiento de los fines del Estado Social y Democrático de derecho, pues su efectiva presencia contribuye a realizar el debido proceso y las demás garantías fundamentales; al ostentar la condición de parte al lado del acusado, bien por una relación contractual, ya en razón de su labor de defensor público, ora como defensor oficioso designado por el juez, aun cuando deba guiarse por los intereses de aquél, el ejercicio de ese encargo está obligado a desarrollarlo a través medios lícitos (Ley 906 de 2004, artículo 357, inciso tercero), evitando promover causas o actuaciones manifiestamente contrarias a derecho, pues de lo contrario desbordaría los límites legales y reglamentarios de su actividad para incursionar en los linderos del derecho penal o disciplinario (Ley 1123 de 2007, artículo 28, numerales 6, 13 y 16; artículo 33, numerales 1, 2 y 10, y artículo 38, numeral 1)".

Es posible entonces, en el sistema acusatorio penal, la designación de abogado defensor de oficio del imputado, acusado o procesado.

Es más, no hay inconveniente alguno para que el Juez, por ejemplo, remueva al abogado contractual o al abogado de la defensoría pública cuando encuentre que está incumpliendo sus labores y no asiste a las audiencias y se puede colegir

fundadamente que es una estrategia dilatoria, caso en el cual debe proceder de oficio al nombramiento o designación de abogado defensor del procesado[221] sin perjuicio de la aplicación de los poderes disciplinarios, si hay lugar a ello, o a la expedición de copias para las investigaciones disciplinarias correspondientes, o ambas medidas simultáneamente[222], pues a "*todos los asociados les asiste el deber de concurrir a las convocatorias que les hagan las autoridades judiciales, más aún a los sujetos procesales, salvo las excepciones legales. De esta forma, quien estando obligado a comparecer a una citación judicial no lo hace, y no justifica su inasistencia, obstaculiza la realización del acto*"[223]; además, es deber de las partes e intervinientes "*comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que sean citados*" según el Art. 140-6° de la Ley 906 de 2004.

La designación de apoderado judicial de oficio es una orden.

Las órdenes, según el canon 161-3 de la Ley 906 de 2004, son aquellas decisiones "*que se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro*".

Cuando se emite una orden, las demás partes la deben obedecer, según se explicó en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 30.813 de 18 marzo de 2009, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez:

> "Con esa finalidad tiene la facultad de emitir las órdenes que estime necesarias, como lo señala el artículo 161-3 *ibídem*, mientras que las partes e intervinientes tienen el correlativo deber de obedecerlas, como se desprende del que señala el artículo 140-2, cuando preceptúa que deben evitar planteamientos y maniobras dilatorias, inconducentes, impertinentes o superfluas".

3. COMPARATIVO ENTRE EL DEFENSOR DE LA DEFENSORIA PÚBLICA Y EL DEFENSOR DE OFICIO

En este cuadro se puede observar el paralelo entre el defensor de la Defensoría Pública y el Defensor de Oficio.

---

221 Así por ejemplo se hizo en proceso del sistema mixto inquisitivo, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de única instancia Rad. 21.200 de 14 octubre de 2008.

222 "*La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta*", según el Art. 2º de la Ley 734 de 200 –Código Disciplinario Único–.

223 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia Rad. 38.358 de 17 noviembre de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

SISTEMA NACIONA DE DEFENSORIA PÚBLICA	DEFENSOR DE OFICIO
Es un profesional del Derecho	Es un profesional del Derecho
No genera contraprestación económica para quien representa	No genera contraprestación económica para quien representa
Es garantía material de defensa. Ejerce la defensa técnica, letrada o profesional	Es garantía material de defensa. Ejerce la defensa técnica, letrada o profesional
Es designado por el Estado a través de la Defensoría del Pueblo	Es designado por el Estado a través del Juez
El representado siempre podrá designar abogado contractual o convencional	El representado siempre podrá designar abogado contractual o convencional
Vinculado mediante contrato de prestación de servicios a la Defensoría del Pueblo	No está vinculado mediante contrato de prestación de servicios a la Defensoría del Pueblo; aunque nada obsta para designar de oficio a quien también tiene contrato con la Defensoría Pública
Expresamente consagrado en la Ley 906 de 2004	No está contemplado expresamente en la Ley 906 de 2004; pero tampoco está prohibido

4. ACTUACIÓN PROCESAL SIN ABOGADO DEFENSOR DEL PROCESADO

La defensa técnica (a través de abogado) y material (la que ejerce directamente el procesado) es "*un todo que se retroalimenta de lo favorable que individualmente cada uno realiza*" que se puede realizar separada, conjunta o simultáneamente[224]; pero "*esa articulación no obsta para que, en determinados eventos, deba preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro, como sucede, para citar apenas un ejemplo puntual, en los eventos de allanamiento a cargos, donde prima la voluntad del imputado o acusado*" [225].

El procesado y su defensor son, entonces, "*una parte única articulada*"[226] que conserva plena vigencia en sede de la sistemática acusatoria de la Ley 906 de 2004; aunque hay

224 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

225 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

226 Corte Constitucional, Sentencia T-1137 de 11 noviembre de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

muchas facultades que puede realizar directamente el imputado o procesado sin la mediación de su abogado defensor (Arts. 8 y 130 CPP).

En la Ley 600 de 2000 se contempló que "*si el sindicado fuere abogado titulado y estuviere autorizado legalmente para ejercer la profesión, podrá de manera expresa aceptar y ejercer su propia defensa, sin necesidad de apoderado. Sin embargo, en la versión libre y en la indagatoria deberá estar acompañado por un abogado*". Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-152 de 24 febrero de 2004 con ponencia del magistrado Jaime Araújo Rentería.

Actualmente, si el imputado es abogado, versado en sistema acusatorio penal y no está detenido, puede ejercer su propia defensa, salvo para eventos en los cuales deba comparecer con abogado defensor, por ejemplo en las diligencias de los Arts. 282 y 394 del CPP.

En efecto, en el auto con Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, se explicó:

> "Como la Ley 906 de 2004, no prohíbe expresamente esa actuación en propia persona, será factible que en determinados eventos pueda el procesado versado en derecho atender a su defensa técnica y material, aunque, no sobra precisar, como sucede en la Ley 600 de 2000, determinadas diligencias impongan necesario que actúe un profesional del derecho independiente, cual sucede con el interrogatorio al indiciado (artículo 282) o cuando el acusado decide comparecer como testigo en su propio caso (artículo 394)".

Recordemos que según la Ley 1123 de 22 enero de 2007, Artículo 29, en tema de incompatibilidades: "*No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: (…) 3. Las personas privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento o sentencia, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios*"[227].

En conclusión, en la sistemática acusatoria el imputado o procesado que sea abogado con conocimientos en sistema acusatorio y que no esté detenido, puede ejercer directamente su defensa sin necesidad de abogado defensor, salvo eventos excepcionales donde se requiera la comparecencia de abogado contractual, de la

[227] Norma declarada exequible por sentencia C-398 de 18 mayo de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Se dijo por la jurisprudencia para el sistema mixto inquisitivo que el abogado detenido podía ser defensor de otros implicados, así por ejemplo en sentencia con Rad. 25.153 de 2 septiembre de 2008, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Defensoría Pública o de oficio, como por ejemplo, se reitera, en los casos de los artículos 282 y 394 del CPP.

5. ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURÍDICO COMO DEFENSORES DEL PROCESADO

¿Se puede designar a estudiante de consultorio jurídico como defensor del procesado en el Sistema Acusatorio Penal?
Para responder a este interrogante debemos recordar el contenido de algunas normas, en especial los Arts. 14, 16, 17 y 34 Ley 941 de 14 enero de 2005 que reglamenta el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Tanto los estudiantes de Consultorio Jurídico como los judicantes pertenecen al Sistema Nacional de Defensoría Pública. En efecto, establece el canon 14 de la Ley 941 de 2005:

Art. 14.- **Componentes del sistema**. El Sistema Nacional de Defensoría Pública está compuesto por la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los Defensores del Pueblo Regionales y Seccionales, los coordinadores administrativos y de gestión, los coordinadores académicos, los personeros municipales, los defensores públicos, los abogados particulares vinculados como Defensores Públicos para las excepciones previstas en esta ley, los investigadores, técnicos y auxiliares, ***los judicantes, los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho***, las personas y asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal y las organizaciones que brinden capacitación a los componentes del Sistema (se subraya).

También pertenecerán al Sistema los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.

Por su parte, los artículos 16 y 17 de la Ley 941 de 2005, expresan:

> Art. 16. **Judicatura**. Los egresados de las facultades de Derecho podrán realizar su judicatura como defensores públicos, en los términos previstos en la ley y bajo la dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública.
>
> Art. 17. **Estudiantes de los consultorios jurídicos**. Los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho de las universidades legalmente reconocidas en el país, que formen parte del Sistema Nacional de Defensoría Pública, podrán prestar servicio de asistencia y representación judicial en materia penal.

El canon 34 de la Ley 941 de 2005, dice:

> Art. 34. **Consultorios jurídicos**. Los estudiantes pertenecientes a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho de las Universidades oficialmente reconocidas por el Estado apoyarán, con la coordinación de la Dirección Nacional de Defensoría Pública y la supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la respectiva Universidad, la prestación del servicio de defensoría pública en los asuntos penales de su competencia.
>
> La intervención de los estudiantes de los consultorios jurídicos en calidad de defensores públicos en los procesos penales se hará ante los jueces municipales cuando actúen como jueces de conocimiento o como jueces de control de garantías en los asuntos de su competencia.

Finalmente, el parágrafo del Art. 20 de la Ley 941 de 2005 indica:

> Parágrafo.- Para los efectos de este artículo se entiende por operadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública los defensores públicos vinculados mediante contrato de prestación de servicios profesionales y los abogados particulares que intervengan como defensores públicos para las excepciones previstas en esta ley. *También harán parte los judicantes y los estudiantes de consultorios jurídicos de las facultades de Derecho que se encuentren vinculados al servicio de defensoría pública de la Defensoría del Pueblo, siempre que hayan suscrito contratos o convenios con la Defensoría del Pueblo*. (Se subraya).

Así pues, el estudiante de consultorio jurídico puede ejercer como defensor técnico del imputado o procesado bajo estas condiciones:

- ***Primero***: Que se trate de "*procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía*" como lo establecía el canon 30 del Decreto 196 de 1971, posteriormente modificado por Art. 1° Ley 583 de 2000 en el sentido de que puede actuar en los "*procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante éstos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados*", o como dice la Ley 941 de 2005 en el inciso 2° del Art. 34, con mayor precisión y actualidad: "*La intervención de los estudiantes de los consultorios jurídicos en calidad de defensores públicos en los procesos penales se hará ante los jueces municipales cuando actúen como jueces de conocimiento o como jueces de control de garantías en los asuntos de su competencia*".

Es decir, en procesos donde el Juez natural es el Juez Penal Municipal cuya competencia funcional se encuentra enlistada en el canon 37 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 2° de la Ley 1142 de 2007.

El estudiante de consultorio jurídico que sea defensor del imputado o procesado solamente puede actuar como tal en los procesos del canon 37 del CPP.

Ahora bien, por regla general, las imputaciones se hacen ante el Juez de Control de Garantías que tiene la calidad de Juez Penal Municipal[228] no obstante que el Juez de Conocimiento sea un Juez Penal del Circuito, Especializado o Tribunal en primera instancia (procesos contra jueces y fiscales, por delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas); pero el estudiante solamente puede actuar como defensor del imputado, se reitera, en los procesos donde el Juez natural es el Juez Penal Municipal, esto es, en los delitos del canon 37 de la Ley 906 de 2004.

Como simple curiosidad jurisprudencial, en una situación donde el estudiante de Consultorio Jurídico actuó sin tener facultad legal para ello, la Corte no declaró la nulidad de lo actuado y expresó que ello era apenas una simple irregularidad que no generaba nulidad por violación del derecho de defensa técnica.

En efecto, dijo la Corte en el proceso con Rad. 13.495 de 19 julio de 2001, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll:

> "En el caso sometido a consideración de la Corte, se observa que a pesar de la irregularidad advertida por el demandante, la cual halla respaldo en el expediente, pues el estudiante de derecho AGP no estaba facultado por la ley (art. 30 del Dto. 196/71) para intervenir en la etapa de instrucción en procesos de conocimiento de los juzgados penales del circuito, sino sólo "a) **En los procesos penales de que conocen los jueces municipales** y las autoridades de policía" y, "d) De oficio, en los procesos penales, **como voceros o defensores en audiencia**" (se resalta), es de decirse que contrariamente a lo planteado en el libelo sustentatorio de la impugnación, tal irritualidad no ostenta el carácter de sustancial que amerite decretar la nulidad de lo actuado, ya que la carencia de título de idoneidad profesional en el defensor designado de oficio por el juzgado de conocimiento, en sí misma no constituye motivo de invalidación de lo actuado, como se ha dejado expuesto, y con su participación tampoco colocó a la procesada en posición desventajosa en el proceso, de haber actuado en representación suya un abogado

[228] Parágrafo 1° Art. 39 CPP, modificado por el Art. 48 Ley 1453 de 2011: "*En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá*".

titulado, pues además de que a su iniciativa el juzgado de primera instancia declaró la nulidad a partir inclusive de la clausura del ciclo instructivo reabriendo la oportunidad para pedir pruebas, restauró la garantía constitucional de la defensa técnica que se estimó conculcada.

"[…] Lo cierto del caso, es que en el intervalo procesal en que intervino el estudiante de derecho AGP como defensor de oficio de la procesada MCPN, esto es entre el cierre de la investigación decretado el 17 de mayo de 1994, y la ejecutoria de la resolución acusatoria, no se evidencia en la actuación violación del derecho de defensa técnica por ausencia de defensor o abandono absoluto de su gestión, como para que la nulidad demandada resulte procedente, sino, por el contrario, participación activa de ella en el proceso".

"[…] Precisamente por ostentar carácter excepcional frente al principio constitucional de defensa técnica, resulta conveniente llamar la atención a fin de que, en la medida de lo posible, los despachos judiciales se abstengan de solicitar la presencia de estudiantes de derecho en procesos o etapas de éstos para los cuales la ley no autoriza su intervención, sin que la carencia de título, es conveniente advertirlo, necesariamente conlleve la nulidad de lo actuado, pues, se repite, "el solo hecho de no ser abogado inscrito no es causal de nulidad, a no ser que además el aludido abogado, o alguien sin serlo, no haya desempeñado idóneamente la defensa", no siendo este el caso presente, como ha sido visto". (Resaltado en el texto original).

- ***Segundo***: Que exista convenio suscrito entre la respectiva Universidad y la Defensoría del Pueblo, según reza el parágrafo del Art. 20 Ley 941 de 2005.

- ***Tercero***: Que haya supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001).

Los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971, reformados por la Ley 583 de 2000, y que consagraban la actuación de los estudiantes de consultorio jurídico en el proceso penal, fueron declarados exequibles "*siempre que los estudiantes que actúen en su desarrollo ejerzan el Derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen*" (Sentencia C-143 de 7 febrero de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Esa "*supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la respectiva Universidad*" no quiere decir que el profesor universitario esté sentado al

lado del estudiante en la sala de audiencias cada vez que haya de actuar ante el Juez correspondiente; interpretación tan roma y achatada es realmente un atentado a la pedagogía y a la utilización de medios técnicos y tecnológicos adecuados que hacen innecesaria la presencia física del docente.
Ese acompañamiento personalizado o presencial en la Sala de audiencias impide el uso racional de los medios técnicos y tecnológicos tales como el computador, el internet, el uso de telefonía móvil, el BlackBerry, el chat de los iPad, el e-mail, etc.

El acompañamiento debe ser permanente y constante, es cierto, pero sin llegar al extremo de ser personalizado de tal forma que el profesor se desplace con el estudiante a los estrados judiciales pues se llegaría entonces al absurdo de tener tantos profesores cuantos estudiantes actuaran en las audiencias, lo cual es poco menos que imposible además de ser notoriamente irracional.

En todo caso, el estudiante no puede "*ejercer en forma incontrolada o carente de orientación jurídica y académica*" la representación de las personas, lo cual garantiza "*la idoneidad de la defensa o intervención en favor de la persona que requiere de su representación*"[229].

- **Cuarto**: No debe olvidarse que "*Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas*" (Art. 30-1.2 Dct. 196 de 1971 reformado por el Art. 1° Ley 583 de 2000); es decir, que el servicio se presta a quien no tiene capacidad económica de sufragar abogado convencional y además a las actuaciones el estudiante deberá acompañar la correspondiente autorización del consultorio jurídico.

ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURÍDICO COMO DEFENSORES DEL IMPUTADO O PROCESADO	
CONDICIONES	1.- "*La intervención de los estudiantes de los consultorios jurídicos en calidad de defensores públicos en los procesos penales se hará ante los jueces municipales cuando actúen como jueces de conocimiento o como jueces de control de garantías en los asuntos de su competencia*". (Inciso 2° Art. 34 de la Ley 941 de 2005; y Art. 37 CPP)

[229] Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 7 febrero de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

ESTUDIANTES DE CONSULTORIO JURÍDICO COMO DEFENSORES DEL IMPUTADO O PROCESADO	
CONDICIONES	2.- Que exista convenio suscrito entre la respectiva Universidad y la Defensoría del Pueblo, (parágrafo del Art. 20 Ley 941 de 2005)
	3.- Que haya supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001)
Los estudiantes de Consultorio Jurídico de las Facultades de Derecho pertenecen al Sistema Nacional de Defensoría Pública (Art. 14 y parágrafo Art. 20 de la Ley 941 de 2005)	
"*Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas*" (Art. 30-1.2 Dct. 196 de 1971 reformado por el Art. 1° Ley 583 de 2000)	

6. INTERVENCIÓN SIN ABOGADO E INTERVENCIÓN CON ABOGADO POR PARTE DE LA VÍCTIMA, Y ESTUDIANTE ADSCRITO A CONSULTORIO JURÍDICO

En el sistema acusatorio penal el Juez debe prescindir de una visión investigativa[230], y ha de formar su juicio con fundamento en la evidencia que las partes le presenten en juicio "*basados en los principios probatorios de la pertinencia, admisibilidad, legalidad y confiabilidad*" [231].

El investigador por esencia y antonomasia es la Fiscalía General de la Nación.
El abogado defensor del imputado o procesado en el sistema acusatorio penal también es un investigador[232]; pues a la par de la investigación de la Fiscalía el abogado defensor también realizará su propia investigación de los hechos para asumir una posición cognoscitiva respecto a los mismos y aconsejar a su cliente una estrategia de refutación o una de aceptación de responsabilidad, "*según se establezca la mayor o menor posibilidad de probar*" [233].

230 David Albarracín Durán. Dinámica y acción probatoria de la defensa. Defensoría del Pueblo. Imprenta Nacional, Bogotá, 2009, p. 39.

231 David Albarracín Durán, ob. cit., p. 39.

232 Arts. 125-8, 125-9, 267-274 de la Ley 906 de 2004. Sentencias de la Corte Constitucional C-592 de 2005, C-799 de 2005, C-1194 de 2005, C-186 y C-536 de 2008. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 26.186 de 2007, Sentencia Rad. 26.467 de 2007 y Auto Rad. 32.060 de 21-10-09, entre otras.

233 David Albarracín Durán, ob. cit., pp. 46-47.

Lo que se predica para el abogado defensor del procesado, como investigador, también se debe aplicar para el apoderado judicial de la víctima quien está facultado para ejecutar actos de investigación, no obstante que se diga que la víctima actúa de consuno con la Fiscalía General de la Nación y que la Fiscalía representa los derechos del Estado y de la víctima[234].

Constitucionalmente se habilita a la víctima para una participación activa en la fase de indagación, e inclusive para que aporte pruebas a efectos de que se reanude la investigación en caso de archivo (Art. 79 CPP y C-1154 de 2005), entonces ningún obstáculo hay para que adelante su propia investigación y recaude elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

Durante el proceso penal la Fiscalía General de la Nación representa los derechos del Estado y los derechos de la víctima[235]. Así que, por decirlo de alguna manera, en principio, no hay choque de pretensiones entre los intereses de la víctima y de la Fiscalía; mientras que para el procesado su contraparte natural y obvia es la Fiscalía General de la Nación.

Como una pequeña digresión y con respecto a la petición de pruebas por la víctima en la audiencia preparatoria, dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que "*siempre y cuando canalice lo logrado a través de la Fiscalía, en tanto en el sistema acusatorio oral la introducción probatoria en el juicio solamente puede darse a través de los dos opositores*"[236]; apreciación y entendimiento que es contrario a la sentencia de constitucionalidad C-454 de 7 junio de 2006 que declaró la exequibilidad condicionada del Art. 357 de la Ley 906 de 2004, así:

> "en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, *en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía*" (se subraya).

Es decir, que en tema de petición de pruebas la víctima no actúa con una especie de *capitis deminutio*, al contrario, participa en igualdad de condiciones que la Fiscalía y la Defensa, así que directamente y sin intermediarios puede hacer solicitudes probatorias como en efecto lo interpretó la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-454 de 2006.

---

234 Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 7 septiembre de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

235 Corte Constitucional, Sentencia C-651 de 7 septiembre de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

236 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia Rad. 37.596 de 7 diciembre de 2011, M.P. José Luis Barceló Camacho.

Recordemos que el decreto 196 de 1971 diferenció las actuaciones del estudiante cuando actuaba como defensor del imputado y cuando actuaba "*En los procesos penales de competencia de la jurisdicción ordinaria, como representantes de la parte civil*" (Art. 30-2 Dcto. 196 de 1971). Para el primero impuso limitaciones, tales como que el proceso fuese de competencia del Juez Penal Municipal; mientras que nada dijo para el estudiante apoderado de la parte civil.

Explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-143 de 7 febrero de 2001 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

> "Y si se faculta al legislador para señalar en qué casos puede accederse a la administración de justicia sin representación de abogado, con mayor razón puede el legislador indicar las situaciones en que se acuda representado por alguien que tiene ya una formación jurídica básica, que la ley estima se tiene en la etapa final de la carrera de Derecho. Está entonces dentro de la discrecionalidad del legislador, a la luz de la Constitución, el señalar los casos en los cuales se puede litigar en causa ajena, aun sin poseer todavía el título".

La sentencia C-143 de 2001 no se refirió a la diferenciación entre estudiante apoderado del procesado y estudiante apoderado de la "*parte civil*" (y ahora víctima) en el proceso penal.

Hay varias razones para colegir que el estudiante de consultorio jurídico puede apoderar a las víctimas sin la limitación de competencia funcional como la que tienen los estudiantes de consultorio jurídico cuando actúan como defensores del imputado o procesado.

El estudiante de consultorio jurídico puede actuar como apoderado judicial de la víctima sin interesar si es proceso de competencia de los jueces penales municipales, o penales de circuito, o especializados, o de Tribunal, etc.; por supuesto, cumpliendo los requisitos del convenio entre la Universidad y la Defensoría del Pueblo y "*siempre que los estudiantes que actúen en su desarrollo ejerzan el Derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen*" (Sentencia C-143 de 2001).

Es que la figura del representante judicial de la víctima está expresamente regulada en la Ley 906 de 2004. Sobre el particular se tienen las siguientes normas expresas:

- **Primero**: Entre los derechos de las víctimas según el literal h del Art. 11 de la Ley 906 de 2004 está el de:

"ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral […][237], por un abogado que podrá ser designado de oficio" (se subraya).

La representación entonces debe ser por abogado, y además se contempla la figura de la designación de oficio del abogado para la víctima.

- **Segundo**: Como norma posterior[238] y especial[239], está el canon 137 de la Ley 906 de 2004 sobre intervención de las víctimas en el proceso penal cuyo numeral tercero (3°) expresa:

"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*" (Se subraya).

De esta manera existen dos normas. Una de las normas ordena que la representación judicial debe ser a través de abogado; la otra, faculta como apoderado de las víctimas a un profesional del derecho, esto es, abogado, pero también a los estudiantes de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

Ahora bien, se debe interpretar cuál de las dos normas es prevalente, para lo cual se debe acudir, obviamente a los diversos criterios, axiomas o reglas que rigen la interpretación para que no haya desbordamiento en la tarea de conocer y aprehender el sentido y alcance de la ley.

Estos axiomas son los siguientes[240]: primero, debe indagarse por la voluntad del legislador plasmada en la ley así como el sentido objetivo del texto; segundo, no debe tomarse en cuenta el momento de elaboración de la norma sino el de su aplicación; tercero, que se guarde armonía con la Carta Política y los pactos internacionales incorporados al ordenamiento patrio, esto es, el principio de jerarquía[241] (Arts. 4° y 93.2 Constitución Política), en esta tarea, los jueces y

---

237 La expresión "*si el interés de la justicia lo exigiere*" fue declarada inexequible por sentencia C-516 de 11 julio de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

238 "*Las leyes pueden ser generales que involucran a todos los habitantes del país, o especial cuando se refieren a una circunstancia específica./ En general una Ley posterior deroga a la anterior en cuanto a la materia comprendida./ La Ley especial deroga tácitamente a la general en cuanto a la materia comprendida, pero a la inversa no deroga a la ley especial, salvo que en la ley general aparezca clara la voluntad derogatoria por el objeto del nuevo ordenamiento*" En: http://www.prociuk.com/Derecho%20Civil%20-%20Parte%20General.pdf, consultada en febrero de 2013.

239 *lex specialis derogat legi generali.*

240 Fernando Velásquez Velásquez, Derecho Penal, parte general. Cuarta edición, completamente reelaborada y puesta al día. Bogotá, 2009. Librería Jurídica Comlibros, pp. 286-288.

241 *Lex superior derogat legi inferiori.*

órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta también la interpretación y jurisprudencia de las Cortes Internacionales, por ejemplo, de la Corte Interamericana, exegeta última de la Convención Americana[242]; cuarto, se deben tener en cuenta las cambiantes situaciones que se presentan en la vida real, ya que no existe una interpretación definitiva y válida en todos los tiempos; quinto, la ley debe interpretarse dentro del contexto sistemático (Art. 30 Código Civil[243]); sexto, lo decisivo en la interpretación es el fin que el legislador quiso plasmar al regular la norma; séptimo, la labor hermenéutica no debe beneficiar ni perjudicar a ninguna de las partes, pero en materia penal toda duda se debe resolver a favor del procesado consagrado en el Art. 29 de la Constitución[244] y en el Código Civil en el Art. 31[245]; octavo, la interpretación no es fija ni constante ni inmutable, es dinámica sin que se ponga en peligro la seguridad jurídica; noveno, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; y, décimo, la ley posterior deroga la ley anterior.

En este asunto concreto se aplican preferentemente los dos últimos axiomas.

En efecto, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Es el llamado principio de especialidad[246] que emerge del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887[247], así: "*La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*".

Así mismo, el denominado principio cronológico según el cual la ley posterior deroga la ley anterior. Es el principio jurídico de *lex posterior derogat legi priori* o *lex posterior derogat anterior*[248].

Es que "*la ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior*", según el Art. 2° de la Ley 153 de agosto 15 de 1887.

---

242 Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Rosendo Cantú y otra versus México, sentencia de 31 de agosto de 2010, y Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia, sentencia de 1° de septiembre de 2010.

243 Código Civil, "*Art. 30.- Interpretación por contexto. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía/. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*".

244 *In dubio pro reo.*

245 Código Civil, "*Art. 31. Interpretación sobre la extensión de una ley. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes*".

246 *Lex specialis derogat legi generali.*

247 Artículo reformado por la Ley 153 de 1887, publicada en el Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, de 28 de agosto de 1887, según lo dispuesto en su artículo 49.

248 La ley posterior deroga a la anterior.

Además, "*Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería*", según el Art. 3° de la Ley 153 de 1887.

Prevalece entonces lo dispuesto en la segunda de las normas, esto es, el canon 137 de la Ley 906 de 2004 que permite la asistencia jurídica de la víctima por un profesional del derecho o por un estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

Del canon 137 de la Ley 906 de 2004, se colige entonces:

- **Primero**: Que antes de la audiencia preparatoria no es obligatorio que la víctima esté representada por apoderado judicial como condición para hacer valer sus derechos, es decir, que directamente la víctima puede hacer valer sus derechos;

- **Segundo**: Que en todo caso, a partir de la audiencia preparatoria la víctima, si desea intervenir en el proceso penal, debe hacerlo a través de mandatario judicial, y

- **Tercero**: Que el mandatario judicial de la víctima puede ser un profesional del derecho, esto es, un abogado titulado e inscrito, o bien un estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.

Ahora bien, la norma marca un límite inicial para la representación judicial, que es la audiencia preparatoria. Pero esto no quiere decir, ni más faltaba, que antes no pueda constituir mandatario judicial. El entendimiento de la norma es asaz sencillo y elemental: antes de la audiencia preparatoria, la víctima puede actuar directamente o a través de mandatario judicial. Después de la audiencia preparatoria, la intervención de la víctima se hará necesariamente a través de apoderado judicial que puede ser abogado titulado o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada, como ya quedó dicho.

7. EXTENSIÓN DEL APODERAMIENTO JUDICIAL EN MATERIA PENAL

La Ley 906 de 2004 no fijó un límite final de representación judicial del imputado ni para la representación técnica o profesional de la víctima,

En el Art. 129 de la Ley 600 de 2000 se consagró que "*El nombramiento del defensor de confianza o de oficio, hecho desde la vinculación a la actuación o en cualquier otro momento posterior, se entenderá hasta la finalización del proceso*".

En el sistema mixto inquisitivo el proceso finaliza con la ejecución de la sanción penal, pues el Juez de Ejecución de Penas adelanta el proceso que precisamente tiene que ver con la pena.

La Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2 marzo de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, explicó que "*el ámbito de aplicación del derecho a la defensa dentro del proceso penal se extiende a la etapa pre procesal de la indagación previa, y a partir de ella, a todos los demás actos procesales hasta la decisión final*", sin embargo, la Corte no precisó el concepto de "*decisión final*".

Pero indudablemente que en la fase penitenciaria también se debe garantizar el derecho de defensa técnica, así que la decisión final será la que se adopte por el Juez de Ejecución de Penas en dicha fase.

Hasta el trámite penitenciario es que se extiende el apoderamiento judicial, de tal forma que una vez ejecutoriada la sentencia penal de condena continúa el acompañamiento por el profesional del derecho sin que sea menester el otorgamiento de nuevo poder.

Lo dicho para el apoderado judicial del imputado o condenado.

Para el apoderamiento judicial de la víctima, consideramos que en el incidente de reparación integral no es necesario el otorgamiento de nuevo poder a quien ya venía ejerciendo como tal, toda vez que no se ha presentado el fenómeno de la "*terminación del poder*" de conformidad con el canon 76 del Código General del Proceso.

Entre las facultades del apoderamiento judiciales está la de "*realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia*", según el Art. 77 del CGP, y una de las consecuencias de la sentencia de condena es precisamente el surgimiento de la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral ante el Juez Penal de Conocimiento de primera instancia.

Ya se vio que el incidente de reparación integral si bien es cierto es separado del proceso penal no es absolutamente independiente del mismo y más bien se puede considerar como su continuación, de tal forma que muchas normas del proceso penal se aplican al incidente, en la medida en que no contravengan su naturaleza; y la representación judicial no contraviene su naturaleza, al contrario, es una garantía constitucional y un derecho procesal; además, se reitera, el apoderamiento judicial se extiende a la actuación posterior que sea consecuencia de la sentencia (Art. 77 CGP).

Así pues, esa representación judicial de la víctima con estudiante de consultorio jurídico que fue válida durante el proceso penal acusatorio seguirá teniendo validez en el incidente de reparación integral en la medida, en que, se repite, es una actuación posterior a la sentencia de condena y consecuencia necesaria de la misma y puede considerarse como su continuación.

No parece lógico, ni adecuado, ni razonable ni jurídico, que el estudiante represente los intereses jurídicos de la víctima en el proceso penal, pero que no pueda hacerlo en el incidente de reparación integral de perjuicios.

Se insiste, el canon 137-3 de la Ley 906 de 2004 es norma posterior y especial, y por lo mismo de aplicación preferente sobre otras normas, como por ejemplo el Art. 30 Decreto 196 de 1971 modificado por la Ley 583 de 2000, que pudieran limitar la actuación de los estudiantes de consultorio jurídico en algunos procesos, aunque, de otra parte, y esto es bien importante y relevante, el incidente de reparación integral no es un proceso civil declarativo en todo el sentido de la palabra en los términos procesales del Código General del Proceso.

En efecto, la norma expresa:

> "LEY 583 DE 2000
> (junio 12)
> por la cual se modifican los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971.
>
> El Congreso de Colombia,
>
> DECRETA:
>
> Artículo 1º. El artículo 30 del Decreto 196 de 1971 quedará así:
>
> Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca.
>
> Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica

de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas.

La prestación del servicio de consultorio jurídico en ningún caso será susceptible de omisión ni homologación.

Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos, actuando como abogados de pobres:

1. En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante éstos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados.

2. En los procesos penales de competencia de la jurisdicción ordinaria, como representantes de la parte civil.

3. De oficio, en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia.

4. En los procesos laborales, en que la cuantía de la pretensión no exceda de 20 salarios mínimos legales vigentes y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral.

5. En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia.

6. En los procesos de alimentos que se adelanten ante los jueces de familia.

7. De oficio, en los procesos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación.

8. De oficio, en los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República.

9. De oficio, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas"[249].

En el incidente de reparación integral no interesa la cuantía de la reclamación en los términos del canon 19 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Art. 1° de la Ley 572 de 2000, así que no hay trámite de mayor, menor o mínima cuantía como en el proceso civil (actual Art. 25 del CGP).

Independientemente de la cuantía de los perjuicios que se reclamen, el trámite siempre será el mismo, esto es, el propio del incidente de reparación integral según los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004.

[249] Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por sentencia C-143 de 7 febrero de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Así mismo, independientemente de la cuantía de la reclamación, el competente siempre será el Juez Penal que dictó la sentencia de primera instancia.

La competencia funcional la designó el legislador al Juez de Conocimiento, en todos los casos, con un trámite igual e independientemente de la cuantía de la reclamación o la estimación del valor de los perjuicios.

Estas son razones adicionales para pregonar que el estudiante de consultorio jurídico puede actuar como apoderado judicial de la víctima en el incidente de reparación integral de perjuicios ante el Juez Penal de Conocimiento, y sin necesidad de nuevo poder.

8. CONCLUSIONES SOBRE EL APODERAMIENTO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

De acuerdo con lo que se ha discurrido sobre el particular, podemos concluir entonces:

- ***Primero***: Que el estudiante de consultorio jurídico que actúe como apoderado judicial de la víctima puede hacerlo sin las limitaciones que tiene el estudiante de consultorio designado como defensor del imputado o procesado; es decir, que el estudiante apoderado de la víctima puede actuar ante cualquier autoridad judicial y puede hacerlo sin limitación de cuantía en el incidente de reparación integral.

- ***Segundo***: Se requiere que exista convenio suscrito entre la Universidad y la Defensoría del Pueblo, según el parágrafo del Art. 20 Ley 941 de 2005.

- ***Tercero***: Se requiere que haya supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la respectiva Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001). Valga aquí lo dicho en párrafos anteriores sobre el particular.
- ***Cuarto***: Que "*Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas*" (Art. 30-1.2 Dct. 196 de 1971 reformado por el Art. 1° Ley 583 de 2000); lo cual quiere decir, que el servicio se presta a quien no tiene capacidad económica de sufragar abogado convencional y que además a las actuaciones

el estudiante deberá acompañar la correspondiente autorización del consultorio jurídico.

- ***Quinto***: Que quien ya venía ejerciendo como representante técnico o profesional de los intereses de la víctima en el proceso penal, no necesita de nuevo poder para iniciar ni tramitar el incidente de reparación integral de perjuicios.

  Sin embargo, como simple recomendación de una buena práctica judicial, en el poder para el estudiante, la víctima, además de las facultades ordinarias del Art. 77 del CGP, puede adicionar expresamente que se le faculta para iniciar y tramitar el incidente de reparación integral de perjuicios.

- ***Sexto***: Que también podrán ser apoderados judiciales de la víctima, como es apenas obvio, el abogado titulado e inscrito, el abogado con licencia temporal en los términos del Art. 31 del Decreto 196 de 1971, y "*por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito*" en los procesos de mínima cuantía, que están en la actualidad hasta en cuarenta (40) smlmv según el Art. 25 del Código General del Proceso.

<table>
<tr><th colspan="3">VÍCTIMA Y APODERADOS JUDICIALES (Art. 137-3° CPP/2004)</th></tr>
<tr><td>1.- Antes de la audiencia preparatoria no es obligatorio que la víctima esté representada por apoderado judicial como condición para hacer valer sus derechos, es decir, que directamente la víctima puede hacer valer sus derechos (Arts. 11, 135 y 136 SAP y Rad. 29.484 de 16-12-08)</td><td>2.- En todo caso, a partir de la audiencia preparatoria la víctima, si desea intervenir en el proceso penal, debe hacerlo a través de mandatario judicial (Art. 137-3 SAP)</td><td>3.- El mandatario judicial de la víctima puede ser un profesional del derecho, esto es, un abogado, o bien un estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada (Art. 137-3 SAP y Tutela de la sala Penal Rad. T-61.798 de 21-08-12)</td></tr>
<tr><td colspan="3">El estudiante de consultorio jurídico que actúe como apoderado judicial de la víctima puede hacerlo sin las limitaciones que tiene el estudiante de consultorio designado como defensor del imputado o procesado; es decir, que el estudiante apoderado de la víctima puede actuar ante cualquier autoridad judicial y puede hacerlo sin limitación de cuantía en el incidente de reparación integral (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Tutela Rad. T-61.798 de 21 agosto de 2012)</td></tr>
<tr><td colspan="3">Se requiere que exista convenio suscrito entre la Universidad y la Defensoría del Pueblo (parágrafo Art. 20 Ley 941 de 2005), también supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la respectiva Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001). Son abogados de pobres (Art. 30-1.2 Dct. 196 de 1971 reformado por el Art. 1° Ley 583 de 2000)</td></tr>
</table>

9. TUTELA N° T-61.798 DE 21 AGOSTO DE 2012 DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Precisamente en un caso de homicidio donde no se reconoció personería jurídica para actuar en favor de la víctima a estudiante de consultorio jurídico vinculado a la Defensoría de Pueblo, una Sala de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 agosto de 2012, Rad. T-61.798, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, concluyó que el estudiante de consultorio jurídico puede representar los intereses de la víctima en todo momento y ante todas las autoridades judiciales del país.

Estos son los principales argumentos expuestos en la sentencia de tutela:

Que según el Art. 137-3 del CPP, avalado por sentencia C-516 de 2007, se debe entender que la norma ninguna restricción impuso a los estudiantes de consultorio jurídico en cuanto a la sede judicial ante la cual adelanten sus actuaciones cuando se trate de representar los derechos de las víctimas.

Negar una pretensión de esta naturaleza sería negar el acceso a la administración de justicia en la medida que se obliga al ciudadano a contratar los servicios de un profesional del Derecho cuando las posibilidades económicas son precarias o nulas.

La restricción legal para los estudiantes se fijó expresamente cuando se trate de defensores del sujeto pasivo de la acción penal, esto es, el imputado o acusado, y ninguna limitante estableció con relación a la representación de los intereses de la víctima.

Finaliza la sentencia con este argumento que se transcribe *in extenso*: "*De manera que no le es dable a la funcionaria demandada negarse a reconocerle personería para actuar a una estudiante de consultorio jurídico partir de una afirmación generalizada en el sentido de que estos aprendices del derecho no están preparados o no asumirán con responsabilidad la labor representativa encomendada, pues en estos casos, la ley ha presumido un mínimo de formación profesional para tales efectos; postura que ha sido avalada por la Corte Constitucional quien de antaño ha interpretado que la ley autoriza a los egresados o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico para que puedan atender a las necesidades profesionales del defendido y en este caso, de las víctimas./. Se trata simplemente de permitir que personas calificadas por sus estudios profesionales, bajo la coordinación científica y académica de los consultorios jurídicos de las universidades con facultades de derecho y egresados de las mismas, en trance de*

obtención del título profesional o del cumplimiento de los requisitos especiales para el mismo como el de la judicatura, pongan sus conocimientos profesionales adquiridos y actúen como abogados en la defensa de los intereses de los actores en el proceso penal".

10. CUADRO SOBRE EL APODERAMIENTO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA

APODERADO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL (Derecho de Postulación)	
Abogado titulado e inscrito	Art. 63 CPC y Art. 73 CGP
Abogado con licencia temporal	Art. 31 Decreto 196 de 1971
"*Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito*"	En procesos de mínima cuantía, hasta 40 smlmv (Art. 25 CGP)
Estudiante de consultorio jurídico (Art. 137-3 CPP), sin limitación de competencia, ni de cuantía en el incidente de reparación integral. Bajo estos condicionamientos:	1.- Convenio suscrito entre la Universidad y la Defensoría del Pueblo (parágrafo del Art. 20 de Ley 941 de 2005)
	2.- Supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la respectiva Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001).
	3.- Debe anexar la autorización del respectivo Consultorio Jurídico (Art. 30 Decreto 196 de 1971 y Art. 1° Ley 583 de 2000). Son abogado de pobres

11. LOS CENTROS DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS (CAV)[250]

Precisamente para hacer realidad los derechos de la víctima en el proceso penal acusatorio es que se han creado por la Fiscalía General de la Nación los Centros de Atención a las Víctimas (CAV), en convenios con diferentes entidades y con los consultorios jurídicos de las universidades.

Es misión de los CAV garantizar los derechos de las víctimas, a través de un trato digno y humano con miras a fortalecer el proceso penal y la relación del usuario con el Fiscal del caso.

[250] http://www.cavcolombia.org/

El CAV es un espacio en el cual se brinda atención, asesoría y acompañamiento en el área jurídica, psicológica y social a todas las personas que hayan sido víctimas de delito, especialmente, de homicidio, violencia sexual o violencia intrafamiliar, garantizando de esta manera sus derechos dentro del proceso penal[251]. Este servicio y acompañamiento es útil para las personas que están pasando en su vida por la dolorosa experiencia de ser víctimas de uno de los delitos antes mencionados, pues generalmente se encuentran desorientadas, desconocen sus derechos y cómo hacerlos efectivos. En el CAV encuentran ese apoyo y acompañamiento para que se respeten los derechos y se hagan efectivos mediante un trato amable y digno[252].

Son objetivos del CAV, entre otros, (i) atender a los afectados de delitos, cumpliendo con el mandato constitucional de garantizar el respeto a los derechos de las víctimas, y (ii) apoyar, asesorar y respaldar a las víctimas y testigos para que participen activamente en el Sistema Penal Acusatorio, con el propósito de obtener un acceso oportuno y eficaz a la reparación integral.

Entre las funciones del CAV, se cuentan: informar a los usuarios sobre el estado de su caso, incluyendo las audiencias programadas; evaluar cualquier riesgo a la seguridad de la víctima y/o testigo y remitir a la Oficina de Protección a Víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal de la Fiscalía General de la Nación o a la Policía Nacional; acompañar a los usuarios en audiencias y diligencias judiciales, especialmente en el incidente de reparación integral; remitir a los usuarios a los centros de servicios sociales, sicológicos o equivalentes para su debida atención y reparación de sus derechos y garantizar el acceso a la justicia, la verdad y la reparación, evitando la re victimización de los usuarios; procurar la designación de un intérprete o traductor gratuito para las víctimas cuando sea necesario, etc.

12. RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA JURÍDICA PARA ACTUAR EN FAVOR DE LA VÍCTIMA

Algunos juzgadores podrán considerar que para mejor protección de los derechos de las víctimas en el incidente de reparación integral de todas formas se requiere la representación de abogado titulado e inscrito y que no es suficiente, ni legal, la asistencia por estudiante de consultorio jurídico, en cuyo caso podrán negar entonces reconocimiento de personería suficiente a dicho estudiante.

251 http://cavcolombia.org/index.php/preguntas/

252 http://cavcolombia.org/index.php/preguntas/

En vigencia del Decreto 2282 de 1989, Art. 1°, mod. 169, era susceptible del recurso de apelación el auto que "*rechace la representación de alguna de las partes*", apartado que fue eliminado por el Art. 14 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el Art. 351 del CPC, y que tampoco reprodujo el Código General del Proceso en el Art. 321-2.

Un auto de esa naturaleza, en la actualidad, solamente tendrá recurso de reposición de conformidad con los Arts. 176.2 del CPP y 318.1 del CGP.

Los argumentos que puede exponer el estudiante de consultorio jurídico que actúe como apoderado judicial de la víctima y a quien no se le reconozca personería para actuar, podrán ser:

(i) que el Art. 137-3 del CPP permite la representación con estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada, y que es norma posterior y especial sobre el Art. 11 literal h del CPP, y por tanto, de aplicación preferente;

(ii) que desde el poder se indicaron las facultades expresas, entre otras, las de iniciar y tramitar el incidente de reparación integral;

(iii) que el apoderamiento no ha culminado y no ha sido revocado según el Art. 76 del CGP;

(iv) que de no permitirse la intervención se estarían limitando los derechos constitucionales de la víctima al efectivo acceso a la administración de Justicia según el Art. 229 de la Carta, y

(v) que según la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado Nº T-61.798 de 21 agosto de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, se concluye que el estudiante de derecho de consultorio jurídico puede representar a la víctima en todas las etapas del proceso penal y ante todo clase de jueces penales, esto es, sin limitación alguna.

Una vez agotado el recurso de reposición ante el mismo funcionario judicial a efectos de lograr el reconocimiento de la representación judicial para actuar, la víctima tendrá entonces la opción de acudir ante el Juez de tutela si considera que se ha presentado alguna causal genérica de procedibilidad de dicha acción constitucional.

El concepto de causales genéricas de procedibilidad se utilizó por primer vez por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 8 junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Para mayor ilustración en especial de los estudiantes de Consultorio Jurídico, se recuerda que las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela son las siguientes[253]:

CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA	
CAUSAL	**EXPLICACIÓN**
Defecto orgánico	En su caso típico, es cuando el juez que carece de competencia para resolver un caso determinado asume su conocimiento o, incluso, imparte la sentencia
Defecto material o sustantivo	Cuando el juez decide el caso con base en normas que no se encuentran previamente establecidas, o son inexistentes o inconstitucionales, o las interpreta inadecuadamente o, también, cuando no hay una relación lógica entre los fundamentos de la decisión y la resolución adoptada en el fallo
Defecto procedimental	Se presenta cuando el operador judicial se aparta de las normas procedimentales establecidas en el ordenamiento jurídico para adelantar las actuaciones dentro de un proceso judicial, o cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido
Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto	Se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial[254]
Defecto fáctico	Se presenta cuando hay una indebida valoración del material probatorio por parte del operador judicial de una magnitud tal que afecte el fallo proferido por el Juez
Defecto por error inducido	Se presenta cuando se dicta una decisión violatoria de derechos fundamentales, porque el operador judicial fue engañado por alguna de las partes o por la falta de colaboración entre los órganos del poder público que hace que el juez desconozca información que es necesaria para fallar con justicia un caso determinado

253 Tomado de Jurisdicción de Paz y Derechos Fundamentales, Diego Eduardo López Medina, Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*", 2010, pp. 25-26 y adicionado con lo dicho en sentencia T-309 de 24 abril de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA	
CAUSAL	**EXPLICACIÓN**
Defecto por desconocimiento del precedente constitucional	Se presenta cuando la Corte Constitucional ha determinado el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley sin tomar en consideración las sub reglas de origen jurisprudencial determinadas por el alto tribunal constitucional. Se presenta igualmente, cuando el juez del proceso ignora el alcance de una ley, fijado por la Corte Constitucional con efectos *erga omnes*
Defecto por violación directa de la Constitución	Se presenta cuando el Juez interpreta una norma de manera abiertamente contraria a la Constitución o al Bloque de Constitucionalidad, o cuando no aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso
Decisión sin motivación	Referido al incumplimiento por parte del juez de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones que es precisamente en donde reposa la legitimidad de su órbita funcional

La procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales —se resaltó en la sentencia T-309 de 24 abril de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio— está supeditada a que se verifique el cumplimiento de los requisitos generales y de alguna de las causales específicas de procedibilidad, las cuales deben aparecer de forma manifiesta en la providencia examinada, de tal forma que la acreditación de las exigencias generales se relaciona con la procedencia de la acción de tutela, mientras que las específicas se refieren a la prosperidad del amparo reclamado[255].

13. APODERADO JUDICIAL DE LA VÍCTIMA NNA EN DELITO COMETIDO POR UN ADULTO

La Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia (CIA) en su artículo 196 expresa:

> ART. 196.—**Funciones del representante legal de la víctima**. Los padres o el representante legal de la persona niños, niñas y adolescentes, están facultados para intervenir en los procesos penales en que se investigue o juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente como representante de

254 Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2010 y sentencia de Tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Rad. T-61.877 de 9 agosto de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

255 Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 22 septiembre de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

> este, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal y para iniciar el incidente de reparación integral de perjuicios.
>
> Los niños y niñas víctimas, tendrán derecho a ser asistidos durante el juicio y el incidente de reparación integral por un *abogado (a) calificado* que represente sus intereses aún sin el aval de sus padres y designado por el Defensor del Pueblo (Se subraya).

Según norma expresa del CIA se requiere la representación judicial del NNA víctima del delito a través de abogado "*calificado*".

Algunos concluyen tajantemente que el legislador entonces excluyó a los estudiantes de consultorio jurídico como apoderados de VÍCTIMAs NNA de delitos cometidos por adulto.

Pero parece que la conclusión no puede ser tan radical, y se cuenta con argumentos para pregonar que aún inclusive en delitos donde son víctimas NNA en delitos cometido por adulto, los estudiantes de consultorio jurídico pueden actuar como representantes legales.

En efecto:

En ***primer lugar***, es claro que no existe el abogado "*calificado*". Ni el decreto 196 de 12 febrero de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía) y las leyes que lo modifican, ni la Ley 941 de 14 enero de 2005 (Sistema Nacional de Defensoría Pública), ni la Ley 1123 de 22 enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado[256]), regulan o reglamentan la calidad de abogado "*calificado*". No existe pues legalmente el abogado "*calificado*".

En ***segundo lugar***, cuando la ley exige alguna calidad especial en el abogado, por ejemplo, acreditación de títulos de especialización, así expresamente lo indica; así por ejemplo el Art. 80-3 de la Ley 1098 de 2006. Pero en todo caso, ese es un abogado con título de especialización, pero no un abogado "*calificado*".

En ***tercer lugar***, la norma consagra un derecho de asistencia legal o letrada en favor de los derechos del NNA víctima de delito cometido por adulto; la norma en ningún momento está imponiendo un deber o una obligación, ni mucho menos una

[256] Que en el Parágrafo del artículo 18 establece: "*Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las universidades del país, serán disciplinados conforme a los estatutos de la correspondiente universidad*".

prohibición al estudiante de consultorio jurídico para intervenir en dicho trámite. Como derecho entonces, se puede ejercer o no ejercer.

En ***cuarto lugar***, si bien es cierto que el artículo 3º de Decreto 196 de 1971 consagrad que "*Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales*" y que para ejercer la profesión de abogado debe estar inscrito como tal (Art. 4º *ibídem*); una norma posterior, la Ley 583 de 12 junio de 2000, que modificó los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971, en su artículo 1° expresa que los estudiantes de consultorio jurídico son "*abogados de pobres*"; es decir, que sencillamente a los estudiantes les dio la calidad de abogado pero para esas especificas actuaciones.

En ***quinto lugar***, los estudiantes de consultorio jurídico pertenecen al Sistema Nacional de Defensoría Pública "*siempre que hayan suscrito contratos o convenios con la Defensoría del Pueblo*" (Arts. 14, 17, parágrafo Art. 20 y, Art. 34 Ley 941 de 2005), lo cual garantiza entonces una adecuada preparación y cualificación para el ejercicio del cargo. El estudiante de consultorio jurídico hace parte de la Red del Sistema Nacional de Defensoría Pública y como tales también podrán asumir la defensa técnica en ausencia de apoderado del NNA (Art. 163-7 del CIA).

En ***sexto lugar***, si no hay lugar al apoderamiento de oficio para la reclamación civil, pues la designación de abogado de oficio es para la defensa en el proceso penal (Art. 29 de la Carta), entonces no se puede impedir el acceso a la administración de justicia de quien no puede sufragar los costos de un apoderado contractual, en cuyo caso, y para garantizar los derechos del NNA víctima de delito cometido por adulto, el Juez deberá oficiar a la Defensoría del Pueblo y a los consultorios jurídicos para la asesoría y asistencia legal de ese NNA víctima.

En ***séptimo lugar***, existe una condición especial, al menos para el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (SRPA), que no aplica al régimen ordinario o común de la Ley 906 de 2004: "*La designación de quienes conforman el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes deberá recaer en personas que demuestren conocimiento calificado de derecho penal y de infancia y familia, y de las normas internas e internacionales relativas a Derechos Humanos*". Pero ese conocimiento específico no implica el estudio de postgrado en la materia, es suficiente el conocimiento que se acredita con asistencia a cursos o seminarios como los que imparte, por ejemplo, la Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*", la Escuela de la Fiscalía General de la Nación, el Instituto de Estudios del Ministerio Público, etc.

En ***octavo lugar***, y aún para quienes consideren que los estudiantes de consultorio deben abandonar la representación de NNA víctimas de delitos para ceder el espacio a un abogado titulado e inscrito y evitar así la nulidad, se debe aclarar que desde las leyes francesas de 1933 y 1935 se fijó el principio "*pas de nullité sans grief*", esto es, "*no hay nulidad sin perjuicio*", que es un principio que corresponde a la teoría general del proceso[257]. Además, se deberán seguir los principios de las nulidades, así:

(i) el de taxatividad, legalidad, especificidad o seguridad jurídica, ya que se decreta la nulidad solamente por las causales previstas en la ley, conocida con el aforismo "*pas de nullité sans texte*" del Código Napoleónico de 1806;

(ii) de protección, pues nadie será oído si alega su propia torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), o nadie puede válidamente alegar contra su propios actos (*adversus factum quis venire potest*), o no puede invocar nulidad quien coadyuvó a la irregularidad, salvo ausencia de defensa técnica en materia penal;

(iii) de trascendencia, que surgió precisamente como una reacción contra el formalismo, el cual explica que debe existir un daño o perjuicio cierto, concreto, real e irreparable, es decir, debe existir una irregularidad sustancial que afecte garantías constitucionales o que desconozca los fundamentos del proceso, ya que no hay nulidad por la nulidad misma;

(iv) convalidación, subsanación o integración, esto es, que si hay consentimiento expreso o tácito del perjudicado no se puede decretar la nulidad, salvo violación de la defensa técnica;

(v) el principio de conservación, según el cual en caso de duda debe mantenerse la conservación del acto y no se decreta la nulidad ya que el acto irregular no necesariamente será nulo;

(vi) el de residualidad, por medio del cual si no hay otro remedio para superar la irregularidad, se decreta nulidad, y en todo caso se acude a la solución menos traumática[258], la nulidad es el remedio extremo, pues no toda irregularidad constituye nulidad (Corte Constitucional, Sentencia C-491 de 1995), y

---

257 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Rad. 31.900 de 24-08-09.

258 En tema de solución menos traumática, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias del SMI con Rad. 13.358 de 04-09-03 y Rad. 22.047 de 29-10-08, entre otras; y sentencia del SAP, con Rad. 31.280 de 08-07-09 y Rad. 30.612 de 03-02-10, entre otras.

(vii) instrumentalidad o de la finalidad cumplida, pues si el acto cumplió su finalidad y no vulneró el derecho de defensa, no corresponde decretar la nulidad.

En ***noveno lugar***, y para resolver el interrogante de ¿Qué pasa si un estudiante de Consultorio Jurídico asume un proceso que, en principio, no puede tramitar?; la respuesta, según jurisprudencia, es que es una irregularidad que no genera nulidad. Así se concluyó por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 13.495 de 19 julio de 2001, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll, en un caso donde el estudiante actuó ante juzgado de instrucción criminal (que investigaba y calificaba procesos de competencia de los juzgados penales del circuito y superiores) y la Corte no anuló la actuación.

En conclusión, el estudiante adscrito a consultorio jurídico de facultad de Derecho legalmente reconocida, que haya suscrito contrato o convenio con la Defensoría del Pueblo (Art. 20 Ley 941 de 2005) y con supervisión directa en cada actuación del personal académico que designe la Universidad (Art. 34 Ley 941 de 2005 y Sentencia C-143 de 2001), puede actuar como apoderado judicial de NNA víctima de delito cometido por adulto.

14. CONFLICTO DE PRETENSIONES ENTRE EL ABOGADO DEL PROCESADO Y SU CLIENTE

En tema de conflicto de pretensiones entre abogado defensor y procesado, existe la regla general según la cual prevalece la voluntad del abogado.

Así se consagra expresamente en la parte final del canon 130 de la Ley 906 de 2004:

> En todo caso, de mediar conflicto entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las de aquélla.

El Art. 127 de la Ley 600 de 2000 es del siguiente tenor:

> Art. 127.—**Facultades.** Para los fines de su defensa el sindicado deberá contar con la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio. Cuando la defensa se ejerza de manera simultánea por el sindicado y su defensor, prevalecerán las peticiones de este último

Similar norma se consagró en el Art. 137 Dct. 2700 de 1991, así:

> Art. 137. **Facultades del sindicado.** Para los fines de su defensa, el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, *excepto la sustentación del recurso de*

casación. Cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas[259].

Sobre el tema, la Corte Constitucional explicó que "*ante las contradicciones que pudieren presentarse, el concepto de defensa técnica, tan caro a los postulados constitucionales, quedaría desvirtuado si la actuación del profesional del derecho quedara supeditada al criterio de cualquiera otra persona, incluído el sindicado que, por carecer de una adecuada versación en materias jurídicas no esté en condiciones de procurar el correcto ejercicio de las prerrogativas consagradas en el artículo 29 superior y en diversas normas del estatuto procesal penal. La defensa técnica adquiere toda su dimensión cuando en aras de la vigencia de esas prerrogativas y garantías se le otorga el predominio a los criterios del abogado, sustentados en el conocimiento de las reglas y labores anejas al ejercicio de su profesión*"[260].

Esa regla general tiene una importante y notoria excepción.

Es precisamente la aceptación de responsabilidad penal por el imputado o procesado a través de los mecanismos de terminación abreviada del proceso penal o de justicia premial, tales como el allanamiento a cargos y la negociación.

En estas actuaciones solo el procesado puede ejercer en forma directa su derecho, aunque asistido por su defensor[261]. Cuando se trate de disposición de derechos del imputado o acusado, como es la renuncia a un juicio público y a la no autoincriminación, prevalece la voluntad de éste[262].

En aceptación de responsabilidad penal prevalece entonces la voluntad del imputado, acusado o procesado. Aunque la defensa material y técnica es articulada, en determinados eventos debe preferirse, dada la naturaleza de la intervención o sus efectos, el criterio de uno u otro, como sucede, se reitera, en los eventos de allanamiento a cargos, donde prima la voluntad del imputado o acusado[263].

En efecto, el canon 354 de la Ley 906 de 2004, inserto en el capítulo de "*Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*", preceptúa que "*Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que*

---

259 Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por sentencia C-657 de 28 noviembre de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

260 Corte Constitucional. Sentencia C-657 de 28 noviembre de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

261 Corte Constitucional. Sentencias C-488 de 1996 y C-1137 de 2004.

262 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

263 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia".

A través de la aceptación de cargos se limita "*la actuación del togado a la voluntad de su asistido*"[264], con lo cual se recorta además de manera ostensible el campo de la impugnación, en tanto que ni la responsabilidad, ni la legalidad de las pruebas, son susceptibles de discutirse, limitándose la apelación al monto de la pena y a la eventual concesión de subrogados[265].

Ese conflicto de pretensiones no debe llevar a extremos de hacer nugatorio el derecho de impugnación, por ejemplo, cuando tanto procesado como defensor interponen recurso de apelación, pero el abogado defensor desiste del mismo en cuyo caso ese desistimiento no se hace extensivo a la impugnación que presentó el procesado[266].

Así mismo, la sustentación del recurso de apelación por parte del imputado o procesado no está atado indefectiblemente a la asesoría o coadyuvancia de su abogado defensor[267].

De otra parte, la impugnación o el recurso puede ser sustentado directamente por el procesado, o por su abogado defensor, o por ambos, lo que corresponde a la esencia y razón de ser del contrato de mandato que se celebra, precisamente, para que el mandatario o apoderado actúe en nombre, representación y por cuenta del mandante o procesado[268].

De conformidad con lo expuesto, "*es dable concluir que las autoridades judiciales o administrativas, no pueden desatender la sustentación del recurso de apelación, argumentando que fue el apoderado y no el representado quien impugnó la providencia que se controvierte, porque, salvo dictados expresos del legislador, debidamente justificados, los medios defensivos utilizados por las partes y los recursos interpuestos por sus apoderados, así se presenten separadamente, comportan la misma defensa*"[269].

---

264 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 33.817 de 22 julio de 2010, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

265 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005, Rad. 24.026, M.P. Mauro Solarte Portilla.

266 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Tutela Rad. 12.825 del 21 de enero de 2003, Auto de recurso de queja Rad. 20.777 del 27 de mayo de 2003, Rad. 15.956 de 7 julio de 1999 y Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011.

267 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Tutela Rad. 12.825 del 21 de enero de 2003, Auto de recurso de queja Rad. 20.777 del 27 de mayo de 2003, Auto Rad. 15.956 de 7 julio de 1999 y Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011.

268 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Tutela Rad. 12.825 del 21 de enero de 2003, Auto de recurso de queja Rad. 20.777 del 27 de mayo de 2003, y Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011.

269 Corte Constitucional. Sentencia T-1137 de 11 noviembre 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

El fenómeno de la unidad de defensa, expresa la Sala Penal de la Corte, advierte que tanto el defensor técnico como el imputado o acusado tienen poder propio de postulación, así que lo que cada uno realice sirve de complemento o soporte de la actividad del otro, sin que, en principio, pueda decirse que necesariamente a uno u otro se le defieren específicas y concretas tareas defensivas[270].

15. CONFLICTO DE PRETENSIONES ENTRE EL ABOGADO DE LA VÍCTIMA Y SU CLIENTE

Ya quedó visto que hay norma expresa que regula el conflicto de pretensiones entre abogado defensor del procesado y su cliente. No obstante, ¿cómo se soluciona el conflicto de pretensiones entre víctima y su apoderado judicial convencional o de oficio?

Lo primero que se debe destacar es que no hay norma expresa que regule la situación.

Lo segundo que debe decirse es que no puede haber aplicación analógica del Art. 130 de la Ley 906 de 2004 pues ésta es norma expresa que regula la situación del procesado y su apoderado judicial[271].

Así pues, lo más razonable es que ante la situación de conflicto de pretensiones entre víctima y su apoderado judicial se debe analizar cada caso en su particularidad con miras al reconocimiento de los derechos a la verdad, justicia y reparación de la víctima.
En efecto,

> "Por este motivo la decisión que adopte el Juez penal ante una diferencia como ésta debe sustentarse en la garantía de los derechos constitucionales y legales de la víctima, previo análisis del contexto específico de cada audiencia y estudio de las particularidades del respectivo caso. […]. Enfatiza la Sala que los problemas jurídicos que se susciten sobre el particular exigen la contemplación de las características del proceso correspondiente, premisa que excluye una solución general, abstracta y uniforme en todas las actuaciones penales" [272].

En audiencias de preclusión donde el abogado apoderado judicial de la víctima manifestó expresamente estar de acuerdo con la decisión de preclusión, la víctima

---

270 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.659 de 26 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

271 "*lo cual excluye la aplicación analógica del artículo 130 de la ley 906 de 2004 al conflicto mencionado*", Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

272 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

personalmente manifestó su intención de apelar dicho auto interlocutorio[273] y sustentar la inconformidad; en dichas situaciones la Corte admitió la posibilidad de impugnación directa por parte de la víctima en contravía del comportamiento de su apoderado judicial para efectos de garantizar el derecho de acceso a la segunda instancia y el ejercicio de oposición a la pretensión de preclusión de la Fiscalía General de la Nación[274].

La víctima, que por lo general no es profesional del Derecho, tiene entonces legitimidad procesal e interés jurídico en la causa para interponer y sustentar directamente el recurso de reposición y/o apelación en contra del auto que decide la preclusión de la investigación.

Esa facultad de impugnación directamente por la víctima se admitió por la Sala Penal de la Corte desde Auto de segunda instancia de 9 de diciembre de 2010, Rad. 34.782, "*pues la misma les fue reconocida mediante sentencias C-004 de 2003 y C-047 de 2006 de la Corte Constitucional*"[275].

Posteriormente, en auto del 23 de febrero de 2011, Rad. 35.678, la Sala de Casación Penal conoció nuevamente de un recurso de apelación promovido directamente por la víctima en contra del auto de preclusión, y concluyó que: "*(i) se ratifica que la decisión de preclusión es auto y no sentencia, (ii) las discrepancias entre la víctima y su representante deben resolverse a favor de la primera, (iii) puede ella, por tanto, apelar directamente el auto de preclusión, (iv) aunque al efecto deba cumplir con los rigores de fundamentación del recurso, so pena de que el mismo sea declarado desierto*".

Luego en auto del 21 de septiembre de 2011, Rad. 36.852, la Corte volvió a aludir a la legitimidad de la víctima para impugnar el auto de preclusión y en esa oportunidad agregó: "*(i) la víctima puede apelar directamente la decisión de preclusión, (ii) independientemente de que coincida con el criterio de su defensor, (iii) aunque si decide hacerlo está obligada a cumplir con la carga argumentativa, so pena de que se declare desierto el recurso, (iv) a menos que durante la audiencia no esté representado por profesional del Derecho, caso en el cual puede admitirse la apelación*".

---

273 La decisión por medio de la cual se decide sobre la preclusión es siempre un auto interlocutorio. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 30 de noviembre de 2006 Radicado 26517; Auto de 8 de junio de 2007 Radicado 25838; Autos de casación de 24 de enero de 2007 dentro del radicado 26670, y de 3 de mayo de 2007 dentro del radicado 27188, entre otros.

274 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero y Auto Rad. 37.449 de 19 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

275 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.449 de 19 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

En una situación de este jaez, esto es, cuando el abogado no apela y la víctima quiere impugnar la decisión judicial, entones la víctima siempre cuenta con la posibilidad de pedir la suspensión de la audiencia de preclusión para la búsqueda de otro apoderado judicial que coincida con su punto de vista[276], o bien interponer y sustentar el recurso de reposición y/o apelación si considera que está en condiciones de fundamentar la impugnación.

Aunque es deber de la Judicatura advertir a la víctima la necesidad de designar abogado que represente sus intereses, en especial en audiencias de preclusión que de ser favorables tendrán el carácter de *res iudicata* o cosa juzgada, "*y si, eventualmente, manifiestan la imposibilidad de sufragar los costos de un abogado y así se verifica, se les deberá designar un profesional adscrito a la defensoría pública*"[277], o bien oficiar y acudir a los consultorios jurídicos para la designación de un estudiante, lo cual es factible según ya se vio en los apartados anteriores, sin perjuicio de que desde mucho antes lo haga directamente la Fiscalía.

En tema de impugnación, la víctima, como cualquier interviniente o sujeto procesal, está obligada al cumplimiento de los requisitos tanto de forma como de fondo propio de los recursos, así como a la debida y adecuada sustentación so pena de la declaración de desierto (Art. 178 CPP, modificado por el Art. 90 de la Ley 1395 de 2010).

En tema de sustentación adecuada de la impugnación por parte de la víctima se ha dicho,

> "El que se trate, el recurrente, de la víctima, no faculta pasar por alto tan precisas exigencias, ni mucho menos, otorga una especie de habilitación para que en segunda instancia —dentro de un supuesto principio de "*caridad*", por completo ajeno a lo que las exigencias legales postulan—, el funcionario judicial aborde el conocimiento del asunto, como si se tratase de una suerte de consulta del fallo y no de la impugnación del mismo, entre otras razones, porque si se asume, digamos, de oficio, la tarea de verificar la integridad de lo decidido, ante la impropiedad o vaguedad de la crítica, no solo se vulnera de manera profunda el principio de imparcialidad, sino que se pasa por alto el de competencia, visto que precisamente la legitimidad del pronunciamiento del *ad quem*, viene dada por las razones del disenso y lo íntimamente ligado a ello.

276 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 35.678 de 23 febrero de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

277 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.449 de 19 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

"Ello, para lo debatido, porque esa "*caridad*" pregonada por el Tribunal resulta por completo inoficiosa o innecesaria, dado que la víctima, se resalta, estaba acompañada de defensor idóneo, quien con sus conocimientos técnicos advirtió la impropiedad de la apelación.

"Entonces, si en contra del consejo autorizado del profesional del derecho encargado de asistirla, la víctima estima necesario apelar, lo menos que puede exigírsele es que lo haga de manera clara y precisa, señalando el yerro de la decisión que controvierte, dado que ninguna desprotección puede pregonarse existir en su caso y para que, finalmente, la impugnación comporte un mínimo de seriedad y respeto a parámetros básicos"[278].

278 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.449 de 19 octubre de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

UNIDAD TEMÁTICA 2

Los Perjuicios

1. DAÑOS, CLASES DE PERJUICIOS Y REPARACIÓN INTEGRAL

La reparación integral se encuentra reconocida en el artículo 250 de la Carta Política, así como en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, y en la Ley 975 de 2005, entre otras normas.

Cuando se causa daño o lesión o muerte a una persona, no solamente se le ocasionan perjuicios a ésta, también se pueden causar daños a terceras personas. Tales daños deben ser indemnizados.

Precisamente, para "*preservar una correspondencia etimológica entre los conceptos de daños y perjuicios, no se debe olvidar que los segundos son la compensación que se exige por la ocurrencia de los primeros, es decir, entre ellos existe una relación de causa y efecto que para efectos de reparación debe resultar directamente proporcional*"[279]; mientras que el perjuicio es "*detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa*"[280].

El daño puede ser material, corporal o personal, y moral.

Los perjuicios indemnizables son de índole patrimonial o material y extra patrimonial o moral o inmaterial.

El tratadista Juan Carlos Henao realiza la siguiente propuesta: "*Es así como se propone borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extramatrimoniales, y conservar la misma idea, enunciada de manera*

279 Norberto Hernández Jiménez, El rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral. Ob. cit., p. 6. En: http://www.monografias.com/trabajos-pdf3/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion.pdf, consultada en febrero de 2013.

280 Diccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, disponible en el siguiente vínculo: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=perjuicios, consultada en febrero de 2013.

diferente: daños materiales y daños inmateriales. Sólo de esta forma se garantiza que uno de los extremos de la clasificación, la de daños patrimoniales, no exprese la totalidad de los rubros del daño"[281].

Por perjuicio material se entiende "*el menoscabo, mengua o avería padecido por la persona en su patrimonio material o económico como consecuencia de un daño antijurídico, esto es, el que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Obviamente, el daño debe ser real, concreto y no simplemente eventual o hipotético*"[282].

En tal sentido, el artículo 1613 del Código Civil dispone:

> "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

Se ha explicado por la Corte Constitucional que "*la tendencia ha sido a reconocer el derecho de las víctimas a ser reparadas íntegramente, con el fin de restablecer las cosas a su estado inicial (restitutio in integrum), y cuando ello no es posible, a ser compensadas por los daños sufridos. Esta reparación incluye tanto daños materiales como morales. Comprende tradicionalmente el damnum emergens, el lucrum cesens y el pretium doloris, incluye la posibilidad de exigir intereses y se calcula en el momento de la expedición de la sentencia judicial*" y que "*La reparación del daño ocasionado por el delito tiene como finalidad dejar a la víctima y a los perjudicados por el hecho punible en la situación más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del mismo. De ahí que se haya establecido […] que la indemnización ha de ser justa*" [283].

El perjuicio patrimonial o material[284] se compone por el lucro cesante y el daño emergente, y ambos se deben demostrar.

El daño emergente representa "*el perjuicio sufrido en la estructura actual del patrimonio del lesionado, ponderando para ello el valor de bienes perdidos o su deterioro que afecta*

---

281 Juan Carlos Henao. El daño. Análisis Comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 76.

282 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

283 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002, reiterada en Sentencia C-409 de 2009.

284 "*74. […] supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub judice*" (Caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 158; Caso YATAMA, supra nota 3, párr. 243; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 7, párr. 199) citado en la Sentencia del 12 de septiembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

el precio, las expensas asumidas para superar las consecuencias del suceso lesivo, etc., cuya acreditación debe obrar en el diligenciamiento" [285].

El lucro cesante corresponde a "*la utilidad, la ganancia o el beneficio que el perjudicado ha dejado de obtener, esto es, el incremento patrimonial que con bastante probabilidad habría percibido de no haberse presentado la conducta dañosa, por ejemplo, los ingresos laborales no percibidos por una lesión en su integridad personal, o la explotación de un bien productivo como consecuencia de una situación de desplazamiento forzado*" [286].

El perjuicio inmaterial[287] o extrapatrimonial, por su parte, comprende los morales (tanto objetivados y los morales puramente subjetivos o "*pretium doloris*" o "*pretium affectionis*") y los perjuicios a la "*vida de relación*", también denominado "*alteración de las condiciones de existencia*"[288].

Actualmente hay uniformidad en la jurisprudencia colombiana en el sentido de que el resarcimiento derivado de la realización de una conducta ilícita debe incluir, además de los tradicionales daños material y moral, aquel causado a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia[289].

En materia de daños patrimoniales o materiales ha de computarse no sólo la disminución efectiva que sufra el perjudicado en sus bienes (*damnus emergens*), sino también aquellos aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) con que al mismo perjudicado le era dado contar, que, atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto, se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad[290].

---

285 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

286 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

287 "*82. El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima. No siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, para fines de la reparación integral a las víctimas, sólo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos*" (Caso Acosta Calderón, supra nota 3, párr. 158; Caso YATAMA, supra nota 3, párr. 243; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 7, párr. 199) citado en la Sentencia del 12 de septiembre de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

288 Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso Cantoral Benavides, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

289 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

290 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 4 marzo de 1998, Rad. 4921, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

La víctima tiene derecho entonces a que se le reembolsen todos los gastos razonables que haya efectuado y todos aquellos que se vea en la obligación de hacer como consecuencia del hecho ilícito; y por supuesto, que se le indemnicen los perjuicios morales incluido el denominado daño a la vida de relación.

Con la reparación integral se pretende una equivalencia entre el daño causado por el delito y la indemnización; se trata pues de restablecer el equilibrio quebrantado por el daño y volver al *statu quo ante*, de ser posible.

Así que de la reparación integral se derivan dos exigencias, así:

(i) ponderar todos los daños sufridos por la víctima y establecer cómo deben compensarse de manera total, y

(ii) que el monto de la reparación no exceda el valor del daño, es decir, la víctima no debe enriquecerse sin justa causa[291].

Es necesario aclarar que lo que se recibe por concepto de seguros adquiridos por la propia víctima y sufragados de su propio peculio y luego pagados por la compañía aseguradora a su favor, o bien un seguro que recibe porque es beneficiaria por razones laborales, etc., no se descuenta al valor de la condena impuesta por el delito, pues la causa es diferente a la de la indemnización.

En efecto, entre otras varias providencias sobre el particular, se ha dicho:

> "La Sala debe precisar que, en este caso, no es procedente descontar, de la condena, la suma pagada por el Ejército, en virtud de la póliza suscrita con la Compañía de Seguros La Previsora S.A, a la señora Morales, como consecuencia de la muerte del señor García pues, como se certifica en el Oficio No. 71744 firmado por el Subjefe del Departamento Personal del Ejército, dicha suma fue recibida por la señora Morales como beneficiaria del seguro de vida de su hijo, por lo cual no cabe duda de que el pago tuvo una causa diferente a la que genera la indemnización. Por demás, conforme al art. 1139 del código de Comercio, es claro que, en estos casos, no hay lugar a la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro"[292].

---

291 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011, de la jurisdicción de Justicia y Paz, M.P. María del Rosario González de Lemos.

292 Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 73001-23-31-000-1995-03018-01(14533), de 11 marzo de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CLASES DE DAÑOS		
Material	Corporal o personal	Moral

CLASES DE PERJUICIOS	
Materiales o patrimoniales	Inmateriales o extrapatrimoniales
Artículo 97 Código Penal Corte Constitucional, Sentencia C- 916 de 2002 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia con Radicación 34.547 de 27 abril de 2011, Justicia y Paz.	

PERJUICIOS MATERIALES O PATRIMONIALES (Arts. 1613 y 1614 Código Civil)			
Daño Emergente		Lucro Cesante	
Es el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del delito (Detrimento)		Es lo que deja de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del daño (Ganancia y provecho frustrado)	
Pasado o ya causado	Futuro o que se causará	Pasado o consolidado	Futuro o que se causará
Debidamente actualizados por el IPC según datos del DANE			

PERJUICIOS INMATERIALES O EXTRAPATRIMONIALES		
PERJUICIOS MORALES		ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA
SUBJETIVOS	OBJETIVADOS	TAMBIEN HA RECIBIDO OTROS NOMBRES

2. PRUEBA DE LOS PERJUICIOS Y EL ARBITRIO JUDICIAL

Tanto el daño material como el inmaterial deben ser resarcidos a la víctima[293].
Los perjuicios no son una pena, sino que son consecuencias civiles del delito que generan responsabilidad civil extracontractual, en la que el delito se convierte en fuente de obligaciones[294].

293 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

294 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 10 noviembre de 1993, Rad. 8687, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

En el trámite del incidente de reparación integral se debe probar tanto el perjuicio material como el moral objetivado y, agregamos nosotros, el daño la vida de relación, toda vez que los mismos no se presumen[295].

En todo caso, el daño o perjuicio objeto de reparación tiene que ser

(i) directo,

(ii) cierto, veraz, real, actual,

(iii) legítimamente tutelado,

(iv) subsistente y

(v) personal[296], por cuanto sólo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado como consecuencia inmediata de la culpa o delito cometidos[297].

Es directo el daño cuando existe relación o nexo de causalidad, es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico, esto es, un nexo etiológico material (objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto (Art. 1616 CC).

Debe ser también cierto, veraz, real, actual, es decir que no se fundamente en situaciones hipotéticas, en meras eventualidades, o en simples conjeturas o suposiciones; el juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extra patrimonial, en todo caso "*no basta que se le proyecte o alegue como eventual ni mediato*"[298]. Puede haber entonces cuantificación de daños futuros ciertos.

La legitimidad se refiere a que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento jurídico[299].

---

295 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 julio de 1992, Rad. 6750, C.P. Daniel Suárez Hernández.

296 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Providencias de 27 de septiembre de 1946 y 29 agosto de 1960 Se puede consultar en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005.

297 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 11 agosto de 2004, Rad. 20.139, M.P. Mauro Solarte Portilla y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia N° 131 de 29 marzo de 1990, reiterada en fallo de 5 octubre de 1999, Rad. 5299, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

298 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 10 febrero de 1998, Rad. 12.286, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

299 Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Luis Fernando Ternera Barrios y Francisco Ternera Barrios. Cfr. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005.

El daño subsistente es el que no ha sido reparado o indemnizado por quien tiene el deber legal de hacerlo, esto es, en nuestro caso, el condenado penalmente o los terceros civiles responsables o lo compañía aseguradora del daño. Se descarta lo que la víctima recibe por concepto de seguros propios o de seguridad social.

Finalmente, debe ser personal en la medida que se indemniza o repara a las personas naturales o jurídicas que precisamente han sufrido un daño. Es decir, quien sufre el daño es el titular del interés legítimo vulnerado. Aquí se comprenden los conceptos de víctima directa y victima indirecta, y de acción hereditaria o acción personal.

La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere[300]. El demandante, actor o víctima debe entonces probar la existencia del daño —*cur debeatur*— o el por qué nace la obligación, además debe existir claridad en cuanto a la intensidad del daño —*quantum debeatur*— o el cuánto se debe[301]. La prueba de los perjuicios materiales es pues sin duda una carga procesal del incidentante o demandante. La condena por indemnización sólo es procedente en la medida en que aparezcan demostrados los perjuicios[302].

En esta materia se requiere prueba, de ahí que, como se ha dicho:

> "[…] es absolutamente improcedente el arbitrio judicial, para la determinación libre o limitada del resarcimiento del daño material y el daño moral objetivado. Porque se trata de un asunto que física y jurídicamente necesita de prueba y cuya carga corresponde al actor, sin que pueda el juzgador sustraerse a ella, ni dejarla de aplicar"[303].

No hay lugar entonces al arbitrio judicial en tema de perjuicios materiales y morales objetivados. Solo procede el arbitrio judicial cuando se trate de la tasación de los perjuicios morales eminentemente subjetivos y a los denominados perjuicios a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia, y por supuesto cuando están demostrados dichos perjuicios y que su causación se encuentra acreditada en el proceso, pues que solo resta cuantificar su precio.

---

300 "*Actore non probante, reus est absolvendus*". Consejo de Estado. Sección Tercera. (1992, 12 de febrero) y Consejo de Estado. Sección Tercera. (1994, 18 de abril).

301 Breves comentarios sobre el daño y su indemnización, ob. cit.

302 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia 23 febrero de 2005, Rad. 17.722, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

303 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, Sentencia de casación, septiembre 12 de 1996. Expediente 4792. M.P. Nicolás Bechara Simancas y Corte Suprema de Justicia. Sala Civil ,Sentencia de marzo 5 de 1993.

En efecto, de antaño nuestro Tribunal de Casación había sentado esta postura de la siguiente manera:

> "Para que el juzgador pueda hacer uso de la facultad discrecional prevista en el artículo 106 del Código Penal (en armonía con lo establecido en el 55 inciso segundo del Código Procedimiento Penal), se requiere demostrar que el perjuicio moral realmente existió, que su causación se encuentra acreditada en el proceso, y que solo resta cuantificar su precio, pues no se trata, como parece entenderlo el demandante, de dejar al arbitrio del juzgador el reconocimiento de la existencia del perjuicio, sino solo de permitirle tasar racionalmente su valor dentro de los límites que la misma norma establece"[304].

De conformidad con la sentencia C-423 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que se pronunció sobre el Art. 100 de la Ley 906 de 2004, cuando se trate de la responsabilidad del tercero civilmente responsable, la víctima debe probar:

- **Uno**: El daño causado y el monto el mismo.

- **Dos**: La imputación del perjuicio al directo responsable, esto es, del autor declarado penalmente responsable.

- **Tres**: Que este último (el procesado) se encuentre bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual, cuando se demande al tercero civilmente responsable, según el Art. 2347 del Código Civil.

Se dijo por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-423 de 31 mayo de 2006:

> "Así pues, la ley presume que los daños que ocasionen las referidas personas son imputables a quienes debían haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquéllos, y por ende, la víctima de tales perjuicios debe probar (i) el daño causado y el monto el mismo; (ii) la imputación del perjuicio al directo responsable; y (iii) que este último se encuentre bajo el cuidado o responsabilidad de otro, bien sea por mandato legal o vínculo contractual".

---

304 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 29 de mayo de 2000, Rad. 16.441, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. La misma postura en Sentencia del 15 de diciembre de 2008, Rad. 30.665, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Si la víctima, y en general los demandantes, no prueban los perjuicios, en alguna de sus modalidades, se debe absolver a los demandados pues es una carga probatoria en su condición de parte del demandante[305].

Sobre el particular ha explicado la Sala Penal, que "*en suma, como el representante de los perjudicados no demostró que la víctima tuviera alguna relación laboral vigente (o de índole prestacional, como una pensión reconocida), no acreditó que trabajara, ni el monto del ingreso, ni obligaciones que tuviera a cargo, ni acreditó el valor de gastos fúnebres, ni obligaciones futuras, ni cuotas salariales asignadas al cónyuge, y tampoco a favor de persona alguna (hijos), ni el coste de las necesidades vitales (manutención, sostenimiento periódico), el juez declaró con acierto que, quien intervino en el proceso penal en condición de representante de los perjudicados no determinó el monto de los perjuicios materiales*" [306].

3. CRITERIOS DE EQUIDAD EN TEMA PERJUICIOS POR FALTA DE PRUEBAS

En materia de perjuicios la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado criterios de equidad ante la falta de pruebas.

Sobre el particular, esto ha dicho la Corte Interamericana[307]:

> "La Corte considera que el daño material debe estimarse con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto308. En el presente caso, el Tribunal se encuentra imposibilitado para determinar la pérdida de ingresos sufrida por la mayoría de las víctimas. En efecto, no obran pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades ni las actividades a las que se dedicaban la mayoría de las víctimas.
>
> "372. Por esta razón, la Corte otorgará una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ingresos no fue comprobada de manera específica, sin perjuicio de que dichas personas puedan hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente. Asimismo, la Corte determinará a favor de tales personas indemnizaciones por concepto de

305 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 33.060 de 12 mayo de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

306 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 33.060 de 12 mayo de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

307 Caso 19 comerciantes versus Colombia. Fallo del 1º de julio de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

308 Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 9, párr. 247; Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 8, párr. 276; y Caso "*Instituto de Reeducación del Menor*", supra nota 12, párr. 288.

daños inmateriales, así como de otras formas de reparación" (subrayas fuera de texto).

También el Consejo de Estado ha acudido a criterios de equidad ante la dificultad probatoria.

Por ejemplo, en sentencia de 12 abril de 1999, reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Miryam Guerrero de Escobar, de 2 octubre de 2008, Rad. 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG), se dijo:

> "Bajo el presupuesto de que la aplicación del principio de la valoración en equidad supone el ejercicio de una facultad razonada de discrecionalidad del juez, la Sala, en el caso concreto, por razones de dificultad probatoria, atendida la materia específica sobre la cual se proyecta el daño —utilidad no recibida por el no adjudicatario— , valorará equitativamente el quantum del daño, no sin antes precisar que, el recto entendimiento que ha de darse a la noción de '*valoración en equidad*', no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados durante la instancia configuradores de los elementos axiológicos que fundamentan el juicio de responsabilidad" (subrayas fuera de texto).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también ha acudido a dicho criterio, así[309]:

> "En múltiples ocasiones en que establecida la existencia del daño y su naturaleza, no es factible precisar su cuantía (como con alguna frecuencia ocurre tratándose de la indemnización por lucro cesante y daño futuro), la Corte ha acudido a la equidad, lo cual no quiere decir, ni de lejos, que esta Corporación se haya permitido cuantificar tal concepto con soporte en simples suposiciones o fantasías. Muy por el contrario, en las oportunidades en que ha obrado en estos términos, la Sala ha sido por demás cautelosa en su labor de verificación de los elementos de juicio requeridos para dar por ciertas las bases específicas de los cálculos por ella deducidos".

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es de criterio totalmente diferente[310]:

---

309 Sentencia de 5 de octubre de 2004, Rad. 6975.

310 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011, de Justicia y Paz, M.P. María del Rosario González de Lemos.

> "Encuentra la Sala que tal postura, si bien pretende asegurar los derechos de las víctimas, no se aviene con las exigencias de la decisión en equidad, pues en modo alguno se orienta a corregir en el caso particular la ley, sino entregar un muy amplio margen de discrecionalidad a quien decide, sin sujeción a los elementos probatorios.
>
> Por tanto, considera la Colegiatura que en punto de cuantificar los perjuicios de las víctimas en al marco de la Ley de Justicia y Paz, no es pertinente acudir a una indebida utilización de las decisiones en equidad frente a la dificultad probatoria, pues la misma legislación dispuso un trámite especial para tal efecto, en los siguientes términos […]".

La postura anterior fue reiterada por la Sala Penal de la Corte en sentencia con Rad. 35.637 de 6 junio de 2012, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Salazar Otero. Se agregó que para la cuantificación de la reparación integral, la Sala ha previsto dos exigencias: (i) la necesidad de ponderar todos los daños sufridos por la víctima con el propósito de determinar la compensación total y, (ii) verificar que el monto de la reparación no exceda el valor del daño, y evitar así que la víctima se enriquezca sin justa causa.

El trámite para demostrar la cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito es el incidente de reparación integral regulado en la Ley 906 de 2004, donde hay controversia entre condenado, demandados y víctima, en torno a la cuantificación de la reparación, para ello cada uno podrá solicitar la práctica de pruebas, amén de aducir las que estime pertinentes, procedimiento a partir del cual se constata que la decisión por cuyo medio se resuelva debe estar soportada en elementos de convicción legal, oportuna y válidamente incorporados[311].

No fue intención del legislador que el Juez acudiera a criterios de equidad como lo había dispuesto en legislaciones anteriores, por ejemplo en los artículos 106 y 107 del Decreto 100 de 1980.

Al estudiar la exequibilidad del Art. 107 del Decreto 100/80, expresó la Corte Constitucional en sentencia C-557 de 6 diciembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, lo siguiente:

> "El juez, en consecuencia, no procede arbitrariamente: se basa en hechos y circunstancias probados en el proceso. La manera como él aprecie esos elementos

311 Ibid.

sometidos a su juicio, lo mismo que la interpretación que haga de la ley en el caso particular, corresponde al ámbito propio de su libertad para decidir. Hay que recordar que sólo está sometido al imperio de la ley, tal como él la entienda.

"No hay que pensar, en conclusión, que la apreciación del juez, cuando ejerce la facultad que la norma acusada le confiere, pueda estar desligada de la realidad procesal. Por el contrario, tiene en ésta su base, como la tiene la sentencia en su integridad.

"Toda la demanda está construida sobre un supuesto inexacto: el de que el artículo 107 ordena al juez fallar sin tener en cuenta las pruebas. Lo que dice la norma acusada es precisamente lo contrario: que la facultad conferida al fallador, y que éste debe usar prudentemente, está sujeta a la comprobación de unos hechos, de los cuales el inciso segundo enumera algunos, por vía de ejemplo. Lógicamente, el juez jamás puede fallar sin que existan las pruebas" (subrayas fuera de texto).

A su vez en el canon 97 de la Ley 599 de 2000 estableció que "*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*".

Sobre dicha norma la Corte Constitucional en sentencia C-916 de 29 octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expresó:

"La liquidación de los perjuicios ocasionados por el delito se debe hacer de acuerdo con lo acreditado en el proceso penal, como quiera que la acción civil dentro del proceso penal depende de que la parte civil muestre la existencia de los daños cuya reparación reclama y el monto al que ascienden".

"Cuando no es posible la valoración de los perjuicios, se acude a criterios, tales como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, puesto que el legislador orientó la discrecionalidad del juez penal frente a este tipo de daños, cuyo quantum sólo puede ser fijado con base en factores subjetivos".

"El límite fijado en la norma acusada no podría ser aplicado a los daños causados por el delito cuyo quantum haya sido establecido por medios objetivos, porque en esos eventos el desconocimiento de lo probado llevaría al juez a adoptar una decisión arbitraria".

"Si el límite fijado en el inciso primero del artículo 97 se aplica tanto a los daños valorables pecuniariamente como a los no valorables, el juez penal tendría que desconocer las pruebas presentadas por la parte civil dentro del proceso penal, a pesar de que éstas señalen un valor superior al límite consagrado en la norma".

> "Por lo anterior, de la aplicación del método finalista de interpretación es posible concluir que el límite a la indemnización de daños que establece el artículo 97 cuestionado, no es aplicable a todo tipo de daños, especialmente cuando éstos han sido valorados pecuniariamente con base en criterios objetivos, pues en esos eventos no se justifica limitar la discrecionalidad del juez, pues esta es mínima, ya que la determinación del valor del daño puede hacerse con base en parámetros ajenos a la subjetividad del juez" (subrayas fuera de texto).

Concluye la Sala Penal de la Corte que cuando se trata de víctimas de graves violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en especial en el contexto de la denominada Justicia transicional, no se acude a criterios de equidad sino que se deben flexibilizar las reglas de apreciación probatoria.

Esto dijo sobre el particular la Sala Penal de la Corte[312]:

> "Efectuadas las anteriores precisiones, considera la Sala que para superar los escollos derivados de la imposibilidad de acreditación probatoria o de la insuficiencia de medios de convicción, no es procedente acudir a la decisión en equidad, pero sí es preciso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta Política, materializar el derecho fundamental a la igualdad de las víctimas, dada su evidente condición de desventaja en casos como el de la especie en que la criminalidad armada y organizada los sometió en su núcleo familiar a cruentas afrentas a sus derechos.
>
> "Advierte esta Corporación que en el propósito de hacer efectivo el derecho a la igualdad de las víctimas de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, se impone flexibilizar las reglas de apreciación de las pruebas, no por vía de facultar la discrecionalidad ilimitada, sino de afinar los métodos de ponderación probatoria".

En el referido ejercicio de flexibilización en la apreciación probatoria, resulta útil acudir, por ejemplo, a los hechos notorios (Art. 177 CPC y Art. 167.4 CGP), el juramento estimatorio (Art. 211 CPC, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 y actualmente consagrado en el Art. 206 CGP), el modelo de baremos o diferenciados, las presunciones y las reglas de la experiencia, entre otros[313].

---

312 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011, de Justicia y Paz, M.P. María del Rosario González de Lemos.

313 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011, de Justicia y Paz, M.P. María del Rosario González de Lemos y Sentencia Rad. 35.637 de 6 junio de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

4. EL DAÑO EMERGENTE Y SU LIQUIDACIÓN

El daño emergente corresponde a la pérdida económica por la destrucción o puesta en peligro del bien jurídico y todos aquellos gastos, erogaciones o desembolsos que necesariamente una persona debe hacer para atender todo lo relacionado con la vulneración del mismo o las secuelas que éste deja.

Quedan comprendidos en este concepto los gastos necesarios para atender todo lo relacionado con el daño y la secuela, entre otros, los relacionados con el transporte para efectos de atención médica, de control y terapia hasta el momento en que se supere la incapacidad médico legal; los exámenes de laboratorio (rayos X, hematología, etc.), los honorarios médicos (del médico general, del cirujano, del ortopedista, etc.), los servicios hospitalarios (teniendo en cuenta el tiempo de permanencia intrahospitalaria, los servicios prestados, etc.); los medicamentos; los elementos quirúrgicos; los elementos ortopédicos (tales como prótesis, muletas, silla de ruedas, etc.); las terapias; el valor del tratamiento psicológico, etc.[314].

El daño emergente comprenderá todas las erogaciones que se hicieron para restablecer a la víctima. Es el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del delito (Detrimento).

Tanto el daño emergente como el lucro cesante, se ha explicado por la jurisprudencia, pueden ser actuales o futuros, según hayan tenido lugar hasta el momento en el cual se profiere el fallo o con posterioridad, sin que con ello se tornen inciertos, pues se trata de cuantificar en términos de probabilidad las consecuencias futuras, siempre que sean ciertas, para ello se puede acudir a los cálculos actuariales[315].

El daño futuro es indemnizable pero también debe ser un daño cierto[316]. El daño futuro, siempre que sea cierto, puede ser reparado. La jurisprudencia ha estimado que el perjuicio futuro cierto debe presentarse como "*la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, susceptible de estimación inmediata*" (Consejo de Estado, 1967, 28 de junio, p. 296). Son las consecuencias futuras del daño que razonablemente

---

314 Víctor Manuel Chaparro Borda. Justicia Restaurativa y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Módulo de la Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*", Bogotá, 2009, p. 260.

315 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos.

316 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 1° de septiembre de 2004, Rad. 19.865, M.P. Herman Galán Castellanos.

deban producirse después de la fecha de la sentencia (Consejo de Estado. Sección Tercera, 2001, 10 de agosto)[317].

El valor del daño emergente pasado tiene que actualizarse al momento del fallo, en el cual se dejarán claras las bases de cómo se debe actualizar hasta el momento del pago total.

La actualización del daño emergente pasado empezará a actualizarse desde el momento en que se haga la erogación.

Si al momento del fallo todavía no se ha corrido con ese gasto necesario, se liquidará conforme al valor del tratamiento, procedimiento, prótesis, fisioterapias, etc., que tenga al momento de dictarse sentencia, valor que será actualizado al momento del pago.

El daño emergente futuro puede liquidarse defiriéndose día a día (Ej.: pago de enfermera) o liquidando una suma fija (Ej.: valor de una cirugía).

Cuando la víctima requiera de una tercera persona que lo auxilie día a día, el pago lo debe asumir el responsable. Esa tercera persona puede ser un familiar, a quien se le debe reconocer el salario que devengaba al momento de ocurrir el hecho ilícito, o en su defecto el salario mínimo legal mensual vigente.

El autor de la conducta punible debe indemnizar a la víctima a partir de la fecha en que ocasione el daño al bien jurídico[318]; se debe actualizar el valor del daño emergente desde la ocurrencia del hecho hasta la fecha de la sentencia, "*pues resultaría inequitativo e injusto que el obligado sea condenado a pagar solamente la cantidad nominal gastada pese a la evidente pérdida del poder adquisitivo del dinero*" [319].

Son varios los métodos de actualización del daño emergente, tales como el salario mínimo legal mensual, el del interés corriente, el del índice de inflación; las fórmulas matemáticas o financieras, el índice de precios al consumidor (IPC), etc. Sin embargo, la jurisprudencia actual se inclina por el método de variación del índice de precios al consumidor (IPC).

---

317 Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Luis Fernando Ternera Barrios y Francisco Ternera Barrios. Cfr. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005, consultada en febrero de 2013.

318 Art. 25 del C. de P. P. y Art. 1.615 del C.C.

319 Víctor Manuel Chaparro Borda, ob. cit., p. 260.

En la aplicación de la fórmula se necesita conocer previamente el IPC en la fecha en que se produce el daño al bien jurídico y el IPC en la fecha en que se hace la tasación de los perjuicios, pues debe tenerse en cuenta que, en la práctica, la tasación del daño no se hace en el momento en que queda ejecutoriada la sentencia sino antes.

La fórmula es la siguiente: el valor presente *VP*, es igual al valor del daño emergente *S*, multiplicado por el cociente que resulte de dividir el *IPC* en la fecha de la tasación (o del fallo) entre el *IPC* en la fecha de la conducta punible[320].

5. EL LUCRO CESANTE Y SU LIQUIDACIÓN

La Sala Civil de la Corte en sentencia 055 de 24 de junio de 2008, expediente con Rad. 2000-01141-01, preciso que el lucro cesante debe ser cierto o bien, en el caso del lucro cesante futuro, debe ser altamente probable, y que en todo caso los "*sueños de ganancia*" no son indemnizables.

Debe haber entonces certeza de la existencia del lucro cesante (Sala Civil, Casación de 18 de diciembre de 2008, expediente Rad. 2005-00031-01, reiterado en sentencia de 9 de septiembre de 2010, expediente Rad. 2005-00103-01 y en sentencia de 9 marzo de 2012, expediente Rad. 11001-3103-010-2006-00308-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

5.1 Presunción Legal de que se devenga al menos el Salario Mínimo Legal Mensual en el trámite el IRI

En el caso del trabajador independiente su ingreso mensual se puede probar por cualquier medio legal, tales como: el testimonio, los libros de contabilidad y/o de comercio, el número de empleados a su cargo, el valor de los negocios pendientes, etc. En otros eventos el juez podrá tomar el valor de los ingresos de otro profesional en las mismas condiciones que la víctima, y en últimas adoptará el salario mínimo legal mensual como presunción legal, pero porque se ha demostrado que devenga un estipendio.

Las presunciones legales (presunciones *iuris tantum*)[321] son hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren

---

320 Víctor Manuel Chaparro Borda, ob. cit., p. 262.

321 El artículo 66 del CC establece la existencia de las llamadas presunciones legales y de las presunciones de derecho. Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de 16 de febrero de 1994 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Exp. 4119) con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. Al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. A diferencia de las llamadas presunciones de derecho (*iuris et de iure* o auténticas ficciones jurídicas), las presunciones legales admiten prueba en contrario[322].

En una situación de despido laboral de mujer gestante donde no se logró establecer el valor del salario mensual que devengaba, dispuso la Corte Constitucional: "*En consecuencia, se tutelarán los derechos vulnerados ordenando al demandado que cancele a la actora la suma correspondiente a la licencia de maternidad, con base en el salario mínimo legal mensual vigente en la época del nacimiento de la criatura. Se estipula esta modalidad de liquidación, por cuanto no existe prueba que determine con exactitud el monto de la remuneración que la actora dijo recibir y el demandado cancelar*"[323].

En un proceso contra la Nación por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado aplicó la presunción de que el detenido devengaba al menos el salario mínimo legal mensual. En efecto, dijo la Corporación: "*Revisado el expediente la Sala no encuentra prueba alguna de que el señor JAC estuviera laborando en el momento en que se dio su captura, y no existe dentro del proceso parámetro alguno a partir del cual pueda hacerse la liquidación del lucro cesante. No obstante, también es claro para la Sala que, durante el tiempo de su detención, no fue posible para el demandante realizar labor alguna que le representara réditos económicos, y que le permitiera procurarse el sostenimiento propio y el de su hogar. Por ello, lo procedente en este punto es reconocerle una indemnización, a título de lucro cesante, con la ficción de que cuando fue privado de su libertad, el demandante estaba devengando el salario mínimo*"[324].

En otra oportunidad se dijo por el Consejo de Estado que: "*Demostrado (sic) como está la actividad laboral que desempeñaba la víctima antes de ser llamado al servicio militar y dado que no se ha determinado la cuantía de sus ingresos, éstos se estimarán con base en el salario mínimo legal vigente al momento de los hechos*"[325].

---

322 Corte Constitucional. Sentencias C-388 de 2000, C-994 de 2004 y C-055 de 2010.

323 Corte Constitucional. Sentencia T-1240 de 23 noviembre de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

324 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 12 mayo de 2011, Exp. 25000-23-26-000-1998-01785-01 (18.902), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

325 Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 73001-23-31-000-1995-03018-01(14533), de 11 marzo de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

En un caso de homicidio culposo por deficiente y equivocada atención médica se dijo por el Consejo de Estado: "*Desde otro punto de vista, se estableció que la víctima se encontraba en edad productiva, después de los dieciocho años, y, de otra, no se estableció cuanto ganaba se recurrirá a la presunción legal de lo mínimo que gana una persona, cual es el salario mínimo mensual*"[326].

También la Sala Penal de la Corte ha adoptado igual presunción legal, como puede observarse en sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos, reiterada luego en la sentencia con Rad. 35.637 de 6 junio de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. En la segunda de las providencias citadas se indicó que "*dentro de cada estimación de perjuicios, se deducirá un 25% al monto total del ingreso mensual acreditado o presumido, los cuales representan el valor que la víctima habría utilizado para sus gastos personales, y en consecuencia, no habrían llegado a manos de quien demostró la dependencia económica*".

La presunción del salario mínimo legal mensual servirá entonces de base para la liquidación de perjuicios en algunos casos concretos.

PRESUNCION LEGAL DE QUE SE DEVENGA AL MENOS EL SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL	
Presunción en el proceso penal	Presunción en el incidente de reparación integral de perjuicios
La única presunción posible en el proceso penal es la de inocencia por virtud del canon 29 de la Carta Fundamental	Si se demuestra que la persona desarrolla alguna actividad productiva lícita, pero no se demuestra la cuantía de los ingresos, se presume que devenga al menos el salario mínimo legal mensual

5.2 Evolución del Salario Mínimo Legal MensuaL (SMLMV)

El siguiente es el cuadro de evolución del salario mínimo legal mensual en Colombia:

Año	Valor del salario mínimo legal mensual vigente
1986	$ 16.811,40
1987	$ 20.509,80
1988	$ 25.637,40

[326] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia Rad. 12.655 de 7 octubre de 1999, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Año	Valor del salario mínimo legal mensual vigente
1989	$ 32.559,60
1990	$ 41.025,00
1991	$ 51.720,00
1992	$ 65.190,00
1993	$ 81.510,00
1994	$ 98.700,00
1995	$ 118.933,50
1996	$ 142.125,00
1997	$ 172.005,00
1998	$ 203.826,00
1999	$ 236.460,00
2000	$ 260.100,00
2001	$ 286.000,00
2002	$ 309.000,00
2003	$ 332.000,00
2004	$ 358.000,00
2005	$ 381.500,00
2006	$ 408.000,00
2007	$ 433.700,00
2008	$ 461.500,00
2009	$ 496.900,00
2010	$ 515.000,00
2011	$ 535.600,00
2012	$566.700,00
2013	$589.500,00
2014	
2015	

5.3 Criterios para la Liquidación del Lucro Cesante

El lucro cesante es lo que deja de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del daño (Ganancia y provecho frustrado).

La liquidación del lucro cesante debe hacerse en dos etapas: una primera, consistente en determinar el ingreso que dejó de recibir la víctima en un período determinado, bien sea un mes o un año, para pasar a la segunda, que consiste en aplicar esa cifra obtenida inicialmente, en todo el tiempo que va a dejar de percibirlo.

Para el primer evento, hay que tener en cuenta varios factores como la pérdida de la capacidad laboral, el monto de sus ingresos, su ocupación habitual, los métodos para determinar la tasa de incapacidad, etc.

Es la pérdida de la capacidad laboral el perjuicio propiamente dicho, independientemente que la víctima estuviera o no laborando al momento de ocurrir el hecho ilícito.

Frente al tema del lucro cesante es preciso anotar que solamente se reconocerá a la víctima indirecta lucro cesante en el evento en que tenga que dejar de trabajar para ocuparse de la víctima. Pues en las situaciones en que los terceros obtenían una ayuda económica por parte de la víctima, solamente esta última puede reclamar el lucro cesante, y decidir si continúa o no proporcionando la ayuda a los terceros.

Cuando la víctima se encuentra trabajando, son sus ingresos la forma de determinar el monto del perjuicio. Esos ingresos pueden ser los que devengaba al momento de ocurrir el hecho, o inclusive incrementarse si se logra demostrar que la víctima en un futuro con sus calidades habría podido obtener un ingreso mayor.

El monto mensual deberá tener en cuenta no solamente el salario básico, sino también cesantías, primas, vacaciones, bonificaciones, horas extras, nivelaciones salariales, etc.

El valor de ese ingreso debe ser actualizado al momento en que la víctima reciba el pago.

Determinado este valor se debe proceder a liquidar todo el tiempo que dure el lucro cesante, y hay que diferenciar dos períodos: el primero, es el transcurrido entre el momento del daño o lesión o afectación y el fallo, y el segundo, es el transcurrido entre el momento del fallo y la finalización de la incapacidad.

Al lucro cesante pasado debe liquidársele un interés puro del 6% anual, teniendo en cuenta que esos valores que dejó de percibir la víctima los pudo haber puesto a producir una renta. Ese interés solamente se irá causando mes a mes.

En los eventos en que la incapacidad cese antes de proferirse el fallo condenatorio, el lucro cesante se liquidará teniendo en cuenta el salario que devengaba o que pudo

devengar la víctima al momento de ocurrir el hecho ilícito; a esa suma se le aplica un interés escalonado hasta el momento en que cesó la incapacidad; luego a esa suma se le aplica un 6% de interés, desde el día en que cesó la incapacidad hasta el día en que se haga la liquidación.

Para los eventos en que se tenga que liquidar lucro cesante futuro, lo primero que hay que determinar es el tiempo durante el cual se causará este. Este término puede ser parcial o permanente.

En situaciones de fallecimiento de la víctima, y para determinar su vida probable, se acude a dos sistemas: el primero, un perito determina a partir del estado de salud de la víctima el tiempo de supervivencia probable; el segundo, utilizar las tablas de supervivencia o vida probable aprobadas por Resolución 497 del 20 de mayo de 1997 de la Superintendencia Bancaria.

Para la liquidación del lucro cesante futuro, al igual que para el pasado, se debe tener en cuenta el valor del lucro cesante consolidado (el ingreso promedio que se utilizará para liquidar), y el período total que se liquidará.

El responsable al momento de pagar ese lucro cesante futuro puede alegar su derecho a que se le haga un descuento financiero por pago anticipado de capital.

5.4 Fórmulas Aplicadas por el Consejo de Estado

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado la siguiente fórmula[327], razón por la cual se transcribe el apartado de la sentencia sobre el tema, adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, de 26 enero de 2011, Rad. 76001-23-31-000-1996-2874-01 (18.718)

"(…)

c.- **Perjuicios materiales**

La sentencia de primera instancia accedió al reconocimiento de este tipo de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, consolidado y futuro, en cuantía de $42.000.069.30. La decisión fue recurrida, con el objeto de que se modificara la condena de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, realizando una nueva liquidación que

327 Que también puede consultarse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067), de 24 marzo de 2011.

tuviera en cuenta el valor del salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos indexado a la actualidad, y en caso de que el monto fuera menor al valor del salario mínimo legal actual, se efectuara la liquidación de los perjuicios materiales con base a éste; suma sobre la cual solicita un incremento del 30% por concepto de prestaciones sociales.

A continuación, la Sala procederá a efectuar la indexación correspondiente del salario mínimo legal vigente en la época, en aplicación de la fórmula trazada por la jurisprudencia para actualizar la renta.

$$R_a = R \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde:

R_a = Es la renta o ingreso mensual actualizado a obtener.

R= Es la renta o ingreso mensual al momento de los hechos.

If= Es el índice de precios al consumidor para la fecha de la sentencia.

Ii= Es el índice de precios al consumidor para la fecha de los hechos

$$118.933.50 \text{ x } \frac{105.247}{30.75}$$ [328]

$$118.933.50 \text{ x } 3.42 = 406.752,57$$

Del resultado obtenido, se concluye que el salario mínimo legal vigente al momento de los hechos indexado a la fecha, resulta inferior al salario mínimo legal vigente para el año 2011, por lo que resulta procedente actualizar el valor de la condena impuesta por el Tribunal, teniendo en cuenta que dicha variación implica para el acreedor de la condena, una depreciación del poder adquisitivo de la indemnización por la inflación creciente. Así las cosas, para menguar el efecto nocivo que genera la situación planteada y atendiendo a los principios de la reparación integral del daño, la equidad y la observancia de los criterios actuariales, a términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, la Sala liquidará los perjuicios con base en el salario mínimo legal vigente en la actualidad suma a la cual deberá incrementarse un 25%, por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición de la

[328] Índice de precios al consumidor a diciembre de 2010. Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas.

Ley, como así lo ha reconocido la jurisprudencia en diferentes pronunciamientos[329] (…)

Prestación debida consolidada

Para el efecto se empleará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1i}{i}$$

Donde:

S= Es la suma resultante del período a indemnizar.

R_a = Es la rento o ingreso mensual equivalente o $669.500[330]

i= Interés puro o técnico equivalente a 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de ocurrencia de los hechos (17 de octubre de 1995) hasta la fecha de lo sentencia (26 de enero de 2011), esto es, 186.33 meses.

$$S = 669.500 \frac{(1+0.004867)^{186.33} - 1}{0.004867}$$

$$S = 202.364.484.4$$

Indemnización futura

El señor JJPC nació el día 25 de abril de 1976, de manera que para la fecha de ocurrencia de los hechos tenía 19 años, 5 meses, 22 días, por lo cual tenía un período de vida probable o esperanza de vida igual a 56.85[331] años equivalentes a 682.2 meses.

Para efectos de la liquidación se descontará el número de meses que fueron liquidados en el período consolidado, 186.33 meses, para un total de período indemnizable de 495.87 meses.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Donde:

329 Ver entre otras, Sentencias de 11 de febrero de 2009, expediente 17.407 y de 4 de octubre de 2007, expediente 16058.

330 Suma que se obtiene de incrementar en un 25% el valor del salario mínimo legal vigente para el año 2001 ($535.600).

331 Resolución No. 1112 de 2007. Superintendencia Bancaria de Colombia (Hoy Superintendencia Financiera).

S= Es la suma resultante del período a indemnizar.

R_a = Es la renta o ingreso mensual equivalente a $669.500[332]

i= Interés puro o técnico equivalente a 0.004867

n= Es el número de meses que transcurrirán entre la fecha de la sentencia hasta terminar el período indemnizatorio o vida probable.

$$S = \$669.500 \ \frac{(1+0.004867)^{495.87-1}}{0.004867\,(1+0.004867)^{495.87}}$$

$$S = \$135.239.000$$

Total indemnización por perjuicios materiales a favor del demandante JJPC, la suma de trescientos treinta y siete millones seiscientos tres mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos con cuatro centavos ($337.603.484.4)".

6. PRUEBA DE LOS INGRESOS DEL OCCISO Y GASTO PERSONALES Y FAMILIARES

Al trámite especial de incidente de reparación integral se debe aportar prueba de los ingresos del óbito, por supuesto la prueba será mucho más fácil cuando se trata de trabajador dependiente, mientras que para el independiente podrá ser prueba la declaración de renta, los testimonios, los aportes voluntarios a seguridad social, etc.

A partir de octubre de 2007 la jurisprudencia del Consejo de Estado[333] fija su posición en el sentido de aumentar el salario base de liquidación en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas[334], en especial e ineludiblemente cuando se encuentra debidamente acreditado que la víctima era trabajador dependiente.

En caso de muerte de una persona que deja cónyuge o compañero/a sobreviviente e hijos, por lo general no hay prueba del porcentaje que destinaba para gastos familiares, pero la jurisprudencia ha aplicado simples reglas de la experiencia para concluir que para sí dicha persona destinaba un 25% en su propia manutención y que el restante

332 Valor del salario mínimo legal vigente para el año 2011 (535.600), incrementando en un 25%.

333 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de cuatro de octubre de 2007, radicación: 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058) acumulado, 47001-23-31-000-1997-05419-01 (21.112), actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros. C.P. Enrique Gil Botero.

334 Consejo de Estado. Sentencia de 18 marzo de 2010, Rad. 15.591, C.P. Enrique Gil Botero.

lo entregaba para su familia, así: un 25% para el esposo/a o para el compañero/a y el otro 25% distribuido en partes iguales entre todos sus hijos.

En efecto,

> "No hay prueba que permita deducir el porcentaje que, de sus ingresos, dedicaba el occiso a gastos personales y familiares; por lo tanto, es necesario aplicar las reglas de la experiencia, como tradicionalmente ha venido haciéndolo la Corporación. En efecto, aplicando dichas reglas, no se puede afirmar que la víctima dedicaba todos sus ingresos a los sobrevivientes, pues el sentido común indica que debía dedicar algún porcentaje de ellos a la propia subsistencia. No hay un principio exacto para determinar el porcentaje que debería descontarse por gastos personales, asunto que depende del número de personas a cargo; en este caso, tratándose de la esposa y dos hijos, se ha dicho que destinaría el 25% de sus ingresos a su propia manutención y aportaría el porcentaje restante a gastos familiares, como lo ha reconocido la jurisprudencia"[335].

7. MANUTENCIÓN DE HIJOS Y PERJUICIOS MATERIALES

Mucho se ha discutido sobre hasta qué edad de la víctima menor de edad puede extenderse la liquidación de los perjuicios materiales, en caso de fallecimiento de uno o de ambos padres.

Desde el 4 de octubre de 2007 el Consejo de Estado[336] fijó su actual línea jurisprudencial en el sentido de que se presume la dependencia económica de los hijos con respecto a los padres hasta la edad de veinticinco (25) años aplicando las reglas de la experiencia, pero siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio.

En efecto,

> "De igual forma, en la misma providencia se modificó el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además,

335 Consejo de Estado. Sentencia de 18 marzo de 2010, Rad. 15.591, C.P. Enrique Gil Botero.

336 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 octubre de 2007, Rad. 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16.058) acumulado, 47001-23-31-000-1997-05419-01 (21.112), actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros. C.P. Enrique Gil Botero.

a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio.

Así las cosas, la Sala, actualizará la renta base de liquidación y procederá a liquidar en relación con la cónyuge e hijos menores al momento de la muerte, pues solamente frente a estos, conforme a las reglas establecidas por la jurisprudencia de esta corporación y las reglas de la experiencia, se presume su manutención hasta la edad de los 25 años [337].

8. PERJUICIOS Y LÍMITE DE LOS 1.000 SMLMV

La norma sobre indemnización por daños inserta en el Capítulo del Código Penal correspondiente a la "*Responsabilidad civil derivada de la conducta punible*", establece:

> 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 (1000) salarios mínimos legales mensuales.
>
> Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.
>
> Los daños materiales deben probarse dentro en el proceso.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-916 de 29 octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, declaró la exequibilidad de los incisos primero y segundo del artículo 97 "*en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible*". El inciso tercero fue declarado exequible.

Con base en lo expuesto, se tiene lo siguiente[338]:

- ***Primero***: Con respecto a los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), no tienen límite. Se condenará por lo que probatoriamente se demuestre.
- ***Segundo***: Con respecto a los perjuicios morales objetivados, no tiene límite. Se condenará por lo que probatoriamente se demuestre.

---

337 Consejo de Estado. Sentencia de 18 marzo de 2010, Rad. 15.591, C.P. Enrique Gil Botero.

338 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 30.862 de 10 marzo de 2010 y Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011.

- ***Tercero***: Con respecto a los perjuicios morales subjetivos, tiene como límite los mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del fallo.

- ***Cuarto***: Se debe agregar, y adicionalmente así lo hacemos para mayor claridad, que el límite de los mil (1.000) smlmv también se aplica al denominado "*daño por alteración a las condiciones de existencia*" o "*daño a la vida de relación*", y en la actualidad "*perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia*"[339] o simplemente "*alteración de las condiciones de existencia*"[340], pues es parte de los perjuicios extrapatrimoniales y porque el "*límite sólo sería aplicable a aquellos daños frente a los cuales el juez tiene mayor discrecionalidad, pues la finalidad del legislador fue evitar la arbitrariedad del juez al momento de estimar su cuantía*", como se expresó en la sentencia C-916 de 2002.

PERJUICIOS Y LÍMITE DE LOS 1.000 SMLMV (Art. 97 Código Penal y Sentencia C-916 de 2002)	
1.- Perjuicios materiales (Daño emergente y lucro cesante)	Sin límite. Lo que probatoriamente se demuestre
2.- Perjuicios morales objetivados	No tiene límite. Lo que probatoriamente se demuestre
3.- Perjuicios morales subjetivos («*Pretium doloris*» también llamado «*Pretium affectionis*»)	"*se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado*" (Sentencia C-916 de 2002). Tiene como límite los un mil (1.000) smlmv
4.- Como parte de los perjuicios morales el llamado "*daño por alteración a las condiciones de existencia*" o "*daño a la vida de relación*", y en la actualidad "*perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia*" o simplemente "*alteración de las condiciones de existencia*"	"*el límite sólo sería aplicable a aquellos daños frente a los cuales el juez tiene mayor discrecionalidad, pues la finalidad del legislador fue evitar la arbitrariedad del juez al momento de estimar su cuantía*", como se expresó en la sentencia C-916 de 2002. Es el mismo límite de los un mil (1.000) smlmv
Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 10 marzo de 2012, Rad. 30.862 y Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547	

339 Consejo de Estado. Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

340 Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso Cantoral Benavides, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

9. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES, INMATERIALES O MORALES

Con respecto a los perjuicios extra patrimoniales, inmateriales o morales es lo normal o lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas o afectadas negativamente su salud[341], su estética personal[342], su reputación[343], sus facultades físicas, bien por las lesiones personales sufridas[344], o por la muerte de un ser querido, especialmente cuando es consecuencia de un delito.

El daño moral es "*la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de la parte social del patrimonio moral, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza y repercusiones objetivas del daño moral*"[345]. El daño moral puede interpretarse como la lesión o el dolor humano o sufrimiento que la víctima experimenta, y que "*dada su naturaleza corresponde al mundo de la sensibilidad espiritual y mantiene relación directa con la dignidad del ser humano*"[346].

El dolor es indemnizable.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante providencia de 6 de agosto de 1982, C.P. Carlos Betancurt Jaramillo, expediente N° 3139, reconoció como perjuicio moral objetivable el "*malestar psíquico*" sufrido a raíz de un accidente.

También el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante providencia de 4 de abril de 1997, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, expediente N° 12.007, reconoció indemnización como perjuicio moral objetivable, por el hecho de que la víctima "*estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación*".

---

341 Consejo de Estado. Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

342 Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP. Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428.

343 Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP. Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

344 Consejo de Estado. Sentencia 10 junio de 2009, Rad. 19.046, C.P. Enrique Gil Botero, donde se dijo: "*Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en las demandantes con ocasión de las lesiones causadas a su madre por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad*".

345 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 23 de abril de 1941.

346 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 4 febrero de 2009, Rad. 28.085, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Los perjuicios que nacen de él se dividen en objetivados u objetivables y subjetivos, emanando los primeros del daño moral en forma concreta, determinada o determinable y los segundos indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, es decir, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

La Corte Suprema de Justicia, en fallo de 13 de diciembre de 1943, expresa: *"Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación". (…) El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral objetivado*". Providencia citada por Javier Tamayo Jaramillo en su obra De la Responsabilidad Civil, De los Perjuicios y su Indemnización, Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1996[347].

Por su parte, el tratadista Darío Preciado Agudelo precisa en su libro Indemnización de Perjuicios. Ediciones Librería del Profesional. pág. 420: "*Se dice que son daños materiales los que pueden cuantificarse económicamente, y morales aquellos que escapan, por su misma naturaleza, a la posibilidad de una valoración en dinero./ La doctrina ha distinguido entre los segundos una doble especie, la de los que trascienden la órbita de la intimidad de la persona, y la de aquellos que desbordan ese mundo de la subjetividad para producir externamente efectos y consecuencias que afectan la capacidad productiva o laboral de la persona. A los primeros los denomina "daño moral subjetivo" y a los segundos "daño moral objetivable./ "Esta segunda categoría, al ser susceptible de valoración económica penetra en la esfera del daño material o de índole patrimonial, diferenciándose de éste solamente por la naturaleza de la fuente de donde dimanan*"[348].

Los perjuicios morales objetivados, son aquellos que "*repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada, y que por consiguiente son cuantificables pecuniariamente*"[349].

---

347 Se puede consultar en: http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2008/l2008010484.pdf.

348 Se puede consultar en: http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2008/l2008010484.pdf.

349 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia, Rad. 19.464 de 18 junio de 2002, M. P. Édgar Lombana Trujillo, citado en la sentencia de la misma Corporación datada 23 de febrero de 2005, Rad. 17.722, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Respecto de este tipo de perjuicios la doctrina ha distinguido entre perjuicios morales objetivables y perjuicios morales subjetivos, con base en la menor o mayor posibilidad de valorar su quantum por criterios objetivos, según lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002.

En fin, algunos expresan que realmente en sentido estricto no es correcto ni conveniente clasificar el daño moral en objetivado y subjetivo; no obstante, la jurisprudencia y un sector de la doctrina han mantenido por inercia estas denominaciones, por lo que el tratadista Javier Tamayo Jaramillo designa a esta clasificación como "*el fantasma de los perjuicios morales objetivados*"[350].

Para Obdulio Vásquez Posada, el daño moral subjetivo es el daño moral en sentido estricto y el daño moral objetivado es un daño patrimonial causado por la lesión a un bien extra patrimonial[351].

Había expresado la Corte, cuando los perjuicios morales subjetivos se tasaban en gramos oro, que no es el valor del gramo oro para la época de los hechos, toda vez que la norma no lo prevé en forma expresa y, además, la indemnización por ser perjuicio moral no es restitutoria sino que es de carácter compensatorio. Así que la indemnización del perjuicio es para la fecha de la sentencia, precisamente porque el perjuicio inmaterial es compensado mas no reparado.

Es decir, que en la actualidad el valor de los salarios mínimos legales mensuales, para efectos indemnizatorios, no es el de la época del hecho delictivo, sino que deben corresponder a la fecha de la sentencia de condena del incidente de reparación integral.

Así por ejemplo, se puede observar en la sentencia del expediente N° 13.168 de 4 diciembre de 2006 por medio de la cual el Consejo de Estado[352] señala que un particular no tiene porqué soportar, sin la correspondiente compensación, la carga que significa la privación de su libertad cuando la sentencia, así sea con fundamento en el principio del *in dubio pro reo*, sea absolutoria, donde se fijan los perjuicios morales por el valor equivalente al valor del salario mínimo legal mensual vigente para el momento de la sentencia.

---

350 Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de responsabilidad civil, tomo II, pp. 531-540. Tomado de Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia, Obdulio Velásquez Posada. Se puede consultar el texto en: http://www.derechodelseguro.com.ar/Octubre_27_2012_ITINERARIO_MORAL_COLOMBIA_ObdulioVelasquez.pdf.

351 Obdulio Velásquez Posada. Itinerario jurisprudencial del daño moral en Colombia, ob. cit., pp. 26-27.

352 Proceso N° 25000-23-26-000-1994-09817-01, Expediente N° 13.168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sobre el particular ha enseñado el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria en sentencia de casación penal de diciembre 12 de 1989:

> "el daño moral […] es compensatorio; precisamente porque en esta clase de perjuicio no es posible regresar las cosas al estado pre delictual, es por lo que se compensa en una suma de dinero apreciada al momento del fallo, y respecto de la cual el concepto de gramos oro tiene como objeto exclusivo impedir que con término y valores nominales, y dados los procesos devaluatorios e inflacionarios, la indemnización pueda tornarse írrita"[353].

En tema de perjuicio moral y la no necesidad de nombramiento de perito, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación penal de agosto 26 de 1982, expresó:

> "se ha llegado a denominar "*pretium doloris*" a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del "*ius puniendi*", encomendado al Estado. Al no ser el daño moral subjetivo, cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto, por el juez dentro del límite máximo fijado por la ley" [354].

El Consejo de Estado también ha expresado que cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "*el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien*". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado[355]. Ese daño moral se puede sufrir por el directamente afectado, víctima directa, o por los parientes o personas cercanas, víctimas indirectas.

---

353 Pueden consultarse también sentencias de junio 27 de 1981 y noviembre 1º de 1985 del Consejo de Estado. El extracto puede leerse igualmente en el Régimen Penal Colombiano, Legis, p. 48.

354 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Penal, agosto 26 de 1982. Vid. extracto en Régimen Penal Colombiano, Legis, p. 48.

355 Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sólo concebía como extra patrimonial el perjuicio moral y no otros como el fisiológico o el daño a la vida de relación.

No obstante, la Sala Civil reconoció la existencia del daño a la vida de relación en sentencia de trece (13) de mayo de dos mil ocho (2008), Expediente N° 11001-3103-006-1997-09327-01, M.P. César Julio Valencia Copete.

10. PRESUNCIÓN LEGAL DE DAÑO MORAL SUBJETIVO PARA LOS FAMILIARES INMEDIATOS

No se puede olvidar que la "*filosofía que informa la reparación del daño moral no es otra que la de proporcionarle a la víctima SATISFACCIONES EQUIVALENTES a lo que ha perdido, es decir, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel SATISFACTORIO*"[356] y que en todo caso "*el llamado pretium doloris, no busca tanto reparar ese perjuicio cabalmente, resarcimiento que es el objetivo de toda indemnización, sino 'procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido', permitiendo a quienes han sido víctimas del sufrimiento, hacerles, al menos, más llevadera su congoja*"[357].

Tradicionalmente, el daño moral suscitó controversia sobre su prueba y valoración que llevaron incluso a la negativa de su reconocimiento[358], y de negar igualmente su reconocimiento para los hijos menores y para los hijos póstumos con el argumento de que no podían sentir dolor o aflicción por la pérdida de un ser querido[359].

Con respecto a la prueba del perjuicio moral subjetivo por la muerte de un ser querido, fue objeto de fluctuación jurisprudencial tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Suprema de Justicia"[360]; pero a partir del canon 90 de la Carta, sobre daño antijurídico[361], ha adquirido especial relevancia la responsabilidad extracontractual del Estado con incidencia además en el tema probatorio, en especial, sobre la prueba

---

356 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 junio de 1999, Rad. 6283, C.P. Carlos Betancurth Jaramillo.

357 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 11 mayo de 1976, M.P. José María Esguerra Samper.

358 Salvamento de voto a sentencia del Consejo de Estado de 19 mayo de 1975, Rad. 1507, en el que se establecen los diversos criterios que se sostenían para negar la compensación de los daños morales.

359 Consejo de Estado, Sentencia de 16 noviembre de 1989.

360 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2003. Radicación No. 76001-23-31-000-1994-9874-01 (14083). Actor Jorge Enrique Rengifo Lozano y otros. C. P. María Elena Giraldo Gómez.

361 Constitución Política, Art. 90. "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas./"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste*".

del daño moral pues en algunas ocasiones basta con acreditar el parentesco para que proceda el reconocimiento del perjuicio moral para parientes hasta el segundo grado de consanguinidad[362]. Jurisprudencia del Consejo de Estado que ha retomado la Sala Civil y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para la responsabilidad civil extracontractual.

Ni la Constitución Política ni la Ley definen de forma taxativa quiénes integran la familia, pero existen varias formas de organización familiar y de parentesco, entre ellas se han distinguido cuatro clases de familias:

a. La familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

b. La familia extensa o consanguínea: se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.

c. La familia monoparental: es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

d. La familia de madre soltera: Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.

e. La familia de padres separados: Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo

362 Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia, Area Contencioso Administrativa. Módulo de la Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*", Coordinador académico Diego Gerardo Bolívar Useche, Bogotá, Junio de 2011, p. 36.

su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad[363].

No obstante esa falencia de la Ley para fijar taxativamente los miembros de la familia, el Consejo de Estado interpretó las normas del Código Civil para dar protección a ese núcleo básico de la sociedad (Art. 42 de la Carta); y con un criterio amplio se acude entonces al canon 61 del Código Civil para reconocer los perjuicios morales presuntos a los parientes hasta el segundo (2°) grado de consanguinidad.

Según jurisprudencia del Consejo de Estado vigente desde julio 17 de 1992[364], que se puede considerar como sentencia hito, se presumen legalmente los perjuicios morales cuando se trata de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, independientemente de que convivan bajo un mismo techo, o mantengan relaciones y contacto de forma frecuente.

Se fijó entonces una presunción legal como regla de experiencia consistente en que la muerte causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad. Esta presunción es un criterio de valoración mas no un medio de prueba[365].

Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez explica:

> "La presunción como regla de experiencia.– La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: la experiencia y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conduce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma ciencia no los desvirtúe. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad.

363 En: http://www.monografias.com/trabajos26/tipos-familia/tipos-familia.shtml, consultada en febrero de 2013.

364 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 17 julio de 1992, Rad. 6750, C.P. Daniel Suárez Hernández, citada en sentencia de 26 febrero de 2009, Rad. 16.727, C.P. Enrique Gil Botero.

365 Consejo de Estado. Sentencia de 18 marzo de 2010, Rad. 15.591, C.P. Enrique Gil Botero.

La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico"[366].

El dolor, tristeza o congoja, por el fallecimiento de un pariente es lo que se conoce como duelo, sobre el que la doctrina médica ha dicho:

> "El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.
>
> "La aflicción, al igual que la muerte es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón "normal" de aflicción y un programa "normal" de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo otras nunca lo hacen"[367].

Las reglas de la experiencia y la práctica científica[368] han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo.

En la citada sentencia de 17 de julio de 1992 del Consejo de Estado[369], como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-934 de 14 diciembre de 2009 con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el cambio de jurisprudencia fue justificado mediante la alusión a los fines del Estado, previstos en el artículo 2º de la Constitución y al concepto constitucional de familia, establecido en el artículo

---

366 Gustavo Humberto Rodríguez. Presunciones. Pruebas Penales Colombianas Tomo II. Ed. Temis, Bogotá 1970 pág. 127 y s.s. Quiceno Álvarez Fernando. Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos. Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002.

367 PAPALIA Diane E., Wendkos Olds Rally y Duskin Feldman Ruth. Desarrollo Humano. Ed. Mc Graw Hill. Novena Edición. México DF. 2004. p. 766 y ss.

368 Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. Vinculo: http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf, consultada en febrero de 2013. "*Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud1. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida*".

369 Consejo de Estado. Sentencia Rad. 6.750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. C.P. Daniel Suárez Hernández.

42 superior, en concordancia con los artículos 61 y 874, ordinal 3º, del Código Civil relativos, en su orden, "*al concepto amplio de familia, como aquellos parientes próximos de una persona*" y a la familia nuclear, de todo lo cual se dedujo que "*la familia, para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio*"[370].

Se ha expresado por el Consejo de Estado que es claro que "*las relaciones entre parientes y aún entre personas que no pertenecen a una misma familia pueden ser muy estrechas, a pesar de la lejanía cuando, con anterioridad se han creado fuertes lazos de afecto y alianza que, según las reglas de la experiencia, no se rompen o debilitan con la falta de contacto permanente*"[371].

Esta postura constituye un verdadero precedente judicial pues en la actualidad es coherente y constante.

Esa presunción es legal o *iuris tantum*, de hombre o simple regla de la experiencia, que admite prueba en contrario no obstante que se tenga la nuda o simple prueba del parentesco entre los familiares y el óbito, por ejemplo.

Se deberá demostrar por la contraparte que no existen lazos afectivos entre el hermano y la víctima del delito, o que por ejemplo, hacen parte de núcleos familiares diferentes sin ningún contacto al punto que ni se conocen entre sí[372], o que los lazos de afecto nunca se crearon, etc., y si el demandado así no lo hace, entonces se podrá condenar por concepto de perjuicios morales subjetivos[373].

Se presume entonces, en esos casos, el daño moral, salvo circunstancias especiales como el evento del hermano póstumo, caso en el cual no hay perjuicios morales[374].

---

370 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 17 de julio de 1992. Radicación No. 6750. Actor Luis María Calderón Sánchez y otros. C. P. Daniel Suárez Hernández.

371 Consejo de Estado. Sentencia de 21 septiembre de 2000.

372 Sobre el caso, Consejo de Estado. Sentencia de 21 septiembre de 2000. Se agregó que cuando en el expediente no se encuentren pruebas que impidan "*la aplicación llana de esta regla de la experiencia*", lo procedente es no reconocer el daño moral, a pesar de que se acredite el parentesco, y que "*en el caso planteado, no solo no existe prueba alguna de que tales lazos existieran, sino que de los testimonios recibidos en el proceso se puede concluir que nunca se crearon*".

373 Consejo de Estado. Sentencia de 26 febrero de 2009, donde se reconocen perjuicios morales al hermano de la víctima que acreditó el parentesco y la parte demandada no desvirtuó la presunción legal.

374 Así por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 6 octubre de 1994, Rad. 7834, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Es más expedita entonces la demostración de los perjuicios morales por parte de parientes del núcleo familiar inmediato de las víctimas.

Sobre este asunto señala la jurisprudencia del Consejo de Estado:

> "En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afecta moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien"[375].

En la medida en que se acrediten los daños morales subjetivos es posible entonces acudir a la discrecionalidad del *arbitrium judicis*[376].

11. HERMANOS MAYORES DE LA VÍCTIMA Y PERJUICIOS MORALES

Quizás donde se ha presentado mayor discusión en la línea jurisprudencial citada tiene que ver con la indemnización de perjuicios morales para los hermanos mayores de edad[377].

El Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de 1985 indicó que no cabía el reconocimiento de perjuicios morales a los hermanos mayores de la víctima, pues, "*según lo dicho en jurisprudencia de la Sección, debían acreditar además del parentesco, otras circunstancias indicativas que permitan inferir el dolor*"[378].

---

375 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 17 julio de 1992, Rad. 6750, C.P. Daniel Suárez Hernández, citada en sentencia de 26 febrero de 2009, Rad. 16.727, C.P. Enrique Gil Botero.

376 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de casación, mayo 30 de 1994. Expediente 3950. M.P. Héctor Marín Naranjo.

377 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 17 julio de 1992, Rad. 6750, C.P. Daniel Suárez Hernández; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de 6 agosto 1992, Rad. 6901, C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia 15504 de septiembre 13 de 1999, C.P. Alier E. Hernández Enríquez; Sentencia noviembre 5 de 1997; Sentencia 5067 de febrero 7 de 1989, C.P. Miguel González Rodríguez; Sentencia S-121 de mayo 18 de 1999, C.P. Clara Forero de Castro; Sala Plena, sentencia S-064 de marzo 25 de 1993, C.P. Diego Younes Moreno; Sentencia S-259, de noviembre 5 de 1997, C.P. Amado Gutiérrez Velásquez, entre otras.

378 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 1985. Expediente No. 2890. Actor Enrique Vargas y otros. C. P. Eduardo Suescún Monroy. Así mismo en Sentencia de 26 de enero de 1989. Expediente No. 5274. Actor Carlos Adán García y otros. C. P. Carlos Ramírez Arcila.

En sentencia de 13 de septiembre de 1999, se explica que "*los perjuicios morales se presumen únicamente tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pues en relación con los hermanos mayores, se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existe entre estos y la víctima*"[379].

En providencia de 7 octubre de 1999, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, se estimó que ante la falta de pruebas directas del perjuicio moral, este se puede inferir con la prueba del parentesco, tratándose de "*los padres, cónyuge y, con relación a los hermanos de la víctima, únicamente de los menores (…) a la época en que ocurrió el hecho dañino*".

En sentencia de 21 de octubre de 1999, el Consejo de Estado determinó que los perjuicios morales "*se presumen tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, requiriéndose la demostración plena de la relación afectiva únicamente respecto de los hermanos mayores*"[380].

La línea jurisprudencia en tema de perjuicios morales para el hermano mayor de edad, según el Consejo de Estado, era que:

i. Había lugar a ordenar la indemnización por perjuicios morales a favor de los hermanos mayores cuando se acreditaran "*fehacientemente otras circunstancias*" que permitieran "*inferir el dolor que les causó la muerte de su pariente, que no son otras que la relación de afecto existente entre ellos*"[381], y

ii. Se negaba cuando no obraba dentro del informativo "*ni un solo testimonio*" que permitiera vivenciar que los hermanos del occiso "*hubiesen sufrido un perjuicio moral, pues no se acreditó que vivieran bajo el mismo techo con el finado (…) o que tuvieran unas especiales relaciones afectivas con éste*"[382] o que existieran "*vínculos de colaboración*" y "*se prestaran mutuo socorro y auxilio*"[383]; y

---

379 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Rad. 15504. Actor María Eduviges Quintero Vda. de Mora y otros. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

380 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 1999. Rad. 10948-11643. Actor Luis Polidoro Cómbita y otros. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

381 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1985. Radicación No. 3796 Actora María Mercedes Morales de Trujillo. C. P. Julio César Uribe Acosta. En el mismo sentido, Sentencia de 26 de septiembre de 1991. Radicación No. 6620. Actor: Aníbal Zapata y otro. C. P. Julio César Uribe Acosta.

382 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 20 de junio de 1991. Radicación No. 6423. Actor Héctor Iván Montoya Sánchez. C. P. Julio César Uribe Acosta.

383 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 1999. Radicación No. 5702. Actor Jorge Hurtado Duque y otros. C. P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

iii. Que no bastaba "*para el efecto la simple prueba del parentesco*"[384].

Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado abrió paso a una tesis contraria a la tradicionalmente sostenida.

En efecto, en salvamento de voto a la sentencia de 10 enero de 2000, la Consejera María Elena Giraldo Gómez consignó que no compartía "*la afirmación de que no hay lugar a indemnización por perjuicios morales para hermanos mayores de 18 años porque no probaron otros hechos distintos al parentesco que dan lugar a la demostración del perjuicio moral*"[385].

Finalmente el Consejo de Estado en sentencia de 27 de enero de 2000, expuso:

> "Mientras la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estima que se presumen en tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores y exige que, respecto de los hermanos mayores, se pruebe la relación afectiva, la Sección Tercera, en un primer momento, consideró que la base indiscutible del perjuicio moral subjetivo sólo puede ser el amor y el afecto que sentían los demandantes por la víctima, sentimientos que, unidos al parentesco, hacían presumir el dolor que les causó su desaparición. En relación con los hermanos, independientemente de la edad, se dijo que debían acreditar las condiciones de convivencia y familiaridad con el occiso, mientras que el daño moral subjetivo, se presumía con la sola prueba del parentesco cuando se trataba de padres, hijos y cónyuge. En sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección modificó la tesis respecto de los hermanos de la víctima, consagrando en su favor la presunción del perjuicio moral, pues resultaba injusto aceptarla, en unos casos, con fundamento en el vínculo familiar y a renglón seguido exigir, para otros, una prueba específica de lazos afectivos"[386].

En este sentido se ha señalado que "*es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición de los otros*"[387]. El parentesco entonces "*puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por*

---

384 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 25 de mayo de 1990. Radicación No. 5821. Actor Marco Antonio López y otros. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

385 Salvamento de voto de la Consejera María Elena Giraldo Gómez a la Sentencia de 10 de febrero de 2000. Radicación No. 11878. Actor José Reinaldo Durán Serrano y otros. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

386 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de enero de 2000. Radicación No. 10867. Actor Juan Carlos González Castro. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

387 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor Jorge Alfredo Caicedo Cortés. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros"[388].

En el caso de los hermanos de la víctima, la presunción elaborada para efectos de demostrar el perjuicio moral, se funda "*en un hecho probado*", cual es "*la relación de parentesco*", pues a partir de ella y "*con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso*"[389].

Como consecuencia de la tesis acogida, reiteradamente la Sección Tercera ha estimado que "*bastan, entonces, las pruebas del estado civil aportadas al proceso, para que esta Sala considere demostrado, indiciariamente, el daño moral reclamado por los demandantes*"[390], de modo que la condición de hermano de la víctima queda "*debidamente acreditada*" por los registros civiles[391] que permiten establecer el parentesco y dar por probado el perjuicio moral[392], así se trate de hermanos mayores de edad.

Esta es la jurisprudencia actual y consolidada del Consejo de Estado en tema de perjuicios morales, su prueba, y el perjuicio moral para los hermanos mayores, que se presume, con posibilidad de demostrar en contrario por los demandados.

El desconocimiento de esta línea jurisprudencial puede generar causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela por defecto sustantivo al no dar aplicación a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, pero "*es indispensable señalar que, en aras de su autonomía constitucionalmente reconocida y en ciertas condiciones, a los jueces se les permite apartarse del precedente fijado por ellos mismos o por el superior jerárquico*"[393].

---

388 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor María Elina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

389 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor Jorge Alfredo Caicedo Cortés. C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

390 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de 2008. Radicación No. 47001-23-31-000-1995-03986-01 (16413). Actor Judith Monterrosa y otros. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

391 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor María Elina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

392 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-08167 (16483). C. P. Enrique Gil Botero.

393 Corte Constitucional, Sentencia T-934 de 14 diciembre de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Agregó la Corte Constitucional que: "*Tratándose del precedente vertical, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el juez inferior puede apartarse, siempre y cuando* 1) *haga referencia al precedente del cual se aparta*, 2) *resuma su esencia y razón de ser y* 3) *manifieste que se aparta en forma voluntaria e incluya las razones que sirven de sustento a su decisión. Esas razones, a*

Finalmente, "*Lo anterior no obsta, para que en los eventos en que no esté acreditado el parentesco se pruebe el dolor moral de estos parientes en calidad de damnificados*[394]*, mediante el uso de los diversos medios de prueba que dispone el Código de Procedimiento Civil de los cuales se pueda inferir el daño moral sufrido*"[395].

12. PERJUICIOS MORALES EN CASO DE MUERTE, LESION GRAVE Y LESION LEVE

El daño patrimonial y extra patrimonial, para que sea objeto de reparación, no tiene que ser padecido forzosamente por una víctima directa o inmediata, pues también es reparable el daño que se extiende a otras personas, diferentes de la víctima directa.

Este es el denominado daño reflejo, por rebote, por repercusión o por contragolpe[396].

Por ejemplo, la pena o congoja que experimenta una persona por el dolor físico que padece un ser querido o en su detrimento patrimonial por la interrupción de la profesión que ejercía la víctima inmediata[397]. El daño reflejo, por repercusión o rebote es aquel que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito y que afecta a personas diversas del sujeto inmediatamente perjudicado; "*se plantea principalmente en los casos de lesiones corporales y muerte de la víctima inicial, pues además del evidente daño sufrido de forma directa en su persona y patrimonio, éste se extiende además a su cónyuge, hijos y a otras personas que de él dependen o que con él se relacionan*"[398].

La línea jurisprudencial comentada en párrafos anteriores siempre ha considerado los perjuicios morales en su modalidad de presunción para los casos de muerte y lesiones graves[399] del pariente cercano o próximo.

---

su turno, pueden consistir en que 1) *la sentencia anterior no se aplica al caso concreto, porque existen elementos nuevos que hacen necesaria la distinción*, 2) *el juez superior no valoró, en su momento, elementos normativos relevantes que alteren la admisibilidad del precedente para el nuevo caso,* 3) *desarrollos dogmáticos posteriores justifiquen una posición distinta,* 4) *la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del superior o que* 5) *sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico*"

394 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación 10867; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación 14335; del 1º de marzo de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Radicación 17256; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación 16186

395 Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth

396 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Providencia de 18 mayo de 2005

397 Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Luis Fernando Ternera Barrios y Francisco Ternera Barrios. Cfr. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005, consultada en febrero de 2013.

398 En: http://www.dudalegal.cl/dano-repercusion-rebote.html, consultada en febrero de 2013.

399 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación 16186.

Sin embargo, esta posición cambió[400] en el sentido de también reconocer los perjuicios morales para daños leves, bajo el argumento de que (i) la presunción de los perjuicios morales causados a los parientes de la víctima del daño no la sustenta el tipo de lesión, sino la lesión misma y (ii) al causar ésta, dolor a una persona, genera, por la misma naturaleza humana, aflicción a las personas más próximas.

El tipo o clase de lesión, concluyó el Consejo de Estado, es útil para determinar la intensidad del daño y es relevante para la graduación del perjuicio.

Es pertinente reiterar que la tasación de los perjuicios morales ha de hacerse en salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv)[401] y no en gramos oro como anteriormente sucedía, además porque así lo impone el actual artículo 97 del Código Penal de 2000.

El *arbitrio iudicis* para la determinación concreta de los perjuicios morales subjetivos también aplica para el Juez Administrativo[402].

En efecto,

> "Ahora bien, en el juez administrativo radica la facultad discrecional de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Discrecionalidad que está regida: a) bajo el entendido de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, mas no de restitución, ni de reparación; b) por la aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) por el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto de perjuicio y su intensidad y por el d) deber de estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad"[403].

Para los perjuicios morales en caso de lesiones personales, su tasación depende de la entidad y gravedad de tales lesiones, pues hay eventos en los cuales "*esa clase de daño no alcanza a tener una entidad suficiente para alterar, limitar o impedir el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona y, por tanto, se concluye que su*

---

400 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación 28259.

401 Art. 16 Ley 446 de 1998: "*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*".

402 Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

403 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 15459.

indemnización debe ser menor; así pues, la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales se debe definir en cada caso por el juez, en proporción al daño sufrido"[404].

En otra oportunidad expuso el Consejo de Estado[405]:

> "En lo que concierne con las lesiones leves y respecto a la víctima directa ha estimado que la prueba de la lesión es suficiente para deducir el impacto moral; pero respecto a la víctimas indirectas —trátese de parientes o de damnificados— es necesario demostrar a) la lesión leve, b) el parentesco o la condición de damnificado y c) el dolor o padecimiento moral".

Pero se aclaró que la Sala ha recogido la anterior tesis jurisprudencial[406], en el sentido de precisar que para presumir el perjuicio moral de los familiares inmediatos del lesionado, no es necesario establecer si las lesiones causadas fueron graves o leves, toda vez que esta distinción carece de sentido lógico y equitativo, por cuanto no es plausible de ninguna manera que la aflicción pueda establecerse a partir de una condición especial de las lesiones.

En efecto, independientemente de la magnitud de la afectación física del lesionado, en una concepción de familia nuclear como la nuestra, no resulta equitativo que ese padecimiento moral y su prueba se condicione al resultado material del daño reclamado[407].

La línea jurisprudencial actual en tema de lesiones es la siguiente: "*se presume que la lesión física o psíquica de un familiar, independientemente de su gravedad, causa aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. Así las cosas, para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar*"[408].

---

404 Consejo de Estado. Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

405 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2004, Exp. No. 14.003, actor: Hernando Francisco Acosta y otros, C.P. María Elena Girado Gómez.

406 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 17.486, actor: Luis Octavio Echeverri Escudero y otros, C.P. Ruth Stella Correa.

407 Consejo de Estado. Sentencia 10 junio de 2009, Rad. 19.046, C.P. Enrique Gil Botero.

408 Consejo de Estado. Sentencia 10 junio de 2009, Rad. 19.046, C.P. Enrique Gil Botero.

13. PERJUICIOS MORALES PARA EL HIJO DE CRIANZA

En un proceso donde no existía registro civil de nacimiento que estableciera el parentesco con el fallecido, señaló el Consejo de Estado en sentencia de 26 marzo de 2008[409], que se hallaba establecida la calidad de tal (hijo de crianza) del niño demandante; y a partir de allí destacó la importancia de esta figura en nuestra realidad social, diferenciada de la adopción formal propiamente dicha, pero como una semi extensión de ésta, señalando que la familia mutó de ser un fenómeno biológico a ser una categoría social.

Se reconoce entonces la validez y legitimidad de esta figura en nuestra sociedad, como parte del concepto de familia de hecho. Señaló el Consejo de Estado que: "*Y es en el anterior entendimiento, que acreditado por cualquiera de los medios probatorios, la circunstancia o relación de especial afecto y protección que se adjetiva como 'hijo de crianza', lo que permite se infiera de allí el dolor moral padecido por aquél o por el pater familias*".

Con respecto a la cuantificación del mencionado daño moral, hace referencia la Sala Tercera del Consejo de Estado a la Sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes acumulados N° 13.232 y N° 15.646, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, en la cual se estableció en cien (100) salarios mínimos legales mensuales, explicando que el Juez condenaría en cada caso según su prudente arbitrio y que este monto se sugiere para los casos en que el daño moral se presente en su mayor grado; en esta misma providencia fue cambiado el patrón de indemnización de gramos oro por salarios mínimos legales mensuales vigentes. En los procesos se resolvió el caso de un joven que conducía en horas de la noche una motocicleta que tropezó con un hueco ubicado en el carril derecho de una vía intermunicipal; las autoridades que adelantaban obras en esa vía habían colocado telas rojas y artefactos para anunciar el riesgo, pero ninguno de ellos cumplía con los requisitos de las señales preventivas señalados en la ley.

14. PERJUICIOS MORALES PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ningún inconveniente hay para comprender aplicable el perjuicio moral para las personas naturales, en sus variantes de objetivados y subjetivos, así como a los de la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia.

409 Consejo de Estado. Sentencia de 28 marzo de 2008, Rad. 1991-05930-1 (Rad. 18.446), C.P. Enrique Gil Botero.

Tampoco hay inconveniente en reconocer, como en efecto así es, que las personas jurídicas pueden sufrir perjuicios patrimoniales o materiales por conductas ilícitas, tanto daño emergente como lucro cesante, que deben ser indemnizados por el autor del delito.

Se discute si las personas jurídicas pueden sufrir perjuicios de índole inmaterial o moral.

Las personas jurídicas pueden sufrir daños morales objetivados, pero en todo caso no pueden sufrir, ni son indemnizables, los daños puramente morales subjetivos o *pretium doloris* o *pretium affectionis*.

En providencia de 11 febrero de 1999, expresó la Corte en su Sala Penal:

> "pueden padecerlos, verbigracia, cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias solo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género o especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios"[410].

En oportunidad más reciente se dijo[411]:

> "Sobre ese específico tópico debe aclarar la Sala de Casación Penal que no existe una regla absoluta que impida condenar al pago de perjuicios morales objetivados a las personas jurídicas. Lo que ha venido sosteniendo esta corporación es que para que pueda admitirse la existencia de un perjuicio moral objetivado, se precisa demostrar que como consecuencia del delito, la entidad o persona jurídica quedó amenazada seriamente en su existencia misma, o que se disminuyó significativamente su capacidad de acción de acuerdo con su actividad funcional, o que fue puesta en condiciones de desigualdad manifiesta frente a otros entes de su mismo género o especie. Sin estar probado alguno de estos indicadores, no es posible condenar al pago de perjuicios".

El perjuicio moral objetivado no procede para las personas de derecho público, esto es, aquellas que "*nacen y se desenvuelven por mandato y privilegio constitucional o legal, sin necesidad de un reconocimiento gubernativo de personería jurídica (caso de la*

410 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 14.523 de 11 febrero de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

411 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 25.149 de 5 octubre de 2006, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Fiscalía General de la Nación), el desprestigio que sus servidores le ocasionan con algunas conductas desviadas hace parte de la naturaleza, gravedad y modalidades propios de cada delito (daño público), pero en manera alguna se proyecta en un menoscabo particular que ponga en peligro su existencia o la disminuya apreciablemente en su operatividad, porque, aun con la presencia de funcionarios corruptos, la actividad estatal no puede detenerse ni arredrarse" [412].

No procede pues el reconocimiento para las personas jurídicas de la indemnización por perjuicio moral subjetivo.

Esta ha sido la línea constante de la Sala Penal de la Corte que puede seguirse en las siguientes providencias: auto del 11 de febrero de 1999, radicación 14.523; sentencia del 29 de mayo de 2000, radicación 16.441; sentencia del 10 de julio de 2001, radicación 13.681; sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicación 1.908; sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación 18.654; sentencia del 13 de octubre de 2004, radicación 18.191 y sentencia del 23 de febrero de 2005, radicación 17.722[413].

15. PRUEBA Y CUANTIA DE LOS PERJUICIOS MORALES

Como ya se dijo, los perjuicios materiales deben acreditarse debidamente.

Con respecto al daño moral, establecida la relación o conexidad entre la aflicción y el daño por lesión o pérdida de un ser querido entonces el monto a indemnizar depende de la intensidad del daño.

Con respecto a los perjuicios morales subjetivados, o *pretium doloris* o *pretium affectionis*, se requiere demostrar por el demandante, primero, que el perjuicio existió; segundo, que la causación del daño moral se encuentra acreditada, y, tercero, que solo falta la cuantificación del daño moral[414].

Son criterios para la discrecionalidad racional[415], uno, la magnitud del daño ocasionado y, dos, la naturaleza de la conducta ejecutada.

412 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 14.523 de 11 febrero de 1999, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

413 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 5 octubre de 2006, Rad. 25.149, M.P. Javier Zapata Ortiz.

414 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 16.441 de 29-05-00 y Sentencia Rad. 30.665 de 15-12-08.

415 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 29 octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En todo caso, siempre corresponderá al juez (*arbitrium judicis*) su tasación. No se fija a través de perito[416].

No puede intervenir el perito "*en tanto que la afectación del fuero interno de las víctimas o perjudicados impide la valoración pericial por inmiscuir sentimientos tales como tristeza, dolor o aflicción", además, el prudente arbitrio del juez no significa arbitrariedad*"[417].

Cuando el perjuicio moral es de un mayor grado, se ha considerado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como máximo a indemnizar la suma de cien (100) smlmv a la fecha de la sentencia[418]. Esa valoración del perjuicio moral debe ser realizada por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado[419], para cada uno de los beneficiarios. Es que "*el daño moral al hacer referencia a la órbita interna del sujeto, no puede ser tasado a partir de criterios objetivos o tablas de punto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona*"[420].

Ese mayor grado son los eventos de muerte y de lesiones personales con incapacidad física grande o del ciento por ciento[421].

Por ejemplo, en un caso de daño donde fue necesario el procedimiento quirúrgico de extracción de todos los órganos que integran el aparato de la reproducción (anexo histerectomía), que habían sido comprometidos por la infección, el Consejo de

---

416 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 26 agosto de 1982; Sentencia Rad. 24.011 de 12-12-05, Auto Rad. 28.085 de 04-02-09, Auto Rad. 32.117 de 21-10-09, Sentencia Rad. 34.547 de 27-04-1 y Sentencia Rad. 30.862 de 10-03-10, entre otras.

417 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.547 de 27 abril de 2011, M.P. María del Rosario González de Lemos.

418 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Radicación 16205; reiterada en Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

419 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, y sentencia de 18 marzo de 2010, Rad. 15.591, C.P. Enrique Gil Botero.

420 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna Nº 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

421 Consejo de Estado. Sentencia de 8 junio de 2011, Rad. 2007-00139, C.P. Enrique Gil Botero.

Estado condenó por perjuicios morales en favor de la mujer la cantidad de cien (100) smlmv, para el esposo la suma equivalente a cincuenta (50) smlmv, y para cada uno de los cuatro hijos diez (10) smlmv[422].

Pero lo anterior "*no significa que no pueda ser superior cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral*" [423].

Cuando se ha tratado el tema de la indemnización moral por concepto de lesiones leves, a manera de ejemplo, se ha de ver que en un caso ante la pérdida de capacidad laboral de un 80% el Consejo de Estado le reconoció al lesionado 45 smlmv, a sus padres 30 smlmv y a sus hermanos 15 smlmv[424], para cada uno.

En otro supuesto, ante la pérdida de capacidad laboral del 18,45% el mismo Consejo de Estado le reconoció a la víctima directa 5 smlmv, a sus hijos y madre 2 smlmv y a su hermano 1 smlmv[425].

En un caso donde no se advierte un determinado grado de afectación del que se permita derivar la intensidad del daño, que el tiempo de hospitalización del afectado fue escaso y que el índice de incapacidad dictaminada fue de 17,65%, se reconoció por daño moral a favor de cada hermana un (1) smlmv y a favor de las hijas del lesionado dos (2) smlmv[426].

16. COMPARATIVO DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE CONDENAS POR PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

En el siguiente cuadro se observa el desarrollo jurisprudencial de fijación de perjuicios morales subjetivos en salarios mínimos legales mensuales y clase de delito:

422 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna N° 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

423 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Radicación 16205, reiterada en Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

424 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 15459.

425 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Radicación 15775.

426 Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

PROVIDENCIA	DELITO	SMLMV
Rad. 10.342 de 21-11-02	Homicidio agravado	70
Rad. 23.687 de 26-01-06	Extorsión agravada	24,3
Rad. 24.985 de 21-03-07	Concursos de acceso carnal violento	66,2
Rad. 29.186 de 23-04-08	Homicidio	35,2
Rad. 27.107 de 17-07-08	Homicidio culposo	17,7
Rad. 28.268 de 12-12-08	Lesiones personales	39,7
Rad. 28.085 de 04-02-09	Lesiones personales	1
Rad. 32.117 de 21-10-09	Lesiones personales	60
Rad. 32.007 de 11-11-09	Homicidio por responsabilidad médica	312
Rad. 30.862 de 10-03-10	Homicidio por responsabilidad médica	175
Rad. 32.503 de 21-04-10	Homicidio	150
Rad. 34.547 de 27-04-11 y Rad. 35.637 de 06-06-12	Homicidio agravado (esposa/hijos)	100
Rad. 34.547 de 27-04-11 y Rad. 35.637 de 06-06-12	Homicidio agravado (hermanos)	50
Rad. 30.073 de 19-01-11	Acto sexual abusivo con menor de edad	30

Por muerte y delito de homicidio en las demás corporaciones, los perjuicios morales se han tasado así:

CORPORACIÓN	RADICACIÓN	SMLMV
Sala Civil Corte Suprema de Justicia	Rad. 0215 de 20-01-09	72,7
Consejo de Estado	Rad. 17.534 de 23-04-08	100

En caso de que el juez se aparte de estos parámetros de determinación concreta de los perjuicios morales debe exponer una carga argumentativa fuerte y sólida, pues en principio está obligado a seguir los criterios fijados por la línea jurisprudencial del Consejo de Estado y de las Salas Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia, y, por supuesto, deberá atender las particularidades del caso, pues de lo contrario se puede presentar una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela por vulneración a los derechos a la igualdad y al debido proceso.

Así se dispuso, por ejemplo, por la Corte Constitucional en la sentencia T-351 de 5 mayo 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde se fijaron por las instancias por

concepto de daños morales una suma equivalente a cien (100) smlmv en un trámite simplemente administrativo; al respecto expuso la Corte Constitucional: "*el hecho de que en el caso objeto de estudio se establezca el monto máximo previsto por el Consejo de Estado (aún a manera indicativa) como condena por perjuicios morales, sin dar ninguna razón para ello diferente al ejercicio del arbitrio judicis y, más aún, sin establecer por qué este caso produce una aflicción emocional de similar intensidad a la que se produce en aquellos eventos en que la alta Corporación citada ha aplicado la presunción de intensa aflicción, resulta abiertamente irrazonable*".

Tesis reiterada en la sentencia T-464 de 9 junio de 2011, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, donde se concedió el amparo de los derechos a la igualdad y al debido proceso del Icfes, teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia dictada dentro del proceso de reparación directa contra el Ministerio de Educación Nacional, el ICFES y la Universidad Libre (expediente 20040360) adolece de ausencia de motivación en materia de cuantificación de cien (100) smlmv por concepto de daño moral en un trámite eminentemente administrativo y no por muerte o fallecimiento de una persona.

En la sentencia T-212 de 15 marzo de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, se reitera igual tesis en un caso similar.

17. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

El denominado por la doctrina y la jurisprudencia "*daño fisiológico*", "*daño por alteración a las condiciones de existencia*" o "*daño a la vida de relación*", y en la actualidad "*perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia*"[427] o simplemente "*alteración de las condiciones de existencia*"[428], es un perjuicio independiente de los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y al daño moral, no obstantes que comparte con éste la característica de ser extra patrimonial.

La Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha propuesto a los países integrantes la introducción en los ordenamientos respectivos de una norma tendiente a indemnizar diferentes perturbaciones y desagrados tales como malestar, insomnios, sentimiento de inferioridad, disminución de los placeres de la

427 Consejo de Estado. Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

428 Así en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de diciembre de 2001, caso Cantoral Benavides, y en sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 15 de agosto y 18 de octubre de 2007.

vida, causados concretamente por la imposibilidad de entregarse a ciertas actividades agradables.

De los artículos 2341 y 2356 del Código Civil se puede colegir el daño a la vida de relación, además porque sencillamente el legislador no lo ha prohibido.

En sentencia de 21 julio de 1922, la Corte Suprema de Justicia teóricamente aceptó la existencia de otras clases de perjuicios extra patrimoniales diferentes a los morales[429].

En sentencia de 6 mayo de 1993, el Consejo de Estado[430] reconoció la existencia de una forma de perjuicio extra patrimonial distinto del moral denominado "*perjuicio fisiológico*" o "*perjuicio a la vida de relación*". Se expresó que es la "*pérdida de la posibilidad de realizar (…) otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia*".

En providencia de 25 septiembre de 1997 se le denomina por el Consejo de Estado como "*perjuicio de placer*" el cual "*tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extra patrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.)*".

En sentencia de 19 de julio de 2000, el Consejo de Estado[431] se ocupó *in extenso* del daño a la vida de relación haciendo, entre otras, las siguientes consideraciones:

1) "El daño extra patrimonial denominado "daño a la vida de relación", corresponde a un concepto mucho más comprensivo —que el de la lesión física que supone la pérdida de una oportunidad del goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres—, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extra patrimonial —distinto del moral— es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización";

2) "el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre";

---

429 Juan Carlos Henao. El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés. Segunda reimpresión de la primera edición. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2007, pp. 264-274.

430 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 mayo de 1993, Expediente 7.428, C.P. Julio César Uribe Acosta.

431 Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 11842, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

3) "una afectación de tal naturaleza puede surgir de diferentes hechos, y no exclusivamente como consecuencia de una lesión corporal. De otra manera, el concepto resultaría limitado y, por lo tanto, insuficiente, dado que, únicamente permitiría considerar el perjuicio sufrido por la lesión a uno solo de los derechos de la personalidad, la integridad física";

4) "aquella afectación puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (…), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona. Y no se descarta, por lo demás, la posibilidad de que el perjuicio a la vida de relación provenga de una afectación al patrimonio, como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que —al margen del perjuicio material que en sí misma implica— produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas."

5) "este perjuicio extra patrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que —además del perjuicio patrimonial y moral— puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles."

6) "el perjuicio —a la vida de relación— no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d´agrement* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo."

7) "Para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida

en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él."

8) "De acuerdo con lo anterior, resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación."

9) "(…) no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extra patrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo."

10) "(…) la existencia e intensidad de este tipo de perjuicio deberá ser demostrada, dentro del proceso, por la parte demandante, y a diferencia de lo que sucede, en algunos eventos, con el perjuicio moral, la prueba puede resultar relativamente fácil, en la medida en que, sin duda, se trata de un perjuicio que se realiza siempre en la vida exterior de los afectados y es, por lo tanto, fácilmente perceptible. Podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles." "Lo anterior debe entenderse, sin perjuicio de que, en algunos eventos, dadas las circunstancias especiales del caso concreto, el juez pueda construir presunciones, con fundamento en indicios, esto es, en hechos debidamente acreditados dentro del proceso, que resulten suficientes para tener por demostrado el perjuicio sufrido."

11) "Respecto de la cuantía de la indemnización, su determinación corresponderá al juez, en cada caso, conforme a su prudente arbitrio, lo que implica que deberá tener en cuenta las diferentes pruebas practicadas en relación con la intensidad del perjuicio, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa. Y es obvio que debe hablarse de compensación, en estos eventos, y no de reparación, dado que, por la naturaleza del perjuicio, será imposible, o al menos muy difícil, en la mayor parte de los casos, encontrar un mecanismo que permita su reparación in natura o con el subrogado pecuniario".

En la misma sentencia de 19 julio de 2000 se reformuló el concepto de perjuicio fisiológico por el de daño a la vida de relación, ahora denominado "*perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia*", así:

> "[E]l daño extra patrimonial denominado en los fallos mencionados '**daño a la vida de relación'**, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual **resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico**, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este

> daño extra patrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, **se producen en la vida de relación de quien la sufre**"[432] (Negrillas adicionales).

Posteriormente, en sentencia de 15 agosto de 2007[433] la Sala definitivamente acoge el concepto de perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia. Se dijo en esta providencia que "*El reconocimiento de indemnización por concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial —que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral—, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones*".

En sentencia del 18 de octubre de 2007[434] al resolver una acción de grupo expresó el Consejo de Estado:

> "La doctrina, especialmente la francesa, ha entendido por alteración de las condiciones de existencia (*les troubles dans les conditions d'existence*), el sufrimiento padecido por las víctimas de un daño, consistente en la modificación anormal del curso de su existencia, es decir de sus ocupaciones, sus hábitos y sus proyectos[435]. Un daño puede entonces producir perjuicios, que desbordan la lógica de aquellos materiales, e incluso de los morales, cuando logra alterar el devenir cotidiano del comportamiento humano, no por comprometer su integridad física, ni sus sentimientos, sino por alterar sus condiciones de existencia, que no son otra cosa, que sus costumbres relacionadas con su proyección de vida".

Más adelante agregó: "*La vida habitual de las víctimas del daño que se analiza, cambió de manera anormal con ocasión de éste (…). El daño indiscutible sufrido por los actores, da lugar a una alteración, de nada más y nada menos, que de las condiciones del sitio donde estaban forzados a vivir*".

---

432 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 19 julio de 2000, Expediente 11.842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

433 Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007.

434 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. C.P. Enrique Gil Botero, 18 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01. Actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros.

435 RENE CHAPUS. Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire. París, Librairie Genérale de drot et de jurispudence, 1957. pp. 414-415.

Adicionalmente, al final, deja claro que este perjuicio —alteración de las condiciones de existencia—, aunque hace parte del daño extra patrimonial es distinto del moral, pues "*una cosa es el dolor, el sufrimiento, la congoja y otra muy distinta, el cambio anormal de los hábitos en función de la proyección de vida*"[436].

El daño a la vida de relación también ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al explicar:

> "Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar"[437] (subrayas fuera de texto).

También el perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte, cuando en providencia de 25 agosto de 2010, explicó:

> "Para el evento en concreto, es un hecho cierto e incontrastable que las lesiones, cicatrices, disfunciones orgánicas, discapacidades y secuelas dejadas en el cuerpo de R.S.B.P., produjeron unos daños irreparables a su vida de relación que constituyen afectaciones a la esfera exterior de su persona, perjuicios que ameritan valorarse e indemnizarse dentro del concepto de reparación integral"[438].

El daño a la vida de relación o perjuicio por alteración grave de las condiciones de existencia, debe estar debidamente demostrado en el trámite de incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004, y el juez por supuesto los ha de cuantificar razonadamente.

---

436 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero, 18 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01. Actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros.

437 Sentencia del 13 de mayo de 2008. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. En el mismo sentido, Sentencia del 20 de enero de 2009. Exp. 17001310300519930021501.

438 Sentencia de 25 de agosto de 2010. Rad. 33.833, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

A partir de la demostración del daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia es que el juez aplica la discreción judicial teniendo en cuenta (i) la naturaleza de conducta y (ii) la magnitud del daño causado (Art. 97.2 CP), razón por la que se debe colegir que también está limitada la cuantía a los mil (1.000) smlmv; además, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-916 de 2002, "*el límite sólo sería aplicable a aquellos daños frente a los cuales el juez tiene mayor discrecionalidad, pues la finalidad del legislador fue evitar la arbitrariedad del juez al momento de estimar su cuantía*".

Es tan importante el reconocimiento de la indemnización por daño a la vida de relación o alteración de las condiciones de existencia, que la Sala Penal de Corte exhortó a todos los jueces de la República para actuar con firmeza y sin vacilación en este aspecto. En efecto, dijo la Corte:

> "En materia como la que ahora es objeto de decisión, la Sala exhorta a los jueces de instancia para que en el objetivo de obtener una auténtica reparación integral de perjuicios, mas no un simple remedo de ella, hagan uso con firmeza y sin vacilación de todos los instrumentos legales de que disponen para establecer, cuando así ocurra, la existencia del daño a la vida de relación y su correlativa cuantificación, a efectos de avanzar en la prevalencia del derecho sustancial y la real aplicación del derecho material a favor de quienes acuden ante las autoridades jurisdiccionales después de haber sido lesionados en la forma como en este proceso ha ocurrido. Desde luego al asumir la compleja pero no difícil tarea de identificar e indemnizar esta especie de daño resarcible, los jueces deberán tener en cuenta los medios de convicción en los que se evidencien esos efectos, prudencia, objetividad y sensatez para evitar que ese perjuicio sea confundido con otro o que un determinado agravio pueda de manera errónea ser indemnizado dos o varias veces, resultado con el cual se contrariaría el postulado del *non bis in ídem*"[439].

18. DIFERENCIAS ENTRE EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

Gracias a lo anotado por el Consejo de Estado en la sentencia 18 octubre de 2007[440], puede señalarse que el daño moral y el daño por alteración de las condiciones de existencia se diferencian en que el primero es el dolor o sufrimiento padecidos por una persona, que se proyectan en la esfera interna; mientras que el segundo, consiste

---

439 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 25 de agosto de 2010. Rad. 33.833, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

440 Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. C.P. Enrique Gil Botero, 18 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01. Actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros.

en el cambio anormal de los hábitos y costumbres de una persona, proyectándose de esa manera en su esfera externa.

El daño a la vida de relación es una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral[441]; es decir, que el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran las condiciones habituales o de existencia de las personas[442].

El daño a la vida de relación hay lugar a predicarlo tanto respecto de la víctima directa del daño como de personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras razones.

Algo que debe quedar claro es que la existencia e intensidad de este perjuicio debe ser demostrado en el proceso por la parte demandante a través de los medios legales probatorios.

La determinación de la cuantía de la indemnización inmaterial corresponde al juez, conforme a su prudente arbitrio, y según las circunstancias concretas del caso teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta delictiva y la magnitud del daño causado, de modo que la suma establecida para compensarlo resulte equitativa.

PERJUICIOS INMATERIALES O EXTRAPATRIMONIALES		
PERJUICIOS MORALES		**ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**
SUBJETIVOS	**OBJETIVADOS**	**TAMBIEN HA RECIBIDO OTROS NOMBRES**
Perjuicios morales no susceptibles de objetivación	Son aquellos que "*repercuten en la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada, y que por consiguiente son cuantificables pecuniariamente*" (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 23 febrero de 2005, Rad. 17.722). Perjuicio estético, daño a la reputación, etc.	De los artículos 2341 y 2356 del Código Civil se puede colegir el daño a la vida de relación, además porque sencillamente el legislador no los ha prohibido.

441 Consejo de Estado. Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

442 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 1° noviembre de 2007, Rad. 16.407 y Sentencia de 17 marzo de 2010, Rad. 18.101, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

PERJUICIOS INMATERIALES O EXTRAPATRIMONIALES	
PERJUICIOS MORALES	**ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**
La Corte Suprema de Justicia, en fallo del 13 de diciembre de 1943, expresa: "*Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación (…). El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no puede decirse lo propio del daño moral objetivado*". Es el dolor o sufrimiento padecidos por una persona, que se proyectan en la esfera interna[443].	• Vida de relación (préjudice d' agrement). • Alegría de vivir (Italia). • Alteración condiciones existencia (Francia). • Placer de vivir (Anglosajón). • Daño al proyecto de vida. • Es la pérdida de oportunidades. "*una cosa es el dolor, el sufrimiento, la congoja y otra muy distinta, el cambio anormal de los hábitos en función de la proyección de vida*"[444].

19. PERJUICIOS EN DELITOS COMETIDO BAJO ESTADO DE IRA O INTENSO DOLOR[445]

Por regla general, el grado de culpa del responsable no incide en el monto de la indemnización pues el daño causado es su medida; excepcionalmente procede una rebaja como por ejemplo cuando el delito se comete en estado de ira o intenso dolor, en cuyo caso se debe conceder la detracción de la cuantía de la indemnización de conformidad con el Art. 2357 del Código Civil.

El canon 2357 del Código Civil expresa:

> "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"

Se debe aclarar que la rebaja del Art. 57 del Código Penal (delitos cometidos bajo circunstancia de la ira o intenso dolor) no aplica como diminuente para la rebaja por concepto de indemnización de perjuicios, además, dicha detracción punitiva por el

443 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero, 18 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01. Actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros.

444 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero, 18 de octubre de 2007. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00029-01. Actores: Gloria Patricia Segura Quintero y otros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá y otros.

445 Nelson Saray Botero, Dosificación Judicial de la Pena. Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá. 2011, pp. 50-56

delito no necesariamente debe coincidir en la misma proporción con la rebaja de la sanción pecuniaria a título de indemnización.

Expresa el Art. 57 del Código Penal:

> Artículo 57. **Ira o Intenso dolor**. El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

Una de las primeras providencias donde se trató el tema de la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas consagrada en el canon 2357 del Código Civil, en especial para efectos de la degradación de la responsabilidad civil cuando se comete el ilícito bajo estado de ira o intenso dolor (Art. 57 CP), fue la sentencia de casación de 14 diciembre de 1999, Rad. 12.343 con ponencia del magistrado Carlos A. Gálvez Argote, donde se explicó:

> "20. De otra parte, no obstante que dicho reconocimiento en la conducta del procesado, en principio, implicaría, como su consecuencia la disminución en los perjuicios en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, según el cual "*la apreciación del daño está sujeto a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso imprudentemente a él*", a partir del cual la doctrina y la jurisprudencia civil han elaborado la teoría de la concurrencia de culpas, bajo el entendido de que, siendo la regla general que todo el que causa un daño está en la obligación de repararlo, bien pueden presentarse excepciones en cuanto a la indemnización total o parcial, dependiendo del comportamiento de la víctima, esto es, que se haya expuesto imprudentemente, ya que quien acepta un riesgo o a él conscientemente se enfrenta no puede posteriormente quejarse del perjuicio que como consecuencia de ello se derive en su contra.
>
> "21. Tal es lo que ocurre en materia penal cuando el delito se comete bajo el estado de ira, por cuanto como se desprende de los elementos estructurantes de esta aminorante punitiva, el hecho delictuoso es motivado por una grave, ajena e injusta provocación de quien es sujeto pasivo del hecho punible, pues en tales condiciones, es indudable que siendo el comportamiento de la víctima el que desencadena la reacción delictual la reparación del daño sufrido a causa de su propio actuar no puede hacerse en forma plena, sino parcial.
>
> "22. Sin embargo, en casos como el presente, en donde el reconocimiento de la ira tiene como fuente la aceptación de un error del autor del hecho sobre las circunstancias la injusticia y gravedad de la provocación, por lo que resulta a los fines del derecho penal de autor, de vital importancia la percepción y las

condiciones personales en que se hallaba cuando se afectó emocionalmente a tal punto que actúa en ilícitamente en contra de quien cree erradamente que era su ofensor, no procede disminución alguna por concepto de la acción indemnizatoria, toda vez, que el mal comportamiento de la víctima solo queda en el campo de la percepción errada que se forma el agente y no realmente en quien descarga su ira o dolor causándole grave perjuicio.

"En efecto, en el presente asunto no puede desconocerse que si bien, fue Juan Rubio Pérez quien inició la riña con machete frente a Arnoldo Ariza, ésta no fue una circunstancia conocida por DANIS ni tampoco la que desencadenó su reacción emocional, pues cuando llegó al sitio de los hechos tal episodio había cesado y Juan se encontraba en discusión con Jairo Ariza, solo que el procesado hace allí su aparición bajo el convencimiento de que ya ha matado a Arnoldo, a quien no ve porque para entonces ya se había marchado de allí, y aparte de ello advierte a su otro hermano reclamándole a Juan por la agresión que había tenido con Arnoldo, luego en esas condiciones, objetivamente hablando desde el punto de vista de la víctima, no hubo de su parte exposición imprudente al daño causado".

Posteriormente en sentencia de casación de 27 agosto de 2003, Rad. 17.610, con ponencia del magistrado Mauro Solarte Portilla, se explicó sobre el tema:

"También aquí le asiste razón al actor. El artículo cuya inaplicación denuncia, prevé que la apreciación del daño está sujeta a reducción si quien lo ha sufrido se ha expuesto imprudentemente a su producción (principio de reducción de la indemnización por concurrencia de culpas).

"En el presente caso, la víctima, en un acto claramente provocador e imprudente, decidió presentarse en estado de embriaguez a la casa de la familia Charry Garzón, no obstante el conocimiento que tenía de los sentimientos de animadversión que el dueño abrigaba hacia él, debido a los rumores que existían sobre las relaciones amorosas clandestinas que había supuestamente mantenido con su esposa, y su condición de padre de la hija menor. Esto, suscitó la reacción irascible del procesado, y la consiguiente causación del daño.

"Frente a esta base fáctica, se concluye que la víctima se expuso imprudentemente al resultado, y que en tales condiciones, procede dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil. La Corte, por tanto, disminuirá el monto de los perjuicios materiales y morales en un cuarenta por ciento. Esto significa que los materiales, que fueron tasados en 1000 gramos oro, se fijarán en 600 gramos oro, y los morales, que fueron tasados en 600 gramos oro, se fijarán en 360 gramos oro".

Esta es la línea jurisprudencial pacífica del tema en comento. Sin embargo, en casación de 18 noviembre de 2004, Rad. 20.889, con ponencia del magistrado Herman Galán Castellanos, se dio un giro inesperado, pues se dijo:

> "En cuanto a los perjuicios morales autorizados en la sentencia de primera instancia al padre y hermano del óbito, se deben reducir en la misma proporción que corresponde a la atenuante de la ira reconocida en esta providencia".

Esta es una variación de la línea jurisprudencial sin motivación suficiente y razonable, además no se expresó el estado actual de la jurisprudencia; se incumplió así el mandato de la sentencia de constitucionalidad C-836 de 2001[446].

Dicha situación se aclaró posteriormente en providencia de 7 febrero de 2006, Rad. 24.134, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, en la cual se explicó:

> "En esta oportunidad, la Corte retoma dicha tesis, pues si bien con posterioridad a las sentencias de las que se ha hecho mérito, en proveído del 18 de noviembre de 2004, Rdo. 20.889, la Sala al reconocer que el procesado desplegó el comportamiento punible en estado de ira resolvió reducir "*en la misma proporción*" que corresponde a dicha atenuante la indemnización por perjuicios morales, es lo cierto que en el mismo no se explicaron los motivos para variar la jurisprudencia en relación con el tema, y menos se hizo mención de los precedentes que sobre la materia existen".

En efecto, se retomó la jurisprudencia anterior, al expresarse en la citada sentencia con Rad. 24.134:

> **"De ahí que el** *ad-quem* **al reconocer el estado de ira en el actuar del agente, hubiese decidido rebajar la condena por perjuicios materiales a 3.5 smlmv., esto es, en un 50%, mientras que desechó la de los daños morales, razonamientos que encuentran eco, entre otros, en los pronunciamientos de la Sala realizados el 14 de diciembre de 1999, Rdo. 12.343, y 27 de agosto de 2003, Rdo. 17.160 […]".**

Posteriormente, en sentencia de 30 noviembre de 2006, Rad. 22.634, con ponencia del magistrado Mauro Solarte Portilla, se resalta:

---

446 Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que declara exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 sobre la doctrina probable, "*siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia*"

> "En el presente caso, la víctima, en un acto claramente provocador e imprudente, decidió intervenir en la discusión que sobre la cuenta de lo consumido tenían Pedro José Muñoz Restrepo y Héctor Iván Bedoya Bedoya, empleado del bar Caballo Blanco, y unilateralmente optó por causarle una grave lesión en la cara con una botella que previamente había roto para dichos propósitos. Esta lesión suscitó la reacción violenta del procesado, y la consiguiente causación del daño.
> "Frente a esta base fáctica, se concluye que la víctima se expuso imprudentemente al resultado, y que en tales condiciones procede dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil. La Corte, por tanto, disminuirá el monto de los perjuicios morales en un cuarenta por ciento. Esto significa que citados perjuicios, que fueron tasados en ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales, se fijarán en noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la realización de la conducta".

Debe quedar claro entonces que la rebaja de pena por ira o intenso dolor del canon 57 del Código Penal es la que se refiere a la sanción de prisión, a la de multa y a las penas accesorias, esto es, la responsabilidad penal; en ningún momento, esa rebaja se refiere a la indemnización por concepto de perjuicios, es decir, a las consecuencias civiles del delito, pues en este tema se aplica la discreción judicial, por supuesto que debidamente motivada, con apoyo en el artículo 2357 del Código Civil.

Finalmente, recuérdese que la ira o intenso dolor es compatible con la circunstancia de mayor punibilidad del Art. 58-7° del Código Penal, según la sentencia de casación de 16 diciembre de 1999, Rad. 11.390, con ponencia del magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar[447], pues esas relaciones imponen

> "[…] ciertas consideraciones que no podían verse quebrantadas, pese al estado emocional en que se encontraba".

> "Siendo el estado de ira producto de una agresión grave e injusta que parte del supuesto de que el sujeto conoce, comprende y se determina de acuerdo con esa comprensión al cometer el ilícito, tal situación, si bien puede influir en el normal desarrollo de la conducta del sujeto agente, no supone ni implica que su capacidad quede obnubilada hasta al punto de no saber o no entender el hecho que está ejecutando. De ahí que no obstante haber obrado en ese estado de alteración, el sujeto es responsable pero se le disminuye la penalidad por haber influido en sus emociones alguna situación externa".

Más adelante se expuso:

[447] Que corresponde al Art. 66-2 del Código Penal de 1980.

> "Sin embargo no debe perderse de vista que quien actúa en estado de afectación por la ira o por el inmenso dolor, no es ajeno al vínculo de parentesco o de relación, ni a los deberes que de ellos se derivan porque ese es un dato de conciencia que no es preciso estar ponderando y sobre el cual la ley no exige reflexión. Al contrario, salvo cuando han existido precedentes de verdadera intensidad, reiteración y gravedad que en la práctica rompen los vínculos que existen entre las personas, es de esperarse que las relaciones parentales y de unión, estructuradas sobre el afecto y la vida en común, fortalezcan la tolerancia y la comprensión mutuas y se constituyan en una barrera inhibitoria más frente a los desentendimientos"[448].

La ira o intensa dolor es incompatible con el aprovechamiento de circunstancias en cuanto haya dificultado la defensa del ofendido, contemplada en el canon 58-5° del Código Penal[449], pues la ira o intenso dolor es un "*estado de alteración, una repentina e incontrolada reacción del ofendido que le impide una valoración de los actos que despliega y tener conciencia de ese estado de indefensión o inferioridad de la víctima*"[450].

Lo dicho, en tema de rebaja de la indemnización, es aplicable, siguiendo el mismo criterio, en delitos donde se reconozca judicialmente el exceso en la legítima defensa (Inciso 2°, numeral 7°, Art. 32 CP).

20. LA CONCURRENCIA DE INDEMNIZACIONES

Un mismo resultado lesivo, por ejemplo la muerte, puede ser susceptible de ser resarcido por distintas fuentes.

La indemnización por diferentes vías sucede cuando el lesionado o víctima está amparado por uno o varios seguros particulares que cubre los daños que ha sufrido; o cuando el obitado está afiliado al sistema de seguridad social integral y/o a un régimen especial particular, en cuyo caso el cónyuge sobreviviente podrá reclamar ese seguro y además hacerse parte en el incidente de reparación integral; o el caso del heredero a quien se indemniza por la muerte de su causante, siendo que el hecho que da origen al reclamo de ambas prestaciones es el mismo: la muerte.

El conflicto sobre la acumulación de indemnizaciones ha estado presente de tiempo atrás tanto en la jurisprudencia y la doctrina nacionales como extranjeras.

---

448 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 16 diciembre de 1999, Rad. 11.390, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

449 Que corresponde al artículo 66-3° del Código Penal de 1980.

450 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 16 diciembre de 1999, Rad. 11.390, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Pero parece que el problema se reduce a determinar la naturaleza de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del hecho dañoso.

Importa saber entonces, como uno de los criterios que ha expuesto la doctrina especializada, si lo que se recibe constituye o no una reparación o indemnización del daño irrogado, pues en caso afirmativo, el cúmulo es inadmisible porque un daño no puede ser reparado dos veces; pero si las prestaciones no tienen ese carácter, es decir si su esencia no es resarcitoria, entonces el cúmulo sería procedente[451].

Pero este criterio no puede ser admitido sin miramientos en todos los casos, pues suele presentarse la situación de que a pesar de estar frente a prestaciones de carácter indemnizatorio, las mismas sean, sin embargo, acumulables. Así, tanto la legislación como la jurisprudencia nacionales han considerado que las prestaciones derivadas del sistema de riesgos profesionales tienen un sustrato indemnizatorio; lo cual se halla en consonancia con el origen histórico de esos beneficios. No obstante, se ha aceptado su concurrencia con la indemnización originada en la responsabilidad civil.

En sentencia de 24 de junio de 1996 la Sala de Casación Civil expresó:

> "Tal cual aparece demostrado en el expediente, a la fecha del fallecimiento de ENG (27 de junio de 1986), éste era trabajador al servicio de la Electrificadora de Santander S.A. y, en consecuencia, al momento de su muerte, con las condiciones y el lleno de los requisitos legales para el efecto, su cónyuge AMQ y su hija LKNQ, adquirieron el derecho a devengar la suma correspondiente a la pensión de sobreviviente, que tiene su origen en la relación de índole laboral que ligaba al *de cujus* con la empresa mencionada y en su carácter de afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, prestación ésta que es por completo independiente del derecho que asiste a las demandantes a ser indemnizadas por la responsabilidad civil extracontractual cuya declaración solicitaron al iniciar este proceso contra los recurrentes en casación, como quiera que esta indemnización tiene origen en el accidente causado por el vehículo XK-5842, afiliado a la Empresa Copetrán Ltda., en desarrollo de una actividad peligrosa. De suerte que, siendo independiente la causa de estas prestaciones a favor de la viuda y la hija de ENG, mal podría aceptarse que la parte demandada pudiese descontar del monto de la indemnización por ella debida, el valor de las sumas pagadas a las demandantes en virtud de la relación laboral que su esposo y padre tenía con una empresa diferente y, como trabajador afiliado al ISS, pues, en tal caso, el responsable civilmente de una actividad peligrosa, a la postre resultaría obteniendo un beneficio de lo que

451 Arturo Alesasandri Rodríguez. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Tomo II. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. pág. 583.

> las leyes de carácter laboral han previsto en beneficio del trabajador y su familia, sin que hubiere ninguna causa de orden jurídico ni norma expresa en contrario, y, siendo ello así, a expensas de lo que paga el Seguro Social, se disminuiría el valor de la indemnización a cargo de la parte demandada, por el daño ocasionado a los damnificados por su actividad, es decir, que vendría a lucrarse por el hecho de que la víctima del accidente estuviere afiliada al Instituto de Seguro Social. No hay pues, pese a lo afirmado en el tercero de los cargos de la primera demanda de casación una doble indemnización"[452].

En la sentencia de 24 de junio de 1996, Expediente N° 4662, la Sala Civil de la Corte concluyó entonces que una pensión de sobreviviente es independiente de la indemnización derivada de la responsabilidad civil y, por tanto, acumulable con ésta, porque ambas prestaciones derivan de títulos o relaciones jurídicas distintas.

Aunque ha tomado fuerza la explicación de que, simplemente, es la facultad de subrogación la pauta que debe seguirse para resolver la dificultad de si es acumulable o no la indemnización; de tal suerte que si la ley concede ese derecho al tercero que paga la indemnización, la víctima no podrá acumular las prestaciones, en tanto que si el primero carece de esa atribución, entonces nada impedirá que la segunda obtenga doble retribución. Como se dijo en la sentencia de Casación Civil de 9 julio de 2012, "*a partir de la figura de la subrogación se puede concluir que la acumulación de indemnizaciones es inadmisible cuando el solvens dispone de una acción personal para reclamar al verdadero deudor lo que ha pagado en lugar suyo; mas en tal caso no se trata propiamente de "varias indemnizaciones", sino que es la misma prestación la que el tercero paga y por la que se sucede a título singular en los derechos o créditos del deudor*".

En fin, es tal la discusión teórica que se presenta sobre el particular que la Sala Civil explicó en sentencia de 9 julio de 2012, M.P. Ariel Salazar Ramírez: "*Es por ello, precisamente, por lo que nuestra jurisprudencia, frente a situaciones que se han cimentado sobre hechos distintos, haya dado diversas soluciones jurídicas; de ahí que no tenga razón el abogado de la parte demandada cuando afirma que ha existido contradicción entre algunas providencias de esta Corte para resolver el mismo problema; pues, sencillamente, ante hipótesis diferentes se ha resuelto de manera disímil, con base en la teoría que se ajusta al caso concreto*".

Más adelante se agregó en la citada sentencia de casación civil de 9 julio de 2012, y que se transcribe *in extenso*:

---

452 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 1996. Expediente N° 4662.

"En ese orden, nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

"En efecto, para hacerse acreedor de una pensión de vejez; de jubilación; de invalidez de origen común o profesional; de sobreviviente por muerte común o por razón del trabajo; de sustitución; o a la indemnización sustitutiva de esas prestaciones si aquéllas no fueren procedentes, solo es necesario cumplir con los requisitos contemplados en las normas pertinentes del sistema general de pensiones o de riesgos profesionales, o en los regímenes especiales o exceptuados, según sea el caso; sin que para el reconocimiento de esa especie de derechos tenga incidencia el hecho de que ellos tengan su causa adecuada en los actos de un tercero, o que el beneficiario de esas prestaciones haya sufrido o no un daño comprobado, o que haya recibido el pago de una indemnización de perjuicios o de un seguro de vida.

"Los beneficios pensionales tienen su origen en los aportes realizados para cada uno de esos riesgos, o en el tiempo de servicios, según sea el caso; y por lo tanto son ajenos a cualquier circunstancia que resulte extraña al respectivo sistema; de suerte que al no haber ningún factor de conexión entre ellos y la actividad de un tercero, no podría estatuir la ley, como en efecto no lo hace, la facultad de repetir en contra de éste, toda vez que esas obligaciones se radican de modo exclusivo en la entidad aseguradora y a nadie más pueden transmitírsele.

"Por el contrario, los daños patrimoniales futuros sufridos por los deudos de la persona fallecida a raíz del hecho lesivo, consisten en la pérdida de aquellas contribuciones o utilidades económicas que el finado les habría aportado presumiblemente. Ellos constituyen el lucro cesante y su resarcimiento está condicionado a la demostración, entre otros hechos, de la renta que en promedio recibía el occiso y, en particular, de la parte que éste habría destinado de sus propios ingresos a cubrir las necesidades de sus familiares, o a prodigarles una ayuda económica aunque no tuvieran necesidad de ella; es decir que se debe probar la dependencia económica que existía respecto del difunto.

"De lo anterior se deduce que para el cálculo de los daños patrimoniales futuros resarcibles no interesa que los deudos hayan resultado beneficiados con una pensión de sobreviviente, no solo porque tal atribución se fundamenta sobre un título diferente del hecho lesivo sino porque la existencia de una pensión no tiene ningún

nexo de causalidad con las contribuciones patrimoniales o las utilidades económicas que el fallecido habría aportado presumiblemente a sus familiares.
"De hecho, ni siquiera ambos tipos de prestación tienen los mismos destinatarios, aunque a menudo éstos suelan coincidir, porque puede darse el caso de que el afiliado muera sin dejar beneficiarios en el sistema de seguridad social y, no obstante, haya personas legitimadas para reclamar la indemnización civil. O, por el contrario, que no existan perjudicados civiles y, sin embargo, se otorgue la pensión de sobreviviente a quien objetivamente tenga ese derecho. Por lo demás, cualquier persona que resulte lesionada con la muerte de otra puede pedir el resarcimiento de esos perjuicios, en tanto los pruebe; mientras que la pensión solo puede ser recibida por quienes estén taxativamente cobijados por la ley, en estricto orden y proporción, siempre que cumplan los requisitos legales y por el tiempo que la norma determine, independientemente de que la muerte les reporte un perjuicio patrimonial.

"Resulta claro, entonces, que el pago de una pensión de sobreviviente se calcula sobre los presupuestos del propio sistema y no atiende a la verificación de un daño, ni al monto del mismo, ni a la imputación de responsabilidad civil a un tercero, ni tiene por finalidad compensar la ayuda económica que se dejó de recibir de manos del difunto. Todo lo cual indica, sin ambages de ninguna especie, que al no tener esa prestación relación alguna con los perjuicios que han de ser resarcidos, mal podría significar una fuente de ganancias o enriquecimiento sin causa.

"Las premisas que vienen de exponerse conllevan a desestimar el argumento que se alegara respecto de la supuesta incompatibilidad entre la pensión de sobreviviente que recibe la demandante con la indemnización cuyo pago persigue este proceso".

En definitiva, se ratificó en sentencia de la Sala Civil de 9 julio de 2012 que no está sujeta a discusión la posibilidad de acumular a una indemnización la suma que se reciba por concepto de una póliza de vida, pues ésta última da derecho al beneficiario de exigir todo el valor del seguro sin importar el monto del riesgo asegurado, e, inclusive, a que se le paguen tantos seguros de esa especie cuantos hayan amparado la misma contingencia a su favor, pues no hay duda de que en tal circunstancia no se está frente a prestaciones de estirpe indemnizatoria[453].

[453] Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Expediente N° 11001-3103-006-2002-00101-01 de 9 julio de 2012, M.P. Ariel Salazar Ramírez

UNIDAD TEMÁTICA 3

Medidas cautelares y Salidas Alternas

A. MEDIDAS CAUTELARES

1. LOS BIENES EN EL PROCESO PENAL

El artículo 58 de la Constitución Política señala la protección del derecho a la propiedad, así como las características mediante las cuales se ejerce este derecho. La jurisprudencia constitucional le ha dado un alcance muy definido al derecho a la propiedad: "*el derecho a la propiedad —como todos los derechos constitucionales— no tiene un carácter absoluto o intangible y puede ser limitado cuando no se aviene a las reglas impuestas en el ordenamiento, especialmente **(i)** cuando no cumple la función social o ecológica que está llamada a prestar, **(ii)** cuando su adquisición no se ajuste a las previsiones de la normativa vigente y **(iii)** cuando entra en conflicto evidente con el interés general u otros derechos constitucionales y, después de una adecuada ponderación, en el caso concreto se hace necesario limitarlo*"[454].

Entre las instituciones que han limitado el derecho de propiedad se destacan la confiscación, el decomiso, la extinción de dominio y la expropiación.

En sentencia C-459 de 1° junio de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó la Corte Constitucional:

> **"4.4.1. La confiscación** está expresamente prohibida por la Constitución, convirtiéndose en una limitación ilegitima de la propiedad, toda vez que

[454] Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 1° junio de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiterada en sentencia C-364 de 16 mayo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

una persona no puede ser despojada de la totalidad de sus bienes o una parte considerable de ellos.

4.4.2. Por su parte, **la extinción del dominio, el decomiso y la expropiación** son formas legítimas de restringir la propiedad.

Las dos primeras son formas de limitación legítimas de la propiedad sin indemnización, mientras la expropiación siempre procederá previa aquella".

Ahora bien, los bienes en el proceso penal cumplen las siguientes funciones, individual o simultáneamente con otras[455]:

1. Como evidencia física o elemento material del delito (Art. 275 CPP).

2. Como objeto material del delito (por ejemplo, el automóvil incautado por falsedad marcaria. Explíquese aquí adicionalmente que en esos casos no es procedente su entrega a quien se le incautó el mismo, salvo que se adelante trámite incidental según el Art. 66 de la Ley 600 de 2000[456] o previa discusión con el debido contradictorio y bilateralidad en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías en la Ley 906 de 2004).

3. Como medio de reparación susceptible de medidas cautelares (Art. 11-c, Art. 22 y Art. 114-12 CPP).

4. Como medio de sanción o pena, con finalidad de comiso[457] (Arts. 82 y 83 CPP).

5. Susceptible para promover la acción de extinción de dominio (Ley 793 de 2002 y demás normas concordantes).

Recuérdese, adicionalmente, que en tema de bienes el Juez Penal no declara derechos, simplemente los reconoce[458].

---

455 Patricia Jacqueline Feria Bello y Wilson Caballero Ariza. Bienes en el proceso penal, Módulo de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2010, p. 21.

456 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela Rad. T-60.022 de 15 mayo 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

457 Para una clara diferenciación ente el comiso y las medidas cautelares con fines indemnizatorios, vid en Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 28.040 de 23 agosto de 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos.

458 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 27.

Con respecto a los bienes, existen las medidas materiales de incautación (sobre bienes muebles) y de ocupación (sobre bienes inmuebles); y la medida jurídica cautelar, provisional e instrumental, cual es la suspensión del poder dispositivo.

> "Se pretende con esta medida suspender cualquier enajenación o negocio jurídico que se intente realizar con respecto a los bienes o recursos para distraerlos, ocultarlos o enajenarlos. Procede respecto a toda clase de bienes sean muebles o inmuebles"[459].

El embargo y secuestro de bienes es una medida provisional que se solicita ante el Juez de Control de Garantías y afecta los bienes sujetos a registro (títulos de propiedad y contratos de garantía).

La medida cautelar "*está asociada al derecho a la tutela efectiva porque salvaguarda el derecho a la ejecución futura de la sentencia por venir*"[460]. Es pues, una garantía para la reparación integral en caso de sentencia de condena.

Su finalidad puede ser también para "*recuperar jurídicamente la titularidad del dominio perdido fraudulentamente o para que se cancele un gravamen impuesto fraudulentamente*"[461], como por ejemplo una hipoteca, prenda o contrato de garantía, con lo cual se impide que se disponga jurídicamente del bien y resguardarlo así para que vuelva a quedar bajo el dominio de la víctima[462].

Pero,

> "Para solicitar la suspensión del poder dispositivo es necesario que previamente se hayan afectado los bienes y recursos con alguna de las medidas materiales previstas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004 (incautación u ocupación), porque debe existir la aprehensión material de los bienes o recursos para que pueda ser afectada con la medida jurídica, que tiene la virtud de sacarlos del comercio"[463].

Tanto la víctima como los terceros de buena fe podrán solicitar al Juez de Control de Garantías el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo,

---

459 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 47.

460 Alberto Ceballos Velásquez. Los bienes en el proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*". Texto en versión digital. Bogotá, 2010, p. 106.

461 Saúl Uribe García, La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Medellín. Librería Jurídica Sánchez, 2008, p. 401.

462 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 65.

463 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 47.

de conformidad con la parte final del Art. 88 del CPP[464], pero, se reitera, sin perjuicio de los legítimos derechos de la víctima, pues el delito no puede ser fuente de derechos.

BIENES EN EL PROCESO PENAL	
1.- Como evidencia física o elemento material del delito	Art. 275 CPP
2.- Como objeto material del delito	Ejemplo, vehículo objeto de falsedad marcaria
3.- Como medio de reparación susceptible de medidas cautelares	Art. 11-c, Art. 22 y el Art. 114-12 CPP
4.- Como medio de sanción o pena, con finalidad de comiso	Arts. 82 y 83 CPP
5.- Susceptible para promover la acción de extinción de dominio	Ley 793 de 2002 y demás normas concordantes

2. MEDIDAS PROVISIONALES EN EL CURSO DEL PROCESO PENAL

Existen algunas medidas provisionales en el curso del proceso penal que pretenden evitar que los bienes se distraigan lo cual se logra a través, principalmente, de las medidas cautelares reales.

Estas medidas se orientan a obtener y asegurar: **(i)** el pago de los perjuicios y **(ii)** la consolidación del restablecimiento del derecho[465], pero todavía no es el restablecimiento del derecho como tal.

En el Capítulo III del Título II de la Ley 906 de 2004, esto es, de los artículos 92 a 101, se encuentra la regulación de las medidas cautelares, que constituyen "*un conjunto de institutos procesales encaminados a garantizar la eficacia de un fallo condenatorio, y por ende, a proteger el derecho que tienen las víctimas de un ilícito a ser reparadas integralmente*"[466].

464 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de tutela T-59.506 de 12 abril de 2012, M.P. María del Rosario González Muñoz.

465 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

466 Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Como son medidas provisionales que se adoptan en el curso del proceso penal acusatorio corresponderá adoptarlas al Juez de Control de Garantías[467], además, así expresamente lo enuncia el canon 92 de la Ley 906 de 2004, aunque también existe regulación expresa, especial y *sui generis*, para la afectación de bienes en determinados delitos culposos (Art. 100 CPP, modificado por el Art. 9 Ley 1142 de 2007).

El Juez de Control de Garantías, en todo caso, se debe sujetar a la reglamentación tanto sustancial como procedimental sobre el particular. Este es el denominado principio de legalidad de las medidas cautelares.

Con respecto al riesgo que comportan las medidas anticipatorias llamó la atención la Corte Constitucional de la siguiente manera:

> "En un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo suficientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho, debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia; en otras palabras: la actuación procesal debe interferir el ámbito de la libertad lo menos que le sea posible, atendidas las circunstancias del caso concreto"[468].

El carácter jurisdiccional de las medidas cautelares *"actualiza el ideal que el jurista Carlos Santiago Nino reconoce a la democracia liberal, esto es, que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez"*[469].

Tales medidas provisionales dirigidas a garantizar el restablecimiento del derecho son, entre otras, las siguientes (Arts. 92-101 Ley 906 de 2004):

1. Embargo y secuestro de bienes (Arts. 92-96 Ley 906 de 2004).

2. Prohibición expresa de enajenar bienes sujetos a registro dentro de los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación (Inc. 2° Art. 97 Ley 906 de 2004, declarado exequible por sentencia C-210 de 21 marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

---

467 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

468 Corte Constitucional. Sentencia C 395 de 1994. Septiembre 8 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

469 Corte Constitucional. Sentencia C 395 de 1994. Septiembre 8 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3. Autorizaciones especiales (Art. 98 Ley 906 de 2004).

4. Afectación de bienes en delitos culposos y entrega provisional al propietario, poseedor o tenedor legítimo (Art. 100 Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 9 Ley 1142 de 2007).

5. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente del Art. 101 de la Ley 906 de 2004.

6. Las medidas patrimoniales a favor de las víctimas (Art. 99 CPP).

7. Aunque no directamente vinculada con el restablecimiento del derecho, también están las medidas cautelares sobre bienes susceptibles de comiso según los Arts. 82 y 83 del CPP a través de la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos (Art. 85 *ibídem*). Normas concordantes con el artículo 47 del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), cuando se trate de esta clase de delitos.

8. Existes otras medidas de reparación de carácter económico tales como la suspensión y cancelación de la personería jurídica y cierre temporal de locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales (Art. 91 Ley 906 de 2004), los mecanismos de justicia restaurativa de conciliación, mediación e incidente de reparación integral (Art. 518 y ss. CPP) y las medidas de protección (Arts. 11, 134, 154-3 y 342 CPP).

Mediante la Ley 1615 de 15 enero de 2013 se crea el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación.

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES SE ORIENTAN A OBTENER Y ASEGURAR:	
1.- El pago de los perjuicios	2.- La consolidación del restablecimiento del derecho, pero todavía no es el restablecimiento del derecho como tal.
Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980	

3. MEDIDAS PREVIAS CAUTELARES DE EMBARGO Y SECUESTRO Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

La medida cautelar debe tener un fundamento legal y es por esta circunstancia particular que no puede aducirse que la cautela siempre conduzca a violentar o desconocer los derechos del sujeto afectado con la medida. Obviamente, cuando la medida de cautela es ilegal pueden ocasionarse perjuicios, cuyo resarcimiento es posible demandar por el afectado[470].

Además, la práctica de una medida cautelar real reclama siempre de la correspondiente providencia que le sirva de sustento en la que se motive adecuadamente esa afectación[471].

Ahora bien, el embargo y secuestro de bienes es medida provisional y accesoria o dependiente de un proceso principal.

En efecto, ha dicho la Corte Constitucional:

> "Pero también, y ésta es la generalidad de los casos, dichas medidas son dependientes o accesorias a un proceso cuando su aplicación y vigencia está condicionada a la existencia de éste, como ocurre en los casos del proceso ejecutivo, *o en materia penal con el embargo y secuestro de bienes del imputado*"[472] (Se subraya).

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas[473]:

i. Como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos).

ii. Para impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en trámite de sucesiones).

---

470 En la Sentencia C-054 de 1997 la Corte estudió la constitucionalidad del parágrafo del artículo 75 de la ley 42 de 1993 sobre organización del sistema de control fiscal, parágrafo que disponía que en el proceso de responsabilidad fiscal, durante la etapa de investigación se podían decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. La norma fue declarada exequible.

471 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia Rad. 36.600 de 8 junio de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

472 Corte Constitucional. Sentencia C 054 de 6 febrero de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

473 Corte Constitucional, Sentencias C-054 de 1997 y C-485 de 2003.

iii. Para asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.

iv. Como instituto que desarrolla el principio de eficacia de la administración de justicia, y por tanto como elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y que además contribuye a la igualdad procesal (Carta Política Arts. 13, 228 y 229) [474]; razón por la cual la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados[475].

Es decir, que las medidas cautelares de embargo y secuestro pueden proceder en diversas hipótesis en las cuales no existe certeza jurídica sobre el derecho cuyo cumplimiento pretenden garantizar, tampoco se exige la previa definición y certidumbre jurídica sobre la existencia y exigibilidad de la responsabilidad jurídica que se pretendiera garantizar[476]; dichas medidas entonces no son exclusivas de los procesos ejecutivos, como tampoco lo son tan sólo de una rama del Derecho en particular [477], y si bien limita los poderes de disposición, uso y disfrute de su titular durante el trámite del proceso, no tiene la virtud de desconocer ni de extinguir el derecho de propiedad[478]; finalmente, la presunción de buena fe no impide que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y adopte medidas para prevenir sus efectos[479].

Por lo anterior es que se pueden definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones "*encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte*" (GOMEZ ORBANEJA). En todo caso, "*las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, y han sido consideradas como un componente del derecho de acceso a la Administración de Justicia, en virtud a que tal derecho comprende no solo la pretensión*

474 Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 27 enero de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

475 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

476 Corte Constitucional, Sentencia C- 840 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

477 Corte Constitucional, Sentencia C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

478 Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

479 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

de obtener un pronunciamiento judicial en torno a los derechos, sino la materialización de las medidas que los hagan efectivos"[480].

La Corte Constitucional ha sostenido una postura según la cual en principio el decreto de medidas cautelares no vulnera el debido proceso; no obstante, también ha estimado que en la adopción de esta clase de medidas deben mediar ciertas garantías que aseguren la proporcionalidad de las cautelas[481].

Según el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, son titulares o están legitimados procesalmente para solicitar el decreto de una medida previa cautelar real[482]:

i. La víctima, quien acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión. Estará obligado a prestar caución, pero puede haber lugar a su exención o exoneración en determinadas circunstancias.

ii. El fiscal, quien no estará obligado a prestar caución, pero deberá indicar al menos una aproximación de la cuantía de los perjuicios.

iii. El Ministerio Público en los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, y no está obligado a prestar caución, aunque también deberá indicar razonablemente la cuantía de los perjuicios.

iv. Según el Art. 610 del Código General del Proceso, en los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción podrá actuar la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien puede solicitar medidas cautelares "*sin necesidad de prestar caución*" (literal e, Art. 610 CGP).

4. LA INCAUTACIÓN Y OCUPACIÓN DE BIENES CON FINES DE COMISO

Los bienes incautados u ocupados se deben legalizar con finalidad de comiso para efectivizar la suspensión del poder dispositivo según los Arts. 82 a 85 del CPP.

480 Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 27 enero de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

481 Corte Constitucional. Sentencias C-925 de 1999 y C-485 de 2003.

482 Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

La medida material es la incautación (para bienes muebles) y la ocupación (para bienes inmuebles). La medida jurídica cautelar, provisional e instrumental, es la suspensión del poder dispositivo[483].

La audiencia de incautación u ocupación de bienes con fines con comiso no es facultativa ni discrecional del Fiscal sino que es de carácter obligatorio, cuando se presenten esas precisas circunstancias, según se desprende de la sentencia con Rad. 37.733 de 27 junio de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca:

> "Consecuente con lo anterior, el aquí acusado no gozaba de la libre determinación, como lo entendió el *a-quo*, de solicitar respecto de los elementos a que se ha hecho mención, alguna de las medidas restrictivas consagradas en el artículo 83 de la Ley 906 de 2004, sino que estaba en la perentoria obligación de promover la audiencia a que se refieren los artículos 84 y 85 de dicha codificación, y en desarrollo de la misma proceder de conformidad con los preceptos legales ya citados, deber funcional que omitió o rehusó (para el caso es lo mismo: "*no hizo lo que podía y debía hacer*" o "*se resistió a hacer lo que podía y debía hacer, es decir, negó su deber jurídico*"), sin explicación o justificación válida, acreditada y atendible".

En la resolución judicial del comiso no valen los criterios de ponderación ni proporcionalidad para no aplicarlo cuando sea menester. Así lo explicó la Sala Penal de la Corte en sentencia con Rad. 28.862 de 20 febrero de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez:

> "Por manera que, así resuelta la controversia judicial, deben necesariamente aplicarse los condignos castigos que consagra la ley, porque así lo ordena ella de manera perentoria, sin que, para pasar por alto sus designios, sea válido acudir a criterios de ponderación eminentemente subjetivos que parten de la particular concepción del funcionario acerca de la mayor o menor lesión del bien jurídico tutelado, pues, unas tales consideraciones sirven para modular la sanción, pero no, en el caso específico, para obviar el comiso del bien que sirvió de medio efectivo —y en este caso necesario—, para la materialización del delito".

En la sentencia C-066 de 24 febrero de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se explica que el comiso no es confiscación y que:

> "La consecuencia atribuida al abandono que de sus derechos hace el titular, sea él o no sea autor o copartícipe de los delitos que dieron lugar a la apertura del proceso, es perfectamente compatible con la protección constitucional de la propiedad y los

[483] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 25 agosto de 2010, Rad. 32.865, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

demás derechos adquiridos, por cuanto ella exige el cumplimiento de obligaciones mínimas que se deducen de la función social. La destinación del bien propio a fines ilícitos o la actitud pasiva que permite a otros su utilización con propósitos contrarios a la legalidad implican atentado contra los intereses de la sociedad y, por tanto, causa suficiente para que se extinga el derecho ya que, por definición no se está cumpliendo con la función social. Por la misma naturaleza incidental de la actuación, la extinción del dominio no se decreta mediante sentencia —la cual se reserva al objeto principal del proceso que es propiamente penal— pero sí por medio de providencia interlocutoria respecto de la cual se permite al afectado ejercer el recurso de apelación".

De lo anterior se puede colegir que procede el comiso cuando la persona titular de los derechos, sea o no partícipe del delito,

(i) abandona tales derechos y permite que otros utilicen el bien para la comisión de delitos;

(ii) cuando consciente y voluntariamente destina los bienes a la comisión del reato por otras personas, y

(iii) que en todos los casos se debe garantizar el debido proceso de quien demuestre interés legítimo.

A través de la sentencia C-389 de 1° septiembre de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, se trata el tema de la función social de la propiedad y la extinción de dominio en el enriquecimiento ilícito; y se insiste en el respeto del debido proceso. En efecto,

> "b) La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso consagrado en el art. 29 de la Constitución Política.
>
> "[…]
>
> "En el evento de que al momento de proferirse sentencia o providencia de fondo con efectos equivalentes no se reclamen dichos bienes y éstos no deban ser destinados al pago de la indemnización integral a los afectados con el delito el funcionario judicial competente está facultado para declarar la extinción del dominio en favor de la Nación previo trámite procesal con la observancia del debido proceso".

Es decir, que previo al decreto del comiso es menester garantizar el debido proceso del afectado con la medida y, por supuesto, de los terceros de buena fe que se presenten a reclamar el bien incautado u ocupado.

Esa garantía de respeto del debido proceso del tercero de buena fe que se presente a reclamar los bienes incautados u ocupados se debe realizar a través de un incidente procesal. Incidente que debe seguir los parámetros, en lo pertinente, del canon 135 del CPC al cual se acude por virtud del principio de integración del Art. 25 de la Ley 906 de 2004, y cuando entre en vigencia el Código General del Proceso se aplican los Arts. 127 a 131 de dicho estatuto.

En la sentencia de tutela de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Rad. T-36.899 de 22 mayo de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero, contra decisión en el proceso 2007-23.349, se dijo por la alta corporación que se negaba el recurso de amparo pues era una actuación tardía de la peticionaria una vez decretado el comiso en las instancias, que la propietaria de la motocicleta no es un tercero civilmente responsable del ilícito en los términos de la ley procesal penal y que la quejosa tuvo oportunidad de solicitar la desvinculación del bien, y no lo hizo. Así razonó la Corporación Judicial:

> "Tanto la fiscalía como los juzgadores fueron respetuosos del debido proceso, sin que por tal deber se les impusiera citarla para que concurriera a reclamar la motocicleta. Del contenido del artículo 82 del C.P.P. y previos sus presupuestos emana la procedencia del instituto del comiso como sanción que regula el legislador, luego era a aquélla —quien estuvo debidamente informada del transcurrir del trámite— a quien se le exigía desvincular su automotor de la ilicitud y pretermitir así la procedencia del comiso e impedir la suspensión del poder dispositivo a favor del Estado".

En el caso analizado por la Corte la propietaria estuvo enterada de la incautación de la moto en el trámite del proceso penal y sin embargo no se presentó a ejercer sus derechos, razón por la cual válidamente se decretó por las instancias el comiso del velomotor utilizado en el reato.

En muchas ocasiones, debido a la terminación anormal o anticipada del proceso penal a través de los mecanismos de la aceptación unilateral de responsabilidad o de los acuerdos y negociaciones de culpabilidad, a pesar de la legalización de la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso y del decreto de la suspensión del poder dispositivo, no es posible agotar el debido proceso de los terceros de buena fe que se presenten a reclamar sus derechos, razón por la cual, en determinados casos

se deben compulsar las copias pertinentes para ante la Fiscalía General de la Nación para que inicie, si es del caso, la acción real de extinción de dominio en los término de la Ley 793 de diciembre 27 de 2002 y demás normas concordantes.

En un proceso que resolvió la Sala Penal de la Corte (Rad. 32.452 de 28 octubre de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero) se constató que el tercero que pretendía intervenir en el proceso penal donde se incautó su vehículo con fines de comiso, porque fue utilizado en un delito de hurto por otras personas, no se le permitió intervención alguna por las instancias, razón por la cual la alta Corporación judicial declaró la nulidad para que el juez de primera instancia disponga lo necesario a efectos de que a través de un incidente procesal se resuelva el reclamo de quien se anuncia como tercero de buena fe en su condición de propietario del vehículo, con apego irrestricto al debido proceso y el respeto por las garantías de quienes se presenten a reclamar derechos sobre el bien.

Expresa el canon 82 de la Ley 906 de 2004

> "Art. 82.— **Procedencia.** El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, *sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe*" (se resalta).

Se reitera entonces que tanto la ley, como la doctrina constitucional y la jurisprudencia, coinciden en que la medida del comiso es procedente siempre y cuando se garantice el debido proceso y se respeten los derechos de los terceros de buena fe.

En la decisión de tutela ya comentada, la peticionaria conocía de la incautación de la motocicleta y sin embargo no se presentó a la reclamación, de lo cual obraba constancia en la pesquisa, además que, como se explicó en el fallo de tutela: "*Conveniente es anotar que uno de los involucrados tenía vínculos sentimentales con una de sus hijas y que de cara a ello, la libelista tuvo conocimiento desde un principio del compromiso tanto de aquél como de la motocicleta*"; es decir que la afectada con el comiso estaba suficientemente enterada del trámite procesal penal.

Mediante sentencia T-590 de 27 agosto de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se estudió el caso de una acción de tutela contra una providencia judicial dictada en el marco de un proceso de extinción de dominio. En esa oportunidad, la Corte manifestó que como "*a la acción de extinción de dominio no se extienden las garantías*

de la ley penal, tampoco cabe predicar la presunción de inocencia en la materia. Por ello, el régimen probatorio de la extinción de dominio admite la aplicación del principio de carga dinámica de la prueba que prescribe que los hechos debe probarlos quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo. Sin embargo, esto no significa que se pueda aplicar una presunción de origen ilícito de los bienes (presunción que no existe en el ordenamiento). En tal sentido, el Estado tiene el deber de practicar las pruebas que den lugar a la declaratoria de extinción pues solo con una base probatoria suficiente puede concluirse que el dominio sobre los bienes no puede explicarse en el ejercicio de actividades lícitas".

Tesis reiterada en sentencia T-423 de 17 mayo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

En el trámite de extinción del derecho de dominio se deben respetar las garantías de quienes se consideren con mejor *ius* a la reclamación de los bienes incautados u ocupados.

5. DIFERENCIAS ENTRE EL COMISO Y EL EMBARGO Y SECUESTRO

Tanto el trámite del comiso como del embargo y secuestro de bienes deben garantizar el debido proceso jurisdiccional, y en ambas actuaciones se deben respetar los derechos de la víctima y del tercero de buena fe.

En efecto,

> "Si ello es así y dentro de una actuación judicial-penal se incauta, con fines de comiso, un vehículo automotor (u otro bien) y esa pretensión se logra, esto es, el órgano judicial competente declara la extinción del dominio, para que del mismo pase a ser titular el Estado, deriva incontrastable que tal decisión debió estar precedida de esas reglas que comportan un proceso como es debido, esto es, que en forma diligente los servidores públicos competentes debieron haber realizado las gestiones a su alcance a fin de notificar a todos los que pudieran tener algún derecho sobre la cosa para que, si a bien lo tenían, acudieran a hacer valer sus pretensiones dentro de un debate contradictorio, con igualdad de oportunidades" [484].

En la práctica judicial se suelen confundir estos dos institutos jurídicos, no obstante que su tratamiento legal es disímil tanto que se encuentran regulados en capítulos diferentes de la Ley 906 de 2004.

[484] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 32.452 de 28 octubre de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero

En este cuadro se pueden observar las diferencias[485]:

COMISO	EMBARGO Y SECUESTRO
Es una consecuencia jurídica necesaria por la comisión de un delito doloso.	No es una consecuencia jurídica necesaria por la comisión del delito, pues su aplicación es apenas eventual, y procede para toda clase de delitos (dolosos, culposos y preterintencionales).
Se debe solicitar la incautación con fines de comiso para que el juez de control de garantías ordene la suspensión del poder dispositivo del Art 85 CPP. En la sentencia se dispondrá el comiso con carácter definitivo o la devolución del bien a quien demuestre derechos legítimos.	Siempre tienen carácter provisional, pues busca sacar del comercio los bienes y recursos del imputado, mientras se toma una decisión definitiva respecto del bien.
Una vez se decrete el comiso pasarán los bienes en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente (Art. 82.4 CPP). Es decir que el Juez de Conocimiento declara la extinción del derecho de dominio para que pase al Estado[486].	Los bienes se entregan a un secuestre para su custodia y administración; además, existen causales de desembargo.
Su objetivo es que los bienes pasen a manos del Estado (Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación), sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos del delito o los terceros de buena fe (Art. 82.1 CPP).	Su objetivo es garantizar la reparación a las víctimas de las conductas punibles, como taxativamente lo establece el artículo 92 de la Ley 906 de 2004.
La medida se limita a los recursos provenientes o producto directo o indirecto del delito utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para su ejecución.	La medidas cautelares pueden pesar indistintamente sobre cualquier bien lícito en cabeza del procesado, y para toda clase de delitos; algunos bienes ilícitos se destruyen (Art. 87 CPP). En Justicia y Paz no interesa si los bienes tienen origen lícito o ilícito, como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006.

485 Algunas diferencias en Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 28.040 de 23 agosto de 2007, M.P. María del Rosario González de Lemos y en conferencias de Patricia Jacqueline Feria Bello, Fiscal delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

486 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 32.452 de 28 octubre de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

COMISO	EMBARGO Y SECUESTRO
En su decreto no hay lugar a criterios de ponderación ni de proporcionalidad eminentemente subjetivos (Art. 27 CPP)[487].	La medida debe responder a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Arts. 93 y 94 CPP).
Excepcionalmente, debe evaluarse el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración, como por ejemplo en bienes utilizados en el delito y que son absolutamente inservibles (Art. 82.4 CPP)	Los bienes objeto de medidas cautelares serán los indicados por los interesados.
Es una acción real, autónoma e independiente de la acción penal.	Es una acción real pero accesoria al proceso penal
Aunque la incautación con fines de comiso se solicita al Juez de Control de Garantías (Art. 85 CPP), la decisión final o definitiva la toma el Juez de Conocimiento en sede de sentencia, a favor de la FGN o de la entidad legal correspondiente, según la custodia. Se debe solicitar en alegatos de conclusión o en audiencia del Art. 447 CPP y comunicar a la Dirección Administrativa y Financiera respectiva, o al Fondo de Administración de Bienes. El Fiscal remitirá copia de la Sentencia Judicial.	Se pide la medida cautelar de embargo y secuestro al Juez de Control de Garantías.
Todo bien incautado con fines de comiso se debe llevar ante el Juez de Control de Garantías para su legalización dentro de las 36 horas siguientes (Art. 84 CPP)[488].	Si bien la medida de embargo y secuestro es ordenada en audiencia preliminar por el Juez de Control de Garantías no tiene control posterior.
Se deben garantizar los derechos de terceros de buena fe a través de un debido proceso[489].	Se deben garantizar los derechos de todos los interesados a través del debido proceso

6. MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA EL DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES Y CAUCIÓN

El legislador expresamente dispuso que las medidas cautelares sobre bienes, tales como el embargo y secuestro, lo fuesen durante la audiencia de imputación de cargos,

487 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 28.862 de 20 febrero de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. El caso es de un carro tanque destinado al almacenamiento y transporte de 18 galones de gasolina sin soporte legal y por cuantía aproximada de noventa mil pesos.

488 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.859 de 23 octubre de 2008, M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Se resolvió el caso de violencia contra servidor público donde se blandió arma con salvoconducto a nombre del sujeto agente del delito. Dijo la Corte: "*Admitir que el comiso se puede ordenar en un proceso en el que no se realizó el trámite de incautación u ocupación de bienes previsto imperativamente en la codificación procesal, deviene en acto arbitrario que vulnera el debido proceso y el derecho de defensa. Permitir una tal conducta sería tanto como aceptar que el ordenamiento jurídico nacional autoriza que se profieran sentencias de condena contra acusados a quienes no se les hizo la audiencia de imputación de cargos*". La Fiscalía debió entonces solicitar la incautación con fines de comiso del Art. 85 del CPP.

489 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela Rad. 58.726 de 8 marzo de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

esto es, desde el inicio mismo de la etapa de investigación[490], o con posterioridad a la imputación[491]. Es decir, que es condición previa o condición necesaria que haya imputación de cargos.

No hay, ni puede haber, medidas previas cautelares reales de embargo y secuestro antes de la formulación de imputación de cargos.

La medida previa procede a petición de la Fiscalía General de la Nación, de la víctima o del Ministerio Público, pero éste último, el Ministerio Público, solo tiene legitimación cuando se trate de delitos contra niños, niñas, adolescentes o contra incapaces (Art. 92 CPP).

Para la medida previa se requiere la prestación de caución que puede ser en dinero efectivo, póliza de compañía de seguros o garantía bancaria, y en todo caso, en cuantía suficiente para garantizar el pago de perjuicios que se puedan ocasionar (Art. 92.3 CPP).

Para la fijación de la cuantía de la caución se sigue el régimen del procedimiento civil, y ahora del Código General del Proceso.

La doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos, según la Corte Constitucional[492], han establecido requisitos que deben ser cumplidos para que se pueda decretar una medida cautelar, con lo cual, la ley busca que esos instrumentos cautelares sean razonables y proporcionados.

Por ejemplo, en el ordenamiento español[493], la ley impone tres (3) exigencias para que pueda decretarse la medida cautelar, a saber, (i) que haya la apariencia de un buen derecho ("*fumus boni iuris*" o "*fumus bonis iuris*"), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia o que "*existen razones valederas para suponer que el derecho cuyo reconocimiento se pretende es legítimo*"[494]; (ii) que haya un peligro en la demora ("*periculum in mora*"), es decir, que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso; y, finalmente, que el

490 Artículo 175 de la Ley 906 de 2004.

491 Artículo 92.1 CPP.

492 Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2000, M.P Alejandro Martínez Caballero.

493 Ver, por ejemplo, I Diez-Picazo Giménez. Medidas Cautelares. En Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995, Tomo III, pp. 4227 y ss.

494 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de Justicia y Paz de 14 noviembre de 2012, Rad. 40.063, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

demandante preste garantías o "*contra cautelas*", las cuales están destinadas a cubrir los eventuales daños y perjuicios ocasionados al demandado por la práctica de las medidas cautelares, si con posterioridad a su adopción, se demuestra que éstas eran infundadas.

Ni la Fiscalía ni el Ministerio Público están obligados a prestar caución (Art. 92.3 y parágrafo Art. 92 CPP).

Según el Art. 610 del Código General del Proceso, en los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción podrá actuar la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien puede solicitar medida cautelares "*sin necesidad de prestar caución*" (literal e, Art. 610 CGP).

La caución la debe consignar la víctima que solicite medidas previas cautelares, salvo "*que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante*" (Art. 92.3 CPP). Ese motivo puede ser la carencia de recursos económicos.

Hay eventos en los cuales es razonable colegir la imposibilidad económica para sufragar la caución, tales son por ejemplo:

1. Cuando se actúa con amparo de pobreza (Arts. 160 a 167 del CPC y Arts. 151 a 158 del CGP)

La víctima puede solicitar la designación de abogado para que actúe con amparo de pobreza o bien constituir abogado y que el Juez le reconozca la calidad de amparo de pobreza de conformidad con los artículos 160 a 167 del Código de Procedimiento Civil y en la actualidad según los Arts. 151 a 158 del Código General del Proceso.

Desde la sentencia C-875 de 2002[495], la Corte Constitucional consideró que no resultaba razonable excluir a la parte civil (en el régimen procesal de la época, Ley 600/00) del amparo de pobreza e impedir de esta forma su constitución a través de abogado. Se dijo que "*no resulta razonable excluir del otorgamiento del amparo de pobreza a la parte civil, así no actúe como actor popular, cuando por sus condiciones económicas o sociales, y conforme a las normas que regulan la materia, éste carezca de los medios necesarios para contratar un abogado. En esa medida, se declarará la exequibilidad de la expresión ´El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil´, contenida en el artículo 45 del*

[495] Magistrado ponente, Rodrigo Escobar Gil, con aclaración de voto de Jaime Araújo Rentería

Código de Procedimiento Penal, condicionada a que se entienda que la parte civil que no pretende intervenir como actor popular, no está excluida del amparo de pobreza. Como consecuencia de ello, las víctimas y los perjudicados por el delito tendrán derecho al amparo de pobreza dentro de los términos del Código de Procedimiento Civil, sin que para ello sea necesario que su intervención dentro del proceso sea en calidad de actores populares".

Por su parte el Art. 151 del CGP, que reproduce el Art. 160 del CPC, modificado por el Art. 1° mod. 78 y 88 del Dcto. 2282 de 1989, expresa:

> Art. 151 CGP.- **Procedencia**. Se concederá el amparo de pobreza a quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso.

Concretamente el inciso primero del Art. 154 del CGP, que reproduce el Art. 163 del CPC, dispone:

> Art. 154 CGP.- El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas.

Así que si la víctima tiene amparo de pobreza, se debe colegir fundadamente que no tiene capacidad económica para sufragar los honorarios de un abogado y que igualmente tampoco tiene capacidad económica para pagar la caución, esto es, existe "*motivo fundado para eximir de ella al peticionante*" (Art. 92.3 CPP)

Sin perjuicio, claro está, de que la parte interesada demuestre que han cesado los motivos para su concesión, para lo cual deberá presentar las pruebas correspondientes.

Sobre el particular expresa el canon 158 del CGP, que reproduce el Art. 167 del CPC, modificado por el Art. 1° mod. 78 y 88 del Dct. 2282 de 1989:

> Art. 158 CGP.- **Terminación**. A solicitud de parte, en cualquier estado del proceso podrá declararse terminado el amparo de pobreza, si se prueba que han cesado los motivos para su concesión. A la misma se acompañarán las pruebas correspondientes, y será resuelta previo traslado de tres (3) días a la parte contraria, dentro de los cuales podrá ésta presentar pruebas; el juez practicará las pruebas que considere necesarias. En caso de que la solicitud no prospere, al peticionario y a su apoderado se les impondrá sendas multas de un salario mínimo mensual.

2. Cuando se actúa a través de estudiante de consultorio jurídico

La Ley 583 de 12 junio de 2000, que modificó los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971, en su artículo 1° expresa que los estudiantes de consultorio jurídico son "*abogados de pobres*". En efecto,

> Artículo 1º. El artículo 30 del Decreto 196 de 1971 quedará así:
>
> Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto *o de los abogados de pobres*, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca.
>
> Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, *son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios*. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas.
>
> La prestación del servicio de consultorio jurídico en ningún caso será susceptible de omisión ni homologación.
>
> Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos, actuando como *abogados de pobres*: (…). (Se subraya).

Las Facultades de Derecho deben realizar un estudio socioeconómico del solicitante de su servicio y una vez establecida su incapacidad económica para sufragar los servicios de un profesional del derecho, entonces pueden designar un estudiante de consultorio jurídico como su apoderado judicial.

Si la víctima está asistida por un estudiante de consultorio jurídico, se debe colegir fundadamente que no tiene capacidad económica para sufragar los honorarios de un abogado y que igualmente tampoco tiene capacidad económica para pagar la caución, esto es, existe "*motivo fundado para eximir de ella al peticionante*" (Art. 92.3 CPP).
Lo dicho para la terminación del amparo de pobreza también se aplica para la demostración de la capacidad económica de la víctima en los términos del Art. 167 del CPC, modificado por el Art. 1° mod. 78 y 88 del Dct. 2282 de 1989, y Art. 158 del Código General del Proceso.

Ni la Fiscalía General de la Nación, ni el Ministerio Público, ni la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, están obligados a prestar o pagar caución cuando soliciten medidas cautelares previas (Art. 92.3 y parágrafo, CPP/2004, concordante con el parágrafo del Art. 60 CPP/2000 y literal e, Art. 610 CGP).

<table>
<tr><th colspan="2">CAUCIÓN PARA EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES</th></tr>
<tr><th colspan="2">Regla General: Se debe prestar caución suficiente</th></tr>
<tr><th colspan="2">Excepciones</th></tr>
<tr><td colspan="2">• La solicitud es formulada por el Fiscal del caso (Art. 92.3 CPP)</td></tr>
<tr><td colspan="2">• En los procesos en que sean víctimas menores de edad o los incapaces, el Ministerio Público puede solicitar la medida cautelar en las condiciones el Art. 92 CPP, "salvo la obligación de prestar caución" (concordante, parágrafo Art. 60 CPP/2000)</td></tr>
<tr><td colspan="2">• Según el Art. 610 del Código General del Proceso, en los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción podrá actuar la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien puede solicitar medida cautelares "sin necesidad de prestar caución" (lit. e, Art. 610 CGP)</td></tr>
<tr><td colspan="2">• Salvo "que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante"; motivo que se deberá demostrar.

Pero se presume incapacidad de pago en las siguientes situaciones:</td></tr>
<tr><td>1. Cuando la víctima actúa con amparo de pobreza</td><td>2. Cuando la víctima actúa apoderada por estudiante de consultorio jurídico</td></tr>
</table>

7. MEDIDAS PREVIAS CAUTELARES CONTRA BIENES DEL IMPUTADO O ACUSADO

La medida de embargo y secuestro de bienes solo procede contra bienes del imputado o acusado y así expresamente lo consagra el canon 92 de la Ley 906 de 2004 al indicar:

> "El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas […] podrá decretar <u>*sobre bienes del imputado o del acusado*</u> las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito" (Se subraya).

En igual sentido el canon 94 *ibídem* que expresa que "*no se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes del imputado o acusado cuando aparezcan desproporcionadas*

en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios".

No hay entonces medidas previas de embargo y secuestro contra bienes del condenado ni contra el tercero civilmente responsable.

No existe ley expresa que inequívocamente autorice la imposición de medidas previas cautelares de embargo y secuestro de bienes de propiedad del tercero civilmente responsable, así como tampoco lo hay para las medidas previas de bienes del condenado.

El canon 92 de la Ley 906 de 2004 solo autorizó las medidas previas de embargo y secuestro de bienes del imputado o del acusado.

La Ley 906 de 2004, y en su caso la Ley 1098 de 2006, no autorizan las medidas cautelares durante el proceso en relación con la ***prenda general*** de bienes del tercero civilmente responsable (Art. 2488 Código Civil). No hay norma expresa que lo autorice.

Por supuesto que las sumas de dinero embargadas en el proceso penal con fines de indemnización, deberán ser computadas a la hora en que haya de entregarse a la víctima, como parte de pago de la suma fijada en la sentencia del incidente de reparación integral a título de condena por daños y perjuicios[496].

EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES	
Sólo contra bienes del imputado o acusado (Art. 92 del CPP). En cuantía razonable y proporcional (Arts. 93 y 94 CPP). Se debe garantizar con caución y se aplica el trámite del proceso civil y ahora del Código General del Proceso (Art. 92.4 CPP).	No procede embargo y secuestro contra bienes del tercero civilmente responsable. El C. de P.P. ni el CIA autorizan las medidas cautelares durante el proceso en relación con la prenda general de bienes del tercero (Art. 2488 Código Civil). No hay norma expresa que lo autorice.

[496] En similar sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 39.228 de 8 octubre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

8. CONCURRENCIA DE EMBARGOS ORDENADOS SOBRE UN MISMO BIEN POR LA JURISDICCION CIVIL Y LA PENAL

Un mismo bien se puede embargar tanto por la jurisdicción civil como por la jurisdicción penal, esto es, la posibilidad de embargos decretada por juez civil y juez de control de garantías puede concurrir sobre un mismo bien. Esta posibilidad no está prohibida pero su pertinencia se desprende de la misma ley (Arts. 542 y 543 CPC y Art. 465 y 466 CGP).

La providencia del juez penal es objeto de inscripción en las oficinas de registro competente cuando se trate de determinados bienes (inmuebles, vehículos, naves o aeronaves, etc.). Cuando se trate de inmuebles, dicha posibilidad está reglamentada puntualmente en los Arts. 2° y 37 del Decreto Ley 1250 de 1979 "*por el cual se expide el estatuto del registro de instrumentos públicos*".

Según concepto fechado 19 de octubre de 2005 Nº O.A.J. 606 expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro: "*Los únicos embargos que pueden coexistir con otro que ya se encuentre inscrito son los decretados para el cobro coactivo de impuestos, nacionales, departamentales, municipales y distritales; y el embargo especial del Código de Procedimiento Penal cuando se investiga la falsedad de los títulos de un inmueble*".

De todas formas las medidas cautelares proferidas sobre un mismo bien por Juez Civil y Juez Penal se encuentran en un mismo nivel, y si bien ambas medidas persiguen intereses particulares, en la jurisdicción penal también está interesado el Estado y la sociedad en general y se persigue la conservación del orden público (Art. 94 CP, Art. 25 Ley 600 de 2000 y Arts. 11 y 22 Ley 906 de 2004).

En el Registro el principio que aplica es la prevalencia de los embargos, es decir, que solo debe existir, para un bien, un embargo en el folio de matrícula inmobiliaria, y la excepción es la concurrencia de embargos (Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 19 julio de 2002, M.P. Jaime Córdova Triviño) y Sentencia C-664 de 16 agosto 2006, M.P. Humberto Sierra Porto).

Por su parte, la prelación de créditos "*es de carácter sustancial, que consiste en una graduación de los mismos efectuada por el legislador, que corresponde al juez aplicarla en los procesos judiciales y cuya finalidad es cumplir con el pago efectivo de las obligaciones a cargo del deudor, en el orden de preferencia establecido, de tal suerte que si obligaciones pecuniarias del deudor frente a diferentes acreedores no pueden ser*

cumplidas con los bienes existentes, se pagarán hasta donde sea posible y de acuerdo con el orden fijado por la ley (Código Civil, arts. 2488 y ss.)"[497].

Así pues, y como no hay norma que prohíba la concurrencia de embargos ordenados por la jurisdicción civil y penal sobre un mismo bien, entonces es posible dicha simultaneidad (Art. 5° CPC y Art. 12 CGP).

Sobre el tema, se expresó por la Sección Primera del Consejo de Estado en el expediente con Rad. 11001103240002007000970O, sentencia de 1° noviembre de 2012, C.P. María Claudia Rojas Lasso:

> "Como corolario de lo anteriormente referido, observa la Sala que en el caso en estudio es procedente la concurrencia de embargos a la luz del artículo 542 del CPC, en este caso, de los proferidos por la jurisdicción civil y penal, con los cuales se garantiza tanto el cumplimiento de la obligación en favor de los acreedores civiles ahora demandantes JB y RM, como el resarcimiento de los perjuicios padecidos a las víctimas de las conductas punibles cometidas por IMM, cuyo inmueble debe garantizar tanto la deuda civil como los perjuicios del ilícito penal (…) para que tramite el proceso civil de conformidad con la norma procesal hasta el remate si es del caso, y luego distribuya el producto del mismo, de acuerdo con la prelación establecida en la Constitución y en la ley sustancial".

No hay impedimento alguno para que el Juez de Control de Garantías ordene medida cautelar de embargo sobre un bien, no obstante que el mismo ya fuere objeto de medida cautelar dispuesta por otra jurisdicción.

9. DESEMBARGO DE BIENES

El desembargo de bienes objeto de medidas cautelares procede en los siguientes casos:

- **Primero**: Cuando se preste caución suficiente.

  Expresa el inciso primero del Art. 96 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 85 de la Ley 1395 de 2010:

  > Art. 96. **Desembargo**.- Podrá decretarse el desembargo de bienes, cuando el imputado preste caución en dinero efectivo o mediante póliza de compañía de seguros o garantía bancaria, por el monto que el juez señale para garantizar el

[497] Corte Constitucional. Sentencia T-557 de 19 julio de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

pago de los daños y perjuicios que llegaren a establecerse, como de las demás obligaciones de contenido económico a que hubiere lugar.

Como está en curso el proceso penal, la medida de levantamiento de embargo y secuestro corresponderá adoptarla al Juez de Control de Garantías, precisamente siguiendo el criterio de que el Juez de Conocimiento se concentre en la responsabilidad penal y no se distraiga en otra clase de discusiones jurídicas.

La decisión se adopta por auto interlocutorio en audiencia preliminar, contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

- **Segundo**: Cuando se dicta preclusión o sentencia absolutoria.

  Así se ordena en el inciso final del Art. 96 de la Ley 906 de 2004: "*También se levantará el embargo cuando se profiera preclusión o sentencia absolutoria*".

  La decisión se adopta por el Juez de Conocimiento en audiencia, y proceden los recursos legales.

- **Tercero**: Cuando vencen los treinta (30) días hábiles para iniciar el incidente de reparación integral y el interesado no hace tal manifestación.

  La parte final del canon 96 del CPP, reformado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010, expresa que se levantarán las medidas previas cautelares cuando "*vencidos los treinta días previstos en el artículo 106 sin que se hubiere promovido el incidente de reparación integral*".

  Ese término de los treinta (30) días hábiles es el de la caducidad de la acción civil de reclamación de perjuicios por el trámite del incidente de reparación integral.

  Expresa el canon 106 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 89 de la Ley 1395 de 2010:

  > Art. 106.- **Caducidad**. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días *después de haber quedado en firme el fallo condenatorio*[498].

[498] El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

- ***Cuarto***: Cuando transcurren sesenta (60) días hábiles desde la ejecutoria de la sentencia del incidente de reparación sin que se presente demanda ejecutiva ante el Juez Civil correspondiente.

  En efecto, señala el inciso final del canon 96 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 85 de la Ley 1395 de 2010:

  > También se levantará el embargo [cuando] transcurridos 60 días contados a partir de la ejecutoriada (sic) de la providencia del artículo 105 condenatoria en perjuicios sin que se presentare demanda ejecutiva ante el juez civil.

Se deberá presentar entonces demanda ejecutiva ante el Juez Civil y no ante el Juez Penal de Conocimiento. No es posible dar aplicación al Art. 306 del CGP que corresponde al Art. 335 del CPC, toda vez que se requiere demanda de proceso ejecutivo ante el Juez Civil competente.

Expresa el canon 306 del CGP, en su inciso primero: "***Ejecución***. *Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutiva de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior […]*".

En las situaciones tercera y cuarta, la parte interesada podrá pedir directamente al Juez de Conocimiento el desembargo de bienes, y éste convocará a audiencia para, mediante auto interlocutorio y previa citación de todas las partes interesadas, decidir lo que corresponda.

Contra dicho interlocutorio que se notifica en estrados, siguiendo la regla general del Art. 169 de la Ley 906 de 2004, proceden los recursos de reposición y apelación.

La decisión de desembargo, en las situaciones tercera y cuarta comentadas, corresponde en todo caso al Juez Penal de Conocimiento y no al Juez de Control de Garantías en audiencia preliminar, por las siguientes razones:

i. En el incidente de reparación integral no actúa el Juez de Control de Garantías.

ii. Si el Juez de conocimiento puede precluir la instrucción o bien absolver de todo cargo al imputado o acusado, tiene entonces competencia plena para resolver todos los problemas jurídicos concomitantes o adyacentes, entre los cuales se encuentra precisamente el levantamiento de medidas cautelares reales previas.

iii. Si en la sentencia de absolución puede el Juez de Conocimiento levantar medidas previas cautelares, es decir, tiene competencia para decidir de fondo sobre la suerte de los bienes, con mayor razón lo podrá hacer cuando se dicte condena y no se inicie el incidente de reparación integral o bien no se inicie el proceso ejecutivo; además, así se colige de la parte final del Art. 96 del CPP.

iv. Es deber del juez de conocimiento resolver todos los problemas jurídicos pendientes y que no correspondan al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

De conformidad con el Art. 38 de la Ley 906 de 2004 la competencia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es taxativa y circunscrita a la ejecución de la sanción penal impuesta al condenado.

Sobre la competencia taxativa del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ha expuesto la alta corporación judicial:

> "1. Es claro que al tenor de los artículos 79 y 38 de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, en su orden, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad son competentes para conocer y vigilar que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales hasta que se cumplan.
>
> "2. El ordenamiento legal prevé que durante la fase de ejecución de la pena, tienen lugar una serie de solicitudes que puede impetrar el condenado ante las autoridades judiciales y administrativas, como la libertad condicional, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la rehabilitación de derechos y funciones públicas y, según el Código Nacional Penitenciario y Carcelario, beneficios administrativos, permiso hasta de 72 horas, permiso de salida, libertad preparatoria, etc.
>
> "3. El funcionario judicial de ejecución de penas y medidas de seguridad es garante del ejercicio de los derechos del sentenciado durante el término de ejecución

de la sanción, el cual culmina cuando la condena es extinguida mediante providencia judicial"[499].

En otra oportunidad se dijo por la Corte:

> "El artículo 79 de la Ley 600 de 2000 le asigna a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad el conocimiento de las decisiones concernientes al cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, y el Acuerdo 054 de 24 de mayo de 1994 del Consejo Superior de la Judicatura por el cual se fijaron los requisitos para el funcionamiento de tales juzgados establece en su artículo 1° que estos "conocen de todas las cuestiones relacionadas con la **ejecución punitiva de los condenados** que se encuentren en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia"[500] (Subrayado y en negrilla fuera del texto original).

Así pues, cuando el proceso se encuentre en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y se pretenda el desembargo de bienes, se debe enviar la petición y la carpeta al Juez Penal de Conocimiento para que resuelva sobre el particular; igual procedimiento se ha de seguir cuando se requiera de alguna decisión que no tenga que ver específicamente con la ejecución de la sanción penal impuesta al condenado ni con la persona del condenado mismo[501].

DESEMBARGO DE BIENES	
1.- Cuando se preste caución.	Artículo 96, primer inciso, CPP
2.- Cuando se dicta preclusión o sentencia absolutoria.	Artículo 96, inciso final, CPP
3.- Cuando vencen los treinta (30) días del Art. 106 del CPP y no se inicia el incidente de reparación integral. Es el fenómeno de la caducidad, entendido como pérdida de oportunidad para iniciar el trámite especial del IRI ante el Juez Penal de Conocimiento. El competente para decretarla es el Juez Penal de Conocimiento.	Artículo 96, inciso final, CPP

499 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 20 de junio de 2007, Rad. 27.513. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

500 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de 1° de febrero de 2007. Rad. 26.724. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

501 En igual sentido, Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, Auto que dirime conflicto negativo de competencias de 25 febrero de 2009, Rad. . 2005-0485 (1906), M.P. César Augusto Rengifo Cuello.

DESEMBARGO DE BIENES	
4.- Cuando transcurren sesenta (60) días desde la ejecutoria de la sentencia del incidente de reparación sin que se presente demanda ejecutiva ante el Juez Civil correspondiente. El competente para conocer y decidir sobre el particular es el Juez Penal de Conocimiento. En todo caso no corresponde al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.	Artículo 96, inciso final, CPP

10. COMPETENCIA EN TEMA DE BIENES UNA VEZ COBRE EJECUTORIA LA SENTENCIA PENAL

Ha quedado dilucidado ampliamente, en primer lugar, que una vez cobre ejecutoria la sentencia penal, el juez de control de garantías no interviene pues no hay acción penal (Art. 250-1 Carta Fundamental).

En segundo lugar, según el canon 38 del CPP/2004, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tiene competencia en todo aquello que tenga que ver con la persona del condenado y con la sanción penal.

Según pacífica y reiterada jurisprudencia, la competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad es de naturaleza estrictamente personal, de tal forma que si el INPEC cambia el lugar de reclusión, la competencia necesariamente variará pero seguirá siendo de un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad[502].

En tercer lugar, la competencia del juez penal de conocimiento, una vez cobre ejecutoria la sentencia penal de condena, será de todo aquello que no tenga que ver con la persona del condenado ni con la sanción penal, así entonces, es competente para todo aquello que tenga que ver con los bienes en el proceso penal y que no fue definido en la sentencia. Una vez esté ejecutoriada la sentencia penal, entonces no tiene aplicación la parte final del Art. 100 de la Ley 906 de 2004 pues dicha norma se refiere a la actuación pre procesal y procesal penal del Juez de Control de Garantías y en todo caso antes de la sentencia penal.

Entonces, ¿quién resuelve sobre la entrega de bienes una vez cobre ejecutoria la sentencia penal?

502 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 12.807 de 18 de marzo de 1997, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

La respuesta inexorable, según se ha visto, es que el competente para resolver sobre dicho tema es el Juez Penal de Conocimiento de primera instancia, pues no se trata de una decisión sobre la sanción penal ni sobre la persona del condenado, y, de otra parte, en la fase de ejecución penal no actúa el juez de control de garantías.

COMPETENCIAS UNA VEZ COBRE EJECUTORIA LA SENTENCIA PENAL	
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	**JUEZ DE CONOCIMIENTO**
Regla General: Conoce de todo aquello que tenga que ver con la persona del condenado y con la sanción penal según el Art. 38 de la Ley 906 de 2004	**Regla General**: Conoce de todos los demás temas que no se refieran a la persona del condenado ni a la ejecución de la sanción penal
Acumulación jurídica de penas, redención de penas[503], beneficios administrativos	Después de 30 días de la ejecutoria de la sentencia penal sin que se hubiere promovido el IRI, entonces debe levantar las medidas previas cautelares reales (Art. 96 parte final y Art. 106 CPP)
Verificación de lugar y condiciones de cumplimiento de la sanción, aplicación del principio de favorabilidad por ley posterior	Después de 60 días desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria del IRI sin que se presentare demanda ejecutiva ante el Juez Civil correspondiente, entonces debe levantar las medidas previas cautelares reales (Art. 96 parte final, CPP)
Extinción de la sanción penal, rehabilitación	Decide sobre los bienes en el proceso penal, así como sobre su entrega; y que no fue decidido en la sentencia correspondiente
Ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminatoria haya sido declarada inexequible o haya perdido vigencia	Extinción de la sanción penal por prescripción (parágrafo segundo Art. 38 CPP, adicionado por el Art. 1º Ley 937 de 2004)

503 Cuando se trate de permisos en prisión domiciliaria para trabajar con fines de redención de pena, el INPEC autoriza (Art. 80 Ley 65/93) pero el Juez de Penas aprueba o no el permiso (Art. 82 Ley 65/93). Cuando se trate de permiso para trabajar sin fines de redención de pena, directamente el Juez de Ejecución de Penas conoce y decide sin intervención del INPEC. Sobre el tema, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia Rad. 48.613 de 29 junio de 2010 y Sentencia de tutela Rad. T-51.570 de 15 diciembre de 2010

11. CUADRO DE RUTA DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACIÓN[504]

RUTA DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACION			
PASO	**ACTIVIDAD**	**DESCRIPCION ACTIVIDAD**	**RESPONSABLE (COMPETENTE)**
1	Solicitud de embargo y secuestro de bienes con fines de reparación.	• Una vez se ha formulado la imputación, es momento oportuno para la solicitud de decreto de medidas cautelares. • Víctima o fiscal solicitan que se decreten medidas de embargo y secuestro de bienes propios del imputado o del acusado. • El Ministerio Público lo puede solicitar en los procesos donde sean víctimas NNA o incapaces, cuando la acción penal se adelante contra adultos • Según el Art. 610 del Código General del Proceso, en los procesos que se adelanten ante cualquier jurisdicción podrá actuar la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, quien puede solicitar medida cautelares "*sin necesidad de prestar caución*" (literal e, Art. 610 CGP). • En la petición se deben identificar los bienes como cuerpo cierto o de género.	Víctima Fiscalía Delegada Ministerio Público
2	Audiencia preliminar de decreto de medidas previas cautelares reales.	Se realiza audiencia preliminar reservada cuyo objeto es decidir sobre la solicitud elevada. 1. Se decretan las medidas de embargo y secuestro. El embargo es una medida jurídica conservadora que excluye el bien del comercio. El secuestro es un clásico acto de aprehensión física, material, que despoja de la tenencia, la que es asumida por un secuestre. 2. Se ordenan librar los oficios para perfeccionar el embargo de los bienes sujetos registro. 3. Se designa secuestre. 4. Se señala fecha para la diligencia de secuestro, salvo que se haga uso de la potestad de comisionar, evento en el cual se ordena librar despacho comisorio para la práctica de la diligencia de secuestro.	Juzgado de Control de Garantías.

[504] Alberto Ceballos Velásquez. Los bienes en el proceso penal, ob. cit., pp. 242-254, con las modificaciones correspondientes.

RUTA DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACION			
PASO	**ACTIVIDAD**	**DESCRIPCION ACTIVIDAD**	**RESPONSABLE (COMPETENTE)**
3	Práctica de la medida cautelar jurídica de embargo sobre bienes sujetos a registro (Art. 681 CPC y Art. 593-1 CGP)	Se elaboran y remiten los oficios de embargo a las Oficinas de Registro Público, quienes retornarán oficio con la nota de registro de la medida y certificado sobre situación jurídica del bien inmueble.	Juzgado de Control de Garantías. Registrador de Instrumentos Públicos
4	Remisión de despacho comisorio	• Si el juzgado de control de garantías ha hecho uso de la potestad de comisionar, se remite el correspondiente despacho comisorio a la autoridad delegada (Art. 37 CGP). • Si se trata de bien sujeto a registro el despacho comisorio se remite después de que se haya perfeccionado el embargo y se haya recibido el certificado sobre situación del bien y la nota de registro.	Juzgado de Control de Garantías Registrador de Instrumentos Públicos.
5	Fijación de la fecha de la diligencia de secuestro por el comisionado	Se señala fecha para la diligencia de secuestro del bien	Autoridad comisionada
		El Estado aprehende materialmente el bien y asume su custodia, por conducto del secuestre. El secuestre es simple depositario del bien, salvo disposición expresa en contrario. Las medidas cautelares exigen la publicidad en favor de terceros. En la diligencia hay que elaborar un acta que básicamente debe dar cuenta de lo siguiente:: 1. Identificación de las personas que intervienen en el acto. Sobre todo debe dejarse nota de la identidad de quienes afirmen calidad de tenedores o poseedores del bien. 2. Se identifican los bienes denunciados por quien solicitó la medida. 3. Del acto de posesión del secuestre, de su compromiso juramentado de cumplir sus funciones y de la entrega que se le hace de los bienes. 4. Inventario de los bienes entregados, según su naturaleza, cantidad, calidad y estado actual.	

RUTA DE MEDIDAS CAUTELARES CON FINES DE REPARACION			
PASO	**ACTIVIDAD**	**DESCRIPCION ACTIVIDAD**	**RESPONSABLE (COMPETENTE)**
6	Práctica de la medida de secuestro (Art. 682 CPC y Art. 595 CGP)	5. Si un tercero poseedor se opone al acto de entrega se le da el trámite previsto en el artículo 686 del CPC y cuando corresponda al Art. 596 del CGP. Si hay tenedor a nombre del imputado o acusado, con título anterior a la diligencia, se preserva la tenencia y el tenedor en lo sucesivo se entenderá con el secuestre. El tercero poseedor opositor debe aducir prueba sumaria de su calidad de tercero y de poseedor. Se practican pruebas sobre el particular y se decide la oposición.	Autoridad competente para realizar el secuestro. Juzgado de Control de Garantías.
7	Custodia y Administración del bien secuestrado (Art. 683 CPC y Art. 585 del CGP)	En general, el secuestre tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen. Debe depositarlos en lugar seguro. En alguno casos el secuestre será el administrador.	Obligaciones del secuestre
8	Permanencia de la medida cautelar.	La medida permanecerá mientras no sea expresamente levantada por el juez competente, según la fase procesal en la que se encuentre la actuación y la clase de decisión a adoptar	Juzgado de Control de Garantías Juzgado de Conocimiento.
9	Levantamiento de las medidas cautelares	La medida cautelar de embargo y secuestro se levantará en las siguientes circunstancias: 1. Cuando se preste caución (Art. 96.1 CPP). 2. Cuando se dicta preclusión o sentencia absolutoria (Art. 96.4 CPP). 3. Cuando vencen los treinta (30) días del Art. 106 del CPP y no se inicia el incidente de reparación integral (Art. 96.4 CPP). 4. Cuando transcurren sesenta (60) días desde la ejecutoria de la sentencia de condena en el incidente de reparación, sin que se presente demanda ejecutiva ante Juez Civil (Art. 96.4 CPP).	Juzgado de Control de Garantías, según el caso Juzgado de Conocimiento, según el caso

12. AFECTACION DE BIENES EN DELITOS CULPOSOS

12.1 Aspectos Relevantes de la Entrega Provisional

La afectación de bienes en delitos culposos está regulada en el Art. 100 del Código Penal y Art. 100 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 9° de la Ley 1142 de 2007.

En el canon 100 de la Ley 906 de 2004 se distinguen dos finalidades posibles en el acto de recolección de un vehículo: (i) con fines cognitivos o probatorios y (ii) para garantizar la reparación del daño causado. "*Para el primer efecto, se tiene previsto la adopción de la cadena de custodia sobre el bien y su entrega provisional, en un término inferior a 10 días, al propietario, poseedor o tenedor legítimo. Y para el segundo propósito, la reparación, el sistema tiene prevista entrega provisional […]*"[505].

Esta medida cautelar es diferente al comiso que solo opera para los delitos dolosos[506].

En lo que respecta a la entrega provisional del vehículo automotor, nave, aeronave o cualquier unidad montada sobre ruedas, "*y los demás objetos que tengan libre comercio*", se tiene[507]:

1. Que la afectación sobre el disfrute del bien se materializa en el hecho de que el imputado y el tercero civilmente responsable, en los términos del artículo 98 del C.P.P., no podrán disponer libremente de aquél, en el sentido de llevar a cabo operaciones mercantiles, salvo que cuente con la previa autorización del juez y "*cuando aquéllas sean necesarias para el pago de los perjuicios*", y además, el importe deberá ser consignado directamente a órdenes del despacho judicial.
2. Que la entrega del bien sólo será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios o se hayan embargado bienes del imputado o acusado en cuantía suficiente para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.
3. Que es un gravamen temporal.

505 Alberto Ceballos Velásquez, ob. cit.

506 Sobre el tema, Fabián Andrés Ordóñez Tacué, Afectación de bienes en delitos culposos y entrega provisional. Revista Facetas Penales N° 108, Septiembre 2011, Editorial Leyer, Bogotá, pp. 8-12.

507 Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Con respecto a ésta medida cautelar, mediante sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, se declaró exequible el artículo 100 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, "*en el entendido de que el tercero civilmente responsable se encuentra facultado para ejercer plenamente su derecho de defensa en relación con el decreto y práctica de medidas cautelares en su contra*".

La medida cautelar del canon 100 de la Ley 906 de 2004 es la referida a la afectación de bienes en delito culposos, que en modo alguno se puede extender para el embargo y secuestro de bienes del canon 92 *ibídem*.

Agregó la Corte en la sentencia C-423 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto:

> "En efecto, en el presente caso la Corte considera que se encuentran presentes las condiciones constitutivas de una omisión legislativa relativa, por cuanto el legislador, sin justificación alguna, excluyó toda posibilidad de que el tercero civilmente responsable, contra quien se decretó una medida cautelar en el curso de un proceso penal, bien sea que se trate de una entrega provisional, el embargo o secuestro de un bien, pueda ejercer su derecho de defensa frente a dicha decisión judicial, lo cual no exige que deba ser notificado expresamente de la imposición de la medida".

Luego en la sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, se dijo:

> "En el caso concreto, la Corte examinó el ámbito de intervención que cabría, desde otro lado, al tercero civilmente responsable del daño causado a las víctimas de una conducta punible. En este sentido, estableció que la limitación establecida en los apartes demandados de los artículos 86 y 89 de la Ley 1395 de 2010 (Arts. 102 y 106 CPP, se aclara), para que el tercero civilmente responsable sólo pueda participar en el proceso penal con posterioridad a la culminación del juicio de responsabilidad penal, no vulnera los artículos 2º y 229 de la Constitución, en cuanto consagran el derecho a participar en las decisiones que lo puedan afectar y el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia".

Así pues, si el instrumento con el cual se cometió el delito, como en el caso de un vehículo involucrado en hechos de tránsito, la entrega provisional se hará según decisión del Juez de control de garantías, de conformidad con el inciso 4º del artículo 100 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 9º la Ley 1142 de 2007[508].

---

508 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Debe aclararse que en la etapa del juicio, la entrega provisional de bienes objeto material del delito corresponde al Juez de control de garantías en audiencia preliminar, atendiendo las previsiones contenidas en el artículo 153 de la Ley 906 de 2004, toda vez que esta petición no es de las que debe resolverse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral[509].

En la sentencia el juez de conocimiento debe resolver de fondo el asunto, igualmente debe hacerlo el Juez de Conocimiento cuando la actuación termine por preclusión; en caso de que la actuación termine por aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia de la acción penal entonces la decisión se debe adoptar por el juez de control de garantías en la misma audiencia (Art. 327 CPP).

12.2 Imputación y Entrega Provisional en Delitos Culposos

Se ha dicho por la doctrina especializada que "*algunos jueces de control de garantías han considerado que esta medida (de entrega provisional en delitos culposos en los términos del Art. 100 del CPP) no puede tomarse antes de formularse la imputación, ya que es cautelar, lo cual a nuestro criterio, no es de recibo, pues el legislador dentro de su potestad legislativa, determinó esta medida cautelar sui generis para los delitos culposos, a fin de garantizar de alguna manera la protección a las víctimas, sin que sea necesario que se formule la imputación*"[510].

Es cierto que con la imputación se inicia formalmente el proceso penal, pero ello no quiere decir que antes no pueda actuar el juez de control de garantías. Los controles previos son la regla general y, en la mayoría de los casos, son anteriores a la imputación de cargos. Es que como principio general, toda medida de investigación que implique afectación de derechos fundamentales debe estar precedida de autorización del juez de control de garantías, y como consecuencia de ello el control posterior autorizado por la Carta (Art. 250.2) respecto de ciertas medidas que afectan derechos fundamentales, lo cual configura una excepción a la regla general, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2007.

Con la imputación de cargos se activa el derecho de defensa y los nuevos derechos del imputado, sin que ello quiera significar que es a partir de este momento que puede actuar el abogado defensor. Es que el ejercicio de la defensa es intemporal, esto es, se

509 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

510 Carlos Mario Zapata Betancur. Las audiencias preliminares del nuevo sistema penal acusatorio. Señal Editora. Tercera edición 2009, p. 137.

ejerce desde antes de la audiencia de imputación (Corte Constitucional, Sentencias C-799 de 2005 y C-210 de 2007). Desde la captura también se puede designar abogado defensor (Art. 119 CPP).

De otra parte, la imputación de cargos es el primer escalón de la congruencia pues condiciona fácticamente la acusación (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 27.518 de 28 noviembre de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Así, para la entrega provisional no se requiere como condición previa la imputación de cargos, y como es una medida cautelar real requiere siempre la intervención del Juez de Control de Garantías según la parte final del canon 100 del CPP, que la ordena para "*todos los casos*".

Si hay imputación de cargos, la medida es provisional hasta que el Juez de Conocimiento decida en forma definitiva ya sea por sentencia o por auto de preclusión; excepcionalmente, el juez de control de garantías se debe pronunciar al respecto cuando apruebe el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia de la acción penal (Art. 327 CPP), pero esa es una resolución lógicamente consecuencial.

Pero si no hay todavía imputación de cargos, consideramos que el Juez de Control de Garantías debe imponer la medida de entrega provisional de la unidad montada sobre ruedas en delitos culposos pero por un término prudencial que podrá ser de seis (6) meses contados desde el momento de ocurrencia de los hechos que es el término para la presentación de la querella, pues por lo general esta clase de delitos son querellables o al menos, para el momento de la imputación se tiene la duda sobre su oficiosidad, pero esa indeterminación en todo caso no inhibe la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues la ausencia de la querella no impide adelantar la fase de indagación (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.445 de 23 septiembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz).

Ese término es razonable para que la medida provisional no se torne indefinida en el tiempo con las consecuencias de inconstitucionalidad que ello comporta.

Expresa el canon 73 de la Ley 906 de 2004 que "*La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses*".

Por supuesto que para garantizar los derechos de la víctima se le debe comunicar o informar que el Juez de control de garantías ha adoptado la entrega provisional en los términos del Art. 100 del CPP y por un término de seis (6) meses (Arts. 11 y 132 a 137 del CPP). Igualmente, se le debe aclarar a quien recibe provisionalmente el bien, que si hay imputación dentro de los seis meses siguientes, entonces el bien seguirá afectado hasta cuando lo defina el Juez de Conocimiento, o hasta cuando se garantice el pago de perjuicios, o hasta cuando se embarguen bienes del imputado o acusado en cuantía suficiente para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito (Art. 100.3 CPP).

Se debe agregar, de otra parte, que en los delitos querellables debe existir intención expresa del perjudicado o de la víctima de perseguir penalmente al denunciado (Sala Penal. Casación Rad. 35.480 de 14 diciembre de 2010, M.P. Javier Zapata Ortiz); pero para la imputación es suficiente con la entrevista del lesionado o del ofendido (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 32.422 de 10 marzo de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

No obstante que la entrega provisional de bienes se estableció para los delitos culposos en el canon 100 del CPP, modificado por el Art. 9° de la Ley 1142 de 2007, también es posible la entrega provisional de vehículos o bienes utilizados en delitos dolosos a quienes demuestren siquiera sumariamente derechos anteriores y que son propietarios, poseedores o tenedores de buena fe, por supuesto cuando no son intervinientes en el reato investigado, toda vez que la codificación impone el respeto para los derechos que puedan tener terceros de buena fe sobre el bien objeto de comiso y además porque se debe buscar la minimización del daño causado[511].

En efecto,

> "En tal sentido, ha de precisarse que cuando se suspende el poder dispositivo de un bien, con pretensión por parte de la Fiscalía de lograr su comiso, la medida se mantendrá hasta que se resuelva el asunto con carácter definitivo o se disponga su devolución, de ahí que la protección de los derechos reclamados por el accionante vía tutela resultan razonables y proporcionales en procura de menguar el daño sufrido desde que se dispuso la inmovilización del bus de servicio público, máxime si se tiene en cuenta las manifestaciones realizadas en el libelo de la demanda, esto es, que el automotor es el único medio de subsistencia para él y su familia, amén

511 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela Rad. 58.726 de 8 marzo de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho y Auto Rad. 38.169 de 14 marzo de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

de las erogaciones que representa la permanencia del mismo en los parqueaderos de la Fiscalía y el deterioro que viene soportando" [512].

13. LA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR BIENES SUJETOS A REGISTRO DURANTE LOS SEIS (6) MESES SIGUIENTES A LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Expresa el Art. 97 de la Ley 906 de 2004[513]:

> Artículo 97. **Prohibición de enajenar**. El imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia.
>
> Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la audiencia correspondiente. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del juez será nula y así se deberá decretar.
>
> Para los efectos del presente artículo el juez comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

Lo anterior sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer, personalmente o por intermedio de abogado dentro de una audiencia preliminar que deberá proponerse, para ese único fin, desde la formulación de la imputación hasta antes de iniciarse el juicio oral, con base en los motivos existentes al tiempo de su formulación. El juez que conozca del asunto resolverá de plano.

En la sentencia C-210 de 2007 se explicó que la restricción tiene

(i) fines procesales, porque derivan de las necesidades y finalidades del proceso;

(ii) fines cautelares, como quiera que se dirige a garantizar la eficacia de la sentencia penal;

(iii) fines instrumentales, en tanto que constituyen un mecanismo adecuado y necesario para asegurar la futura indemnización de las víctimas y (iv) tiene objetivos provisionales, porque la medida es transitoria, pues la prohibición se

---

512 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela Rad. 58.726 de 8 marzo de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

513 Declarado exequible por sentencia C-210 de 21 marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

> levanta no sólo al cumplirse el plazo y las condiciones previstas en la norma, sino también en el momento en que se profiera sentencia definitiva.

Además, la disposición busca:

rodear de garantías procesales para la eficacia del proceso penal y, en especial, para asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria que ordene la reparación de perjuicios causados por el delito y,
prever que el imputado tenga recursos económicos suficientes para la reparación económica de los daños padecidos por la víctima.

Como se trata de una medida cautelar que afecta el derecho a la propiedad privada, corresponderá entonces al Juez imponer expresamente dicha restricción.

Esta prohibición aplica expresamente para el imputado, "*a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia*".

La advertencia no aplica para el tercero civilmente responsable. No hay norma expresa que lo autorice.

El Código de Procedimiento Penal ni el Código de Infancia y Adolescencia autorizan las medidas cautelares durante el proceso en relación con la prenda general de bienes del tercero civilmente responsable, como ya quedó dicho. Es que la norma expresamente dice "*el imputado*", de tal forma que no puede hacerse extensiva esa limitación para los bienes del tercero civilmente responsable, pues ello sería una interpretación analógica, extensiva y desfavorable; y bien se sabe que cuando se limitan derechos su interpretación debe ser restrictiva.

En efecto, expresa el canon 31 del Código Civil:

> Art. 31.- **Interpretación sobre la extensión de una ley**. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

De todas maneras, existirá la prenda general[514] de bienes del tercero pues una vez medie la relación jurídica obligacional, determinada o al menos determinable[515], si incurre en maniobras fraudulentas para demostrar insolvencia económica o defraudar el pago de la acreencia, se puede presentar el delito de "*alzamiento de bienes*" del Art. 253 del Código Penal, tal como lo explicó la Corte en providencia Rad. 35.438 de 16 enero de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Es que, "*no se puede predicar válidamente que los derechos de crédito nacen a la vida jurídica al momento de la declaración judicial, es decir, cuando se establece el monto exacto de la prestación y son exigibles*". Ello no es así, porque "*las obligaciones pueden tener su fuente en el contrato o convenio, en el acto jurídico unilateral (v.g. la herencia), en el delito, en el enriquecimiento sin causa, en la responsabilidad civil y en la ley y, es a través de ellos que los derechos personales emergen como actos jurídicos que de ser incumplidos pueden ser requeridos coactivamente*"[516]. Es decir, que no necesariamente la obligación debe constar en un título ejecutivo, toda vez que la obligación es un "*un vínculo jurídico, entre dos o más personas determinadas o determinables, por medio del cual una parte (una o más personas, el deudor, debitor) se encuentra en la necesidad de realizar una prestación (de dar o hacer alguna cosa), o de no practicar una abstención (de no hacer alguna cosa, en favor de otra parte, el acreedor, creditor*"[517], así que comprende todas las obligaciones que surjan según el canon 1494 del Código Civil no obstante que requieran del proceso declarativo para la constitución del título ejecutivo.

Expresa el canon 1494 del Código Civil en mención:

> "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

---

514 Código Civil, Artículo 2488, "*Persecución de bienes.- Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677*".

515 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 28.711 de 23 abril de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

516 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.438 de 16 enero de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

517 BAENA UPEGUI, Mario. De las obligaciones en derecho civil y comercial. 3ª edición. Editorial Legis. Bogotá. 2000. p. 18.

Para que la medida surta efectos se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos[518]:

- ***Primero***: Que el juez de control de garantías la imponga de manera expresa y que se comunique a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.
- ***Segundo***: Que tanto al tomar la determinación como al momento de la comunicación al Registrador, el juez debe individualizar el bien o los bienes sobre los cuales recaerá la medida prohibitiva (Art. 97.3 CPP, Art. 31 Decreto 1250 de 1970), para que se inscriba en la cuarta columna del folio de matrícula inmobiliaria correspondiente (Arts. 2° y 7° Decreto 1250 de 1970) y proteger así a los terceros de buena fe. Si la medida no es de conocimiento público, la adquisición del inmueble por un tercero de buena fe no puede ser aniquilada judicialmente. Es que la "*exclusión, sin embargo, no opera de manera omnímoda o indiscriminada, debe cumplir con unos presupuestos específicos y produce unos efectos particulares*"[519].

La prohibición rige entonces en la medida que se cumplan estas condiciones[520].

Sobre el tema, la Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia de 19 diciembre de 2009, Expediente N° 8.159, dijo: "*fuera publicitada o puesta en conocimiento del público en general, mediante la correspondiente inscripción en el registro inmobiliario, por expreso mandato del artículo 2° del Decreto 1250 de 1970, a cuyo tenor: "Para la inscripción de autos de embargo, demandas civiles, decretos de separación de patrimonio, de posesión provisoria, definitiva o efectiva, prohibiciones, y en general, de actos jurisdiccionales que versen sobre inmuebles determinados, la medida judicial individualizará los bienes y las personas, de modo de facilitar el registro y evitar toda confusión" (se subraya; art. 31). Luego, mientras la referida prohibición no fuera de conocimiento público, la adquisición de un inmueble por un tercero —desde luego de buena fe exenta de culpa— en virtud de negocio jurídico celebrado con el sindicado, no podía ser aniquilada judicialmente, sin lesionar gravemente el arraigado principio de buena fe que ampara a ese adquirente, quien, en puridad, no tenía manera de saber que la persona que le transfirió el derecho real, otrora se encontraba impedido para hacerlo*".

---

518 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de tutela Rad. 2010-00937 de 4 agosto de 2010.

519 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.317 de 28 septiembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, en la cual cita sentencia de tutela de la Sala Civil, Rad. 2010-00937 de 4 agosto de 2010.

520 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.317 de 28 septiembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, en la cual cita sentencia de tutela de la Sala Civil, Rad. 2010-00937 de 4 agosto de 2010.

Previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, el inmueble se puede enajenar pero requiere autorización expresa del Juez de Control de Garantías, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito (Art. 97.2 CPP y Arts. 1519 a 1523 del C. Civil).

Es necesario que en los oficios que se libren a la oficina de registro de instrumentos públicos o a las oficinas de tránsito, etc., se indique fecha de imposición de la prohibición y la fecha de terminación o finalización de la misma, además de la individualización de los bienes sujetos a registro.

En la práctica judicial se libran oficios pero nada se dice sobre los bienes ni sobre la fecha de vencimiento, con lo cual se pueden ocasionar perjuicios innecesarios al imputado.

El abogado defensor, y las demás partes, deben advertir al Juez para que en la decisión y en los correspondientes oficios se individualicen los bienes y se indique la fecha de vencimiento de la medida, es decir, el último día de los seis meses de prohibición de enajenación de bienes sujetos a registro de propiedad del imputado o acusado.

La medida puede levantarse por el Juez si antes de cumplirse el plazo se presenta cualquiera de las siguientes tres condiciones, a saber: primero, cuando el imputado garantiza la indemnización de perjuicios; segundo, cuando haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia y, tercero, cuando se requieran operaciones mercantiles sobre los bienes del imputado sujetos a registro y aquellas son necesarias para el pago de los perjuicios (Art. 98 de la Ley 906 de 2004).

14. MEDIDAS PATRIMONIALES A FAVOR DE LAS VICTIMAS DE DELITOS, POR PARTE DEL FISCAL

En el capítulo III de la Ley 906 de 2004 sobre las "*Medidas Cautelares*" se consagraron las medidas patrimoniales a favor de las víctimas de delitos, tales como:

1. La restitución de bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.

   Cuando se trate de entrega de bienes objeto material del delito que hubiesen sido recuperados, bajo el régimen de la Ley 906 de 2004, "*entendidos como aquellos sobre los cuales se concretó la vulneración del interés jurídico protegido por el legislador, según el artículo 99 de la Ley 906 de 2004, es a la* ***Fiscalía en la etapa de la investigación e instrucción****, por ser el titular de la acción penal, a quien le corresponde tomar las medidas patrimoniales a favor de terceros y ordenar la*

restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados, o autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto del delito" [521].

De esta manera, *vr. gr.*, en caso de recuperación de los bienes muebles latrocinados o cuando se logre la captura en flagrancia del hurtador del automotor o del sujeto agente conduciendo la motocicleta, entonces la Fiscalía directamente, y una vez acreditados los derechos legítimos sobre tales bienes (propiedad, posesión o tenencia), puede ordenar directamente la entrega de los bienes.

Es decir, recuperado el bien objeto del delito, la Fiscalía directamente puede ordenar la restitución a la víctima con lo cual se evita la congestión de la administración de Justicia y se evita un mayor perjuicio para el titular por el retardo en el goce de sus derechos patrimoniales[522].

2. La autorización de uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito. Sobre el particular, se comentará más adelante en el capítulo de la "*restitutio in pristinum*".

3. El reconocimiento de ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas (Art. 99 Ley 906 de 2004). Seguidamente se comentará la existencia de algunos fondos sobre ayudas para las víctimas.

MEDIDAS PATRIMONIALES A FAVOR DE LAS VICTIMAS DE DELITOS	
El Fiscal, a solicitud del interesado, podrá (Artículo 99 CPP):	1.- Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
	2.- Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
	3.- Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

521 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

522 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz.

14.1 Fondo para Reparación de las Víctimas (Ley 975 de 2005)

El Fondo para la Reparación de las Victimas (FRV) es, por disposición del artículo 54 de la Ley 975 de 2005, adicionado por el Art. 177 de la Ley 1448 de 2011, una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social.

El Fondo para la Reparación de las Victimas (FRV) tiene, entre otras, las funciones de liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de la Ley 975/05, administrar el Fondo para la Reparación de las Victimas, adelantar otras acciones de reparación cuando a ello haya lugar y las demás que señale el reglamento (Art. 55 de la Ley 975 de 2005).

El Fondo para la Reparación está integrado por todos los bienes o recursos que a cualquier título se entregue por las personas o grupos armados organizados ilegales a que se refiere la Ley 975 de 2005, por recursos provenientes del presupuesto Nacional y donaciones nacionales y extranjeras.

En desarrollo de las funciones de administración previstas en los artículos 54 de la Ley 975 de 2005 y el artículo 17 del Decreto 4760 de 2005, ACCION SOCIAL– Fondo par al Reparación de las Víctimas, podrá ejercer en desarrollo de la administración los actos necesarios para la correcta disposición, mantenimiento y conservación de los bienes y/o recursos de acuerdo con su naturaleza, uso y destino, así como para el adecuado funcionamiento del Fondo, considerando siempre el favorecimiento de los derechos de las víctimas[523].

14.2 Víctimas de Desplazamiento Forzado (Ley 387 de 1997)

Con respecto a las víctimas del delito de desplazamiento forzado las ayudas humanitarias están consagradas en la Ley 387 de 1997 y los Decretos Reglamentarios 170 de 2008; 2862 de 2007, 1660 de 2007; 2675 de 2005, 2100 de 2005, 250 de 2005; 2284 de 2003, 2131 de 2003; 2562 de 2001, 2007 de 2001, 951 de 2001; 2569 de 2000; también es importante resaltar las órdenes que frente al tema de retornos ha emitido la Corte Constitucional en la Tutela T-025 de 2004, los autos 177 y 178 de agosto 29 de 2005, y auto 008 de 2009.

523 http://www.accionsocial.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=455&conID=1667, consultada en febrero de 2013.

14.3 Víctimas de Delitos Contra la Libertad Personal (Ley 282 de 1996)

Con relación a las víctimas del secuestro está Fondelibertad, que es una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional creada en el año de 1995, la cual asumió las funciones del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, encargada de coordinar los recursos humanos y materiales para la lucha contra el secuestro y demás delitos atentatorios contra la libertad personal. Su objeto es contribuir con los recursos necesarios para cubrir de manera subsidiaria los gastos de dotación y funcionamiento de los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal, GAULA, que no puedan ser asumidos por las instituciones que los integran, realizar labores de prevención y asistencia integral a las víctimas de secuestro y atender los gastos correspondientes de la Secretaría Técnica, así como los del Consejo Nacional de Lucha contra el Secuestro y demás Atentados contra la Libertad Personal, CONASE. (Decreto 3123 de 2007).

14.4 Fondo para la Restitución de Tierras Despojadas (Ley 1448 de 2011)

El canon 11 de la Ley 1448 de 10 junio de 2011 crea el Fondo de la Unidad Administrativa Especial Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, así: "*Créase el Fondo de Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas como un fondo sin personería jurídica, adscrito a la Unidad Administrativa Especial de la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. El Fondo tendrá como objetivo principal servir de instrumento financiero para la restitución de tierras de los despojados y el pago compensaciones*".

El parágrafo 3° del Art. 3° de la Ley 1448 de 10 junio de 2011 indica que "*Para efectos de la definición contenida en el presente artículo, no serán consideradas como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común*".

El parágrafo 3° fue declarado exequible mediante sentencia C-253 de 29 mayo de 2012, bajo los siguientes argumentos: es claro que la Ley 1448 de 2011 plantea dificultades en su aplicación que se derivan de la complejidad inherente a la interpretación de los supuestos fácticos en torno a los cuales se estructura; sin embargo, tales dificultades no se derivan de la expresión acusada del parágrafo 3º del artículo 3º, que excluye del ámbito de la Ley 1448, a las víctimas de actos de delincuencia común, sino de la complejidad del fenómeno social a partir de cual se ha definido dicho ámbito.

En efecto, aunque no existiera la exclusión expresa, sería preciso en la instancia aplicativa de la ley, identificar si las conductas de las que una persona pretende derivar la condición de víctima, se inscriben o no en el ámbito del conflicto armado interno. Además, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto y hay extremos en los que, por el contrario, resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común, no cubiertos por las precisiones de esta ley.

En todo caso, la Corte precisó qué clase de daños originados en las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas por actores armados con estructura militar o dominio territorial, como consecuencia de acciones que guarden una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado, podrían ser invocadas por sus víctimas para los fines de la presente ley, previa la demostración respectiva, por adecuarse a los propósitos que esta persigue[524].

RECONOCIMIENTO DE AYUDAS PROVISIONALES CON CARGO AL FONDO DE COMPENSACION PARA LAS VICTIMAS, POR PARTE DE LA FGN (Art. 99-3 CPP)
El Fondo para la Reparación de las Victimas (FRV) es, por disposición del artículo 54 de la Ley 975 de 2005, adicionado por el Art. 177 de la Ley 1448 de 2011, una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social.
Con respecto a las víctimas del delito de desplazamiento forzado las ayudas humanitarias están consagradas en la Ley 387 de 1997 y los Decretos Reglamentarios 170 de 2008; 2862 de 2007, 1660 de 2007; 2675 de 2005, 2100 de 2005, 250 de 2005; 2284 de 2003, 2131 de 2003; 2562 de 2001, 2007 de 2001, 951 de 2001; 2569 de 2000; también es importante resaltar las órdenes que frente al tema de retornos ha emitido la Corte Constitucional en la Tutela T-025 de 2004, los autos 177 y 178 de agosto 29 de 2005, y auto 008 de 2009.
Con relación a las víctimas del secuestro está Fondelibertad, que es una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional creada en el año de 1995, la cual asumió las funciones del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, encargada de coordinar los recursos humanos y materiales para la lucha contra el secuestro y demás delitos atentatorios contra la libertad personal (Decreto 3123 de 2007).
El canon 11 de la Ley 1448 de 10 junio de 2011 crea el Fondo de la Unidad Administrativa Especial Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, así: "Créase el Fondo de Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas como un fondo sin personería jurídica, adscrito a la Unidad Administrativa Especial de la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. El Fondo tendrá como objetivo principal servir de instrumento financiero para la restitución de tierras de los despojados y el pago compensaciones".

524 Según comunicado de prensa que se puede consultar en: http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2014%20comunicado%2028%20y%2029%20de%20marzo%20de%202012.php, consultada en febrero de 2013.

15. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS FRAUDULENTAMENTE

15.1 Instituto en los Regímenes Procesales Mixtos Inquisitivos

La suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente está contemplada en el Art. 101 de la Ley 906 de 2004.

Norma similar se consagró en regímenes anteriores, así:

1. El artículo 53 del Decreto 050 de 1987, declarado exequible salvo la expresión "*inmediatamente*"[525].

2. El artículo 61 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991). Mediante sentencia C-245 de 24 junio de 1993[526] la Corte declaró su exequibilidad condicionada "*en el entendimiento de que se trata de un procedimiento preventivo en esta materia*".

3. El artículo 341 del Decreto 2700 de 1991 que contenía también un artículo que consagró la figura del "*caso especial de embargo*", mediante el cual se autorizaba al funcionario judicial embargar aquellos bienes sujetos a registro que hubieren podido ser objeto de un delito.

4. El artículo 66 de la Ley 600 de 2000 que consagró la "*cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*"[527].

En vigencia de estas normas, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en diferentes providencias sobre la necesidad de escuchar previamente a los terceros afectados antes de proceder a la cancelación de los títulos y los registros obtenidos a través del delito, así por ejemplo:

En sentencia del 2 de agosto de 1994, Rad. 8363, M.P. Jorge Carreño Luengas, la Corte casó parcialmente una sentencia condenatoria, precisamente en lo referido a la orden de cancelación de una escritura compraventa sobre un bien inmueble. Se trataba de

---

525 Sentencia número 175 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dictada el 3 de diciembre de 1987, M.P. Jairo Duque Pérez. Gaceta Judicial, tomo 191, número 2430, pp. 567 ss. La sentencia contó con el salvamento de voto conjunto de tres magistrados, los cuales consideraban que el artículo debía ser declarado inexequible en su totalidad.

526 Magistrado ponente, Fabio Morón Díaz. La sentencia contó con el salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, quienes consideraron que la norma debía ser declarada inexequible.

527 Sobre el tema, entre otras providencias, Auto Rad. 33.047 de 3 diciembre de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y Auto Rad. 32.385 de 9 diciembre de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

un caso en que dos personas fueron condenadas por el delito de homicidio. Tres días después de sucedidos los hechos criminales, uno de ellos le vendió un inmueble de su propiedad a su compañera permanente. El apoderado de la parte civil consideró que la venta era un acto fraudulento y solicitó que se ordenara la cancelación de la escritura y de su registro. El juez de primera instancia negó la petición. Esta decisión fue revocada por el Tribunal, el cual ordenó la anulación de la compraventa, por cuanto, como dice la Corte Suprema de Justicia en la sentencia, "*en su criterio la negociación era un acto fraudulento y simulado por parte del procesado con el fin de evadir el pago de los perjuicios en el evento de ser condenado*" [528]. Se casó parcialmente la sentencia porque había que escuchar a los terceros afectados antes de proceder a la cancelación de los títulos y los registros.

Concretamente la Sala Penal expresó que: "*La cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta a que alude el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal vigente, es medida que compete dictar al juez penal en procesos en los cuales se haya cuestionado su autenticidad o legitimidad (falsedad en documentos, estafa, extorsión, etc.)*".

En sentencia del 18 de octubre de 1995[529], la Sala de Casación Penal casó parcialmente una sentencia condenatoria, también en lo atinente al mandato de cancelar dos escrituras y sus registros sobre un bien inmueble. El litigio tuvo origen en una promesa de compraventa sobre el inmueble. Después de que el prometiente comprador pagó una parte del precio, el prometiente vendedor se negó a entregar el bien, razón por la cual aquél instauró una querella policiva. En la diligencia de lanzamiento una persona se opuso al lanzamiento, para lo cual esgrimió un contrato de arrendamiento. En vista de ello, el prometiente comprador denunció penalmente al vendedor, el cual fue finalmente condenado por el delito de fraude procesal. Además, el Juzgado determinó la cancelación de dos escrituras de compraventa sobre el inmueble, una corrida antes de la consumación del delito y la otra luego de que el delito se realizó. La Sala de Casación Penal consideró que la decisión de cancelación de los títulos vulneraba los derechos de los adquirentes del inmueble toda vez que no habían podido participar dentro del proceso[530].

En sentencia de 16 enero de 2012, Radicado 35.438, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, la Sala Penal de la Corte expresó que en esta clase de actuaciones se debe disponer la "*comparecencia de los propietarios de los bienes que podrían verse afectados con*

528 Extracto tomado de la sentencia T-259 de 30 marzo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

529 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de octubre de 1995, dictada dentro del Proceso número 9083 y aprobada mediante el Acta No. 148 en octubre 11 de 1995, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

530 Extracto tomado de la sentencia T-259 de 30 marzo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la determinación a fin de que hagan las oposiciones y manifestaciones de rigor. Lo anterior, para salvaguardar el núcleo esencial del proceso debido". Se agregó en la misma providencia:

> "No obstante, cuando no haya sido posible que los terceros de buena fe comparezcan a la actuación penal para hacer valer sus intereses y la medida de cancelación de los registros y títulos obtenidos fraudulentamente se imponga para salvaguardar los derechos de la víctima, es claro que a favor de los primeros se abre la posibilidad ante la jurisdicción civil para que persigan el pago de los perjuicios e indemnizaciones a que haya lugar".

En el proceso con Rad. 35.438 de 16 enero de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, la Sala Penal de la Corte explicó que no obstante que el juez de instancia citó a los presuntos compradores del inmuebles, quienes no comparecieron, y que también figuraban otros compradores sucesivos y posteriores que no fueron citados, se adicionó por la alta Corporación Judicial la medida de cancelación de registros también para ellos bajo el argumento de que el delito no es fuente de derechos y que esos terceros afectados conservan las acciones civiles correspondientes. Es decir, se debe disponer la comparecencia de los propietarios de los bienes que podrían verse afectados con la determinación a fin de que hagan las oposiciones y manifestaciones de rigor, para así salvaguardar el núcleo esencial del proceso debido.

Se dijo por la Sala Penal de la Corte:

> "Ahora, es evidente que estos últimos sujetos no fueron convocados al proceso penal; sin embargo, no es posible hacer prevalecer sus intereses patrimoniales como quiera que tal como se indicó atrás, bajo ninguna circunstancia, es posible que un delito goce de la función creadora de derecho.
>
> En consecuencia, para que el restablecimiento del derecho ordenado en la segunda instancia sea completo y efectivo, la Sala casará parcialmente de oficio la sentencia impugnada para adicionarla en el sentido de cancelar las siguientes escrituras públicas y anotaciones del folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20187858, concernientes al apartamento 303 del edificio Parque de Lisboa de la ciudad de Bogotá: (…)".

En Sentencia de 29 agosto de 2012, Rad. 35.195, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, donde en las instancia no fueron escuchados los terceros incidentales, no obstante la cancelación de registros, la Corte ordenó adelantar el incidente procesal para escuchar a dichos intervinientes. Se dijo que "*como la irregularidad que afectó las prerrogativas fundamentales de los terceros se produjo a partir de la no tramitación del*

incidente procesal, es claro que su saneamiento no conlleva la invalidez del juicio, ni mucho menos de la sentencia en cuanto condenó a los acusados e hizo las declaraciones consiguientes, máxime si se tiene en cuenta que la tramitación del incidente tiene por objeto una situación jurídica accesoria que no depende necesariamente del sentido del fallo, valga decir que la cancelación de las escrituras y registros respectivos no se condiciona ineludiblemente a que la sentencia sea de condena./ Así por demás lo ha señalado la Corte en diversas decisiones: junio 10 y julio 31 de 2009 y julio 6 de 2011, radicados Nos. 22881, 30983 y 34375 respectivamente".

En sentencia de casación de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se explicó por la Sala Penal que en el Estado Social de Derecho los derechos de las víctimas de una conducta punible emergen constitucionalmente relevantes y que la cancelación de registros fraudulentos es una medida restablecedora de los derechos de las víctimas; además, la "*cancelación de títulos de propiedad y registros fraudulentamente obtenidos es una medida eficaz y apropiada para el restablecimiento del derecho y la reparación integral de las víctimas en un proceso penal, al tiempo que materializa el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y el debido proceso que le asiste a las mismas*".

15.2 Instituto en el Sistema Acusatorio Penal

Expresa el canon 101 de la Ley 906 de 2004:

> "Artículo 101. **Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente**. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.
>
> "En la sentencia ***(condenatoria***) se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.
>
> "[…]".

La expresión "*condenatoria*" fue declarada inexequible por sentencia C-060 de 30 enero de 2008, donde se explicó:

> "Encuentra la Corte que circunscribir la cancelación de títulos de propiedad fraudulentamente obtenidos al momento en que se profiera sentencia

condenatoria, no garantiza de manera efectiva el debido proceso y el acceso a la justicia de las víctimas del delito y no permite que la Fiscalía cumpla cabalmente con la obligación constitucional de adoptar las medidas tendientes al restablecimiento del derecho y la reparación integral de los afectados con el delito. En efecto, pueden existir situaciones en las que se cuente a cabalidad con prueba suficiente sobre los elementos objetivos del tipo penal, sin que se reúnan en cambio las exigentes condiciones que son necesarias, particularmente, en cuanto a la responsabilidad penal para poder proferir sentencia condenatoria. Igualmente, puede surgir un factor de la extinción de la acción penal, como alguna causal de preclusión u otras situaciones que la terminan (muerte del procesado antes de proferirse sentencia, prescripción, etc.), que dejaría en imposibilidad a los afectados con la defraudación, al no haberse dictado un fallo condenatorio, de obtener la cancelación del título de propiedad apócrifo, necesaria para lograr el pleno restablecimiento de sus derechos. Para la Corte, si bien el legislador en desarrollo de su potestad de configuración podía establecer la oportunidad para decretar dicha cancelación, restringirla a la sentencia condenatoria no garantiza de manera efectiva los derechos de la víctima al restablecimiento del derecho del afectado con el delito".

Es deber de los Jueces que las cosas vuelvan al estado anterior del delito, esto es, restablecer el *statu quo ante* siempre y cuando sea material y jurídicamente posible.

Es un imposible material restablecer la vida, por ejemplo.

Pero en materia de falsedades es material y jurídicamente posible volver las cosas al estado anterior.

La Carta garantiza la propiedad privada bajo condición de un justo título y por eso es que el Juez Penal puede anular títulos espurios para restablecer el estado predelictual (*restitutio in pristinum*)[531], porque el delito por sí mismo no puede ser fuente ni causa ilícita de derechos[532], ni puede ser fuente de enriquecimiento indebido o injusto.

Si esa suspensión no se ha pedido previamente ante el Juez de Control de Garantías, entonces el Juez de Conocimiento deberá ordenar la cancelación de los títulos falsos en la sentencia o en la providencia con la cual finalice o culmine el proceso penal, pues se trata esencialmente de garantizar derechos quebrantados, restablecer derechos y además por simples razones de economía y celeridad procesal, pero por supuesto

531 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 3 diciembre de 1987.

532 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

que debe proceder con garantía de los derechos de terceras personas. Es necesario que el funcionario judicial tome previsiones para la protección de los derechos de los terceros de buena fe[533].

El Juez de Conocimiento debe adoptar, por ejemplo, la cancelación de las escrituras públicas falsificadas a efectos de que las cosas vuelvan a su estado anterior o pre delictual o estado original y desvirtuar en consecuencia los derechos arrogados contrariando el orden jurídico[534].

Es de resaltar que la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, es medida que compete dictar al juez penal en procesos en los cuales se haya cuestionado su legitimidad o autenticidad (falsedad documental, estafas, extorsiones, fraudes procesales, etc.) y no en aquellos, como por ejemplo un homicidio que nada tiene que ver con la autenticidad y legitimidad de la escritura pública de compraventa del inmueble[535].

Aclárese que cuando la Fiscalía ordena, por ejemplo, el archivo del diligenciamiento se puede impetrar ante el Juez de Control de Garantías el restablecimiento del derecho y como medida de protección a favor de las víctimas la cancelación del registro obtenido fraudulentamente "*toda vez que es el mecanismo idóneo para que las cosas vuelvan a su estado anterior y se materialicen los derechos afectados con la comisión del punible*"[536].

En todo caso se debe citar a los terceros afectados con la medida para no vulnerar su derecho de defensa y el debido proceso, además el funcionario judicial debe respetar sus garantías fundamentales[537]. En todo caso los terceros adquirentes siempre conservarán las acciones civiles ordinarias para la defensa de sus derechos. Es decir, que siempre es posible la defensa de los derechos de terceros en el proceso penal a través de incidente, según se advirtió por la Sala Penal de la Corte en sentencia de tutela T-59.924 de 19 julio de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

---

533 Sentencia T-259 de 30 marzo de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

534 Corte Constitucional, Sentencia C-245 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

535 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 8.363 de 2 agosto de 1994 y Sentencia Rad. 34.317 de 28 septiembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

536 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 66.

537 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 28 octubre 2009, Rad. 32.452, M.P. Alfredo Gómez Quintero y Sentencia de 29 agosto de 2012, Rad. 35.195, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

16. MEDIDAS DE EMBARGO Y SECUESTRO DE BIENES EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Según lo visto, se tiene la posibilidad de solicitar medidas previas cautelares reales sobre los bienes del imputado o acusado en el curso del proceso y desde la audiencia de imputación de cargos (Art. 92 Ley 906 de 2004).

16.1 Medidas Previas Cautelares antes de la Sentencia Del IRI

Ahora bien, si no se solicitaron medidas previas cautelares ante el Juez de Control de Garantías en el transcurso del proceso penal, ¿será que puede hacerse en el trámite de incidente de reparación integral y antes de la sentencia del IRI?

Primera tesis

Se podría decir que la medida es procedente, en principio, por lo siguiente:

- **Primero**, porque si se pueden pedir medidas cautelares de embargo y secuestro de bienes del imputado o acusado cuando apenas hay probabilidad de responsabilidad (Art. 92 CPP), con mayor razón se puede hacer cuando ya hay certeza razonable debido a una sentencia de condena legalmente ejecutoriada.

- **Segundo**, porque el canon 92 de la Ley 906 de 2004 señala un límite inicial, cual es "*en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella*", pero no dice hasta cuando es esa "*posterioridad*", y el incidente de reparación integral en todo caso es "*con posterioridad*" a la imputación, así que se está actuando conforme a la ley.

- **Tercero**, porque es deber constitucional y legal procurar y hacer efectivos los derechos de reparación efectiva de la víctima.

Segunda tesis

Sin embargo, consideramos que en el incidente de reparación integral ya no es posible el embargo y secuestro de bienes del declarado penalmente responsable.

Estos son los argumentos de dicha tesis.

- **Primero**, porque no hay norma expresa que permita embargo y secuestro de bienes del condenado en el incidente de reparación integral, y para la limitación de derechos se requiere norma expresa. El Art. 92 de la Ley 906 de 2004 reglamentó el embargo y secuestro de bienes del imputado o acusado, pero nada dijo del condenado; y al trámite del incidente de reparación integral no se puede llevar una norma restrictiva por aplicación analógica o extensiva. La interpretación de normas que restringen o limitan derechos se debe hacer restrictivamente (Art. 31 Código Civil).

- **Segundo**, porque en todo caso, el interesado siempre tuvo la oportunidad de pedir medidas cautelares y no lo hizo, así que le precluyó la oportunidad. La preclusión es un instituto procesal que brinda seguridad jurídica. Al interesado jamás se le negó ese derecho, se le reconoció y se le dio oportunidad de ejercerlo, pero si no lo hizo en su oportunidad ya no es posible recobrar su ejercicio en el incidente de reparación integral.

  Es que a los sujetos procesales les corresponde la defensa de sus intereses en el proceso y el no ejercicio oportuno de algunos de los derechos subjetivos puede acarrear perjuicios o consecuencias adversas a su titular[538]; de tal forma que asumir una conducta procesal activa será siempre beneficioso para todas las partes[539].

- **Tercero**, porque las medidas previas cautelares se solicitan y decretan por el Juez de Control de Garantías según el canon Art. 92 de la Ley 906 de 2004, y en el incidente de reparación integral desaparece la figura del Juez de Control de Garantías, sencillamente, dicho juez no actúa en esta fase. El Art. 153 del CPP expresa que "*las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se presentarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías*", es decir, la intervención del Juez de Control de Garantías no puede ir más allá de la culminación del juicio oral y público[540].

  El Juez de Control de Garantías participa en el transcurso del proceso penal y culmina con la ejecutoria de la sentencia de condena, esto es, finaliza cuando

538 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 33.060 de 12 mayo de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

539 Cfr. Hernando Devis Echandía Compendio de Derecho procesal, Tomo I, Teoría General del proceso, séptima edición. Editorial ABC. Bogotá, 1979, pp. 357-361.

540 En el mismo sentido, Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia en Auto de 7 mayo de 2012, Rad. 2009-80294, M.P. Jhon Jairo Cardona Castaño, por medio del cual se declara competencia. Se puede consultar en Revista Facetas Penales N° 114, Editorial Leyer, pp. 98-100.

termina la acción penal, así se deduce el canon 250 de la Carta Fundamental; el mismo artículo asigna al juez de conocimiento el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito (Art. 250-6° C. Pol.). En palabras más sencillas, los actos de control de legalidad que se relacionen con la investigación penal y con medidas cautelares, tanto reales como personales, corresponden al Juez de Control de Garantías durante el transcurso del proceso penal; mientras que los actos que se relacionen con el restablecimiento del derecho, en forma definitiva, y la reparación integral de las víctimas corresponde al Juez de Conocimiento.

- **Cuarto**, porque el incidente de reparación integral es un trámite declarativo u ordinario civil y por lo mismo sigue las reglas de dicho proceso civil donde no se permite la medida de embargo y secuestro preventivo de bienes, debido a la falta de una obligación clara, expresa y actualmente exigible (Art. 488 CPC y Art. 422 CGP); y si son posibles las medidas previas cautelares de embargo y secuestro de bienes en el proceso penal es porque hay norma expresa que así lo autoriza; pero, se reitera, exclusivamente para el proceso penal.

A título de conclusión, cuando no se piden medidas previas de embargo y secuestro en el transcurso del proceso penal, ya no es posible impetrarlas en el desarrollo del incidente de reparación integral.

16.2 Medidas Previas Cautelares una vez se Dicta Sentencia de Condena al pago de Perjuicios

De todas maneras consideramos que una vez se obtenga sentencia de condena entonces es viable la aplicación del inc. 2° del numeral 8 del Art. 690 del CPC, modificado por el Art. 39 de la Ley 1395 de 2010, que expresa que "*Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella*".

El Art. 690 del CPP queda derogado a partir de 1° octubre de 2012 según el literal b del Art. 626 del Código General del Proceso.

La disposición se reproduce en el inciso 2° del Literal b del numeral 1° del Art. 590 del CGP, el cual expresa que: "*Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes*

afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella".
Se requiere entonces, previa inscripción de la demanda o de la pretensión de reclamación de perjuicios a través del incidente de reparación integral de perjuicios.

En fin, como lo expresa el inciso 3° del Literal b, Art. 590 del CGP: "*El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad*".

El incidente de reparación integral es un trámite donde se persigue el pago de perjuicios provenientes de la responsabilidad civil extracontractual.

Además, por disposición expresa del inciso 2° del Art. 146 de la Ley 769 de 2002 o Código Nacional de Tránsito Terrestre, en los procesos que versen sobre indemnización de perjuicios causados por accidentes de tránsito, una vez dictada la sentencia de primera instancia, sin importar que ésta sea apelada o no, el juez decretará el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, siempre y cuando el solicitante preste caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida puedan causarse. Esta medida se rige por las normas pertinentes el Código de Procedimiento Civil y, cuando entre en vigencia, por las normas del Código General del Proceso.

El inciso 2° del Art. 146 del CNT fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-039 de enero 27 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. La disposición, según la Corte Constitucional, modificó implícitamente la posibilidad de medidas cautelares preventivas desde la admisión de la demanda en procesos civiles cuando se trate de hechos de tránsito, de tal forma que ahora solo es posible el embargo y secuestro del vehículo automotor una vez se dicte sentencia de condena de primera instancia. Es decir, se sigue la regla general de los procesos declarativos, ya comentada.

En efecto, explicó la Corte en la sentencia C-039 de 2004 que el legislador ha optado en esta materia por establecer para los procesos en los que se demande indemnización por daños causados en accidente de tránsito, una previsión que en sus rasgos esenciales es asimilable a la que rige para la generalidad de los procesos ordinarios de responsabilidad contractual y extracontractual. "*Si bien, en el pasado, la ley había*

establecido un régimen excepcional, nada se opone a que el legislador decida atenuarlo o suprimirlo. Puede argumentarse que el régimen anterior ofrecía mayores garantías a los perjudicados y era más equilibrado en la ponderación de los derechos de éstos frente a los del propietario del vehículo, pero aún si se compartiese esa tesis, cuya calificación no corresponde a la Corte, de ello no se desprende que la incorporación de ese nivel de protección cautelar constituya un imperativo constitucional cuya modificación conduzca a la inexequibilidad de la norma demandada".

17. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

17.1 Cuestiones Generales sobre Restablecimiento del Derecho

En 1986 el profesor Jaime Bernal Cuéllar, en el marco de las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, decía: "*Hagamos un alto en el camino, no continuemos desarrollando el derecho penal en la creencia que cumple su función absolviendo o condenando a las personas; busquemos algo más: dignificar al sujeto pasivo del delito, es decir, al perjudicado, a través de la institución conocida como el restablecimiento del Derecho*"[541].

Desde esa época y desde mucho antes se barruntaba entonces la importancia del restablecimiento del derecho y en general de la protección de las garantías fundamentales de las víctimas en el proceso penal.

Con la reforma constitucional se estableció en el Art. 250.6 de la Carta Fundamental que la Fiscalía podrá: "*Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito*"[542].

Norma sobre la cual la Corte Constitucional en sentencia C-873 de 30 septiembre de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expreso que: "*El numeral 6 del artículo 250 reformado, también constituye una modificación importante del texto original de este artículo, puesto que corresponde al* ***juez de conocimiento*** *de cada proceso adoptar las medidas judiciales necesarias para asistir a las víctimas del delito,* ***disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados, a solicitud de la Fiscalía.*** *El texto original adoptado por el Constituyente de 1991 asignaba a la*

541 Jaime Bernal Cuéllar. Garantías procesales. Ponencia en las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Revista Derecho Penal y Criminología, N° 30, Universidad Externado de Colombia, 1986

542 Sobre el tema puede consultarse la importante obra de Antonio Luis González Navarro, La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio. Editorial Leyer, Bogotá. 2009, pp. 169-211

Fiscalía la función de adoptar directamente las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito".

La figura del restablecimiento del derecho ha sido norma rectora consagrada en los diferentes títulos preliminares de los Código Procesales Penales: Artículo 14 Decreto 2700 de 1991, Artículo 21 Ley 600 de 2000 y Artículo 22 Ley 906 de 2004.

Esta norma se debe interpretar de manera sistemática con las disposiciones especiales que están llamadas a incidir e influenciar para que brinden total coherencia[543], como por ejemplo el Art. 114-12 de la Ley 906 de 2004 que faculta a la Fiscalía General de la Nación para:

> "Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, el restablecimiento del derecho, y la reparación integral de los efectos del injusto".

Con el instituto del restablecimiento del derecho se pretende el resarcimiento de daños a la víctima, que las cosas vuelvan al estado anterior del delito y que se restauren los derechos quebrantados.

Las acciones previas o tendientes al restablecimiento del derecho no pueden considerarse como una especie de carta blanca que habilite al funcionario judicial para adoptar medidas arbitrarias, inconsultas y sin respaldo legal, como advirtió la Sala Penal de la Corte en sentencia de 15 febrero de 2012, Rad. 36.607, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Con respecto a la adopción en providencia que tenga los mismos efectos de la sentencia, se dijo por la Corte Constitucional en la sentencia C-060 de 30 enero de 2008[544]:

> "Se desprende de lo analizado en páginas precedentes que si bien resulta razonable que sólo al final del proceso se adopte una decisión definitiva sobre la cancelación de los títulos apócrifos, el hecho de que ello sólo pueda ocurrir dentro de la sentencia condenatoria, tal como lo exige el inciso 2° del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, puede sin duda llegar a excluir el acceso de las víctimas a la administración de justicia, pues al terminar el proceso penal de diferente

543 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz; Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería

544 Magistrado ponente, Nilson Pinilla Pinilla

manera, quedaría extinguido para ellas y concretamente para el legítimo titular, el poder dispositivo sobre los bienes a que tales títulos se refieren. Se quebranta así la garantía de acudir a un debido proceso que la Constitución Política reconoce y se crea un obstáculo para el cumplimiento de algunas de las obligaciones que el texto superior le impone a la Fiscalía General de la Nación para que vele eficientemente, como le es indefectible hacerlo, por los intereses de las víctimas y contribuya a proteger y restablecer sus derechos".

Por lo anterior, concluye la Corte que la palabra "condenatoria" resulta entonces contraria al contenido de varias normas constitucionales, como los artículos 29 (debido proceso), 229 (acceso a la administración de justicia) y 250 (funciones de la Fiscalía General de la Nación), por lo cual debe entonces declararse su inexequibilidad.

En lo que atañe a la expresión "En la sentencia", que también hace parte del segmento normativo acusado, la Corte acoge parcialmente el planteamiento del demandante y los coadyuvantes, así como el de los impugnadores. Ello por cuanto, si bien se entiende que sólo al término del proceso penal puede existir certeza suficiente para justificar la definitiva cancelación de los títulos fraudulentamente obtenidos, no es menos cierto que dicha certeza bien puede haberse generado como resultado del debate probatorio surtido durante el proceso, aun cuando éste haya concluido, bien mediante sentencia absolutoria, bien por efecto de alguna otra decisión de las que supone la imposibilidad de continuarlo, como aquellas que implican la extinción de la acción penal, y todas las demás a que la Corte tuvo oportunidad de referirse páginas atrás.

En desarrollo del principio de conservación del derecho, ello conduce entonces a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "En la sentencia", bajo el entendido de que igualmente procederá la orden de cancelación definitiva de los títulos apócrifos cuando quiera que se dicte otra providencia que ponga fin al proceso penal.

En todo caso y para plena claridad, la Corte Constitucional advierte que en cualquier evento en que, de acuerdo con lo expuesto, la cancelación de los títulos apócrifos deba ordenarse en un contexto diferente al de la sentencia de fondo, dicha decisión sólo podrá tomarse en la medida en que, habiéndose permitido el pleno ejercicio del derecho de defensa y contradicción de quienes resultaren afectados por la cancelación, su derecho haya sido legalmente desvirtuado, lo que ocurre precisamente al alcanzarse el "convencimiento más allá de toda duda razonable" sobre el carácter fraudulento de dichos títulos, requisito cuyo rigor obviamente se mantiene, así no se logre la identificación, vinculación y condena de la o las personas penalmente responsables".

En la sentencia C-775 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería, que declaró exequible el artículo 21 de la Ley 600 de 2000 cuyo contenido fue reproducido por el canon 22 de la Ley 906 de 2004, se advierte:

> "Por otro lado, tampoco es cierto que los funcionarios judiciales puedan adoptar cualquier clase de medida para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, o para que las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible, puesto que ellos sólo podrán tomar las medidas que estimen necesarias conforme a la ley, habida consideración del caso concreto, lo cual debe decidirlo el juez en cada evento, previo cumplimiento del procedimiento que la misma ley establece.
>
> Estas medidas tienen como fin hacer efectiva la "*justicia reparadora*", que de acuerdo con la presentación que realizan los ius filósofos Norberto Bobbio y Nicola Matteucci[545] del pensamiento aristotélico sobre la justicia, está relacionada, a diferencia de la distributiva, de una manera más específica con situaciones en que una persona ha sufrido una ofensa de otra persona y exige, por lo tanto, una reparación. Las normas de la justicia reparadora se subdividen, además, en normas de justicia compensativa y normas de justicia correctiva. Las primeras se refieren a transacciones privadas y voluntarias y tienen por objeto restablecer un equilibrio perturbado, mediante la compensación de la parte ofendida; la segunda inflige el castigo al culpable[546].
>
> Las medidas que puede adoptar la autoridad judicial de acuerdo con la norma acusada se ubican dentro del marco de la justicia reparadora. Ellas buscan corregir los perjuicios ocasionados con el delito. Así, el Código de Procedimiento Penal prevé las medidas de aseguramiento que recaen sobre la persona, como la detención preventiva (C. de P.P., artículos 355 y ss.), con el lleno de los requisitos fijados por el Legislador en desarrollo del artículo 28 de la Constitución. Igualmente, el mismo Código contempla las medidas sobre los bienes, como el embargo y secuestro, la restitución de los objetos o las autorizaciones especiales (artículos 60 a 64 C. de P.P.).
>
> En consecuencia, la objeción de inconstitucionalidad que formula el actor parte de una interpretación errada de la norma acusada, porque como lo indica el Procurador General de la Nación, el cargo se fundamenta en la interpretación aislada de la disposición acusada y sin consideración a su carácter de norma rectora, cuya aplicación se materializa a través de diversos mecanismos que el legislador ha previsto en las normas posteriores del ordenamiento procesal penal —sin perjuicio

545 Diccionario de Política. México, Siglo Veintiuno Editores, 1985, p. 875.

546 Cfr. Aristóteles. Ética Nicomáquea, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1985, pp. 236 y ss.

de la aplicación de otros ordenamientos que sean pertinentes—, no pudiendo por ello afirmarse, como lo hace el actor, que en virtud de la disposición impugnada los funcionarios judiciales puedan tomar cualquier clase de medida, dado que una interpretación sistemática de la norma acusada conduce a la inequívoca conclusión de que el funcionario debe adoptar las medidas que estime necesarias dentro de las opciones que el mismo Legislador ha definido en el ámbito de las normas penales, y llegado el caso, dentro del ordenamiento jurídico vigente, que de manera general comprende conjuntos normativos de diversas especialidades.

8.2. El otro cargo aducido por el actor reside en que la norma acusada faculta al funcionario judicial para tomar esas medidas sin que previamente se haya establecido la responsabilidad de la persona, con lo que se estaría desconociendo el principio de la presunción de inocencia.

Para la Corte este cargo está llamado a correr la misma suerte del anterior. En primer lugar, porque la misma Constitución autoriza que se adopten medidas de aseguramiento y cautelares antes de la definición de la responsabilidad del presunto infractor de la ley penal (Cons. Pol. Art. 28 y 250 – 1º).

En segundo lugar, porque la adopción de ese tipo de medidas no implica desde ningún punto de vista la determinación prematura de la responsabilidad penal de la persona, como ya se dijo, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación; siendo por ende tales medidas plenamente compatibles con el principio de la presunción de inocencia, el cual sólo se puede desvirtuar con la sentencia definitiva dictada por el juez competente una vez cuente con los elementos de juicios necesarios y pertinentes para arribar a esa conclusión.

Por consiguiente, dichas medidas, que deben ser las necesarias, lo que excluye a las que no lo sean, tienen como fin el restablecimiento y reparación del derecho.

En síntesis, el poder del funcionario judicial no se restringe a la legislación penal, pues bien puede acudir, cuando sea necesario, a otras normas del orden jurídico, por ejemplo de naturaleza civil, respetando cada uno de esos ordenes jurídicos parciales, y adoptando al efecto las medidas necesarias al restablecimiento y reparación del derecho, siempre que se inscriban en el amplio universo de todo el ordenamiento jurídico, en el cual, la legislación penal es apenas una de sus partes integrantes.

Por las anteriores razones la Corte declarará la constitucionalidad de la misma, pero por los cargos estudiados".

Es que "*no se desconoce, de igual manera la esencia toral del principio del restablecimiento del derecho, que irradia la tramitación penal*" y el concepto de tópica jurídica impone que "*nadie puede lucrarse del delito o, en otros términos, el fraude no puede ser fuente de enriquecimiento*"[547]. Esa tópica de que el delito no genera derechos, tiene un efecto marcadamente civil, "*que en lo sustancial busca proteger al titular legítimo de los bienes y en lo procesal da plena legitimidad a la medida restitutoria por naturaleza —tratándose de inmuebles—, de la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente, sin importar en cabeza de quien se encuentren ellos para el momento en el cual se haga operativa la medida*"[548].

Las medidas de restablecimiento del derecho se adoptan sin perjuicio de la investigación penal que se adelante o pueda llegarse a adelantar en contra de otros posibles partícipes del reato, pues el restablecimiento del derecho es "*independiente de la responsabilidad penal*"[549].

Ahora bien, cuando se decreta la prescripción de la acción penal, las medidas de restablecimiento del derecho siguen siendo preferentes en favor de las víctimas, pues la prescripción es una sanción por la morosidad del Estado que no impide el deber de que las cosas vuelvan a su estado anterior y que se cumpla el brocárdico de que el delito no es fuente de enriquecimiento indebido, ilícito o injusto.

La Sala Penal de la Corte en auto con Rad. 31.466 de 31 marzo de 2009, M.P. Alfredo Gómez Quintero, explicó que si al aparato oficial se le sanciona con la pérdida del *ius puniendi*, no puede cargársele al sujeto pasivo una consecuencia funesta, desventajosa y negativa como la de impedirle el restablecimiento del derecho y mucho menos cerrándole el paso a una reparación por fuera del proceso penal con la declaratoria de prescripción de la acción penal; y menos en contra de una víctima que creyó en las instancias judiciales penales para sacar avante su derecho a la verdad, a la justicia y específicamente a la reparación.

Así también se procede en casos de prescripción de las acciones penal y civil para que el Juez ordene la cancelación definitiva de los registros obtenidos fraudulentamente, como se explicó por la Sala Penal de la Corte en sentencia de 10 de junio de 2009, radicación 22.881, M.P. Alfredo Gómez Quintero, al decir, que "*En virtud del restablecimiento del derecho, no obstante la declaración de prescripción de las acciones*

547 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 28.725 de 29 julio de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

548 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

549 Ley 906 de 2004 Art. 22 y Sentencia de la Corte Constitucional C-060 de 2008.

penal y civil, y desde la perspectiva de los fines del Estado de procurar la "vigencia de un orden justo y la preservación del derecho de propiedad privada" (Artículos 1, 2 y 58 modificado por el A.L. núm. 01 de 1999 de la Constitución Política), la Sala no elude el compromiso de restituir los bienes a su legítimo dueño o poseedor pacífico, salvo que otro acredite mejor derecho"[550].

Tesis reiterada en auto de revisión con radicación N° 30.983 de 31 julio de 2009, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, donde se insistió en que la declaratoria de prescripción en nada puede incidir frente a la cancelación de un registro obtenido en forma fraudulenta (Art. 66 Ley 600/00), en aras de garantizar el restablecimiento del derecho como principio inmanente del proceso penal.

Es que, "*nada se opone a que pese a la declaración de prescripción de la acción penal, las medidas de restablecimiento del derecho que hayan sido adoptadas en el curso del proceso conserven su vigencia con carácter definitivo, pues es nítido que la consolidación de dicho fenómeno jurídico únicamente constituye una sanción para el Estado derivada de la incapacidad de adoptar una decisión definitiva antes del vencimiento del término prescriptivo y jamás, una declaración de inocencia que impida adoptar todos aquellos mecanismos para lograr que en la medida de lo posible, vuelva al estado en que estaba antes de que se cometiera la conducta punible*"[551].

Es claro entonces, según constante jurisprudencia[552], que ninguna prohibición constitucional o legal impide adoptar en cualquier momento de la actuación, a favor de la víctima de la infracción penal, las medidas de restablecimiento de los derechos patrimoniales conculcados, cuando quiera que los elementos objetivos del tipo penal estén demostrados, ya que es un deber del juez velar porque el disfrute o disposición de los bienes tenga causa lícita y repose en su legítimo propietario o poseedor. Cuando el restablecimiento del derecho es provisional, corresponderá su adopción al Juez de Control de Garantías; mientras que si se trata de un restablecimiento del derecho en forma definitiva entonces la competencia radicará en el juez de conocimiento[553].

Cuando haya sentencia penal absolutoria o auto de preclusión, entre otras causales, hay lugar al levantamiento de los medidas cautelares.

---

550 Magistrado ponente, Alfredo Gómez Quintero.

551 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de acción de revisión Rad. 34.375 de 6 julio de 2011, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

552 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de acción de revisión Rad. 34.375 de 6 julio de 2011, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

553 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 28 noviembre de 2012, Rad. 40.246, M.P. José Luis Barceló Camacho.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	
Art. 250-6 Constitución	"Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer ***el restablecimiento del derecho*** y la reparación integral a los afectados con el delito"
Art. 22 CPP	"Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo ***que se restablezcan los derechos quebrantados***, independientemente de la responsabilidad penal"
Art. 114-12 CPP	"Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el ***restablecimiento del derecho*** y la reparación integral de los efectos del injusto"

17.2 Restablecimiento del Derecho Provisional o Definitivo y Competencia Judicial

En tema de restablecimiento del derecho podemos decir lo siguiente, siguiendo además lo expuesto en el auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 28 noviembre de 2012, Radicado 40.246, M.P. José Luis Barceló Camacho, por medio del cual define competencia:

- **Primero**, la medida de restablecimiento del derecho puede ser personal, si recae sobre las personas, o real, si la medida afecta bienes.
- **Segundo**, el principio rector orientado al restablecimiento del derecho es intemporal dentro del proceso penal y no está supeditado a la declaratoria de responsabilidad penal. Es una garantía intemporal que dimana directamente de la Constitución Política y de la cual no puede sustraerse el juez no obstante la prescripción de la acción penal[554].
- **Tercero**, el denominado "*pleno restablecimiento del derecho*" no necesariamente se debe reconocer en la sentencia sino en cualquier momento de la actuación en que aparezca acreditado en que obre, como ahora se señala en el artículo 101 de la Ley 906 de 2004, un "*convencimiento más allá de toda duda razonable*" sobre la materialidad de la conducta o en cuanto al tipo objetivo.

554 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 10 de junio de 2009, Rad. 22.881, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

- **Cuarto**, en el decurso procesal se debe procurar por el pronto y efectivo resarcimiento a fin de evitar "*la continuación y/o la consumación de situaciones irregulares, así como la de los perjuicios que ellas injustamente causan*" (Sentencia C-060 de 30 enero 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

- **Quinto**, el restablecimiento del derecho puede ser entonces pleno o provisional o definitivo, "*dependiendo de su contenido, es decir, si tienen por objeto irradiar un manto de protección frente a un posible daño derivado de la comisión de una conducta punible, cuya índole es cautelar o meramente preventivo, o si apuntan a adoptar medidas definitivas tendientes a retornar las cosas a su estado original o predelictual, evento en el cual se exige un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de la infracción o del tipo objetivo*" (Auto Sala Casación Penal, Rad. 40.246 de 28 noviembre de 2012);

- **Sexto**, el restablecimiento del derecho provisional demanda la adopción de medidas inmediatas que no se pueden posponer hasta cuando se profiera alguna determinación con carácter definitivo en el proceso.

Ahora bien, cuando tales medidas son de carácter provisional, independientemente de si son personales o reales, tales como por ejemplo, la imposición de medida de aseguramiento sobre las personas; suspensión del poder dispositivo sobre bienes (Arts. 83 y 85 del CPP); suspensión de personerías jurídicas o cierres temporales de locales o establecimientos abiertos al público (Art. 91 *ibídem*); medidas cautelares sobre bienes (Arts. 92 a 101 *ejusdem*) y suspensión de registros obtenidos fraudulentamente (Art. 101 *ib.*), la competencia es del Juez de Control de Garantías.

Pero cuando el restablecimiento del derecho es decisión definitiva o restablecimiento pleno, se debe adoptar entonces por el Juez de Conocimiento en la sentencia o en la providencia que tenga los mismo efectos (que dirima el fondo del conflicto y haga tránsito a cosa juzgada como lo es, por ejemplo, la preclusión), "*por ser allí donde se concretan de manera concluyente los derechos que deben ser resarcidos a la víctima*"[555]; la medida procede a solicitud del fiscal o bien a petición de las víctimas[556], de conformidad con el Art. 134 de la Ley 906 de 2004, según el cual:

> "Art. 134.- **Medidas de atención y protección a las víctimas**.- Las víctimas, en garantía de su seguridad y el respeto a su intimidad, podrán por conducto del

555 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz

556 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 14 diciembre de 2011, Rad. 35.980, M.P. Javier Zapata Ortiz y Auto de 28 noviembre de 2012, Rad. 40.246, M.P. José Luis Barceló Camacho

fiscal solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección.

Igual solicitud podrán formular las víctimas, por sí mismas o por medio de su abogado, durante el juicio oral y el incidente de reparación integral"

Recordemos, finalmente, que la competencia del Juez es independiente de la fase procesal en que se encuentre la actuación, pues ni la "*fase preprocesal es de competencia exclusiva de los jueces de control de garantías, ni tampoco la del juicio oral es privativa de los jueces de conocimiento*"[557].

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y COMPETENCIA JUDICIAL	
Restablecimiento provisional	**Restablecimiento definitivo o pleno**
La competencia corresponde al Juez de Control de Garantías, no interesa la fase procesal en que se encuentre	La competencia corresponde al Juez de Conocimiento, no interesa la fase procesal en que se encuentre

18. LA RESTITUTIO IN PRISTINUM O LA RESTITUTIO IN INTEGRUM

La *restitutio in pristinum* es devolver a su estado inicial las cosas o simplemente la restauración del *statu quo ante*. También denominada apocatástasis del griego apokatastasis; en latín *restitutio in pristinum statum*, que es restauración a la condición original[558].

La *restitutio in integrum* es la restitución por entero o completa o simplemente devolver la cosa o situación en su estado anterior. "*Es la medida jurídica consistente en la cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o negocio jurídico, restableciendo la cosa o situación en su estado anterior, como si tal hecho o negocio jurídico no se hubiera realizado*"[559]. También puede entenderse como reparación integral del daño

Es muy común en la praxis judicial esta situación:

Le hurtan a MARIA algunas de sus joyas preciosas.

---

557 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 4 febrero de 2009, Rad. 30.363, M.P. María del Rosario González de Lemos.

558 http://ec.aciprensa.com/wiki/Apocat%C3%A1stasis.

559 http://www.drleyes.com/page/diccionario_maximas/significado/R/1008/RESTITUTIO-IN-INTEGRUM.

En la pesquisa se logra demostrar que las mismas se negociaron en una "*casa de empeños*" (compraventa con pacto de retroventa) de propiedad de PEDRO.

La policía recupera las joyas.

Se presentan a reclamar las joyas tanto MARIA, en su carácter de víctima, como PEDRO, en su calidad de propietario de la "*casa de empeños*" y como tercero incidental.

Se pregunta entonces, ¿A quién se le deben entregar las joyas recuperadas?

La respuesta correcta es que las joyas se deben restituir a su propietaria MARIA. El ciudadano PEDRO tiene las acciones civiles correspondientes, tal como el saneamiento por evicción en contra de aquellos que le vendieron las joyas, y puede constituirse como víctima en el proceso contra aquellos que lo estafaron, si se presentó este delito.

Expresa el canon 1893 del Código Civil:

> Art. 1893.- **Obligación de saneamiento**. La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

Es decir, el tercero no se encuentra desamparado ni sus derechos son desatendidos, "*pues en la mayoría de los casos, quedará latente la posibilidad de que por los procedimientos legales pertinentes, obtenga la indemnización del daño causado*"; en todo caso, el tercero siempre tendrá la posibilidad de demostrar un mejor derecho que el de la víctima; por ejemplo, probando que el bien que adquirió no proviene del delito, o que el bien fue adquirido antes de la ejecución del ilícito, o que quien se reputa víctima en realidad no lo es, o que a pesar del origen espurio del mueble o inmueble, existen algunos derechos accesorios que deben serle reconocidos, etc.[560].

En todo caso la Fiscalía tiene el deber de seguir con la investigación penal en procura de hallar a los presuntos responsables de los delitos, así se adveró por la Sala Penal de la Corte en sentencia de tutela T-59.556 de 26 abril de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

---

[560] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Desde la sentencia de constitucionalidad de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 3 diciembre de 1987[561], se dijo:

> "pues además de ser consustancial a su misión la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual, (*restitutio in pristinum*) la adquisición de ellos aún por un tercero de buena fe, no es lícita en razón del hecho punible que afecta la causa de su derecho y que el juez penal debe declarar de oficio para restablecer el derecho de la víctima.
>
> "Se trata de una forma de resarcimiento del daño que tiende a restablecer el quebranto que experimenta la víctima del hecho punible mediante la restitución originaria de los bienes objeto material del delito. Pero la orden del juez penal y su ejecución no agotan el deber indemnizatorio del procesado de quien puede exigirse el pleno resarcimiento del daño en el proceso penal mediante la constitución de parte civil, o en proceso civil una vez decidida la responsabilidad penal".

La Corte Constitucional en sentencia C-245 de 24 junio de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz, se pronunció sobre la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente consagrado en el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), para lo cual explicó que "*El delito por sí mismo no puede ser fuente de derechos, y la Constitución no autoriza romper el principio de la proscripción de la causa ilícita de los mismos; por tanto, la ley no puede patrocinar la protección de aquellos títulos, ni la de los registros de aquellos en contra de los derechos del titular, mucho menos cuando se adelanta la actuación de los funcionarios judiciales encargados de poner en movimiento las competencias punitivas del Estado*".

Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia SU-478 de 25 septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expresó que "*no se trata solamente de señalar ese principio del derecho que aboga por volver al estado predelictual, "restitutio in pristinum", sino de compaginarlo con otro principio del debido proceso: la unidad de jurisdicción. Corolario de la necesidad de manejar el ordenamiento jurídico en su conjunto*". En esta tutela de unificación se ordena suspender un proceso ejecutivo civil mientras la Justicia Penal decide definitivamente sobre la legitimidad de los títulos. Se dijo: "*dándose la orden de la siguiente forma: se anula todo lo actuado a partir del auto del 6 de diciembre de 1994 del Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, inclusive, que negó la suspensión, para que el Juez 29 Civil del Circuito, teniendo en cuenta la existencia del proceso penal a que se ha hecho referencia, proceda*

[561] Citada por la Corte Constitucional en Sentencia C-245 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y en Sentencia SU-478 de 25 septiembre de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

a suspender el juicio civil mientras en definitiva se resuelve el proceso penal, teniendo siempre en cuenta consideraciones hechas en el presente fallo".

En sentencia T-029 de 6 febrero de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional explicó (i) que la investigación penal que adelanta la Fiscalía General de la Nación no sólo es argumentativa sino, en lo posible, debe procurar restablecer los derechos quebrantados a la víctima, pues los efectos de un acto ilícito no puede persistir en el tiempo hasta cuando el juez dicte la respectiva sentencia; aclarándose que "*la adopción de medidas de protección tendientes a restablecer el derecho de las víctimas tiene como único fin evitar que el ilícito continúe causando efectos nocivos, dañosos o lesivos; pero en manera alguna busca otorgar a los perjudicados de un hecho punible un mejor derecho del que tenían o poseían originalmente*", y (ii) que los fiscales están facultados, dentro de la investigación penal, para ordenar la revocación de una resolución administrativa expedida por cualquier medio fraudulento que induzca a error al servidor público.

Es decir, hay que restituir las cosas a su estado pre delictual y una de las formas es devolver los bienes a su legítimo tenedor, poseedor o propietario, esto es, a la víctima del delito.

También la Sala Penal de la Corte se ha pronunciado en similar sentido en las siguientes providencias:

1. Sentencia 25 marzo de 1980, M.P. Fabio Calderón Botero, donde se ordenó la cancelación de registro de escrituras públicas falsas utilizadas como medio para la comisión de delitos.

2. Sentencia de 12 junio de 1990, Rad. 3.475, M.P. Edgar Saavedra Rojas, donde se plantea que no es el Juez Civil el único que puede ordenar la cancelación de escrituras públicas y su registro, pues también lo debe hacer el Juez Penal a quien "*se extiende la competencia para decidir cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por lo tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen*", como lo había predicado la Corte en anterior oportunidad.

En auto de 30 agosto de 2004, Rad. 22.006, M.P. Marina Pulido de Barón, la Sala Penal de la Corte reiteró que la cancelación de registros fraudulentos es provisional y que "*en caso de que se provea sentencia absolutoria, o una decisión interlocutoria que haga tránsito a cosa juzgada en el mismo sentido, o que ponga fin al proceso, la medida debe ser levantada, porque en ese instante nada justifica el mantenimiento de la medida provisional*".

En todo caso y en situaciones de este jaez, "*los derechos del tercero incidental no pueden privilegiarse sobre los derechos de las víctimas*"[562], y, se reitera, el delito no puede ser fuente válida de derechos[563].

Que los derechos de la víctima prevalecen sobre los derechos del tercero adquirente de buena fe, lo reiteró la Sala Penal de la Corte en sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, donde se recuerdan los fallos de casación de 30 de mayo de 2011, Rad. 35.675 y de 16 de enero de 2012, Rad. 35.438, que tratan sobre el mismo tema. Se aclaró en dicha providencia que los derechos de la víctima se privilegian, no porque el tercero haya adquirido de buena o de mala fe, sino en atención a que constitucional y legalmente guarda ese derecho.

La tensión entre los derechos de la víctima y el tercero incidental se resuelve en favor de la primera (la víctima), precisamente por la garantía del restablecimiento del derecho que se erige a su favor. Es que "*en este enfrentamiento correlativo de derechos, de manera constante la Corte ha sido del criterio que al ponderarlos se han de preferir los intereses de la víctima sobre los del tercero incidental pues a más que claramente, en modo alguno, el delito que por naturaleza, entraña una causa ilícita, puede servir de fuente lícita de derechos, es forzoso dar alcance a los principios de verdad, justicia y reparación*"[564].

La doctrina especializada también se ha pronunciado en sentido similar, así:

> "Respecto a los derechos de terceros de buena fe, se debe proteger al propietario original, toda vez que las cosas deben volver al estado pre delictual advirtiéndose que el tercero adquirente podrá iniciar acción ordinaria por la vía civil correspondiente a la indemnización de perjuicios por el delito de estafa y sin perjuicio al legítimo y original propietario" [565].

Ahora bien, cuando se trata de bienes sujetos a registro (inmuebles, vehículos automotores, aeronaves, etc.) y la víctima encuentra que con documentos falsificados han vendido sus bienes, entonces para evitar ventas sucesivas sobre el inmueble se puede acudir a la figura de la suspensión del poder dispositivo ante el Juez de Control de Garantías (Art. 101 CPP).

---

562 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.675 de 30 mayo de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

563 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela Rad. T-59.556 de 26 abril de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

564 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 34.928 de 17 de noviembre de 2010, Sentencia Rad. 35.675 de 30 de mayo de 2011 y Sentencia Rad. 35.438 de 16 enero de 2012, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

565 Patricia Jacqueline Feria Bello y Otro, ob. cit., p. 66.

En efecto,

> "que al señor MAAB, como propietario original del bien, a quien le falsificaron las firmas y quien formuló la denuncia penal que dio lugar al proceso penal por estafa, le asistía mejor derecho que a los demás presuntos compradores de buena fe […] la decisión de entregar el inmueble a quien acreditó ser su legítimo propietario tiene un carácter provisional, y sólo será definitiva, cuando se profiera sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, por cuyo medio se declare la responsabilidad penal del procesado y se dé aplicación a lo establecido en el inciso 2º del artículo 101 del Código de Procedimiento Penal"[566].

Ahora bien, la declaración de prescripción "*no constituye impedimento para que el operador judicial entre a resolver sobre el restablecimiento del derecho a favor de las víctimas dentro del proceso penal*", explicó la Corte en Sala Penal en sentencia de tutela T-59.412 de 22 marzo de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho; en dicha providencia se agregó que tampoco puede aducirse como razón válida para no abordar el fondo de la pretensión dirigida a obtener la cancelación de registros como medida de restablecimiento del derecho, el hecho de no haberse proferido sentencia de carácter condenatorio, toda vez que un pronunciamiento sobre el particular apenas supone predicar con algún grado de probabilidad que la correspondiente acción típica fue el medio para obtener el título fraudulento.

Como se ve, es tesis consolidada que los derechos de la víctima prevalecen sobre los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, salvo que el tercero demuestre un mejor derecho. Esa es la jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia que tiene fuerza obligacional para los jueces y magistrados, siempre y cuando se cumplan las pautas que para el efecto han diseñado la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[567].

En la sentencia penal condenatoria el Juez está obligado a decretar de oficio las medidas restitutorias de los derechos de las víctimas porque las mismas son de orden público[568].

---

566 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de Tutela. Rad. 55.046 de 9 agosto de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

567 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de única instancia del 1° de agosto de 2011, Rad. 29.877 y sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

568 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

B. SALIDAS ALTERNAS

1. CONCILIACIÓN PREPROCESAL EN DELITOS QUERELLABLES

Algunos delitos exigen como condición de procedibilidad de la acción penal el trámite de la conciliación, de conformidad con el canon 522 de la Ley 906 de 2004.

Expresa el canon 522 de la Ley 906 de 2004 (SAP):

> Artículo 522.- **La conciliación en los delitos querellables**.- La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal[569].
>
> En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación[570].
>
> Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.
>
> La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.
>
> En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.
>
> La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

---

569 El inciso primero del Art. 522 CPP fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 de 9 junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

570 El inciso segundo del Art. 522 CPP fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-591 de 9 junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Los delitos querellables están enlistados en el canon 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 4° de la Ley 1142 de 2007, luego por el Art. 108 de la Ley 1453 de 2011 y finalmente por el Art. 2° de la Ley 1542 de 5 julio de 2012.

Con la Ley 1142 de 2007 salieron de las excepciones:

(i) cuando la captura sea en situación de flagrancia[571] y

(ii) los delitos en los que el sujeto pasivo sea un inimputable. La única excepción que se conserva ahora es cuando el sujeto pasivo sea un "*menor de edad*". En los demás casos, se debe presentar la querella, esto es, la manifestación de la intención expresa para que se investigue el delito o de perseguir penalmente al denunciado[572], lo que no requiere formalidad alguna pues es suficiente con la entrevista en tal sentido[573]; aunque la ausencia de la querella no impide a la Fiscalía adelantar la fase de indagación[574].

A través del artículo 2° de la Ley 1542 de 2012 se consagró: "*Suprímanse del numeral 2, del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011, las expresiones: violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); e inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233)*". Además el objeto de la Ley fue el de eliminar el carácter de querellable y de desistible de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal

Son delitos querellables aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad (Art. 74-1 CPP) y todos aquellos indicados expresamente en el numeral 2° del Art. 74 de la Ley 906 de 2004.

En todos esos delitos se requiere la conciliación pre procesal como uno de los mecanismos de justicia restaurativa[575] y como condición de procedibilidad de la acción penal (Art. 522 CPP). La querella es también condición de procesabilidad de la acción penal (Art. 70 CP)

---

571 Disposición que había sido declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-425 de 30 abril de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

572 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.480 de 14 diciembre de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

573 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia Rad. 32.422 de 10 marzo de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

574 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.445 de 23 septiembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.

575 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 26 septiembre 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En estas situaciones "*el ejercicio de la acción penal se activa una vez agotado el mecanismo pre procesal de la conciliación, bien sea porque el querellado no asistió, o las partes no llegaron a un acuerdo, o porque convinieron en el arreglo pero este no se cumplió. En tal caso, el instructor tiene la obligación de seguir adelante con la investigación y, si es del caso, acusar a los infractores de la ley penal*"[576].

Ahora bien:

> "Siguiendo criterios que conforme a la Ley 640 de 2001, se aplican a la conciliación en áreas jurídicas diferentes a la penal, se exige como requisito de procedibilidad el agotamiento de la conciliación. De manera que, conforme al nuevo sistema procesal penal, los delitos querellables demandan la instauración de la querella y el agotamiento de la conciliación para la iniciación de la acción penal. La conciliación se puede realizar ante el fiscal que corresponda, en un centro de conciliación, o ante un conciliador reconocido como tal"[577].

El acuerdo conciliatorio al que se llegue debe (i) ser *razonable*, vele decir, proporcional a la magnitud del daño causado con el delito y, por ende, *posible* de cumplir física y Jurídicamente[578]; (ii) ser *claro y preciso* respecto de las obligaciones de las partes y la forma en que debe materializarse y, (iii) *cumplirse* en el lapso convenido[579].

En delitos querellables el Juez de Control de Garantías debe constatar, primero, que la Fiscalía cuente con la querella instaurada por quien tiene legitimidad para hacerlo; y, segundo, que no haya ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción, pues en caso contrario deberá oponerse a la formulación de la imputación pues esos son hechos jurídicamente relevantes[580].

De la norma pre transcrita del 522 CPP se debe colegir:

(i) Si hay acuerdo y el mismo se cumple, entonces el Fiscal archiva la actuación de conformidad con el inciso 2° de la norma en comentario.

(ii) Si no hay acuerdo o el mismo se incumple, sigue vigente la acción penal.

---

576 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 9 septiembre de 2009, Rad. 32.196, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

577 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 28 septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

578 Art. 519-2 Ley 906/04.

579 Víctor Manuel Chaparro Borda, Justicia Restaurativa y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Módulo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2009, p. 214.

580 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 29.445 de 23 septiembre de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz.

(iii) Si el querellante injustificadamente no asiste a la audiencia de conciliación, entonces se entenderá como desistimiento de la querella y por tanto se debe archivar la actuación por el Fiscal del caso.

(iv) Si es el querellado quien injustificadamente no asiste a la audiencia, entonces se continuará con el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

(v) En caso de incapaces y de NNA, asistirá a la conciliación su representante legal. Según el apartado final del Art. 71 del Código de Procedimiento Penal, "*La intervención de un servidor público como representante de un menor incapaz, no impide que pueda conciliar o desistir. El juez tendrá especial cuidado de verificar que la causa de esta actuación o del acuerdo, se produzca en beneficio de la víctima para garantizar la reparación integral o la indemnización económica*".

ARTICULO 522 DE LA LEY 906 DE 2004
Si hay acuerdo y el mismo se cumple, entonces el Fiscal archiva la actuación de (Art. 522.2 CPP)
Si no hay acuerdo o el mismo se incumple, sigue vigente la acción penal
Si el querellante injustificadamente no asiste a la audiencia de conciliación, entonces se entenderá como desistimiento de la querella y por tanto se debe archivar la actuación por el Fiscal del caso
Si es el querellado quien injustificadamente no asiste a la audiencia, entonces se continuará con el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente
En caso de incapaces y de NNA, asistirá a la conciliación su representante legal quien tendrá capacidad para conciliar y desistir (Art. 71 CPP)

2. ACUERDO EN LA FASE PREPROCESAL PENAL QUE SE INCUMPLE POR PARTE DEL QUERELLADO

Es muy común que en la fase de conciliación pre procesal penal se llegue a un acuerdo y que el mismo no se cumpla efectivamente; en fin, se argumenta que esa conciliación es válida, en consecuencia, que se debe archivar la actuación, y que como el acta de conciliación presta mérito ejecutivo (Art. 488 CPC y Art. 422 CGP) entonces se puede ejecutar ante los jueces civiles; en otras situaciones se paga con cheque sin fondos suficientes y se alega que también es posible la ejecución o cobro mediante el ejercicio de la acción civil, etc.

La conciliación en la fase pre procesal se debe cumplir para extinguir la acción penal, es decir, que si se llega a un acuerdo pero el mismo efectivamente no se cumple,

entonces la Fiscalía debe continuar con el ejercicio de la acción penal precisamente ante el incumplimiento del penalmente denunciado.

En efecto,

> "Si uno de los mecanismos a través de los cuales opera esta figura, es la conciliación pre procesal, y las partes acuden a ese escenario con miras a lograr un acuerdo conciliatorio para superar el conflicto en el que se encuentran involucradas, surge incuestionable que si el querellado no cumple con lo pactado, no hay opción distinta a la de continuar con el ejercicio de la acción penal. Por tanto, no es posible admitir que en casos como el que ocupa la atención de la Sala, es suficiente que el victimario y la víctima acudan a la audiencia de conciliación y simplemente hagan manifiesta su voluntad de llegar a un arreglo, para considerar resuelto el conflicto y, por esa vía, obtener que la fiscalía proceda al archivo de las diligencias, tal como lo sugiere el libelista.
>
> "Con ese entendimiento no sólo se auspicia que los infractores de conductas querellables evadan su responsabilidad penal, suscribiendo un acuerdo que bien pueden no cumplir, en abierta contradicción con la filosofía del actual esquema procesal penal en punto de la posición privilegiada que otorga a las víctimas y, por esa vía, la satisfacción plena de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que traducen el derecho a conocer qué fue lo que realmente ocurrió, a que no haya impunidad y a obtener una reparación integral del daño causado"[581].

La Corte Constitucional mediante sentencia C-160 de 17 marzo 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, precisó que la conciliación es *"una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes"*.

Así las cosas, la conciliación es un acto complejo que requiere el acuerdo entre las partes y su efectivo cumplimiento.

> "En ese orden, es importante precisar que la conciliación, como mecanismo para la solución de conflictos, debe entenderse como un acto complejo, integrado por el acuerdo entre las partes y el efectivo cumplimiento de lo pactado, porque de otra forma, si se limita su ejercicio al cumplimiento de una formalidad, o si se entiende agotada con el simple acuerdo de voluntades y no se materializa lo convenido,

[581] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 9 septiembre de 2009, Rad. 32.196, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

la aspiración de la víctima a obtener la reparación del agravio ocasionado con la conducta punible, se torna inocua"[582].

El acuerdo conciliatorio extingue la acción penal bajo la condición que el mismo se materialice pues de lo contrario no existirá restauración dado que ésta demanda la satisfacción de la víctima y esto desaparece si el victimario adopta un comportamiento evasivo o de incumplimiento que niega la reparación[583]; además, la justicia restaurativa no es justicia formal, es la solución material del conflicto, lo cual significa "*que de no cumplirse el acuerdo en el término pactado, ha fracasado el programa alternativo de justicia restaurativa y, por consiguiente, el asunto deber ser ventilado ante la autoridad judicial con sujeción a las reglas del procedimiento penal, con la precisión de que el incumplimiento del acuerdo no tiene ninguna consecuencia jurídica frente al proceso*"[584].

Ahora bien, "*conforme a lo previsto en el art. 21 de la L. 640/01, y por principio de integración[585]; si la solicitud de conciliación se hace en forma extrajudicial y antes de presentarse la querella, se suspende la caducidad de ésta hasta por tres meses —el término de caducidad es de 6 meses—*[586]"[587].

3. CONCILIACIÓN Y PAGO DURANTE EL PROCESO PENAL

La conciliación efectivamente cumplida durante el proceso penal, esto es, cuando ya se ha presentado imputación de cargos, tendrá consecuencias jurídicas importantes, pues si el delito es de los denominados querellables entonces la acción penal no podrá proseguirse, en cuyo caso, como ya se presentó la imputación, se debe acudir ante el Juez de Conocimiento para impetrar preclusión de la acción penal (Art. 332-1 CPP).

La conciliación efectivamente cumplida es una de las formas de extinción de la acción penal pero para aquellos delitos que admitan esta forma de extinción (Arts. 77, 78 y 80 CPP y Art. 82-9 CP).
Pero si el delito es de oficio, y no admite terminación a través de la conciliación, entonces los efectos no se reflejarán en la acción penal, que continúa, sino que extingue es la acción civil que también genera el delito.

582 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 9 septiembre de 2009, Rad. 32.196, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
583 Víctor Manuel Chaparro Borda, ob. cit., p. 215.
584 Víctor Manuel Chaparro Borda, ob. cit., p. 215.
585 Art. 25 y 522-6 Ley 906/04.
586 Art. 73 de la Ley 906/04.
587 Víctor Manuel Chaparro Borda, ob. cit., p. 216.

4. REBAJA DE PENA DEL ARTICULO 269 CODIGO PENAL EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

Expresa el canon 269 del Código Penal:

> Artículo 269.- **Reparación.** El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, *si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia*[588], el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

El canon 269 del Código Penal limita la oportunidad procesal para que la reparación tenga efectos en la detracción punitiva en delitos contra el patrimonio económico, ya que se debe reparar antes de dictarse la sentencia de primera o bien antes de dictarse la sentencia de única instancia.

Esos límites procesales fueron avalados por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1116 de 2003. Así que si se presenta la indemnización luego de dictarse la sentencia de primera o de única instancia, no se tendrá derecho a la rebaja de pena por este aspecto[589].

Dos son los presupuestos que exige el Art. 269 del Código Penal:

- El ***primero***, la restitución del objeto material real que, tomada en su verdadera acepción, tiene mayor acento tuitivo, protector o defensivo, ya que busca devolver las cosas al estado anterior de la presentación del daño[590].

  La restitución tiene mayor fuerza de amparo pues el "*simple sentido común enseña que la restitución inmediata permite a la víctima del delito superar el daño padecido sin mayores trámites, formalidades o compromisos, al tanto que la indemnización siempre representa un procedimiento, más formal que material que concluye en la definición del monto que ha de entregarse a la víctima, sin que necesariamente ello ocurra, o cuando menos, depende de variables ajenas a la voluntad del afectado con la ilicitud*" [591].

---

588 El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1116 de 25 de noviembre de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

589 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto de 14 septiembre de 2009, Radicado 32.217, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

590 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

591 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

En todo caso, ante la disyuntiva del restablecimiento del derecho a través de la *restitutio in integrum* y el pago por equivalencia, el juzgador debe obtener para la víctima el ámbito más amplio de protección de sus derechos privilegiados precisamente a través de la *restitutio in integrum*[592].

Cuando no se posible la restitución entonces se debe entregar o pagar el valor del bien, como pretensión subsidiaria[593]; también llamada restitución por equivalencia precisamente porque no es posible la restitución física[594].

El reintegro por sí solo no colma las expectativas del canon 269 CP, pues debe concurrir también la indemnización[595].

- El ***segundo***, la indemnización de los daños ocasionados y que comprende los perjuicios materiales e inmateriales.

Ambos requisitos deben concurrir para que se estructure la causal objetiva de disminución punitiva[596].

La rebaja de pena es de la mitad (½) o del 50% a las tres cuartas (¾) partes, esto es, del 75%.

Valga aclarar que la rebaja de pena por reparación del daño e indemnización del artículo 269 del Código Penal es un derecho y es un fenómeno post delictual, razón por la cual se aplica una vez individualizada la pena.

> "La rebaja de pena por reparación integral consagrada en el artículo 269 del Código Penal para delitos contra el patrimonio económico, por restitución del objeto material del delito o su valor e indemnización de los perjuicios causados, es un derecho consagrado por la ley en favor del procesado, que debe ser garantizado por el funcionario judicial, con independencia de la concepción que sobre la justicia de su estipulación o reconocimiento pueda tener la víctima" [597].

---

592 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 noviembre de 2012, Rad. 39.858, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

593 Restitución en aquellos casos donde sea posible, pues una interpretación distinta "*conduce admitir que el legislador puede imponer obligaciones no solo injustas sino de imposible cumplimiento, y que la norma excluye de sus beneficios, grados menos perfectos del delito y por tanto de menor gravedad, como lo son las tentativas*". Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 21 de noviembre de 1988, Radicado 2643, M.P. Guillermo Duque Ruiz.

594 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 2643 de 21 noviembre de 1988, M.P. Guillermo Duque Ruiz.

595 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 24 octubre de 2012, Rad. 35.516, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

596 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 23 de noviembre de 1998, Radicado 9.657, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

597 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 1° julio de 2009, Radicado 30.800, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Así también se dijo expresamente en la sentencia de 6 junio de 2012, Rad. 35.767, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Lo anterior quiere decir que la rebaja de pena, cuando se cumplen los presupuestos indicados, también aplica para el delito de extorsión según se dedujo en la mencionada sentencia de 6 junio de 2012, Rad. 35.767, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez. Se aclaró en dicha providencia que: "*La concesión de la reducción de pena consagrada para la reparación en relación con el delito de extorsión, es expresión de la proporcionalidad de la pena, y por tanto no es un beneficio de concesión discrecional*". A igual conclusión había llegado la Corte en sentencia de Tutela con Radicado 49.479 de 10 agosto de 2010, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, por supuesto, siempre que se acrediten los presupuestos de hecho previstos en el canon 269 del CP.

La rebaja de pena del canon 269 del Código Penal no afecta los extremos punitivos, ya que la disminución de la sanción se realiza una vez individualizada o determinada en concreto la pena a imponer[598], como ya quedó dicho.

En la reparación no se tiene en cuenta el arrepentimiento, el acto de contrición o el propósito de enmienda del justiciable, que "*son requisitos de contenido moral, propios de ciertas prácticas religiosas, pero sin efectos frente a la redacción del texto legal, que consagra un supuesto de hecho puramente objetivo que verificado impone la concesión de la reducción punitiva*"[599]; igualmente, el ánimo de colaboración con la administración de justicia es irrelevante para efectos de la detracción punitiva del Art. 269 del Código Penal[600].

5. SITUACIONES EN QUE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL NO FIJA PERJUICIOS O LOS QUE FIJA SON EXAGERADOS[601]

Puede suceder que en delitos contra el patrimonio económico el sujeto activo del ilícito se allane a los cargos en la misma audiencia de imputación de cargos y quiera así mismo reparar integralmente los daños a efectos de lograr las sustanciales rebajas de pena que consagra la ley, pero la víctima no ha fijado los perjuicios quizás por incompleto interrogatorio de los investigadores o porque apenas mencionó los daños materiales pero no se le interrogó por los perjuicios inmateriales o morales o bien porque se

598 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 6 junio de 2012, Rad. 35.767, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

599 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rad. 13.745, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

600 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 14 agosto de 2012, Rad. 39.160, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

601 Nelson Saray Botero, Dosificación Judicial de la Pena. Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá. 2011, pp. 330 y ss.

fijan por el victimado pero son considerados exagerados y desproporcionados por el sujeto agente del delito; no obstante esa situación el implicado tiene la oportunidad de lograr la rebaja de pena una vez repare integralmente los perjuicios.

A instancias del defensor o del implicado mismo, y con fundamento en el Art. 447.2 de la Ley 906 de 2004, debe abrirse el espacio procesal adecuado para permitir la reparación integral y obtener la correspondiente detracción punitiva.

Por supuesto que se debe citar a la víctima indicándole que es para el específico trámite de valoración de perjuicios materiales e inmateriales o morales, esto es, se debe garantizar la bilateralidad de la audiencia y el ejercicio del derecho de contradicción.

La víctima deberá fijar o justipreciar los perjuicios materiales y explicar qué daños morales ha sufrido.

El juez fijará provisionalmente los perjuicios morales (*arbitrium judicis*). No se fija el perjuicio moral a través de perito[602].

La fijación provisional de los perjuicios morales por parte del Juez y antes de la sentencia condenatoria penal, para los efectos del canon 269 del Código Penal, es procedente por los siguientes motivos[603]:

1. Porque se estimula la terminación temprana de los procesos y con ello no colapsaría el sistema acusatorio penal, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales, al menos para efectos del Art. 42 de la Ley 600 de 2000; y, por supuesto, cuando se pretende detracción punitiva, el cual es un derecho del investigado.

2. Dicho instituto tiene entre sus finalidades, 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.

3. Se da cumplimiento a los principios de celeridad y economía que gobiernan el proceso penal.

602 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 26 agosto de 1982; Sentencia Rad. 24.011 de 12-12-05, Auto Rad. 28.085 de 04-02-09, Auto Rad. 32.117 de 21-10-09, Sentencia Rad. 34.547 de 27-04-1 y Sentencia Rad. 30.862 de 10-03-10, entre otras.

603 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 4 febrero de 2009, Rad. 28.085, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

4. Si bien es la sentencia del incidente de reparación integral el escenario por excelencia donde se cuantifican los perjuicios, materiales e inmateriales, de allí no se concluye con una razón lógica que haya de esperar dicho momento para que tratándose de mecanismos alternativos de solución de conflictos se fijen anticipadamente, máxime cuando por vía interpretativa se infiere que puede pedirse al funcionario que los cuantifique para proceder a su cancelación.

5. Si la ley faculta designar perito para avaluar los perjuicios materiales con anterioridad a la sentencia pues los morales son del resorte exclusivo del funcionario, no se ve razón por la cual la cuantificación de los perjuicios inmateriales no reciba similar o análogo tratamiento.

Fijados entonces los perjuicios materiales y justipreciados los perjuicios inmateriales o morales por el juez, el implicado tiene la oportunidad de consignar a órdenes del Despacho Judicial en la respetiva cuenta de depósitos tales valores, y por supuesto que dicha reparación le sea luego reconocida como rebaja de pena en la sentencia de rigor en los delitos contra el patrimonio económico ajeno.

Igual trámite aplica cuando se pretenda la rebaja punitiva en los términos del Art. 401 del Código Penal, modificado por el Art. 25 de Ley 1474 de 2011, esto es, en el delito de peculado.

Si el funcionario judicial actúa de este jaez se hace prevalecer el derecho sustancial sobre lo meramente formal y se garantizan los derechos de efectividad de acceso a la justicia para las partes involucradas en el proceso penal: víctima y victimario (Artículos 10 y 27 Ley 906 de 2004 y Arts. 228 y 229 de la Carta).

Pero si la víctima no comparece, o se desconoce su dirección o no se logra ubicar, o se presenta y fija los perjuicios materiales en forma desproporcionada o exagerada, o desde el inicio así los había declarado, entonces el interesado conserva, por supuesto, su derecho a obtener la rebaja punitiva.

Las opciones procesales que tiene el Juez para la valoración de los daños que se consideran desproporcionados o exagerados por el acusado o su apoderado judicial, o cuando no se logra la ubicación de la víctima, son las siguientes:

- ***Uno***: Tramitar incidente procesal de conformidad con el Art. 138-4 de la ley 600 de 2000, norma que todavía está vigente.

- ***Dos***: Tramitar incidente según los Arts. 127-131 del Código General del Proceso.

- ***Tres***: Llenar el vacío según el Art. 12 del CGP con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal y procurando hacer efectivo el derecho sustancial.

Lo más recomendable es aplicar las normas del Código General del Proceso pues supera las deficiencias de los demás estatutos procesales, en cuyo caso se descarta entonces la aplicación de la Ley 600 de 2000.

Igualmente, se descarta la tramitación como incidente, pues según el Art. 127 del CGP, "*Sólo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos*".

Los incidentes en el Código General del Proceso están consagrados en las siguientes normas: Arts. 23, 35, 44, 68, 76, 86, 92, 186, 283, 284, 308, 310, 377, 379, 395, 399, 418, 425, 430, 440, 445, 467, 480, 491, 494, 496, 499, 500, 506, 509, 521, 522, 582, 586 y 597.

Entonces como existe un vacío, se debe acudir al Art. 12 del CGP, que expresa: "*Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de éstas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial*".

Se da por descontado que se ha citado debida y adecuadamente a la víctima donde se le informa que es para la fijación de los perjuicios ocasionado con el delito.

En el caso entonces de que la víctima comparezca y fije los perjuicios en forma exagerada o desproporcionada, bajo la perspectiva del activo del delito, o bien porque desde el inicio de la investigación hizo esa justipreciación, el trámite puede ser a modo de incidente, pues al fin y al cabo para la fijación de perjuicios se acude al dicha tramitación (Inciso final Art. 23 y Art. 430 CGP), o bien de conformidad con el Art. 12 del CGP, y como se trata de una cuestión eminentemente civil como es la tasación de perjuicios, los pasos son los siguientes:

- En ***primer lugar***, el interesado en la audiencia del Art. 447 CPP/2004 debe anunciar su intención de reparar los perjuicios materiales e inmateriales o morales y anexar pericia sobre los perjuicios materiales, además pedirá al juez que señale provisionalmente los perjuicios inmateriales o morales.

El Juez debe admitir el trámite de conformidad con las reglas del Código General del Proceso.

De la pericia escrita se correrá traslado a las partes e intervinientes.

Si para el momento no se tiene la pericia entonces debe anunciarle al juez que la presentará en audiencia a efectos de que se corra traslado a los interesados, sin perjuicio de que antes de la audiencia el petente envíe a la víctima la pericia por comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo (Art. 169.2 CPP).

El Juez ha de advertir que para la contradicción se puede solicitar la presencia del perito en audiencia para ser interrogado acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen, si el perito no asiste a la audiencia entonces el dictamen no tendrá valor; o se puede aportar otra pericia, o realizar ambas actuaciones a la vez (Art. 228 CGP).

El juez conserva siempre la potestad de decretar prueba pericial de oficio que está sujeta a contradicción de las partes (Art. 170 CGP).

- En ***segundo lugar***, y una vez obtenida la pericia escrita, se correrá traslado en audiencia de la misma a las demás partes e intervinientes; luego de la contradicción de la pericia se aprueban los perjuicios materiales cabalmente demostrados.

  Como toda prueba, la pericial deberá pasar por el tamiz de la sana crítica pues el juez en modo alguno puede aceptar la pericia acrítica o irrazonablemente[604].

  Provisionalmente se fijan por el juez de conocimiento los perjuicios inmateriales o morales[605].

- En ***tercer lugar***, la parte interesada deberá realizar la consignación a órdenes del despacho antes de la lectura de la sentencia de condena para tener derecho a la rebaja de pena correspondiente.

Recordemos que en este espacio procesal donde se están aplicando las normas pertinentes del Código General del Proceso (i) se eliminó la objeción del dictamen pericial por error grave lo cual no vulnera el debido proceso ni el derecho de defensa

604 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 27.357 de 22 mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

605 Artículo 97 Código Penal y Sentencia C-916 de 29 octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

(Sentencia C-124 de 2011), (ii) no hay lugar a solicitud de aclaración ni adición de la pericia, y (iii) se establece un trámite especial para cuando el dictamen se practica de oficio (Arts. 227-235 CGP).

La víctima, en todos los casos, no puede oponerse a la apertura de este procedimiento, pero sí puede oponerse a la pericia que lleve el apoderado judicial del imputado: a través del interrogatorio al perito, a través de otra pericia, o a través de prueba documental o por cualquier otro medio probatorio en los términos del Código General del Proceso.

De otra parte, recuérdese que el Art. 100 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el Art. 447 de la Ley 906 de 2004 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, "*en el entendido de que las víctimas y/o sus representantes en el proceso penal, podrán ser oídos en la etapa de individualización de la pena y sentencia*".

Nada impide la iniciación de este espacio procesal para efectos de reparación integral a petición del imputado o acusado cuando la víctima no comparece al proceso, o se niega a informar el valor de los perjuicios ocasionados, o cuando los fija en una suma exagerada y desproporcionada.

Así pues, cuando se anuncie el sentido de fallo de condena el sujeto activo del delito puede incoar este trámite.

> "En tratándose de este beneficio en concreto, si la víctima se niega a colaborar con la justicia para la determinación del monto de los perjuicios causados, como ocurrió en el presente caso, o no comparece al proceso, es deber del funcionario que conoce del asunto garantizar el ejercicio de esta prerrogativa, acudiendo a la apertura del incidente de reparación integral con citación de la víctima, cuando así lo solicite el procesado, con el fin de establecer su valor.
>
> "No ignora la Corte que el artículo 102 de la ley 906 de 2004 sólo autoriza la iniciación de este trámite incidental a solicitud de la víctima, pero esto no impide que pueda ser utilizado en los casos indicados, con el propósito de establecer el posible monto de los perjuicios, en aras de garantizar el ejercicio de un derecho establecido en favor del procesado y de lograr la eficacia en el ejercicio de la justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 *ejusdem*" [606].

[606] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 1° julio de 2009, Radicado 30.800, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Aunque esta jurisprudencia es anterior a la Ley 1395 de 2010 que consagra ya expresamente el incidente de reparación una vez ejecutoriada la sentencia de condena, es deber del Juez de Conocimiento garantizar el estadio procesal para que la persona indemnice integralmente y obtenga la detracción punitiva en delitos contra el patrimonio económico ajeno y en eventos concretos de peculado para la rebaja de pena.

De todas formas, en la audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el interesado podrá hacer las manifestaciones a efectos de lograr la rebaja de pena por indemnización integral del artículo 269 del Código Penal, y tanto víctima como victimario y demás sujetos procesales podrán hacer peticiones con respecto a la cantidad de rebaja posible, esto es, si es de la mitad o de las tres cuartas partes o de cualquier otro guarismo entre esos extremos.

Es que en la sistemática acusatoria, desde la formulación de la imputación y hasta antes de dictarse sentencia de condena de primera o única instancia, el procesado tiene la oportunidad de allegar los elementos materiales probatorios y evidencia física o de solicitar la práctica de pruebas que estime pertinentes para acreditar la satisfacción de la restitución del "*objeto material del delito o su valor*" y la indemnización de los "*perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado*" con la conducta punible[607].

Lo dicho también se predica para efectos de la reducción de pena en los casos contemplados por el canon 401 del Código Penal (circunstancias de atenuación en el delito de peculado), como ya se ha dicho.

OPCIONES PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 269 CP EN TRAMITE DEL ART. 447.2 SAP		
La víctima manifiesta expresamente haber sido indemnizado plenamente tanto en sus perjuicios materiales como en los inmateriales o morales	Las partes manifiestan acuerdo, conciliación o transacción sobre los perjuicios materiales e inmateriales	No se presenta ninguna de las anteriores situaciones, hay silencio de la víctima, o se fijan perjuicios por la víctima que son considerados exagerados o desproporcionados por la contraparte
La actuación termina	La actuación termina	Se acude a avalúo pericial mediante trámite, como se verá en el siguiente cuadro
La parte interesada debe pagar antes de la lectura de la sentencia de condena de primera instancia para tener derecho a la rebaja de pena del Art. 269 CP		

607 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.177 de 28 septiembre de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

PERJUICIOS CONSIDERADOS EXAGERADOS O DESPROPORCIONADOS		
El abogado presenta pericia escrita. El Juez admite trámite. Se corre traslado de la pericia. El Juez advierte que conserva facultad de nombrar perito de oficio (Art. 170 CGP). O el abogado anuncia que presentará pericia escrita, sin perjuicio de que envíe la peritación por comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo a la víctima (Art. 169.2 CPP). En todo caso, siempre se correrá traslado de la pericia en audiencia.	La víctima puede solicitar interrogatorio al perito, o aportar otra pericia, o realizar ambas actuaciones (Art. 228 CGP), para efectos del ejercicio de contradicción, también puede presentar prueba documental o cualquier otro medio probatorio en los términos del Código General del Proceso.	El Juez aprueba los perjuicios materiales que estén cabalmente demostrados y provisionalmente fija los perjuicios morales. En todo caso, el perjuicio moral siempre se fijará por el juez (*arbitrium judicis*), pues no se cuantifica a través de perito[608].
En este trámite no hay objeción del dictamen por error grave (Sentencia C-124 de 2011), ni se puede solicitar adición o aclaración de la pericia.		
Como toda prueba, la pericial deberá pasar por el tamiz de la sana crítica pues el juez en modo alguno puede aceptar la pericia acrítica o irrazonablemente.		
La parte interesada debe pagar antes de la lectura de la sentencia de condena de primera instancia para tener derecho a la rebaja de pena del Art. 269 CP.		

6. VÍCTIMA, DAÑO Y PAGO POR ASEGURADORAS

Para la rebaja de pena por reparación no se puede tener en cuenta como tal lo pagado por concepto de un seguro tomado con anterioridad por la propia víctima.

Es que "*la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño*"[609].

608 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 26 agosto de 1982; Sentencia Rad. 24.011 de 12-12-05, Auto Rad. 28.085 de 04-02-09, Auto Rad. 32.117 de 21-10-09, Sentencia Rad. 34.547 de 27-04-1 y Sentencia Rad. 30.862 de 10-03-10, entre otras.

609 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 16 diciembre de 1998, Radicado 10.589, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En efecto,

> "La compañía de seguros, como lo ha sostenido la Sala, adquiere la obligación de pagar el daño a quien con ella ha celebrado el contrato de seguro, pero no tiene ninguna obligación con el procesado, cuya fuente de la obligación de indemnizar es precisamente el delito. Por tanto, cuando el asegurador paga no está cumpliendo con la obligación extracontractual emanada del delito, a cargo del responsable, sino con la obligación contractual emanada del contrato de seguro"[610].

7. PAGO DEL PERJUICIO EN SU TOTALIDAD Y LA TRANSACCIÓN O CONCILIACIÓN

La exigencia que la norma establece para la procedencia de la rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal es ineludible e inequívoca: que medie una reparación de orden económico equivalente al valor del daño causado, bien porque se restituye el objeto material del delito o su equivalente y que se paguen los perjuicios causados, o porque no siendo exigible la devolución del objeto material, se cubren en su integridad estos últimos. Así que sin su "*concurso, no es posible la aplicación de la consecuencia jurídica (rebaja de pena), pues el precepto no contempla alternativas diferentes, ni de su contenido resulta factible inferir que pueda acudirse a compensaciones de naturaleza distinta*"[611], tales como el público perdón o muestras de arrepentimiento o el trabajo social o comunitario.

Si el pago es apenas parcial, la aplicación de la consecuencia jurídica no tiene cabida[612], en cuyo caso no se puede acceder al descuento punitivo por reparación integral[613].

Para tener derecho a la rebaja de pena se debe cancelar el valor del bien cuando no sea posible su restitución y además pagar el valor del perjuicio o indemnización[614]. Dicho pago integral puede hacerse después del allanamiento a cargos o del acuerdo con la Fiscalía, y en todos los casos antes de dictarse sentencia de primera o única instancia[615].

---

610 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de febrero 5 de 1999, Radicado 9.833, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.

611 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 1° de julio de 2009, Radicado 30.800, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

612 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencias de 21 de noviembre de 1988, 5 de febrero de 1999, Radicado 9.833, de 13 de febrero de 2003, Radicado 15.613, de 9 de abril de 2008, Radicado 28.161 y de 1° de julio de 2009, Radicado 30.800, entre otras.

613 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 julio de 2011, Rad. 26.537, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

614 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de febrero 5 de 1999, Radicado 9.833, reiterada en sentencia de junio 22 de 2006, Radicado 24.817, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

615 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de junio 22 de 2006, Radicado 24.817, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

La Sala Penal de la Corte se hace el siguiente interrogante: "*pero, ¿qué ocurre si a pesar de que se demuestre que la especie involucrada en el ilícito tenía un valor superior al que fue pagado por el victimario o que el monto real de los perjuicios no corresponde al satisfecho por éste y, sin embargo, el ofendido se muestra conforme con la transacción?*"[616].

La respuesta se ofrece con referencia al inciso final del artículo 42 de la Ley 600 de 2000[617] y desde la misma perspectiva en frente al artículo 349 de la Ley 906 de 2004[618] y Art. 269 del Código Penal, para lo cual se responde y tiene en cuenta:

(i) La víctima puede disponer de su pretensión indemnizatoria.

(ii) Los preacuerdos y negociaciones atraviesan el nuevo sistema procesal penal.

(iii) Si la víctima se niega a recibir, el sujeto activo del delito deberá indemnizar en su integridad.

(iv) En todo caso se pueden conciliar las diferencias en tanto es una obligación meramente civil (artículos 1625, 2469, 2470 y 2472 del Código Civil), y

(v) La conciliación es "producto de la libre decisión de los intervinientes, porque tanto la primera puede negarse a reducir sus pretensiones, como el segundo rehusar el pago de lo reclamado por aquélla"[619].

Expresa la Sala Penal:

> "Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico"[620].

---

616 Ibídem.

617 Artículo 42 Ley 600 de 2000.- "***Indemnización integral***.- *[…] La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado*".

618 Artículo 349 Ley 906 de 2004.- "***Improcedencia de los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado.*** *En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente*".

619 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 22 de junio de 2006, Radicado 24.817, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

620 Ibídem.

El canon 349 de la Ley 96 de 2004 no aplica para el simple allanamiento a cargos[621], como sí es obligatorio su cumplimiento en tema de acuerdos y negociaciones.

Con respecto al pago del perjuicio con títulos valores la jurisprudencia ha expresado:

> "[…] el pago se puede hacer mediante la entrega de títulos valores de contenido crediticio" [debiéndose tener en cuenta que] "si la fecha de su cancelación es posterior a la de la sentencia de primera o única instancia, el pago sólo es válido para efectos punitivos si además se ha garantizado por otros medios que permitan entender extinguida la obligación en la fecha del acuerdo" **622**.

No es suficiente entonces la mera entrega de títulos valores para efectos de la rebaja de pena del artículo 269 del Código Penal.

Se insiste en que la indemnización debe ser total, plena y suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante debidamente actualizados, y el daño inmaterial o moral, todo lo cual debe ser efectivamente pagado**623**.

El control que debe ejercer el juez es constatar que se haya realizado la indemnización y que la misma sea integral, "*es decir, que satisfaga razonablemente las pretensiones de la víctima, lo cual supone, desde luego, que sea ésta y no un tercero ajeno a la ilicitud quien resulte resarcida*"**624**.

Es bueno recordar que la Comisión Nacional de Reparación y de Reconciliación presenta el siguiente concepto de reparación integral, así:

> "La CNRR entiende que el concepto de reparación integral supone reconocer las distintas formas de reparación contempladas en la legislación nacional e internacional, especialmente la restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; la indemnización, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento de los daños padecidos y para reparar las pérdidas sufridas, la rehabilitación, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después

621 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia de 27 abril de 2011, Rad. 34.829, M.P. José Luis Barceló Camacho.

622 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de junio 22 de 2006, Radicado 24.817, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

623 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 5 febrero de 1999, Radicado 9.833, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda.

624 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de segunda instancia de 22 junio de 2005, Radicado 23.049, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

de la violación cometida en su contra; la satisfacción, consistente en realizar actos tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido; y las garantías de no repetición, que hace referencia a aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de vulneración de su dignidad y la violación de sus derechos humanos"[625].

8. LA REPARACIÓN INTEGRAL, la ACTUALIZACIÓN E INDEXACIÓN DEL PAGO EN EL ARTÍCULO 269 DEL CÓDIGO PENAL

Para efectos del artículo 269 del Código Penal, la reparación debe ser integral, esto es, que se restituya el objeto material del delito, cuando ello sea posible, y en caso contrario, que se restituya su valor, y además que se indemnicen los perjuicios ocasionados.

La integralidad se refiere entonces a dos valores: (*i*) la restitución o su valor, y (*ii*) la indemnización de perjuicios, patrimoniales o materiales e inmateriales o extra patrimoniales.

Ambos valores se pueden conciliar, pero en el acta debe quedar muy claro qué es lo que se concilia.

En efecto, sobre el particular enseña la jurisprudencia[626]:

> "Así entonces, la aplicación de la norma que para los delitos contra el patrimonio económico contempla la reparación como causal atenuante de la pena, tanto en la codificación sustantiva penal anterior como en la que rige a partir de la Ley 599 de 2000, se exige que dicha reparación sea integral y que comprenda tanto la restitución del objeto material —o su valor, según lo explicado— y la indemnización de los perjuicios ocasionados —materiales y morales—, lo que tradicionalmente se ha denominado en lenguaje técnico el daño emergente y el lucro cesante.
>
> "Siendo que en el caso concreto como certeramente fue precisado por el Tribunal, los bienes objeto del apoderamiento ascendieron a la suma de $98'752.443 y que el valor comprometido en la conciliación fue de $8'500.000 —que se imputó a "*perjuicios materiales*"—, no cabe discusión alguna en considerar que la reparación

625 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa, 2007.

626 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 22 octubre de 2008, Radicado 29.983, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

dejó de comprender en su integridad la totalidad de factores a que alude la disposición 269 del Código Penal para hacer viable la rebaja de pena allí prevista".

Que la reparación sea integral significa que "*las restituciones e indemnizaciones deben ser totales, no parciales. Los resarcimientos incompletos, sólo ameritan el reconocimiento de la circunstancia genérica*"[627] de las ahora denominadas como de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal).

En el concepto de integralidad de la reparación debe quedar comprendida la actualización o indexación del daño, de tal forma que no pierda poder adquisitivo para el momento de su pago efectivo y total; sin olvidar que es incompatible la actualización a través del mecanismo de los intereses moratorios al máximo con la actualización por indexación. En efecto, "*deviene incompatible una condena simultánea por intereses moratorios al máximo de la tasa permitida, con la indexación, porque evidentemente aquella contiene el componente inflacionario que conduce a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. En otras palabras, la corrección monetaria no puede ser doblemente considerada, ya sea bajo la forma de intereses moratorios o de ajuste por inflación*"[628].

Sobre el tema la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que:

> "De allí que cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los Jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (art. 884 C. de Co.), ya comprende, per se, la aludida corrección"[629].

La reparación es integral cuando su valor es actualizado desde la fecha de comisión del delito hasta el momento de su reparación o pago, pues de lo contrario será un pago parcial e insuficiente[630]; dicho valor se debe indexar en razón de la pérdida del

---

627 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 23 noviembre de 1998, Radicado 9.557, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll, reiterada en sentencia de casación de 22 octubre de 2008, Radicado 29.983, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

628 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 39.228 de 8 octubre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

629 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 19 de noviembre de 2001, proceso Rad. 6094.

630 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de 18 marzo 2000, Rad. 27.339, MM.PP. María del Rosario González de Lemos y Jorge Luis Quintero Milanés.

valor adquisitivo del dinero, a causa de la inflación, pues de lo contrario, se reitera, sería una reparación apenas parcial[631].

9. EL PAGO EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El incidente de reparación integral, con la reforma de la Ley 1395 de 2010, se inicia una vez cobre ejecutoria la sentencia penal de condena y así lo declaró conforme a la Carta la Corte Constitucional mediante sentencia C-250 de 6 abril de 2011[632].

Lo anterior quiere decir:

- **Primero**: Que si el declarado penalmente responsable paga en el incidente de reparación integral, ese pago no se puede ver reflejado en la extinción de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, toda vez que la sentencia está ejecutoriada, es decir, ya no hay acción penal; por supuesto que tampoco procede la extinción para los delitos de inicio oficioso.

- **Segundo**: Según el parágrafo 1° Art. 9° Decreto 2636 de 19 agosto de 2004, que adicionó el Art. 29-B al Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993):

  > Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata.

Es decir, que si el delito admitía la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento, pero no se hizo en la fase de investigación ni juzgamiento, sino que se realiza una vez ejecutoriada la sentencia penal de condena, entonces procede es la libertad inmediata en caso de que la persona se encuentre con medida intra mural.

Por ejemplo, en delitos donde es víctima un niño, niña o adolescente, no procede por disposición legal el subrogado penal de la condena de ejecución condicional del Art. 63 del CP, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados. En efecto, expresa el canon Art. 193-6 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia:

631 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 18 marzo de 2009, Radicado 27.339, MM. PP. María del Rosario González de Lemos y Jorge Luis Quintero Milanés.

632 Magistrado ponente, Mauricio González Cuervo.

> ART. 193.— **Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos**. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:
>
> […]
>
> 6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

Así que *vr. gr.,* si el acusado fue condenado por el delito de inasistencia alimentaria, se encuentra ejecutoriada la sentencia de condena, el justiciable está con medida de internamiento y paga lo adeudado, entonces procede es la libertad inmediata.

La Corte Constitucional por sentencia C-185 de 16 marzo de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, explicó que los requisitos para el mecanismo de vigilancia electrónica son los enlistados en el artículo 38A del Código Penal.

- **Tercero**: El pago en la fase de incidente de reparación en delitos contra el patrimonio económico no representará rebaja alguna de pena, porque se hizo después de la ejecutoria de la sentencia de condena (Art. 269 CP y sentencia C-1116 de 2003).

Expresó sobre el tema la alta Corporación en Auto Rad. 35.247 de 9 diciembre de 2010, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, lo siguiente:

> "Finalmente, es importante precisar que la reparación integral prevista en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000 y el incidente de reparación integral descrito en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal son dos figuras distintas, que si bien hasta antes de la modificación de ésta última disposición, eventualmente estaban relacionadas en tanto en el curso del incidente bien podía efectuarse la reparación integral con efecto directo en la punibilidad tasada en la sentencia, en la actualidad no concurren, justamente porque la primera comporta un descuento punitivo a favor de quien repare integralmente el daño causado con la infracción penal antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia, mientras que el segundo sólo podrá llevarse a cabo después de que el fallo haya cobrado ejecutoria.

"Es decir, que por virtud del artículo 86 de la Ley 1395 de 2010, la reparación integral prevista en el artículo 269 del Código Penal, no tiene posibilidad de ocurrir en el incidente de reparación integral, porque corresponde a dos momentos procesales distintos.

"[…]

"Es así como puede concluirse que la reparación integral materializada con posterioridad a la sentencia de primer nivel no podrá por prohibición legal representar descuento punitivo alguno para el declarado penalmente responsable o condenado".

Ese pago representará entonces la extinción de la acción civil sin incidencia alguna en la pena ya impuesta.

- **Cuarto**: La indemnización, en todo caso, debe comprender capital e intereses desde el momento mismo del hecho delictivo hasta el día de su pago (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 12 junio de 2003, Rad. 15.050, M.P. Mauro Solarte Portilla).

- **Quinto**: El pago de las pretensiones en el incidente de reparación integral dará lugar, por supuesto, a la terminación de dicho trámite incidental.

10. LA CONCILIACIÓN EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Ya se dijo que la conciliación en la fase pre procesal debe cumplirse para que tenga efectos en la acción penal, de tal forma que si se concilia pero no se cumple entonces la acción penal continúa y la Fiscalía deberá adelantar el trámite investigativo de rigor a que haya lugar.

Pero si la conciliación se presenta en el trámite del incidente de reparación integral, y si la misma comprende todas las partes y todas las pretensiones, entonces se termina el incidente y la providencia aprobatoria del acuerdo o auto interlocutorio prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles (Art. 488 CPC y Art. 422 CGP).

Aprobado el acuerdo conciliatorio, consecuencialmente se ordena la terminación y archivo del incidente de reparación integral, igualmente se advertirá por parte del Juez:

(i) Que la conciliación presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles competentes[633] y

(ii) En caso que haya bienes con medidas cautelares previas, entonces el proceso ejecutivo se debe adelantar ante los jueces civiles competentes dentro de los sesenta (60) días siguientes so pena del levantamiento de las medidas previas cautelares (inciso final del Art. 96 CPP, modificado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010).

Lo anterior es así toda vez que la conciliación en el incidente de reparación integral ningún efecto tendrá en la acción penal cuya sentencia ya está ejecutoriada.

Si se presenta la conciliación en la fase de incidente de reparación es tanto como decir que el proceso ordinario o declarativo termina para dar paso a un proceso ejecutivo. Es una obligación civil que sigue siendo civil, pero que ahora ya se hará efectiva a través del medio más expedito que señala la ley para el efecto, como es precisamente el proceso ejecutivo ante el Juez Civil.

CONCILIACION EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	
Aprobado por Auto el acuerdo conciliatorio, el Juez debe:	
1.	Ordenar la terminación y archivo del incidente de reparación integral
2.	Declarar que la conciliación presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles competentes (Art. 488 CPC y Art. 422 CGP)
3.	Advertir que en caso de que haya bienes con medidas cautelares previas, entonces el proceso ejecutivo se debe adelantar dentro de los sesenta (60) días siguientes ante el Juez Civil competente, so pena del levantamiento de las medidas previas cautelares (inciso final, Art. 96 CPP, modificado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010)

633 Art. 488 del CPC y Art. 422 del CGP.- "*Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de sus causantes y constituyan prueba contra él, o las que emanen de un sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial* (…)"

UNIDAD TEMÁTICA 4

Trámite y actuación del Incidente de Reparación Integral (IRI)

1. EL DELITO ES FUENTE DE OBLIGACIONES

El delito es fuente de obligaciones y no será fuente de derechos, este apotegma está contemplado expresamente en las normas civiles, así:

Artículo 1494 del Código Civil:

> "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, **como en los delitos**[634]; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia" (se subraya).

El canon 2302 del Código Civil, reformado por el Art. 34 de la ley 57 de 1887, expresa:

> "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.
>
> "Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. **Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es**

634 La expresión "*delito*", en el Código redactado por Andrés Bello del que fue tomado el código colombiano, podía referirse tanto a la infracción penal como a la infracción civil a título de dolo; Cfr. Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa"[635] (se subraya).

El Art. 2341 del Código Civil dispone que "*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*" (se subraya).

El artículo 2356 del Código Civil prescribe, por su parte, que "*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta*".

En la legislación penal igualmente está contemplado ese apotegma como se desprende de los artículos 94 a 100 del Código Penal que integran el capítulo "*De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible*".

Las anteriores disposiciones son el fundamento legal de la responsabilidad civil extracontractual por la conducta ilícita y establecen que las repercusiones del delito no se circunscriben al aspecto penal del comportamiento ilegal sino que pueden afectar derechos patrimoniales particularizables, según lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-570 de 15 julio de 2003 con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, que reitera lo dicho en sentencia C-1149 de 2001 con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería.

El delito, pues, origina obligación penal y civil.

Debe aclararse que es el hecho dañoso como tal, que reviste las características de delito, el que fecunda u origina la obligación de indemnizar los perjuicios; de otra parte, no siempre que se profiera una sentencia condenatoria, habrá lugar a indemnizar perjuicios porque no siempre se ocasiona un daño a una persona, natural o jurídica[636].

De otra parte, la obligación penal es personalísima e intrasmisible, mientras que la obligación civil es eminentemente trasmisible[637].

---

635 El cuasidelito es el ilícito civil culposo o negligente o hecho culpable pero sin intención de dañar. Delito, según la legislación civil, es el daño causado con dolo o intención. Cfr. Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108.

636 Saúl Uribe García. La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín. Edición 2008.

637 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 6.831 de 25 junio de 1993 y Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 11 agosto de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, la reparación de los daños ya no es solamente de carácter material y moral (Art. 94 del Código Penal), sino que ahora se puede extender a una reparación simbólica como se colige del inciso 2º Art. 325 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el Art. 3° de la Ley 1312 de 2009) y como lo admite la Corte Constitucional[638], o bien con pedimento de disculpas o perdón como se contempla en el Art. 523 del CPP, y "*cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima del sujeto penalmente responsable, en cuanto forma de cubrir el perjuicio moral y material que ha sufrido*"[639]. Se reconoce, eso sí, que el ofrecimiento de disculpas es más común en la denominada justicia transicional[640].

Fue la victimología de finales del siglo pasado, y luego la victimo-dogmática, que señalaron que la reparación económica no es lo único que mitiga el daño ocasionado, ya que existen derechos como el de información, participación y protección encaminados a evitar un segundo proceso de victimización, victimización secundaria, re-victimización, doble victimización o victimización institucional, por razón del mismo delito, para cuya construcción fue vital el abandono de la simple función retributiva de la pena[641].

La reparación puede llevarse a cabo a través de alguna de las formas establecidas en la ley procesal penal para que la víctima logre la reparación, y en especial por medio de estos institutos jurídicos: la conciliación pre procesal, la mediación, el principio de oportunidad, el allanamiento a cargos, los acuerdos y preacuerdos[642].

El derecho a la reparación integral, como se explicó por la Sala Penal de la Corte, al lado de los derechos a la verdad[643] y a la justicia[644], "*constituyen hoy en día axiomas de carácter fundamental a favor de todas las víctimas de los delitos. Sobre el primero de ellos ha expresado la Corte Constitucional que, conforme al derecho internacional, presenta una dimensión individual y otra colectiva, abarcando desde la primera de*

638 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

639 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

640 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 39.957 de 24 octubre de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

641 Claus Roxín, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Ed. Ariel, 1989.

642 Saúl Uribe García, ob. cit.

643 Explican las sentencias C-228 de 2002 y C-899 de 2003: "*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 (Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez {fundamento 166}, Sentencia del 29 de julio de 1988 y Barrios Altos {fundamento 43}, Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia)*".

644 "*El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad*". Ver, entre otras, las sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, T-1267 de 2001 y C-228 de 2002.

esas perspectivas todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición, mientras en su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas[645]"[…][646].

En sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547[647], reiterada luego en la sentencia con Rad. 35.637 de 6 junio de 2012[648], se expuso:

> "El *derecho a la reparación* comporta las labores de:
>
> (i) *Restitución*: devolver a la víctima a su *statu quo ante*.
>
> (ii) *Indemnización*: sufragar el valor material de los perjuicios morales, materiales y de la vida de relación irrogados.
>
> (iii) *Rehabilitación*: recuperar a las víctimas de las secuelas físicas y sicológicas derivadas de los delitos cometidos.
>
> (iv) *Satisfacción*: compensación moral orientada a restaurar la dignidad de la víctima y divulgar lo acontecido.
>
> (v) *Garantía de irrepetibilidad*: desmovilización, desarme, reinserción, desmonte de las organizaciones delictivas y prohibición, en todas sus formas y expresiones, de la conformación de grupos armados paraestatales y el diseño de estrategias paramilitares.
>
> (vi) *Reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas, *v. gr.* la construcción de camposantos, de monumentos o la colocación de placas en sitios especiales".

---

645 Cfr. Sentencia C-454 de 2006, donde se dijo: "*La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación*"

646 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 27 abril de 2011, Rad. 34.547, M.P. María del Rosario González de Lemos

647 Sentencia de la jurisdicción de Justicia y Paz, M.P. María del Rosario González de Lemos.

648 Sentencia de la jurisdicción de Justicia y Paz, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

(vii) *Reparación colectiva*: recuperación sicológica y social de las comunidades victimizadas.

La reparación por vía administrativa inicialmente asumida por el Estado puede resultar adecuada para asegurar la indemnización, e inclusive la restitución, en tanto que la vía judicial ofrece mejores posibilidades para la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición".

El Consejo de Estado ha explicado sobre el principio de la reparación integral que el mismo "*se encuentra delimitado por decisiones que pueden ser de contenido pecuniario o no pecuniaro, y comprenden*[649]*:*

a) La restitución o restitutio in integrum, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras" [650].

---

649 Al respecto se pueden consultar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, de 19 de octubre de 2007, exp. 29273, sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 16996, de 26 de marzo de 2009, exp. 17994, y de 19 de agosto de 2009, exp. 18364, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma, la sentencia reciente y la primera que contiene medidas de justicia restaurativa adoptadas por la nueva Sala Plena de la Sección Tercera, de unificación de jurisprudencia, de 4 de mayo de 2011, exp. 19355, M.P. Enrique Gil Botero.

650 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna N° 21.861, C.P. Enrique Gil Botero

No obstante las varias formas de reparación, entre otras, la simbólica, es indiscutible que sigue siendo importante la reparación pecuniaria, equivalente al pago de una suma de dinero, como forma usual, visible y eficiente de reparar una parte del daño[651] y "*con la cual se hace efectivo, desde este punto de vista, el principio enunciado de la responsabilidad, que compensa con dinero, con pan, el padecimiento sufrido. Y si bien la indemnización pecuniaria de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y si bien el restablecimiento de sus derechos supone mucho más que tal compensación económica, en todo caso ella debe seguir siendo seriamente protegida, pues la posición jurídica de derecho que genera a percibir una suma de dinero es un derecho patrimonial iusfundamental (art. 250, num 6º, arts 1º y 2º, 229 CP), resultado de que la víctima, conforme a la configuración legislativa adoptada (art. 103 CPP), la ha elegido como medio para mitigar la aflicción ilegítima que ha debido soportar con el delito*"[652].

EL DELITO ES FUENTE DE OBLIGACIONES	
Clases de obligaciones	1.- Obligación penal
	2.- Obligación civil

DIFERENCIA FUNDAMENTAL DE LAS RESPONSABILIDADES PENAL Y CIVIL	
La obligación penal es personalísima y por tanto intransmisible	La obligación civil es transmisible (Art. 2343 Código Civil)
Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 25 junio de 1993, Rad. 6.831; Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 11 agosto de 1999	

2. INCIDENTE QUE NO ES INCIDENTE AL MODO DEL CODIGO GENERAL DEL PROCESO

El denominado "*Incidente de Reparación Integral*" de la Ley 906 de 2004 no se puede asumir como el "*incidente*" del Código de Procedimiento Civil (CPC) o del contemplado en los Arts. 127 a 131 de la Ley 1564 de 12 julio de 2012 o Código General del Proceso (CGP)[653].

---

651 Sobre la importancia de las obligaciones pecuniarias señala Souci: "*La obligación de pagar una suma de dinero, por así decirlo, llena la vida, es una especie de soplo vital […]. La ejecución de una obligación de esa clase es omnipresente en las distintas ramas del derecho y puede adquirir mil rostros*". SOUCI. La especificidad jurídica de la obligación de pagar una suma de dinero, citado por Fernando Hinestrosa. Tratado de Obligaciones, Tomo I, 2da. ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 148, pie de página 243

652 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

653 "*Este Código que reforma el Código de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios y, por remisión, a los procesos laborales, contencioso administrativos e incluso, en algunos temas puntuales, a los penales, permite la protección efectiva de los derechos subjetivos de los individuos, ya sea ante jueces, como ante autoridades administrativas*

El incidente en el proceso civil es accesorio al proceso principal y se define o resuelve mediante auto interlocutorio; por su parte, el incidente del proceso penal es principal y se decide mediante sentencia (Art. 105 CPP, modificado por el Art. 88 Ley 1395 de 2010).

La regulación de los incidentes procesales en las legislaciones civiles es así:

INCIDENTE PROCESAL	
Art. 135 del Código de Procedimiento Civil (CPC)	Art. 127 de la Ley 1564 de 12 julio de 2012 o Código General del Proceso (CGP)
"**Incidente y otras cuestiones accesorias.-** Se tramitarán como incidente las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás se resolverán de plano, y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos".	"**Incidente y otras cuestiones accesorias.-** Sólo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos".

Para el CGP es un "*asunto*" que la ley expresamente ordena o manda tramitar y resolver como "*incidente*", de todas maneras sigue siendo accesorio.

El incidente se ha definido como "*la cuestión o contestación que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal*"[654], o como "*todo acontecimiento que sobreviene accesoriamente durante el curso de la instancia, tanto en el juicio ordinario como en los especiales*"[655], o como "*toda cuestión contenciosa que surge dentro de un juicio y que tiene con éste estrecha relación*"[656].

La denominación de incidente en la Ley 906 de 2004 es inapropiada, pues "*La doctrina procesal es pacífica en caracterizar el incidente como una actuación emergente, que salta del proceso, para decidir sobre cuestiones accesorias o secundarias, atinentes a la relación procesal, cuestiones de orden como las califica el maestro Carnelutti; su nota peculiar es que tiene período probatorio propio. El incidente, en sentido riguroso, no es un mecanismo apto para componer pretensiones, pues por mandato constitucional*

y es referente para los procesos laborales, administrativos y de cualquier otra naturaleza, lo cual hace que éste sea un Código General del Proceso". En: http://www.icdp.org.co/esp/cgp/index.html

654 Joaquín Escriche, Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, París, 1860

655 Hugo Alsina, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1942, p. 733

656 Ignacio Burgoa, El juicio de amparo, México, 1950, p. 433

toda sentencia demanda un debido proceso. La reparación reclama un instrumento insustituible, el proceso jurisdiccional"[657].

El nombre más preciso en la Ley 906 de 2004 podría ser "*proceso de reparación integral*" o "*trámite de reparación integral*".

De todas formas otra fue la expresión utilizada por el legislador patrio y esa será la que se utilizará en este texto, esto es, la de "*incidente de reparación integral*".

El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004 no es accesorio, pues ya el trámite de investigación penal culminó con sentencia debidamente ejecutoriada; sino que es principal, y además termina con sentencia y no con auto; sentencia susceptible de casación según el Art. 181-4 del CPP.

Que el denominado incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004 (SAP) no es accesorio sino principal ha sido reconocido por la propia Corte Constitucional.

En efecto,

> "Es decir, la configuración de un ***incidente principal*** para que al terminar el proceso penal con sentencia condenatoria, se haga posible la reparación integral de la víctima y la consolidación de los objetivos que animan la justicia restaurativa, a través del acuerdo de voluntades entre aquella y los llamados a responder, o a través del ejercicio de los poderes y competencias de la *jurisdictio* reconocidas al juez de la causa penal, lo cual se convierte en pieza esencial de la forma como la Constitución prevé en el caso concreto la noción de justicia restaurativa"[658] (se subraya).

3. ÚLTIMA POSIBILIDAD DE JUSTICIA RESTAURATIVA

El incidente de reparación de la Ley 906 de 2004 podría considerase como la última posibilidad para aplicar los sistemas de Justicia Restaurativa[659].

Preceptúa el canon 518 de la Ley 906 de 2004:

---

657 Alberto Ceballos Velásquez. Los bienes en el proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*". Texto en versión digital. Bogotá, 2010, p. 177.

658 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

659 Sobre el tema puede consultarse la completa obra de Antonio Luis González Navarro, La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio. Editorial Leyer, Bogotá. 2009, pp. 11-120.

> Artículo 518.- **Definiciones**. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o ***sentenciado*** participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.
>
> Se entiende por resultado restaurativo, 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 (se subraya).

Esos mecanismos de Justicia Restaurativa son los siguientes: primero, la conciliación pre procesal, consagrada en el canon 522 de la Ley 906 de 2004[660]; segundo, la mediación contemplado en los artículos 523 a 527 del CPP; tercero, el incidente de reparación integral regulado en los Arts. 102 a 108 del Sistema Acusatorio Penal.

El Fiscal General de la Nación debe elaborar un manual sobre la mediación y las reglas de conducta que regirán su funcionamiento y, en general, los programas de justicia restaurativa, según el canon 527 de la Ley 906 de 2004.

La posibilidad del Fiscal General de la Nación de cumplir con el canon 527 del CPP, esto es, dictar el Manual de Mediación, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-979 de 26 septiembre de 2005[661], donde se explicó que "*es claro que el objetivo del manual expedido por el Fiscal General de la Nación no es el de regular la mediación o los otros mecanismos de justicia restaurativa, en razón a que frente a estas materias se impone la reserva legal, su ámbito es el de determinar los criterios y condiciones que, al interior de la Fiscalía, propicien un desempeño más eficiente de los fiscales en sus funciones de investigación y acusación*".

Ahora bien, obsérvese que el canon 518 del CPP incluye al sentenciado, esto es, al condenado penalmente, con decisión ejecutoriada, que es la puerta de entrada para el incidente de reparación integral, como uno de los involucrados en dicho trámite.

En la sentencia C-979 de 2005[662] se expuso que en "*desarrollo de esa cláusula constitucional, el legislador reguló (Arts. 102 a 108 Ley 906/04) este mecanismo de justicia restaurativa que se inserta dentro de los cambios que el nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento procesal penal introduce sobre la posición de la víctima*

---

660 Los incisos primero y segundo del canon 522 de dicha norma fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-591 de 9 junio de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

661 Magistrado ponente, Jaime Córdoba Triviño

662 Magistrado ponente, Jaime Córdoba Triviño

dentro del proceso, la cual abandona su condición de parte para convertirse en un interviniente dentro de la actuación" y que el incidente de reparación integral es el "*escenario central para la garantía de sus derechos de reparación integral y adecuada*".

MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA (ART. 521 SAP)		
Conciliación pre procesal(Art. 522 SAP)	Conciliación en el incidente de reparación integral (Arts. 102-108)	La mediación (Art. 523). Reglamento del FGN (C-979 de 2005)Ley 23 de 1991 y Ley 640 de 2001

4. TRÁMITE POR JUEZ PENAL EN AUDIENCIAS Y NORMAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

4.1 Integracion Normativa y Aplicación del Codigo General del Proceso en el Incidente de Reparacion Integral de Perjuicios

El incidente de reparación integral es una especie de trámite civil a través del sistema de audiencias orales que se realiza y practica ante un Juez del Sistema Acusatorio Penal. Según el Art. 3º del CGP, las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, "*salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva*".

Dicho incidente escapa a la razón de ser del proceso penal, "*pues solamente regula una extensión del fuero del juez penal para decidir un asunto exclusivamente civil, derivado eso sí, del delito como fuente de la obligación civil*"[663].

La regla técnica de la oralidad fue elevada a categoría de principio que debe imperar en todos los procedimientos (Sentencia C-713 de 15 julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández), y esa es la razón por la cual en la Ley 1564 de 12 julio de 2012 o Código General del Proceso (CGP) en su Art. 3° se consagró que "*Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva*".

El incidente de reparación integral de la Ley 906 de 2004 sigue entonces el modelo de la oralidad[664].

663 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de 18 enero de 2012, Rad. 36.841, M.P. José Luis Barceló Camacho.

664 María Cecilia Mesa Calle, El incidente de reparación integral, Temas Procesales. Segundo semestre 2011, N° 27, Librería Jurídica Comlibros, pp.135-155.

Se puede decir en forma muy gráfica que el Juez Penal se "*convierte*" en Juez Civil pues el Juez Penal que dictó la sentencia penal de condena aplica ahora en un trámite de audiencias, cuando las normas del sistema procesal penal acusatorio son incompatibles, el Código de Procedimiento Civil todavía vigente, y en forma gradual, las normas pertinentes de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso[665].

Se aplican las normas procesales civiles pues son las más compatibles con la naturaleza jurídica del incidente de reparación integral de perjuicios en la medida que esencialmente es el desarrollo de una acción y pretensión civil *ius privatista*. A ese ordenamiento jurídico se llega por virtud del Art. 25 de la Ley 906 de 2006, esto es, por integración normativa. Así ya lo concluyó la Corte en su Sala Penal a través de sentencia con radicación 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Los argumentos para colegir que el Juez Penal aplica esencialmente las normas procesales del Código General del Proceso, son los siguientes:

En primer lugar, la reforma constitucional mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 fue para el ejercicio de la acción penal en la investigación de delitos (Art. 250 C. Pol.). No se reformó la Carta para el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal.

Es más, desde la sentencia C-873 de 30 septiembre de 2003 con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en sentencia C-591 de 9 junio de 2005 con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional expresó que el Acto Legislativo 03 de 2002 supone una modificación considerable en la enunciación de las funciones propias de la Fiscalía General de la Nación, y resalta que el primer párrafo del nuevo artículo 250 Superior hace uso de diferentes categorías jurídicas cuyo alcance precisará el Legislador; entre ellas son especialmente relevantes las siguientes nociones constitucionales:

(i) ejercicio de la acción penal,

(ii) investigación de los hechos que revistan las características de un delito,

(iii) persecución penal,

(iv) suspensión de la persecución penal,

(v) interrupción de la persecución penal,

(vi) renuncia a la persecución penal,

665 Vigencia gradual en los términos del Art. 627 del CGP.

(vii) principio de oportunidad,

(viii) control de legalidad, y

(ix) control de garantías.

En segundo lugar, la Ley 906 de 2004 desarrolla el sistema acusatorio penal; no obstante consagró a modo de incidente la reclamación civil pero una vez dictada la sentencia de condena, es decir, finalizado el ejercicio de la acción penal. Es más, con la reforma de la Ley 1395 de 12 julio de 2010, se requiere la ejecutoria de la sentencia de condena penal para poder iniciar el incidente de reparación integral.

En tercer lugar, con el desarrollo jurisprudencial anterior a Ley 1395 de 12 julio de 2010, el incidente de reparación integral se podía iniciar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de condena ante el Juez de primer grado.

En tal sentido se tiene la siguiente línea jurisprudencial: Rad. 30.237 de 19-02-09; Rad. 30.319 de 04-03-09; Rad. 30.242 de 11-03-09; Rad. 32.243 de 11-11-09 y Auto Rad. 32.822 de 03-12-09, entre otras.

Es decir, que a través de interpretación jurisprudencial se podía iniciar el incidente una vez ejecutoriada la sentencia de condena.

En cuarto lugar, el incidente termina mediante sentencia según el canon 105 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 88 de la Ley 1395 de 2010, contra dicha sentencia procede apelación y contra la decisión *ad quem*, casación.

Las causales y cuantía de la casación en contra de la sentencia del incidente de reparación integral son las propias del Código de Procedimiento Civil y ahora del Código General del Proceso en sus Arts. 333 a 351, esto es, las propias de la acción civil según el numeral 4° del Art. 181 del CPP[666]. Es decir, se interpone casación con causales civiles contra una sentencia de carácter civil como es la dictada en el incidente de reparación integral, luego de un debido proceso jurisdiccional eminentemente civil tramitado en audiencias orales por un Juez Penal del sistema acusatorio. La cuantía para recurrir en casación es una suma superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv), de conformidad con el Art. 338 del CGP.

[666] Sobre el tema, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 8.905 de 30 julio de 1996, M.P. Ricardo Calvete Rangel y Auto Rad. 19.237 de 9 mayo de 2002, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

En quinto lugar, en el incidente de reparación integral no se discute responsabilidad penal, pues el ejercicio de la acción penal ya terminó, se discute es responsabilidad civil. De otra parte, ni en la investigación penal ni en el juicio oral se debate responsabilidad civil derivada del ilícito; la responsabilidad civil se debate en el incidente de reparación integral[667].

Las pruebas del incidente de reparación integral no son para coadyuvar, ni para fortalecer ni para infirmar o controvertir las pruebas de la responsabilidad penal[668].

En sexto lugar, la ritualidad de pruebas sigue el trámite del procedimiento civil y no el penal, pues según el Art. 372 de la Ley 906 de 2004:

> Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la ***responsabilidad penal del acusado***, como autor o partícipe (se subraya).

En el incidente de reparación integral no se discute responsabilidad penal ya que la misma fue definida en la sentencia de condena que, entre otras cosas, ya está debida y materialmente ejecutoriada (Art. 102 CPP, modificado por el Art. 86 Ley 1395 de 2010).

El fundamento de las pruebas debe ser entonces el canon 164 del CGP, que expresa: "*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*".

Así que el régimen probatorio del incidente de reparación integral será el indicado en la Sección Tercera del Código General del Proceso, innominado "*Régimen Probatorio*".

En séptimo lugar, con la reforma de la Ley 1395 de 12 julio de 2010 se profieren entonces dos sentencias, una sentencia penal y una sentencia civil. En efecto, el Art. 105 CPP, modificado por Art. 88 Ley 1395 de 2010, dispone:

> "En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia".

Cada sentencia, se reitera, es susceptible del recurso de apelación y de casación.

---

667 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

668 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 31.676 de 6 mayo de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Las causales de casación son las del procedimiento penal para la sentencia penal (Art. 181 CPP); y serán las causales del Código General del Proceso (Art. 336 CGP) para la sentencia del incidente de reparación integral.

Es que, como se había dicho para el sistema mixto inquisitivo, el "*tercero civilmente responsable está legitimado para pretender la casación. Si lo hace exclusivamente respecto de la indemnización de los perjuicios, con independencia de la cantidad punitiva, debe sujetarse a las causales y a la cuantía prevista en materia de casación civil. Si lo hace tanto frente al tema penal como al civil, le corresponde realizarlo en capítulos separados y, tanto en uno como en otro caso, cumpliendo con las exigencias señaladas en los literales anteriores*"[669].

En fin, de todas maneras, una vez entre en vigor las normas del Código General del Proceso de la Ley 1564 de 2012 entonces con mayor razón, *a fortiori*, se seguirá el trámite de dicha ley, cuando corresponda, pero en audiencias.

4.2 Integración Normativa y Aplicación de la Ley 600 de 2000 en la fase de Ejecucion Penal

El Libro IV de la Ley 906 de 2004 denominado "*Ejecución de sentencias*" trata de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad. Se expresa por el canon 459 que la ejecución de la sanción penal corresponde "*a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad*".

El canon 464 Ley 906 de 2004 indica que los aspectos relacionados con la ejecución de la pena y no regulados en la ley procesal se regirán por las normas del Código Penal y el Código Penitenciario y Carcelario.

Ni el Código Penal ni el Código Penitenciario y Carcelario indican la forma en que se deben decidir las peticiones ni el trámite de los recursos contra las decisiones de los Jueces de Ejecución Penal, proferidos una vez ejecutoriada la sentencia penal de condena, así que se debe acudir al artículo 25 de la Ley 906 de 2004 ("*integración*").

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha concluido que las disposiciones sobre ejecución de la pena no muestran la construcción de una institución propia del sistema de la oralidad y que su trámite es escritural.

669 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 19.237 de 9 mayo de 2002, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

Así por ejemplo en auto con Rad. 24.959 de 16 de marzo de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla, se indicó:

> "[d]icho precepto, por integrar el proceso de ejecución de la pena, no hace parte del nuevo modelo de investigación y juzgamiento establecido en dicho Estatuto, e involucra tan sólo un asunto de competencia con posterioridad a la normativamente establecida para la investigación y juzgamiento, que no compromete para nada garantías fundamentales del sentenciado aforado constitucional o legal, y si, por el contrario, como ha visto en los precedentes aquí mencionados, le reporta mayores ventajas, es de concluirse que resulta de aplicación inmediata por haber derogado tácitamente la disposición sobre dicha temática contenida en el artículo 79 de la ley 600 de 2000".

Posición reiterada en auto de colisión de competencias con Rad. 26.582 de febrero 1° de 2007, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Posteriormente, en decisión con Rad. 27.182 de 11 abril de 2007, M.P. Marina Pulido de Barón, precisó la alta Corporación: "Y porque en "*relación con la ritualidad, el régimen de ejecución y vigilancia de la pena, en uno y otro procedimiento agota trámites escriturales símiles*" (…)".

No hay duda entonces que en la actualidad está vigente la Ley 600 de 2000, esto es, el Código de Procedimiento Penal de tendencia mixta inquisitiva. Así se recordó por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto de 7 julio del año 2008, dentro del proceso radicado N° 29.424, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, donde se dijo:

> "A este respecto debe precisarse que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal de 2004, por virtud del principio de integración, en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el citado estatuto, son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil "*y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal*".
>
> "No sobra advertir, asimismo, que el estatuto procesal penal de que trata la Ley 600 de 2000, no sólo se encuentra vigente, sino que rige los precisos eventos a que se alude en el nuevo Código de la materia, entre otros, "*los casos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución Política*", conforme así lo dispone de modo expreso el artículo 533 de la Ley 906 de 2004".

Posteriormente la Sala de Casación Penal en auto de 8 octubre de 2008, radicado N° 30.107, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, dijo:

> "Tal hecho no es nuevo y fue expresamente considerado en la decisión cuestionada, advirtiendo que acerca de la suspensión de términos en materia penal el legislador en la Ley 906 de 2004 había guardado silencio, entendiendo la Sala que ello se debió no a un descuido "sino a la naturaleza de la actuación procesal, en la que son preponderantes y de inexcusable observancia los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración para dinamizar y hacer efectivo el mandato Constitucional de una pronta y cumplida justicia, no solo para el procesado, sino también para las víctimas".
>
> "Y que ante la necesidad de dirimir algún conflicto acerca de ese tema, no podía acudirse a la legislación civil, por reñir con la naturaleza del sistema oral implantado con aquella legislación, se precisa ahora, sino que debía acudirse a lo normado en el coexistente ordenamiento procesal penal, esto es, en la Ley 600 de 2000, codificación que en su artículo 166 prevé que "Se suspenderán los términos cuando no haya despacho al público por fuerza mayor o caso fortuito / En la etapa de juzgamiento se suspenden durante los días sábados, domingos, festivos, de semana santa y vacaciones colectivas", destacando a renglón seguido que esa suspensión de términos por el cambio del secretario de la Sala Penal del Tribunal no constituía una circunstancia excepcional de fuerza mayor o caso fortuito en los términos que lo exige la norma invocada".

Finalmente, la Corporación en lo penal expresó en sentencia de tutela T-62.211 de 23 agosto de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho que "*no admite discusión como bien lo precisara el Tribunal al afirmar que la oralidad se impone solo en las etapas procesales y pre-procesales*" y agregó que en la fase de ejecución de la pena se aplica la Ley 600 de 2000 por integración normativa según el canon 25 de la Ley 906 de 2004

Finalmente, en esta fase no interviene la Fiscalía General de la Nación toda vez que no hay ejercicio de la acción penal (Art. 250 Carta Fundamental). La actuación de la Fiscalía culmina con la ejecutoria de la sentencia penal.

Sin embargo la Fiscalía puede actuar posteriormente pero en el proceso de revisión que es precisamente un ataque a la sentencia para que resurja nuevamente la acción penal (Arts. 192-199 CPP). Es que la revisión "*es un proceso para enmendar las decisiones definitivas que contrarían al deber de administrar justicia, a pesar de encontrarse ejecutoriadas, siempre y cuando se demuestre la ocurrencia de una o varias*

de las causales expresamente señaladas con tal fin, para así derruir la presunción de acierto que las cobija"[670].

Esta es la razón por la cual la Fiscalía no es parte en los trámites ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En conclusión, en tema de ejecución de la pena no se sigue el régimen exclusivo de la oralidad, y por el contrario, se impone el trámite escritural de la Ley 600 de 2000.

INTEGRACION NORMATIVA DEL ART. 25 DE LA LEY 906 DE 2004	
Incidente de Reparación Integral	**Fase de ejecución de la sanción penal**
Es un trámite de audiencias orales. Los vacíos se llenan preferentemente con las normas del Código General del Proceso.	Exclusivamente se aplica el régimen escritural de la Ley 600 de 2000. La Fiscalía General de la Nación no es parte procesal.

5. NATURALEZA JURÍDICA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL DE LA LEY 906 DE 2004

El ejercicio del incidente de reparación integral consagrado en los artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004 con las importantes modificaciones de la Ley 1395 de 12 julio de 2010 (Descongestión Judicial), se inicia una vez ejecutoriada materialmente la sentencia de condena penal según el canon 106 *ib*.

De allí entonces se puede colegir como naturaleza jurídica del incidente de reparación integral que es una acción luego de culminado el proceso penal y con unas características particulares importantes como pasará a explicarse.

Es un trámite de reclamación civil que se presenta una vez culminado el proceso penal, sea que éste termine por la vía ordinaria o anticipadamente a través de los mecanismos de justicia premial (allanamiento a cargos o negociación).

Es pues, una acción civil posterior al proceso penal.

670 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia Rad. 1100102030002003-00164-01 de 5 diciembre de 2012, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Esa acción civil se presenta al final del proceso penal y ante el mismo Juez de conocimiento penal de primera instancia.

También el incidente de reparación integral se puede instaurar para la reclamación de cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia como se dijo por la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez:

> "[…] si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional".

En el incidente de reparación integral no se discute en todo caso responsabilidad penal, pues dicho aspecto ya fue decidido mediante sentencia que para este momento debe estar ejecutoriada materialmente[671]. El legislador quiso separar las responsabilidades penal y civil. Esa ostensible separación de objetos lleva a diferenciar los correspondientes trámites para su reclamación y demostración: penal uno, civil el otro.

El trámite o procedimiento del incidente de reparación integral es especial según los Arts. 102 a 108 de Ley 906 de 2004 que brinda pautas generales, pero los vacíos se llenan con el Código de Procedimiento Civil[672], y cuando sea del caso, con las normas del Código General del Proceso de conformidad con su vigencia gradual.

Si bien es cierto que el incidente de reparación integral es separado del proceso penal, no es absolutamente independiente, tanto que la petición de inicio no se somete a reparto sino que se dirige directamente al Juez Penal de Conocimiento de primera instancia. Realmente podemos hablar de continuidad entre los trámites penal y de la acción civil del incidente de reparación integral.

Es que no se puede hablar de una separación tajante y absoluta entre el trámite especial del incidente de reparación y las normas procesales penales, pues algunas de sus disposiciones procedimentales se deberán aplicar al incidente, como garantía del debido proceso, mientras que otros vacíos se llenarán preferentemente con el

671 Corte Constitucional, Sentencias C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

672 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Código de Procedimiento Civil y ahora con el Código General del Proceso, según se ha dicho; así mismo, algunas pruebas del proceso penal podrán servir al incidente de reparación integral sin que sea necesaria su repetición, como por ejemplo, la demostración de la muerte o las lesiones personales y sus secuelas, el parentesco, etc.

En efecto, no se puede absolver en el incidente, por ejemplo, porque el solicitante no demostró la muerte, a través de prueba documental, cuando se trata precisamente de un delito de homicidio; o porque el demandante no demostró documentalmente el parentesco cuando se condenó por actos sexuales abusivos e incesto; o porque el peticionario no demostró la entidad de las lesiones y la incapacidad cuando se trata de un delito de lesiones personales y tales aspectos fueron allí cabalmente demostrados por perito de medicina legal o fue una prueba objeto de estipulación. Es que esas pruebas se tuvieron en cuenta en el proceso penal y no es menester su repetición en el incidente; igualmente, no es necesario que en el incidente los abogados apoderados judiciales reciban nuevos poderes para actuar, pues ya su personería fue reconocida en el proceso penal y el apoderamiento no ha terminado en los términos del Art. 76 del CGP, etc.

Sobre este punto en particular volveremos más adelante.

Antes de la reforma introducida por la Ley 1395 de 2010 había expresado la Sala Penal de la Corte:

> "La circunstancia de que la perito del Instituto de Medicina Legal GCZC declarara en el juicio oral y no lo hiciera en el incidente de reparación integral, no es motivo constitucional ni legal para que su dictamen sea excluido de la valoración como lo planteó el Ministerio Público, pues para el evento no constituye prueba ilícita ni ilegal, y sus contenidos fácticos son conducentes y pertinentes a efectos de evidenciar las secuelas y perturbaciones que dejaron las lesiones recibidas en la humanidad de RSBP"[673].

El incidente de reparación integral, como se ha dicho, debe someterse al trámite de audiencias orales[674].

Es un trámite procesal dispositivo en el sentido de que el interesado tiene la opción de iniciarlo o no, salvo los casos expresamente indicados en la ley para la defensa de

673 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 33.833 de 25 agosto de 2010, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

674 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 26 septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

niños, niñas y adolescentes, pues en dichas situaciones puede llegar a ser de inicio e impulso oficioso (Art. 197 CIA).

También es acción disponible en el sentido de que, por su carácter patrimonial se puede conciliar o transigir o desistir de las pretensiones, salvo disposición legal en contrario para la defensa de niños, niñas y adolescentes. En principio, entonces, las partes pueden conciliar, transigir y desistir de sus pretensiones pues se trata de una reclamación civil patrimonial o pecuniaria y por tanto disponible, sin que pueda haber oposición del juez de conocimiento, pero el Juez de Conocimiento debe prestar especial atención cuando se trate de conciliación o transacción o desistimiento de pretensiones en los eventos en que se involucren intereses de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos cometidos por un adulto (Art.197 CIA); de todas maneras, la Corte Constitucional ha advertido este especial deber en la sentencia T-794 de 27 septiembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Con respecto a la víctima, que conserva dicha denominación en el incidente de reparación, se debe aclarar que no requiere su reconocimiento previo y formal como tal durante las audiencias anteriores a la sentencia de condena penal, es decir, que la víctima tiene legitimación no obstante su ausencia durante el proceso penal.

El reconocimiento como víctima en el proceso penal (Art. 340 CPP) y en el incidente de reparación integral (Art. 103.2 CPP, modificado por el Art. 87 Ley 1395 de 2010), significa que tiene legitimidad procesal para actuar en el trámite correspondiente, de tal forma que el reconocido y no otras víctimas, podrá presentar pruebas, podrá presentar peticiones, podrá impugnar la sentencia, etc., es decir, ejercer actos procesales propios de interviniente en el proceso penal y de parte en el incidente de reparación integral.

El reconocimiento judicial de una determinada víctima no excluye la presencia de otras víctimas; pues al fin y al cabo se es víctima sin necesidad de declaración judicial.

NATURALEZA JURIDICA DEL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL **Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13-04-11**	
1.	Es acción dispositiva, pues se tiene la opción de iniciarla o no iniciarla, salvo norma legal expresa en contrario (*vr. gr.* NNA víctimas de delitos cometidos por adultos, Art. 197 CIA)
2.	Es acción disponible, pues se puede conciliar, transigir y desistir. El funcionario judicial debe prestar especial atención cuando se trate de intereses de NNA (T-794 de 2007)
3.	Es acción separada y posterior al proceso penal

NATURALEZA JURIDICA DEL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13-04-11	
4.	Es acción civil al final del proceso penal
5.	Su objeto es indemnizatorio (civil). En dicho trámite no se discute responsabilidad penal (Corte Constitucional. Sentencias C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)
6.	Su trámite o procedimiento es especial según los Arts. 102 a 108 Ley 906 de 2004 que brinda pautas generales, pero los vacíos se llenan con las normas del Código de Procedimiento Civil y ahora del Código General del Proceso

5.1 Sobre la Prueba del Parentesco

Se han presentado eventos en que en el incidente de reparación integral por el delito de homicidio, el demandante no allega las pruebas documentales sobre el parentesco o sobre el matrimonio o sobre la unión marital de hecho, etc.

Algunos funcionarios se inclinan por absolver y despachar desfavorablemente las pretensiones del actor porque no demostró precisamente el parentesco con el obitado.

Esta decisión es incorrecta, como ya se adelantó, pero se adicionan otros argumentos.

Existe una regla de carácter legal en el sentido de que el estado civil se prueba (únicamente) mediante el registro civil[675]. También es cierto que la carga de la prueba incumbe al actor[676]. Entonces, la prueba del parentesco incumbe al demandante.

De otra parte, no se debe pasar por alto que hay una relevancia constitucional para el decreto de pruebas de oficio en el proceso civil y, por lo mismo ahora para el incidente de reparación integral de perjuicios. Entonces, si no se ordena de oficio una prueba relevante para la decisión correcta del proceso se puede incurrir en defecto fáctico procedimental por exceso ritual manifiesto.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede presentarse defecto fáctico en dos dimensiones, así:

675 Artículos 100 a 109 del Decreto 1260 de 1970

676 Artículo 177 del CPC y Artículo 167 CGP: "*Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"

i. En su vertiente positiva[677] cuando por ejemplo se hace por el Juez una *valoración por completo equivocada*, o en la *fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello*. Si bien es cierto, el juez debe apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, en todo caso debe hacerse de acuerdo con criterios racionales y objetivos (Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994) y dentro del margen propio de la independencia judicial (Sentencias T-055 de 1997 y T-008 de 1998).

ii. En su vertiente o dimensión negativa[678], que es cuando se presenta una *omisión en la valoración de una prueba determinante*, o se omite el *decreto de pruebas de carácter esencial*[679] para la solución del caso.

El defecto procedimental se puede presentar además por un exceso ritual manifiesto que lleva al juzgador a obstaculizar la efectividad de los derechos constitucionales por motivos meramente formales.

El concepto de "*exceso ritual manifiesto*" se inicia con la sentencia C-029 de 1995 relativa a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales, se afianza en la sentencia T-1306 de 2001 y se reitera en las sentencias SU-159 de 2002, T-973 de 2004, C-590 de 2005 y T-737 de 2007, entre otras.

La Corte Constitucional ha encontrado que puede presentarse un defecto procedimental en la sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas, se aparta de sus obligaciones de: (i) impartir justicia, (ii) buscar que las sentencias se basen en una *verdad judicial* que se acerque lo más posible a la *verdad real*, (iii) garantizar la efectividad de los derechos constitucionales y (iv) evitar pronunciamientos inhibitorios que trunquen la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia[680] y de los derechos materiales, ya que los procedimientos judiciales son *medios* para alcanzar la efectividad del derecho y no *fines en sí mismos* (Sentencia T-264 de 2009).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación Constitucional, "*un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando un funcionario utiliza o*

677 Cfr. Sentencias SU-159 de 2002, T-538 de 1994 y T-061 de 2007.

678 Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-239 de 1996 y SU–159 de 2002, T-244 de 1997.

679 Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

680 La Corte ha señalado que el derecho al acceso de la administración de justicia, supone la garantía de obtener respuestas definitivas a las controversias planteadas, así que los jueces se encuentran obligados adoptar todas las medidas pertinentes para evitar los pronunciamientos inhibitorios, bien sea de forma manifiesta, o de forma implícita, cuando una decisión es solo en apariencia de mérito. Cfr. Sentencias T-134 de 2004 y T-1017 de 1999.

concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia"[681].

Tanto para la Corte Constitucional como para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es claro que el decreto oficioso de pruebas no es una atribución o facultad potestativa del juez sino que es un verdadero deber legal que se impone al Juez como garante de derechos materiales[682].

Si el juez encuentra que para tomar la decisión de fondo requiere la prueba del parentesco entonces debe decretarla de oficio, y si así no lo hace entonces se presenta una irregularidad procesal que tiene incidencia directa en la sentencia final que puede resultar vulneradora de derechos fundamentales; además, la legitimidad para actuar no es un simple requisito formal del proceso, sino un elemento inherente a la titularidad del derecho de acción y contradicción, es un presupuesto de la pretensión que debe ser analizado de oficio por el Juez (Sentencia T-264 de 2009), razón adicional para decretar la prueba de oficio.

Esta es la conclusión a la cual llegó la Corte Constitucional en la sentencia T-264 de 2009 en la que precisamente anuló el fallo de segunda instancia y ordena la apertura de un espacio para el decreto de pruebas sobre el parentesco.

5.2 Incidente de Reparación y Artículo 16 de la Ley 446 de 1998

Uno de los objetos del incidente es el indemnizatorio, que puede ser de carácter civil restitutorio o resarcitorio, en cuyo caso procede la aplicación de los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 para su establecimiento, el cual expresa:

> "***Valoración de daños***.- Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

La Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre el aparte "*de reparación integral*" de este artículo por las razones expuestas en la sentencia C-965 de 21 octubre de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. El artículo en mención fue declarado

681 Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 3 abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

682 Corte Constitucional, Sentencias C-159 de 2007 y T-264 de 2009, y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencias de 12 febrero de 1977, 26 de octubre de 1988 y 8 de noviembre de 2000.

exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-487 de 4 mayo de 2000, M.P Antonio Barrera Carbonell, en cuanto su contenido normativo no viola el principio de unidad de materia. Igualmente, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-114 de 24 febrero de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz, "*en cuanto su contenido no corresponde a la reserva de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*".

La norma en comentario, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-487 de 4 mayo de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, busca un objetivo común en el sistema procesal colombiano, que no es otro que la realización y la materialización de la justicia.

Sobre el tema también ha comentado el Consejo de Estado[683] que al margen de que la persona sea la titular del derecho subjetivo (en escenarios del derecho fundamental gravemente conculcado) y que sea la parte demandante quien depreque la respectiva forma de reparación del daño en la demanda, es posible que el juez en aras de la garantía y amparo del núcleo del derecho afectado proceda a decretar, de oficio, medidas de justicia restaurativa que garanticen la idónea y correcta aplicación del principio de reparación integral en los términos del Art. 16 de la ley 446 de 1998, y, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, según el Consejo de Estado, otras específicas tales como: pedir excusas por el daño causado, ordenar tratamientos psicológicos o psiquiátricos a favor de las víctimas, decretar obligaciones de dar, de hacer o no hacer, ordenar la apertura de investigaciones para esclarecer la verdad de los hechos, entre muchas otras órdenes[684], que *mutatis mutandi* también se puede aplicar al ámbito de la justicia ordinaria.

6. CITACIONES, NOTIFICACIONES Y COMPARECENCIA

Expresa el apartado final del canon 104 de la Ley 906 de 2004 que: "*Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente*"[685].

El mencionado artículo 104 del CPP, como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-717 de 23 agosto de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en ningún momento,

683 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna N° 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

684 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 36912, M.P. Enrique Gil Botero.

685 Precisamente estas expresiones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional por sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

regula la forma cómo se adelanta la citación, entre otros, del tercero civilmente responsable, ni tampoco prevé si como consecuencia de la misma, es necesario que el citado sujeto asista a la audiencia de pruebas y alegaciones acompañado de abogado. Esas precisas determinaciones legales, en el campo del derecho procesal penal, se encuentran previstas, por una parte, en los artículos 171 y 173 de la Ley 906 de 2004, que regulan el instituto procesal de las *"citaciones"*[686], y por la otra, en el artículo 25 del mismo estatuto legal, el cual establece como forma de integrar los eventuales vacíos que se presenten al momento de aplicar la ley procesal penal, la posibilidad de acudir a las disposiciones que no se opongan a su naturaleza, consagradas en el Código de Procedimiento Civil y ahora al Código General del Proceso[687]. Es precisamente en el mencionado régimen procesal, en donde se reglamenta la asistencia profesional y técnica que consagra a favor de aquellas personas que a pesar de ser debidamente citadas, omiten la obligación de acudir en los términos legales ante las autoridades judiciales que las requieren.

La citación se debe hacer según el Art. 172 de la Ley 906 de 2004, que expresa:

> Artículo 172. **Forma**. Las citaciones se harán por orden del juez en la providencia que así lo disponga, y serán tramitadas por secretaría. A este efecto podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación.
>
> El juez podrá disponer el empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial para el cumplimiento de las citaciones.

Esta forma de citación es la que se impone en el incidente de reparación integral.

La Ley 906 de 2004 distingue entre citaciones y notificaciones.

Las citaciones proceden cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial.

---

686 Disponen las normas en cita: "Artículo 171. **Citaciones. Procedencia**. *Cuando se convoque a la celebración de una audiencia o deba adelantarse un trámite especial, deberá citarse oportunamente a las partes, testigos, peritos y demás personas que deban intervenir en la actuación. // la citación para que los intervinientes comparezcan a la audiencia preliminar deberá ser ordenado por el juez de control de garantías". "Artículo 173. Contenido. La citación debe indicar la clase de diligencia para la cual se le requiere y si debe asistir acompañado de abogado. De ser factible se determinará la clase de delito, fecha de la comisión, víctima del mismo y número de radicación de la actuación a la cual corresponde*"

687 Al respecto, la disposición en referencia, señala: "Artículo 25. **Integración**. *En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamiento procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal*"

La notificación es de providencias judiciales que, por regla general, se surte en estrados (Art. 169 CPP); de manera excepcional procederá "*la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes*" (Art. 169.2 CPP).

La ley prevé la forma de realizar la citación, siempre ordenadas por el Juez en la providencia que así lo disponga, poniendo el acento en que "*podrán utilizarse los medios técnicos más expeditos posibles y se guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación*[688]".

En la citación deberá especificarse la clase de diligencia para la cual se requiere a la persona, se le deberá explicar que es para audiencia de incidente de reparación integral, si debe acudir con apoderado judicial, la clase de delito por la cual se profirió condena, la fecha de comisión del mismo y el nombre de la víctima, fecha de la sentencia de condena ejecutoriada, peticionario o demandante en el incidente de reparación integral; lugar, juzgado, fecha y hora de la diligencia, etc.

La citación debe ser completa e inequívoca como se dijo en la sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P., Humberto Antonio Sierra Porto, y se "*guardará especial cuidado de que los intervinientes sean oportuna y verazmente informados de la existencia de la citación*" (Art. 172.1 CPP).

La citación inadecuada o irregular o dirigida a la dirección que no corresponda por supuesto que es infracción del debido proceso que puede dar lugar a la nulitación de lo actuado[689]. Debe haber pues una adecuada citación de partes e intervinientes, so pena de nulidad, así aparentemente no tengan interés jurídico en el trámite[690].

De todas formas, si no se puede comparecer a las fechas fijadas por el juez de conocimiento, las partes pueden solicitar el aplazamiento de conformidad con el parágrafo 2º-1 del Art. 101 del CPC, modificado por el Art. 1° modificación 51 del Decreto 2282 de 1989, con la condiciones y consecuencias que dicha norma expresa; disposición concordante con el actual Art. 372-3 del Código General del Proceso.

688 Art. 172.1 CPP.

689 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 29.258 de 22 agosto de 2008, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

690 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 33.975 de 11 agosto de 2011, M.P. Alfredo Gómez Quintero, que *mutatis mutandi*, se puede aplicar en el trámite de incidente de reparación en especial cuando se trata de la primera citación toda vez que los citados quedarán vinculados al resultado del incidente.

SOLICITUD DE APLAZAMIENTO DE AUDIENCIAS	
Parágrafo 2º-1 del Art. 101 del CPC, modificado por el Art. 1° modificación 51 del Decreto 2282 de 1989	Art. 372 numeral 3° del CGP
"1. Si antes de la hora señalada para la audiencia, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará el quinto día siguiente para celebrarla, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. Cuando en la segunda oportunidad se presente prueba de que existe fuerza mayor para que una de las partes pueda comparecer en la nueva fecha, o de que se encuentra domiciliada en el exterior, ésta se celebrará con su apoderado, quien tendrá facultad para conciliar, admitir hechos y desistir"	"La inasistencia de las partes o de sus apoderados a esta audiencia, por hechos anteriores a la misma, sólo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa. "Si la parte y su apoderado o sólo la parte se excusan con anterioridad a la audiencia y el juez acepta la justificación, se fijará nueva fecha y hora para su celebración, mediante auto que no tendrá recursos. La audiencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento"

Aunque tampoco hay obstáculo alguno para que se acuda al canon 158 del CPP sobre "*prórroga de términos*" y también al artículo 159 sobre "*término judicial*" que en todo caso no puede exceder de cinco días.

7. CONDICIóN DE VALIDEZ DE LAS AUDIENCIAS ORALES

7.1 Condiciones para la Validez de las Audiencias del Sistema Acusatorio Penal

Por supuesto que para la validez y existencia de toda audiencia judicial se requiere la presencia de su Director natural que es el juez, pues es dicho funcionario quien preside la audiencia oral (Art. 107-1 CGP).

La ausencia del juez "*genera la nulidad de la respectiva actuación*" (Art. 107-1 CGP y Art. 25 CPP). El Juez entonces debe estar presente en todas las audiencias orales.

La Ley 906 de 2004 reglamenta expresamente la presencia de las partes para la realización de algunas audiencias.

En efecto,

> Expresa el Art. 155 SAP, como regla general, que "*Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria*". La excepción son las audiencias de carácter

reservado que requieren la presencia únicamente de la parte interesada (Art. 155.2 CPP). Debe resaltarse que el juez de control de garantías tiene competencia para integrar el contradictorio en todas las audiencias preliminares en las que se discuta sobre injerencias en derechos fundamentales, según lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2009.

La audiencia de imputación se preside por el Juez con la presencia de la Fiscalía y del defensor e imputado privado de la libertad (Arts. 286 y 289 mod. Art. 18 Ley 1142 de 2007 CPP). No es obligatoria la presencia del imputado cuando se le declara en contumacia o persona ausente, o bien cuando manifiesta su deseo expreso de no concurrir a la audiencia no obstante su privación de libertad.

Para la validez de la audiencia de acusación, según el inciso 3º del Art. 339 del CPP, se requiere la presencia del "*fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado*".

La audiencia preparatoria exige como condición de validez la presencia del fiscal y del defensor, según la parte final del Art. 355 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el juicio oral requiere la presencia de las partes, esto es, de la Fiscalía y del defensor e imputado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado (Art. 366 CPP, concordante Art. 339.3 *ib.*). La presencia del acusado no es presupuesto de validez del juicio oral (Corte Suprema de Justicia, Sala Pena. Auto Rad. 31.775 de 14 septiembre de 2009).

Si para una determinada audiencia en el proceso penal de las ya vistas se exige la presencia de determinada parte y la misma no se encuentra presente, entonces simplemente no se puede iniciar como tampoco se puede iniciar para luego suspenderla, sin perjuicio de las constancias de rigor, el ejercicio de los poderes y medidas correccionales, y las investigaciones a que haya lugar. Sobre dicha ilegal práctica la alta corporación de cierre en la jurisdicción común expresó: "*Por lo demás, tampoco se muestra justificable que, a sabiendas de la imposibilidad de la Fiscal para asistir, decidiera "iniciar" una audiencia, pues esta no ha debido instalarse como que no podía realizarse, en tanto sabía que la parte que la pidió y debía sustentar sus reclamos estaría ausente*"[691].

[691] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 40.128 de 14 noviembre de 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho.

7.2 Condiciones para la Validez de las Audiencias en el Trámite del Incidente de Reparacion Integral

Las audiencias del trámite del incidente de reparación integral deberán ser convocadas y presididas por el Juez Penal de Conocimiento (Art. 107-1 CGP).

Llegado el día y hora exacta señalada para la celebración de la respectiva audiencia el juez instala la audiencia correspondiente y la inicia "*aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes*" según el inciso 3º numeral 1º del Art. 107 del CGP.

Es decir, que en el trámite del IRI, a diferencia del proceso penal acusatorio, no se requiere de la presencia del imputado ni de su abogado defensor, ni mucho menos de la Fiscalía en los casos en que interviene a instancia de la víctima para reclamación no pecuniaria o simbólica; por supuesto, que tampoco se requiere la presencia del agente del ministerio público.

Basta entonces la presencia del Juez o magistrados, en su caso, para iniciar la respectiva audiencia en el IRI, so pena de nulidad de la respectiva actuación (Art. 107-1 CGP).

Sin embargo, especial consideración merece la situación en que el demandante o demandado se encuentre privado de la libertad, lo cual es apenas razonable debido a las especiales condiciones de sujeción del aherrojado.

En estas situaciones es entendible que el demandante o demandado no quiera constituir apoderado judicial sino que no puede conseguirlo o al menos se encuentra en situación desfavorable para hacerlo satisfactoriamente, así que para hacer efectivo el derecho real de acceso a la administración de justicia, en primer lugar, el juez debe requerirlo para la búsqueda de asesoría legal particular o en su caso oficiar a la Defensoría del Pueblo y a los consultorios jurídicos de las Universidades a efectos de la designación de representante legal; en segundo lugar, debe fijar fechas y horas en las cuales el INPEC puede llevar al detenido a las audiencias del IRI, salvo que éste voluntariamente y en forma expresa manifieste su voluntad de no comparecer; en tercer lugar, llegado el día y hora de la audiencia debe esperar al detenido para iniciar la audiencia, pues se repite, el privado de la libertad se encuentra en especiales condiciones de sujeción que es una "*condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta*"[692].

692 Corte Constitucional. Sentencia T-793 de 2008 y Sentencia T-023 de 2010, entre otras.

Sobre el particular, la Corte Constitucional explicó en la sentencia T-023 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, que: "*En este orden de ideas, queda claro que, en relación con las personas privadas de la libertad, las autoridades públicas (i) pueden limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (intimidad, reunión, trabajo, educación, unidad familiar); (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de determinados derechos fundamentales (vida, dignidad humana, debido proceso, habeas data, entre otros); y (iii) el deber positivo, en cabeza del Estado, de asegurar el goce efectivo de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma proceda, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos*".

<table>
<tr><th colspan="2">CONDICIONES PARA LA VALIDEZ DE LAS AUDIENCIAS ORALES</th></tr>
<tr><td colspan="2">El juez debe convocar la audiencia, debe estar presente y presidir todas las audiencias, pues su ausencia genera la nulidad de la respectiva actuación (Art. 107-1 CGP)</td></tr>
<tr><th>EN EL SISTEMA
ACUSATORIO PENAL</th><th>EN EL INCIDENTE DE
REPARACION INTEGRAL</th></tr>
<tr><td>Se exige como condición de validez la presencia de determinados sujetos procesales para algunas audiencias: Art. 155.1, Arts. 286-289, Art. 339.3, Art. 355 y Art. 366, CPP/2004

En estos casos la audiencia ni siquiera debe instalarse (Auto Rad. 40.128 de 14-11-12), sin perjuicio de las constancias de rigor, el ejercicio de los poderes y medidas correccionales, y las investigaciones a que haya lugar.</td><td>No se exige la presencia de determinados sujetos procesales, pues "Las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes" (Inc. 3º, numeral 1º, Art. 107 CGP).

Consideración atenta por parte del Juez merecen los casos donde se advierta una especial condición de sujeción como "condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta"</td></tr>
</table>

8. INICIO DE AUDIENCIA Y DILIGENCIAS

En este trámite es pertinente la aplicación de la norma sobre iniciación de audiencias y diligencias del Código General del Proceso.

La regulación se encuentra en los incisos 3° y 4° del numeral 1° del Artículo 107 del Código General del Proceso y antes en el artículo 123 CPC, modificado por el artículo 1°, numeral 67 del Decreto 2282 de 1989.

INICIO DE AUDIENCIAS Y DILIGENCIAS	
Art. 123 CPC, modificado por el artículo 1°, numeral 67 del Decreto 2282 de 1989	Incisos 3° y 4° del numeral 1° del Artículo 107 del Código General del Proceso
"Las audiencias y diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes, y se procederá a recibir las declaraciones de los testigos, el interrogatorio que se haya formulado por escrito a la parte que esté presente y el reconocimiento por ésta de documentos. Si la parte citada para tales efectos no concurre al iniciarse la hora señalada, se aplicará lo dispuesto en los artículos 210[693] y 274[694]. El juez deberá practicar también cualquier otra prueba que le fuere posible. "Las partes o los apoderados que asistan después de iniciada la audiencia o diligencia, tomarán la actuación en el estado en que se encuentre al momento de su concurrencia".	"Las audiencias o diligencias se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada para ellas, aun cuando ninguna de las partes o sus apoderados se hallen presentes. "Las partes, los terceros intervinientes o sus apoderados que asistan después de iniciada la audiencia o diligencia asumirán la actuación en el estado en que se encuentre al momento de su concurrencia".

Las audiencias entonces se iniciarán en el primer minuto de la hora señalada aun cuando no se encuentren las partes debidamente citadas o sus apoderados judiciales (Art. 107-1.3 CGP); pero se reitera, que consideración atenta por parte del Juez merecen los casos donde se advierta una especial condición de sujeción como "condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta".

De acuerdo con lo establecido en el numeral 19 del Art. 9° del Decreto 3523 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio mantiene, coordina y difunde la hora legal de la República de Colombia. La hora que se difunde por Internet es tomada de los patrones de referencia del Laboratorio de Tiempo y Frecuencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (http://horalegal.sic.gov.co/).

En el incidente de reparación integral no hay reglas de validez para las audiencias como se consagró para el proceso penal oral acusatorio[695], así que no hay obstáculo alguno para que el juez inicie las audiencias en la hora exacta de citación y adopte las consecuencias legales por incomparecencia o inasistencia de las partes.

693 Confesión ficta o presunta.

694 Renuencia del citado y reconocimiento de documento privado.

695 Por ejemplo: Art. 155 CPP para algunas audiencias preliminares; Art. 289 CPP para la audiencia de imputación; Art. 339.3 CPP para la audiencia de acusación; Art. 355 CPP para la audiencia preparatoria y Art. 366 CPP para la audiencia de juicio oral.

Por supuesto que se requiere la presencia del Juez so pena de la nulidad de la respectiva actuación según el Art. 107-1 del CGP, que expresa: "*Toda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación*".

Además, los "*intervinientes y sucesores de que trata este Código, tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención*" según el Art. 70 del CGP (Art. 62 del CPC), que es lo que se conoce como principio de "*irreversibilidad del proceso*", el cual es aplicable al incidente de reparación por integración o remisión de conformidad con el Art. 25 del CPP.

9. INASISTENCIA A LAS AUDIENCIAS, SANCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

La falta de comparecencia a las audiencias para las cuales fue citada la persona puede acarrearle consecuencias lamentables.

Expresa el parágrafo del canon 104 de la Ley 906 de 2004:

> **Parágrafo**.- La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.
>
> Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente[696].

Entonces, si la parte solicitante o demandante no comparece a las audiencias de pruebas y alegaciones, que es la audiencia del Art. 104 del CPP, donde se encuentra la disposición en comentario, las consecuencias son las siguientes:

- **Primero**, se declara el desistimiento de las pretensiones.
- **Segundo**, se ordena el archivo de la solicitud o archivo del trámite de incidente de reparación integral, y
- **Tercero**, se condena en costas a la parte solicitante del trámite.

[696] El aparte subrayado fue declarado exequible por sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Ahora bien, si es el condenado penalmente quien no comparece entonces se recibe la prueba ofrecida por los presentes.

Finalmente, si es alguna otra parte vinculada a la actuación y debidamente citada quien no comparece entonces quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

No obstante que la decisión se adopta por auto interlocutorio en audiencia, el interesado que fue citado en debida forma y no compareció, todavía conserva la posibilidad de justificar su inasistencia de conformidad con el inciso 2° del Art. 169 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el Art. 103 parágrafo de la Ley 446 de 7 julio de 1998, artículo incorporado en el Decreto 1818 de 1998, Art. 25, publicado en el Diario Oficial N° 43.380 de 07 de septiembre de 1998, "*Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*".

El mencionado Art. 103 de la Ley 446 de 1998 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-196 de 7 abril de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, y mediante Sentencia C-373 de 26 de mayo de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-196 de 1999.

Expresa el parágrafo del Art. 103 de la Ley 446 de 7 julio de 1998:

> Son causales de justificación de la inasistencia:
>
> 1. Las previstas en los artículos 101 y 168 del Código de Procedimiento Civil.
>
> 2. La fuerza mayor y el caso fortuito, que deberán acreditarse al menos sumariamente dentro de los cinco (5) días siguientes. El auto que resuelve sobre la solicitud de justificación o que imponga una sanción, es apelable en el efecto diferido.

Como hay norma expresa que permite justificar la inasistencia durante los cinco días siguientes, no es necesario acudir al término judicial del Art. 159 de la Ley 906 de 2004; de todas formas, no hay obstáculo alguno para acudir a éste canon en su límite máximo, el cual expresa:

> Art.- 159.- **Término judicial**. El funcionario judicial señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco (5) días.

Este término es más amplio que los tres (3) días que concede el Código General del Proceso en algunas de sus normas, tales como el Art. 204.3, Art. 228, Art. 372.3, entre otros.

No obstante lo dicho, es posible aplicar la norma del Código General del Proceso que expresa que "*Si el citado se excusa con anterioridad a la audiencia, el juez resolverá mediante auto contra el cual no procede ningún recurso*" (Art. 204.3 CGP).

La prueba de la justificación de la inasistencia requiere que sea apenas sumaria del acontecimiento. Esa prueba sumaria puede ser, entre otras, la certificación médica de incapacidad. Precisamente en un caso de ese jaez la Corte Constitucional tuvo oportunidad de decir en la sentencia T-359 de 7 mayo de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería: "*No podía entonces el Tribunal Superior sancionar a TMA si el representante legal de esta sociedad había justificado su inasistencia a la audiencia de conciliación de conformidad con la normatividad vigente. Por lo tanto, no cabe duda de que la Sala Civil demandada ha incurrido en una vía de hecho, pues ha ocasionado un perjuicio de entidad considerable a TMA, al impedirle su acceso a la administración de justicia*".

Ahora bien, la fuerza mayor es definida por el Artículo 64 del Código Civil, como *"el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*". Esta definición reúne los criterios de *imprevisibilidad* e *irresistibilidad* que en principio resultan plausibles para establecer cuándo una persona se enfrenta a circunstancias de fuerza mayor.

En sentencia de 20 de noviembre de 1989 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se indicó que el hecho imprevisible es aquel "*que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia*", y el irresistible aquél "*que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias*". La Corte señaló que la fuerza mayor requería la concurrencia de ambas condiciones (imprevisibilidad e irresistibilidad), razón por la cual aún los ejemplos mencionados por el Código, a saber, "*un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*" podían no ser, en determinados casos, eventos de fuerza mayor: "*[s]i el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito*" (Citada además en la sentencia C-1186 de 3 diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Las expresiones del Código Civil han de interpretarse de manera conforme con la Constitución y en el contexto fáctico de cada caso.

Por ejemplo, indicó la Corte Constitucional en sentencia C-1186 de 3 diciembre de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que la expresión "*apresamiento de enemigos*", tiene una proyección específica a la luz de la Constitución en un contexto de conflicto armado o de violencia, aun localizada. Por eso, la Corte Constitucional ha concluido que el secuestro es una causal de fuerza mayor.

En la sentencia T-1337 de 7 diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte resolvió el caso de una persona que solicitaba la designación de un parlamentario como suplente de otro, que había sido secuestrado, en el entendido de que el secuestro del último era una circunstancia de fuerza mayor, causal de suplencia por falta temporal del congresista. La Corte Constitucional se enfrentaba, entre otros, al problema de resolver si el secuestro de un congresista era un asunto de fuerza mayor, dado que en el proceso se hizo valer que el secuestro de un congresista era una circunstancia previsible en nuestro contexto, razón por la cual no se configuraban las dos condiciones indispensables de la fuerza mayor. La Corporación dijo: *"[d]ebe (…) recordarse, que no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En éste caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de 'posible ocurrencia' deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe* "proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades" *(art. 2 C.N) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible. En el caso concreto de los senadores, el mismo Estado brinda medidas especiales de seguridad previendo precisamente su mayor vulnerabilidad. Cuando esas protecciones no son suficientes, el individuo se encuentra ya en el campo de la imprevisibilidad. Una afirmación en contrario supondría que el Estado demanda a los ciudadanos una excesiva exigencia de autoprotección, que desborda las fronteras de la proporcionalidad*".

La parte interesada en que se declare la fuerza mayor tiene una carga de probar que su acaecimiento le impidió cumplir adecuadamente con el acto de parte o con su carga procesal en el término dispuesto por la Ley. En todo caso el juez debe valorarla de acuerdo con la sana crítica (Art. 187 CPC y Art. 176 del CGP[697]).

---

697 Artículo 187, Código de Procedimiento Civil y Art. 176 del Código General del Proceso: "**Apreciación de las pruebas**. *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. || El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*"

Como la sentencia del incidente de reparación integral se dicta y se lee o expone en audiencia pública y el recurso de apelación debe interponerse en estrados, la parte interesa también puede justificar, en los términos que se ha comentado, su inasistencia para efectos de lograr impetrar la impugnación contra la decisión desfavorable.

Se puede aplicar en el trámite del incidente lo que dijo la Corte en tema de recurso de apelación de la sentencia penal cuando explicó que: "*En estos términos, la justificación expuesta por el recurrente es atendible, dado que para el mismo día tenía programada desde tiempo atrás, otra audiencia en otro juzgado, compromiso que tuvo que atender con prioridad a la lectura de fallo de LG, pues lo adquirió previamente al que le impuso el Tribunal unos días antes de llevarse a cabo la referida audiencia*" y que "*Si bien es cierto, de acuerdo con el numeral 6º del artículo 140 de la Ley 906 de 2004, uno de los deberes de las partes e intervinientes es el de comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que sean citados, también debe tenerse en cuenta que los servidores judiciales han de salvaguardar los derechos de quienes intervienen en el proceso, artículo 138 numeral 2º, siendo una forma de cumplir con esta obligación, la de comunicar con la antelación debida, la fecha en la que se llevarán a cabo las audiencias, previendo justamente situaciones en las que las partes no puedan concurrir, para que una vez se acepten sus excusas, se programe una nueva fecha que permita su participación*"[698].

10. PRESENTACIÓN ORAL O ESCRITA DE LAS PRETENSIONES

Expresa el Art. 102 del CPP, modificado por el Art. 86 de la Ley 1395 de 2010, sobre "*procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral*":

> ***En firme la sentencia condenatoria*** [699]y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este código, de ser solicitadas por el incidentante.

Por su parte el canon 103 de la Ley 906 de 2004 indica que "*iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión contra el declarado penalmente*

698 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto Rad. 37.627 de 19 octubre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

699 La expresión subrayada fue declarada exequible por sentencia C-250 de 6 abril de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

responsable, con expresión de la forma de reparación a la que aspire e indicación de las pruebas que hará valer".

Basta entonces la manifestación de inicio del incidente de reparación integral sin que sea necesaria la presentación de una demanda formal como se estilaba en los regímenes procesales penales anteriores. Por supuesto que será menester la manifestación escrita donde se plasme la intención expresa de iniciar el incidente de reparación integral.

La reclamación de la víctima dentro del proceso penal, a diferencia de los regímenes procesales anteriores, no exige una demanda de parte civil[700]. Es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del ministerio público a instancias de aquella cuando se trate de pretensiones no patrimoniales, del defensor de familia en los casos donde se faculta su intervención, o del actor popular y del ministerio público cuando se trate de intereses colectivos.

No obstante que no hay formalidad alguna para el inicio del incidente de reparación integral y que la pretensión se puede hacer "*oralmente*" en audiencia, no hay obstáculo alguno, y sería lo deseable, la presentación previa y por escrito y lo más detallada posible de la demanda.

Es decir, no hay motivo legal para rechazar una pretensión que se presente por escrito y de la cual se corra traslado a los demandados antes de la audiencia con la cual se inicia el incidente de reparación integral.

Es que inclusive en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 12 julio de 2012) se estableció un proceso oral y por audiencias (Art. 3°), pero tiene actuaciones que expresamente se deben realizar por escrito tales como la demanda y la contestación de la demanda.

La presentación por escrito en el trámite especial de incidente de reparación integral será una buena práctica judicial en la medida que se puede identificar fácilmente a las partes demandadas, su representación, y la explicación razonada de las pretensiones, además facilitará el desarrollo y adelantamiento de las audiencias.

El incidentante desde la presentación misma de la solicitud o la presentación de la demanda de reclamación a través de este trámite puede solicitar la citación de los

700 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 26 septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

terceros civilmente responsables (Art. 107 CPP) y de la compañía aseguradora (Art. 108 CPP).

Esto es lo deseable. En efecto,

> "Sin embargo, excepcionalmente, por economía procesal, cuando se convoque a la primera audiencia (art. 102 CPP), la víctima o el declarado penalmente responsable o su defensor, podrían solicitar al juez que la citación se extienda a la aseguradora, con el fin de buscar la conciliación con ella. Llamado que por lo demás se encuentra posible e incluso deseable, en caso de que sea evidente, al menos para uno de los directamente interesados, que la reparación pecuniaria que se pretende, puede ser cubierta con un contrato de seguro de responsabilidad civil válidamente celebrado. Pero, como se ha anotado, por la dinámica del incidente, esta opción no será de fácil ocurrencia"[701].

En todo caso, si se trata de personas jurídicas se deberá demostrar su existencia y representación legal a través de la documentación que expida la Cámara de Comercio y, por supuesto, sumariamente demostrar que es un tercero obligado al pago o que hay un contrato de seguro válidamente celebrado.

Como buena práctica judicial se recomienda, se insiste, que se anexen las copias suficientes para el traslado a los demandados antes de su citación y de la celebración de las audiencias del incidente.

La pretensión puede ser pecuaria o simbólica, pues al lado de la reparación pecuniaria existen otras formas de reparación del daño[702].

Es oportuno resaltar, como explica la doctrina[703], que acorde con la evolución dentro del ámbito de internacional, de los derechos de las víctimas, en especial por conductas punibles que se traducen en trasgresiones de los derechos humanos, se constituyen como medios y exigencias idóneas de reparación, adicionales a la indemnización de perjuicios, las siguientes medidas de satisfacción:

---

701 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

702 Se puede consultar el informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías de la ONU, titulado "*La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*" y conocido como "*Principios de Joinet*".

703 Norberto Hernández Jiménez, El rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de reparación integral, p. 6. El autor es Abogado y especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Estudios de posgrado en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como Asesor Penal del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes. En: http://www.monografias.com/trabajos-pdf3/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion.pdf.

1. La restitución ("*restitutio in íntegrum*"), que se traduce en restablecer los derechos de la víctima en el sentido de que vuelva, en lo posible, a la situación en la que se encontraba con anterioridad a la comisión del punible o *statu quo ante*.

2. La readaptación a modo de atención psicológica y psiquiátrica.

3. La garantía de no repetición a través de la adopción de medidas estatales para la prevención del delito, procurando disolver grupos al margen de la ley, derogando disposiciones que atenten contra las víctimas, destituyendo a los agentes de la estructura gubernamental que auspicien, patrocinen o consientan las violaciones de derechos humanos.

4. La solicitud de perdón a través del ofrecimiento de disculpas por parte del agente.

5. La conmemoración y homenaje a las víctimas, por ejemplo mediante la construcción de monumentos.

6. La enseñanza y difusión de la verdad histórica (impartición de seminarios, foros, talleres o cátedras).

En todo caso "*una vez iniciada la misma, el incidentante formulará oralmente su pretensión, sea económica o no, expresando concretamente la forma de reparación a la cual aspira, indicando asimismo las pruebas que hará valer. Acto seguido, el juez examinará el contenido de la pretensión y verificará si quien la promueve se encuentra o no legitimado para ello*"[704].

11. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN

Sea que la pretensión se haga oral o por escrito, al menos debe tener como mínimo algunos de los elementos o requisitos que se toman del canon 75 del CPC y del Art. 82 del CGP, esto es, "*contenido de la demanda*" y "*requisitos de la demanda*", respectivamente, e igualmente del canon 48 de la Ley 600 de 2000 que contempla los requisitos de la demanda de parte civil.

Tales requisitos no son una vana o mera formalidad, al contrario, con ellos se enmarca el contradictorio y se da congruencia al fallo que se profiera[705].

---

704 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

705 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de única instancia Rad. 34.842 de 20 marzo de 2012 y auto de única instancia de la Sala de Instrucción de la Corte, Rad. 38.525 de 19 septiembre de 2012; aunque dictadas bajo el régimen del SMI son aplicables al SAP.

Tales son los siguientes:

1. Designación del juez a quien se dirija la petición de inicio del incidente.

2. Nombre, edad y domicilio del demandante y del demandado, a falta de domicilio se expresará la residencia, y si se ignora la del demandado, se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la manifestación oral en tal sentido o por la presentación escrita de la demanda.

3. El nombre y domicilio o, a falta de éste, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas. En caso de que se ignoren se expresará tal circunstancia en la forma indicado en el numeral anterior.

4. Nombre del apoderado judicial del demandante.

5. Lo que se pretenda expresado con precisión y claridad.

6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, "*de suerte que entre unos y otros exista nexo de correspondencia suficiente para declarar judicialmente que lo uno deriva de lo otro, solo de esa manera sería congruente el fallo*"[706].

7. Los fundamentos de derechos que se invoquen.

8. La clase y cuantía de las pretensiones con las respectivas operaciones matemáticas realizadas para llegar a valores concretos y actuales: daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, daño a la vida de relación, etc. Las reglas matemáticas han sido explicadas con suficiencia por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y que ha retomado la Sala Penal de la Corte.

9. La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer.

10. Dirección de la oficina o habitación, o dirección electrónica, donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales, y donde han de hacerse al demandado o a su representante mientras estos no indiquen otro, o la afirmación de que se ignoran, bajo juramento que se entenderá prestado con la expresión oral o bien con la presentación escrita de la demanda.

706 Corte Suprema de Justicia, Sala de Instrucción Penal. Auto de única instancia del SMI pero aplicable al SAP, Rad. 38.525 de 19 septiembre de 2012.

11. Fecha de nacimiento de las víctimas cuando sea el caso, relación de parentesco, ingresos laborales, ocupaciones y labores, relación matrimonial o de compañeros permanentes, dependencia económica, etc.[707].

12. INSCRIPCIÓN DE LA DEMANDA

Como el incidente puede consistir exclusivamente en una reclamación del pago de daño por responsabilidad civil extracontractual generado concretamente por el delito, es viable entonces la inscripción de la pretensión o de la demanda, razón por la cual es conveniente y recomendable su presentación por escrito para facilitar el trámite del mismo.

En efecto, establece el Art. 39 de la Ley 1395 de 12 julio de 2010,

> El numeral 8 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil quedará así:
>
> 8.- En los procesos en los que se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, desde la presentación de la demanda el demandante podrá pedir la inscripción de esta sobre bienes sujetos a registro, de propiedad del demandado. La medida será decretada una vez prestada la caución que garantice el pago de los perjuicios que con ella se causen.
>
> Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.
>
> El demandado podrá prestar caución para solicitar el levantamiento de la inscripción de la demanda o del embargo y secuestro, u ofrecerla para impedir su práctica, casos en los cuales se aplicará en lo pertinente el artículo 519

El Art. 690 del CPC queda derogado a partir de 1° octubre de 2012 según el literal b del Art. 626 del Código General del Proceso.

Por su parte, el canon 590 de la Ley 1564 de 12 julio de 2012 o Código General del Proceso, expresa:

---

707 Saúl Uribe García. La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín. Edición 2008, p. 413.

Art. 590.- **Medidas cautelares en procesos declarativos**.- En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares.

1.- Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

…

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de éste el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

Es carga procesal del demandante demostrar la propiedad en cabeza de los demandados.

Si la pretensión es indemnizatoria, entonces con la presentación de la demanda se puede solicitar su inscripción sobre los bienes sujetos a registro de propiedad del demandado, y no exclusivamente de propiedad del declarado penalmente responsable.

El Juez deberá fijar caución previamente o a su decreto que debe ser equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por los perjuicios y costas derivados de su práctica (Numeral 2° Art. 690 CGP). Dicha caución puede ser real, bancaria u otorgada por compañía de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras, según el inciso 1° del Art. 603 del CGP.

Ningún obstáculo se presenta para realizar oralmente esta pretensión en la audiencia del artículo 103 del CPP.

Si el demandante obtiene sentencia favorable de primera instancia, puede solicitar el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento del fallo (inc. 2°, literal b, numeral 1°, Art. 590 CGP).

13. JURAMENTO ESTIMATORIO

Si la pretensión es pecuniaria presentada por la víctima, sus herederos o causahabientes, es posible dar aplicación al denominado "*juramento estimatorio*" y sus consecuencias de conformidad con el Art. 10 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el canon 211 del CPP y el actual artículo 206 del Código General del Proceso actualmente vigente.

Expresa el canon 10 de la Ley 1395 de 2010

> Artículo 10. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil quedará así:
>
> Artículo 211**. Juramento estimatorio**. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.
>
> Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

La Ley 1395 de 12 de julio de 2010, sobre medidas dirigidas a la descongestión de despachos judiciales, introdujo reformas tanto en la parte general del Código de Procedimiento Civil como en la parte especial de los procesos. Así, estableció cambios en relación con la competencia, con la determinación de la cuantía, con la autenticidad de la demanda, con el término para dictar sentencia, con algunos medios de prueba y los recursos, y con medidas cautelares; reformó en parte también la conciliación extrajudicial; y respecto de los procesos, consagró variaciones en los ordinarios, abreviados, verbales y ejecutivos.

Tema de singular importancia es el de la aplicación en el tiempo de la ley 1395, cuyo artículo 122 dispuso que ella rigiera a partir de la promulgación. La publicación de

la Ley 1395 de 2010 tuvo lugar en el diario oficial N° 47.768 de 12 de julio de 2010. Pero, a su vez, el artículo 44 estableció:

> Artículo 44. Se derogan el inciso 2° del parágrafo 3° del artículo 101, el numeral 2 de artículo 141, el inciso 2° del artículo 377, el numeral 5 del artículo 392, el inciso 2º del numeral 6 del artículo 393, los artículos 398, 399, 401, 405, el Capítulo I "Disposiciones Generales del Título XXII Proceso Abreviado de la Sección I Los procesos Declarativos del Libro III Los procesos y la expresión. Con la misma salvedad deben consultarse las sentencias que decreten la interdicción y las que fueren adversas a quien estuvo representado por curador ad litem, excepto en los procesos ejecutivos del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 51 a 97 del Decreto 2303 de 1989; y el artículo 4°, los incisos 1° y 2° y el parágrafo 3° del artículo 8° de la Ley 721 de 2001.
>
> Parágrafo. Las modificaciones a los artículos 366, 396, 397, 432, 433, 434 y 439, la derogatoria de los artículos 398, 399, 401, 405 y del Capítulo 1 "Disposiciones Generales", del Título XXII. Proceso Abreviado, de la Sección I Los procesos Declarativos, del Libro III Los procesos del Código de Procedimiento Civil y la modificación al artículo 38 de la ley 640 de 2001, entrarán en vigencia a partir del 1° de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo máximo de tres años. Los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia dichas disposiciones, seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron.

De acuerdo con lo anterior, la reestructuración de la parte general (por ejemplo, cálculo de la cuantía cuando se acumulan pretensiones, o término para dictarse sentencia) comenzó a regir el 12 de julio de 2010.

En lo que tiene que ver con el alcance de la Ley 1395 de 2010, la Corte en su Sala Civil, a través de auto de 27 de septiembre de 2010, Expediente N° 11001-02-03-000-2010-01055-00, expresó:

> "antaño como hoy, puede observarse una línea inmodificable alrededor del punto, esto es, la ley nueva relativa al trámite de los juicios gobierna todo litigio presente o futuro y desde el mismo momento de su vigencia; se exceptúan aquellas precisas actividades procesales o trámites que la propia disposición excluye o somete a un tratamiento específico […]. Dedúcese, entonces, que hechas las salvedades a instancias de la misma ley expedida, todo asunto será gobernado por las nuevas disposiciones. En cuanto a las excepciones, entre ellas, las actuaciones ya en curso, deben culminarse bajo el imperio de la ley vigente al momento de iniciarse".

Lo consignado en precedencia permite concluir, por ejemplo, que resulta impertinente la aplicación del artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 para demandas presentadas antes de 12 julio de 2010, porque desconoce el sentido del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 (modificado por el Art. 624 del CGP), ya que para el momento en que se expone la pretensión, no había entrado a regir la citada ley.

La Ley 1395 es de 12 julio de 2010 y rige a partir de su misma fecha de promulgación (Art. 122 de la misma Ley), como ya se ha dicho.

Ahora bien, el juramento estimatorio nuevamente se consagró en la Ley 1564 de 12 julio de 2012 o Código General del Proceso a través del Art. 206, cuya vigencia, según el canon 627-1 del CGP es a partir de la promulgación de la Ley, esto es, que la norma está vigente desde el 12 julio de 2012.

Expresa el canon en mención:

> Artículo 206. **Juramento estimatorio**. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.
>
> Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.
>
> Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.
>
> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.
>
> El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

> El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extra patrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.
>
> Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

El juramento estimatorio, en todo caso, no aplica para la cuantificación de los perjuicios extra patrimoniales.

Este instituto jurídico es un medio de prueba que permite a una parte estimar en dinero un derecho pretendido, para que dicha estimación sirva de prueba de su valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria, dentro del término legal; pero ahora ya es una obligación estimarlo razonadamente para ciertas demandas.

Así pues, quien pretenda una indemnización, una compensación o el pago de frutos o mejoras, pero que, por la razón que sea, desconoce el valor económico de los mismos, está en una posición peligrosa en donde solo tiene dos posibilidades: (i) demanda presentando una cifra que estime razonada y corre el riesgo de que si excede en el valor de la regulación, actualmente, en un 50% se lo sancione y (ii) opta por "*dejar así*". Pero si el daño cuya indemnización se pretende es de naturaleza extra patrimonial, entonces no aplicará el juramento estimatorio, lo que indica que dependiendo del tipo de daño el afectado está o no en la obligación de saber de antemano y con certeza su cuantificación[708].

Algunos opinan que el juramento estimatorio limita el acceso a la administración de justicia, *vr. gr.*, el profesor Ramiro Bejarano en su escrito "*El juramento estimatorio en vano*", publicado el 14 de diciembre de 2011 en ambitojuridico.com[709].

14. AUDIENCIA DEL ART. 103 LEY 906 DE 2004

En la audiencia del Art. 103 de la Ley 906 de 2004 se formula oralmente la pretensión, sin perjuicio, como ya se dijo, que se presente una demanda por escrito y con copias

---

708 Eugenia Barraquer Surdis, La limitación del acceso a la justicia por cuenta del juramento estimatorio. Artículo publicado en el Informativo Jurídico del Departamento de Derecho Procesal, abril de 2012.

709 Se puede consultar en http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-111214-12_(el_juramento_estimatorio_en_vano)/noti-111214-12_(el_juramento_estimatorio_en_vano).asp?Miga=1&CodSeccion=84), consultada en febrero de 2013.

para traslado a las demás partes demandadas para que les sea entregada antes de la audiencia. Dicha demanda, como ya se dijo, debe reunir los requisitos de la demanda civil o de la constitución de parte civil en el régimen de la Ley 600 de 2000.

El Juez puede inadmitir la demanda en los términos de los Arts. 85 del CPC y 90 del CGP, en cuyo caso concederá los cinco (5) días para la corrección o adición; y posteriormente podrá rechazarla según la ley procesal civil y del código general del proceso. Si se interpone el recurso de apelación contra el auto de rechazo, el mismo se ha de conceder en el efecto suspensivo (Arts. 85 CPC y 90 CGP).

El Juez de conocimiento, una vez encuentre ajustada a la legalidad la demanda para una correcta realización del contradictorio y del ejercicio del derecho de defensa, deberá examinar las pretensiones y debe constatar y ordenar lo que se explicará seguidamente.

14.1 Determinar la Calidad de Víctima con el Delito CometidO

No es necesario, porque además no es presupuesto de la acción, que la víctima haya sido reconocida como tal en la audiencia de acusación o en otra fase procesal penal previa (Art. 340 CPP).

Téngase en cuenta que para el reconocimiento como víctima en el proceso penal y concretamente para la audiencia de acusación como primer aspecto en su desarrollo, se debe acreditar, al menos sumariamente, la configuración de un daño real, concreto y específico infringido con la conducta delictiva, es decir, que no basta la nuda manifestación de ser víctima y haber sufrido un perjuicio o daño genérico o eventual[710]. La víctima puede perseguir meros objetivos de verdad y justicia y prescindir de alguna intención de resarcimiento pecuniario[711].

Así mismo, la definición de dicho aspecto demanda en el operador judicial el estudio del contexto dentro del cual se aduce la producción del daño, así como de los medios de convicción y argumentos entregados para demostrar dicho tópico, en tanto la simple manifestación de haber sufrido un perjuicio no habilita al peticionario a acceder a tal reconocimiento. La demostración sumaria del daño es pues indispensable para actuar en el proceso.

---

710 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia. Rad. 40.242 de 12 diciembre de 2012, M.P. María del Rosario González Muñoz.

711 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto de segunda instancia Rad. 39.815 de 12 diciembre de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

El reconocimiento como víctima puede ser informal cuando tenga contacto con funcionarios de la policía judicial o de la Fiscalía General de la Nación (Art. 136-1 CPP), quienes deberán enterarla de sus derechos (Art. 11 CPP), y mejor si queda constancia escrita; o también puede ser un reconocimiento formal según el canon 340 del CPP[712]. El reconocimiento formal de la víctima en la audiencia de acusación del Art. 339 del CPP se deberá hacer una vez instalada la audiencia y constatada la presencia de las partes e intervinientes.

La víctima puede presentarse al incidente de reparación sin necesidad de haber sido previamente reconocida en el proceso penal, pues pudo no haberse presentado en el proceso penal por varias circunstancias, tales como:

(i) simplemente no fue su deseo hacerse parte en el trámite penal acusatorio,

(ii) porque no se enteró del proceso penal,

(iii) porque confió en lo que otras víctimas pudiesen haber hecho en ese proceso,

(iv) porque confió en la actividad del Fiscal y de la función judicial, etc.

Imponer, pues, como requisito procesal el previo reconocimiento de la víctima en el proceso penal y concretamente en la audiencia de acusación (Art. 340 CPP) es en verdad una carga desproporcionada y además no permitida en la ley. Ninguna norma impone que la víctima debe comparecer necesariamente al proceso penal a hacer valer sus derechos; sin perjuicio, claro está, de las citaciones correspondiente para garantía del debido proceso penal.

Es importante entonces que la víctima sea debida y adecuadamente citada a las audiencias preliminares y a las audiencias del proceso penal.

El Juez, entonces, simplemente ha de constatar la calidad de víctima del delito en el trámite del incidente de reparación integral de perjuicios.

Los demandados también pueden intervenir para impugnar la calidad de víctima del demandante, para lo cual pueden aportar los elementos de prueba pertinentes o las alegaciones jurídicas correspondientes.

712 Saúl Uribe García, ob. cit.

Si quien promueve el incidente de reparación no logra demostrar su calidad de víctima, independientemente de los perjuicios que pudiera reclamar, se debe rechazar su pretensión, pues así lo ordena el inciso 2° del Art. 103 del CPP.

El auto que rechaza la calidad de víctima de alguno de los demandantes es un auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación pues se está decidiendo algo trascendente en el trámite procesal del incidente de reparación como es precisamente la legitimación por activa, esto es, la calidad de demandante.

La parte final del inciso segundo del Art. 103 del CPP dispone que: "*La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este Código*".

Ahora bien, el reconocimiento como víctima no significa que la sentencia judicial declarativa en tema de perjuicios le sea favorable, pues, como ya se verá, la cuantía de los perjuicios se deberá demostrar en este especial trámite.

14.2 Se debe Constatar si hay Transaccion o Conciliacion Previa o Pago Efectivo de los Perjuicios

Si la pretensión es exclusivamente pecuniaria y no se han conciliado ni pagado previamente los perjuicios, por alguno de los medios legales, entonces se sigue con la actuación propia del incidente de reparación.

14.2.1 Transacción o conciliación

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la transacción[713] se define como un contrato, que puede ser solemne o consensual, cuyo efecto es el de estructurar una forma anormal de terminación del proceso y que las partes, con fundamento en la autonomía de la voluntad, celebran sin intervención del juzgador, a quien sí le corresponde verificar que el acuerdo celebrado esté conforme con el orden jurídico preestablecido (Sentencia T-794 de 27 septiembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil). La transacción se realiza directamente entre las partes y no necesariamente con la presencia de un tercero; mientras que la conciliación se hace en presencia de un tercero neutral y calificado denominado conciliador.

713 Art. 2469 Código Civil y Régimen General de las Obligaciones. Guillermo Ospina Fernández, Edit. Temis. Bogotá, 1987.

Con respecto a la transacción y la conciliación se aplica en lo pertinente los Arts. 340 del CPC y 312 del CGP.

La transacción o conciliación se puede realizar al interior o por fuera de las audiencias del incidente de reparación integral; si se realiza por fuera de las audiencias se informará al Juez precisando sus alcances o acompañando el documento que contenga el acuerdo, en este caso se correrá traslado a las demás partes para su conocimiento.

El juez aceptará la transacción o conciliación que se ajuste al derecho sustancial y declarará terminado el proceso del incidente de reparación integral, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas.

Si el acuerdo es apenas parcial, entonces el proceso continuará respecto de las personas o en los aspectos no comprendidos en la transacción o conciliación, lo cual deberá precisar el Juez de Conocimiento en el auto interlocutorio que admita la conciliación parcial (Art. 312.3 CGP).

El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo, según la parte final del inciso 3° del Art. 312 del Código General del Proceso.

Se advertirá igualmente por el Juez de Conocimiento que, en caso de conciliación y transacción, no hay lugar a costas procesales, salvo que las partes convengan otra cosa (inc. 4° Art. 312 CGP).

También el Juez debe advertir en el auto aprobatorio de la conciliación o transacción, que el mismo presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles correspondientes (Art. 422 CGP).

En tema de conciliación y transacción se debe indicar que "*si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre éstas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas señalará fecha y hora para audiencia*" (parte final, Art. 312 CGP).

Si se constata que hay conciliación previa, válidamente celebrada entre todas las partes y que comprenda todas las pretensiones, el Juez debe rechazar la pretensión según expresa disposición del inciso 2° del Art. 103 del CPP/2004, consecuencialmente se ordena la terminación de este trámite y el archivo del expediente.

Los demandados por supuesto que le deben indicar al Juez de conocimiento si hay conciliación válidamente celebrada entre todas las partes.

Así pues, si existe transacción o conciliación previa, en los términos legales, hay lugar al rechazo de las pretensiones, pues la conciliación presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles correspondientes (Art. 488 CPC y Art. 422 del CGP). No hay objeto de que se prosiga con el incidente de reparación integral cuando el documento de conciliación o transacción presta mérito ejecutivo[714].

El rechazo es a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación. El efecto en que se concede el recurso de apelación es en el suspensivo (Art. 90 CGP, Art. 25 CPP/2004).

14.2.2 Pago Efectivo de los Perjuicios

Si se constata que hay pago efectivo de perjuicios pero no es la única pretensión, es decir, se buscan otras pretensiones tales como el resarcimiento simbólico o no necesariamente de interés patrimonial o económico, entonces se sigue con la actuación procesal.

> "De esta manera, habrá que partir de la base que la definición de reparación del daño que contempla el Código penal pierde, en parte, vigencia porque la reparación ya no debe entenderse únicamente como la reparación económica, sino también la reparación simbólica. El artículo 95 del Código penal prescribe que la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con la conducta punible. Debe entenderse que la reparación no es únicamente económica, sino que se extiende también a la reparación simbólica, esto es: solicitud de perdón por parte del victimario a la víctima; ofrecimiento de disculpas por parte del victimario a la víctima (público o privado); realización de determinada conducta; abstención de determinada conducta; trabajos en beneficio de la comunidad (art. 325 inc. 2° y art. 523)"[715].

Pero si el pago comprende todas las pretensiones, entonces se rechazan las mismas y, en consecuencia, se declarará terminada la actuación y el archivo del trámite.

Aquí también se debe demostrar por el interesado el pago, total o parcial, por ejemplo cuando se inició el trámite en audiencia del Art. 447 del CPP/2004 para indemnizar en

---

714 Saúl Uribe García, ob. cit., p. 416.

715 Saúl Uribe García, ob. cit.

los casos de los Arts. 269 y 401 del Código Penal, pues nada impide la iniciación de un espacio procesal antes de la sentencia de condena penal que garantice la bilateralidad de las audiencias y el ejercicio de la contradicción a efectos de reparación integral a petición del imputado o acusado cuando la víctima no comparece al proceso, o se niega a informar el valor de los perjuicios ocasionados, o cuando los fija en una suma exagerada y desproporcionada. Eso sí, una vez establecidos o fijados los perjuicios materiales y justipreciados los inmateriales por el Juez, en el caso concreto, la persona interesada debe pagar la suma a la víctima o bien consignar el valor en la cuenta de depósitos judiciales del Despacho correspondiente. Estos son eventos de reparación integral que dan lugar a rebaja o detracción de pena y que además impide la iniciación del incidente de reparación integral en los casos donde se ha presentado el pago efectivo y satisfactorio.

Recuérdese que el tema de indemnización se rige por las normas del derecho privado, de tal forma que la víctima puede exigir, por ejemplo, a título de reparación de los daños causados con el atentado patrimonial una publicación en un periódico expresando encontrarse arrepentido y pidiendo perdón, y satisfecho el requerimiento puede manifestar que se entienden reparados los perjuicios[716].

Los demandados deben demostrarle al Juez que hay pago efectivo de las pretensiones económicas, y en su caso, demostrarle que también se han cumplido las simbólicas.

Finalmente, debe recordarse que es válido el pago por un tercero según el Art. 1630 del Código Civil, que expresa:

> Art. 1630. **Pago por terceros**.- Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor.
>
> Pero si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia como por ejemplo en decisión con Rad. 32.920 de 20 octubre de 2010, con ponencia del magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, donde además se explicó que "*la finalidad del pago, además de satisfacer la pretensión del acreedor, es extinguir la obligación y liberar al deudor. Tratándose de quien hace el pago (solvens) y quien lo recibe (accipiens) es dable la figura de un tercero,*

716 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 35.104 de 25 mayo de 2011, M.P. Javier Zapata Ortiz.

en uno y otro evento" y que "*De igual manera, el artículo 1634 ibídem establece que para la validez del pago debe hacerse al acreedor o a quien la ley o el juez autoricen 'o a la persona diputada por el acreedor para el cobro'. A su turno, el artículo 1638 acerca de la diputación o delegación para recibir el pago prevé que puede hacerse mediante poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor*".

Igualmente, puede consultarse la sentencia de 19 junio de 2006, Rad. 22.263, MM.PP. Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Marina Pulido de Barón, sobre el pago por un tercero en nombre del procesado en delito de peculado.

14.3 Pleito Pendiente

Es causal de rechazo de pretensiones y consecuencialmente terminación del trámite y archivo de la carpeta, cuando se constate y demuestre que el demandante promovió demanda de responsabilidad civil extracontractual ante Jueces Civiles entre las mismas partes y con el mismo objeto[717], o bien cuando se demuestre que se ha promovido trámite de cobro coactivo por la entidad de derecho público.

14.3.1 Pleito Pendiente y Jurisdiccion Civil

Consideramos que el juez también puede dar por terminado el trámite del incidente de reparación integral cuando se le demuestre que existe pleito pendiente ante la jurisdicción civil, siempre y cuando se cumplan los presupuestos procesales de dicha figura, y con mayor razón cuando exista cosa juzgada.

La excepción de pleito pendiente aparece regulada en el artículo 97 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil bajo la denominación de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto (concordante con los Arts. 95-2 y 100-8 CGP).

Esta excepción surgió con el fin de evitar sentencias contradictorias y la configuración de vicios en la cosa juzgada, así que el legislador instituyó como excepción previa o causal de impedimento procesal la denominada doctrinalmente *litispendentia* o pleito pendiente.

717 Saúl Uribe García. La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio. Librería Jurídica Sánchez Ltda. Medellín. Edición 2008, p. 416.

Procesalistas como Chiovenda, citado por Hernando Morales Molina, explica que "*La palabra litispendentia se emplea en un sentido general que quiere decir que pende una relación procesal con la plenitud de sus efectos, uno de los cuales consiste en otorgar una excepción procesal al demandado para que con su ejercicio impida la coexistencia de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto y que inútilmente se consume la actividad judicial. La litispendentia, de litis, proceso y pendere, estar pendiente, presume la concurrencia de dos procesos idénticos entre las mismas partes, o al menos que uno esté contenido en el otro, todo lo cual demuestra la estrecha relación entre pleito pendiente y cosa juzgada*"[718] (se subraya).

Como entre pleito pendiente y cosa juzgada se presenta una conexidad íntima, en términos generales sus fundamentos coinciden, ya que para su viabilidad las relaciones jurídico procesales con dependencia deben ocurrir entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, así como para la cosa juzgada debe presentarse identidad jurídica de objeto, causa y partes, aunque para ésta última se debe tener en cuenta la de la sentencia ejecutoriada, que es lo que se procura evitar en uno de los procesos por medio de la *litispendentia*.

Se colige entonces que la excepción de pleito pendiente sólo tiene cabida cuando se dan los siguientes presupuestos:

a. La existencia de un proceso anterior en curso.

b. La identidad de partes.

c. La identidad de pretensiones.

En fin, las legislaciones procesales mixtas inquisitivas también consideraron como causal de rechazo de la demanda de parte civil las siguientes circunstancias:

i. Cuando se demuestre que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante.
ii. Cuando se encuentre acreditado el pago de perjuicios o la reparación del daño.

iii. Quien promueve la acción no es el perjudicado directo.

[718] Morales Molina, Hernando. Curso de derecho Procesal Civil, parte general. p. 340.

En el incidente de reparación integral es posible entonces aplicar tales figuras dada su evidente, lógica y razonable pertinencia; de tal forma que constatadas o demostradas las mismas el Juez de Conocimiento debe rechazar las pretensiones y consecuentemente ordenar la terminación y archivo del trámite incidental a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos de reposición y apelación; apelación que se concede en el efectos suspensivo, como ya se dijo.

Esas consecuencias procesales se consagraron en el Art. 50 del Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991 y Art. 52 de la Ley 600 de julio 24 de 2000, que corresponden a los códigos procesales penales del sistema mixto inquisitivo.

El Artículo 55 del Decreto 2700 de 1991 estipuló que: "*Cuando en el proceso obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios. Para todos los efectos legales, será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal al pago de perjuicios, cuando se ha ejercido independientemente la acción civil*". Norma que en lo esencial se reproduce en la parte final del Art. 56 de la Ley 600 de 2000.

No se prohíbe la imposición de sanción, simplemente que en caso de condena por perjuicios en sede penal, entonces esa condena se torna en ineficaz. La ineficacia de la decisión es la consecuencia jurídica, y no la nulidad; razón por la cual la Sala Penal de la Corte en auto de 24 marzo de 2010, Rad. 33.161, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, expresó:

> "En esa proyección, el efecto referido impide la declaración de nulidad y consecuente invalidez de lo actuado la que contrae retrotraer la actuación a un momento procesal antecedente y específico, y corresponderá al actor en un escenario diferente al de la casación discutir esa consecuencia de ineficacia de la que habla el código no obstante de que lo promovido por la DIAN no fue una acción de esa naturaleza específica sino que se trató de un cobro coactivo ante la jurisdicción administrativa".

Mediante sentencia C-163 de 23 febrero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, se declaró exequible la expresión "*cuando se demuestre que se ha promovido independientemente la acción civil*", así como el apartado transcrito del Art. 55 del Decreto 2700 de 1991.

En la mencionada sentencia C-163 de 2000, la Corte Constitucional expresó:

> "A juicio de la Corporación, cuando el afectado con el hecho punible presenta su reclamo civil ante la justicia penal, debe probar en ese escenario procesal, los

perjuicios sufridos y allí se debe decidir de fondo lo debatido. Empero, si el perjudicado intenta la acción civil ante la jurisdicción civil, ya no podrá hacerlo ante la justicia penal. En consecuencia, ejercida la acción civil ante un juez civil, ésta ya no puede promoverse ante un fiscal o ante un juez penal […]".

En la actualidad, el interesado puede presentar demanda de responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción civil para obtener la reparación del daño ocasionado con el delito y simultáneamente presentarse como interviniente en el proceso penal a efectos de lograr verdad y justicia; tales acciones son diferentes y por tanto no son incompatibles.

No se puede hablar en estos casos de "*agotamiento de jurisdicción*" que es una figura jurídica aplicable a acciones de naturaleza pública, *vr. gr*., las acciones populares, donde solamente se requiere que exista identidad de hechos, de objeto y de *causa petendi*; instituto que opera de pleno derecho aunque para su formalización requiera pronunciamiento judicial.

En las acciones populares se protegen derechos colectivos o del conglomerado social, por lo que "*una vez interpuesta la acción popular, sobre determinados hechos y derechos, a través de persona —natural o jurídica— o ciudadano, éste representa a toda la colectividad en el proceso, sin que sea viable que se presenten nuevas demandas, quedando a salvo la posibilidad de que cualquier tercero intervenga como coadyuvante, en los términos del artículo 24 de la ley 472 de 1998. Como se aprecia, el agotamiento de jurisdicción opera como desarrollo del principio de celeridad y economía procesal, en tanto propende por evitar que se tramiten, en forma paralela, procesos que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa —en acciones de naturaleza pública—, en donde la primera persona que ejerce el derecho, para controvertir la respectiva situación, lo hace en representación de los demás miembros de la sociedad y, por consiguiente, dirige toda la actividad jurisdiccional al caso concreto, de tal suerte que el juez, al asumir el conocimiento del proceso, restringe la jurisdicción y la competencia de los demás funcionarios judiciales para conocer del mismo o similar asunto*"[719].

14.3.2 Pleito pendiente y jurisdiccion coactiva

Con respecto al pleito pendiente entre las mismas partes y por el mismo asunto, es muy frecuente también en la praxis judicial que se adelanten trámites por la

[719] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 diciembre 2007, Rad. 25000-23-26-000-2005-01856-01(AP), C.P. Enrique Gil Botero.

jurisdicción coactiva lo cual imposibilita el ejercicio de la acción a través del trámite incidental.

El canon 823 del Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989, para el caso de la DIAN, expresa que: "*Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes*" (Concordante con el Art. 867-1 Estatuto Tributario).

Si la entidad de Derecho Público ha adelantado el cobro de la obligación correspondiente y de sus respectivos intereses a través de la jurisdicción coactiva, donde por lo general hay medidas previas de embargo y secuestro de los bienes, por hechos que además constituye ilícito penal, como por ejemplo, la omisión de agente retenedor o recaudador (Art. 402 CP), entonces no puede iniciar el trámite de incidente de reparación integral ante el Juez Penal de Conocimiento pues estaría cobrando doblemente una misma obligación.

Por supuesto, siempre y cuando se trate de la misma obligación y del mismo ejecutado (en la jurisdicción coactiva) y procesado (en el proceso penal).

No se puede acudir simultáneamente ante dos jurisdicciones distintas con el fin de obtener la reparación de los perjuicios.

Cuando el legislador entonces se refiere a la jurisdicción o *"acción civil"* no excluye otras como la jurisdicción coactiva por vía administrativa.

Como ya se dijo, en nuestra legislación hay delitos que tienen un supuesto de hecho que es una obligación ya existente, tal como la omisión de agente retenedor o recaudador (Art. 402 CP), en el que simultáneamente por la vía de la jurisdicción coactiva[720] puede cobrarse ese título antecedente que nace en el momento en que lo establezca la ley o el convenio, pues tal tipo penal consagra, sencillamente, un incumplimiento de obligaciones legales o contractuales[721].

720 La jurisdicción coactiva son los funcionarios administrativos con funciones denominadas de "*equivalente jurisdiccional*"

721 Maximiliano Aramburo Calle, Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito, artículo publicado en la Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, febrero de 2012, Medellín, pp. 85-108

En sentencia de la Sala de Casación Penal de 20 febrero de 2003, Rad. 13.177, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, reiteró el criterio de la sentencia C-163 de 2000, cuando se dijo:

> "En relación con estas disposiciones, la jurisprudencia constitucional ha precisado que en ellas la ley '*únicamente pretende aclarar que quienes ejerzan una acción civil ante uno cualquiera de los jueces no puede impetrar otra acción ante otra diferente jurisdicción, porque con ello se estaría desconociendo el principio constitucional del non bis in ídem*'.
>
> "[…] debe entenderse como excluyente de acuerdo a los principios generales del derecho, porque el ordenamiento jurídico no puede permitir que quien se considere perjudicado con la realización de un delito, cuente con una doble posibilidad de indemnización del daño, que es tanto como establecer legalmente la fuente de un enriquecimiento sin causa justa (…)".

Esta es también una causal de rechazo que da lugar a la terminación y archivo de la actuación.

Cuando se inicia el IRI y se constata dicha circunstancia más adelante, lo procedente, entonces, es la declaratoria de nulidad de todo lo actuado[722]; de todas maneras, en caso de que se condene en perjuicios y la sentencia cobre ejecutoria, se podrá aplicar la parte final del Art. 56 de la Ley 600 de 2000, esto es, la ineficacia de la sanción.

Se hace énfasis en que se debe tratar de las mismas partes, pues la DIAN, por ejemplo, puede iniciar el cobro coactivo en contra de los socios de la empresa pero no en contra del gerente o representante legal de la entidad, quien puede ser penalmente responsable por la omisión de pago de impuestos de IVA y retención en la fuente, caso en el cual no hay lugar a predicar pleito pendiente ante la jurisdicción coactiva pues no se trata de las mismas partes.

En efecto, así se dijo para el sistema mixto inquisitivo que se puede aplicar *mutatis mutandi* al sistema acusatorio: "*Lo anterior, sin embargo, no significa que la DIAN no podía pretender en el proceso penal el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta omisiva en que incurrió MEDB, quien en la empresa que gerenciaba, era la encargada de cumplir con la función de agente retenedor y, por consiguiente, consignar los respectivos valores a la DIAN. Por eso mismo, el hecho de haberse iniciado el cobro coactivo en contra de los deudores solidarios, para el caso, los socios de la*

722 En el mismo sentido, Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. Auto de 28 febrero de 2012, Rad. 05-001-60-00718-2010-00094-00, M.P. James Sanz Herrera.

persona jurídica, no se constituía en elemento impeditivo para ejercer la acción civil en el proceso penal frente a la persona que realizó la conducta punible en perjuicio de los intereses del Estado"[723]. Aquí es posible esta otra acción pues realmente no se trata de las mismas partes.

En conclusión, el cobro del mismo valor y por varias vías (judicial y cobro coactivo) en contra del mismo demandado por parte de la entidad de Derecho Público supone un detrimento patrimonial injustificado para el deudor y un enriquecimiento sin fundamento razonable para el Estado, como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-231 de 18 marzo de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, precisamente al declarar la inexequibilidad de la expresión "*se liquidará el reajuste de que trata el artículo 867-1*" contenida en el inciso tercero del artículo 814 del Estatuto Tributario, y exequible lo demás de dicha norma (sustituido por el artículo 91 de la Ley 30 de 1992).

Como buena práctica judicial se recomienda entonces que el Juez de Conocimiento al inicio del IRI requiera al apoderado judicial de la entidad de Derecho Público (DIAN, Rama Judicial, etc.) para que informe si está adelantando trámite de cobro coactivo de la misma obligación con sus correspondientes intereses y en contra del mismo demandado; pues en caso positivo simplemente ha de ordenarse el rechazo del trámite, disponer la terminación del proceso y el consecuente archivo del incidente mediante auto interlocutorio contra el cual procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo[724].

CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PRETENSIONES QUE DAN LUGAR A LA TERMINACION Y ARCHIVO DEL INCIDENTE	
1.	Cuando se demuestre que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante y contra los mismos demandados ("*pleito pendiente*"); bien ante la jurisdicción civil o bien porque se adelanta cobro mediante trámite de jurisdicción coactiva donde se ejecuta la obligación con sus respectivos intereses.
2.	Cuando se demuestre que se encuentra acreditado el pago de perjuicios o la reparación del daño.
3.	Cuando se demuestre que hay conciliación previa, válidamente celebrada entre todas las partes y que comprende todas las pretensiones, pues la misma presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles (Art. 422 CGP).

723 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 20.778 de 29 agosto de 2006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, en similar sentido fallo de casación Sala Penal, Rad. 13.805 de 7 marzo de 2000, M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla.

724 Así por ejemplo, Sala Penal Tribunal Superior de Medellín. Auto de 3 diciembre de 2012, Rad. 05-001-60-00206-2010-52366, M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez

CAUSALES DE RECHAZO DE LAS PRETENSIONES QUE DAN LUGAR A LA TERMINACION Y ARCHIVO DEL INCIDENTE
4. Cuando se demuestre que quien promueve la acción no es el perjudicado directo, esto es, no es víctima.
El rechazo de las pretensiones y consecuente terminación y archivo del trámite del IRI, es a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación. El efecto en que se concede el recurso de apelación es en el suspensivo (Art. 90 CGP, Art. 25 CPP/2004).

TERMINACION DEL INCIDENTE POR PLEITO PENDIENTE		
CONDICIONES		
1.- La existencia de un proceso anterior en curso ante la jurisdicción civil o por trámite de jurisdicción coactiva	2.- La identidad de partes (demandante y demandado)	3.- La identidad de pretensiones (si en ambas se plantea reclamación pecuniaria)

14.4 Admisión de las Pretensiones

Como se ha visto, antes de la admisión de las pretensiones, las partes demandadas pueden intervenir para desvirtuar la calidad de víctima del demandante, para demostrar que no son sujetos pasivo del trámite incidental, para demostrar que no es un tercero civilmente responsable, para demostrar que existe proceso civil o cobro por jurisdicción coactiva (por ejemplo DIAN, Rama Judicial, etc.) entre las mismas partes y por el mismo objeto, para demostrar que existe contrato de transacción o conciliación que comprende total o parcialmente las pretensiones, o demostrar que hay pago total y efectivo de las pretensiones cuando se demanda exclusivamente la indemnización pecuniaria, etc.

El Juez entonces, debe correr traslado de las pretensiones a los demandados para que realicen alguna de las intervenciones mencionadas o alguna otra similar con la cual se pueda dar por terminada la actuación a través del rechazo de las pretensiones del demandante y la consecuente terminación y archivo del IRI, con condena en costas si a ello hay lugar.

El demandado, desde el inicio de la audiencia y antes de cualquier trámite, puede intervenir para solicitar la vinculación del tercero civilmente responsable y de la compañía aseguradora para lo cual presentará las correspondientes pruebas sumarias,

caso en el cual el juez debe ordenar dicha vinculación, y librar las comunicaciones de citación, y por supuesto, suspender la audiencia.

Efectuado lo anterior, el juez debe admitir las pretensiones del demandante, esto es, ordenar el trámite de reclamación a través de este incidente principal.

La reclamación, como se ha dicho, puede presentarse previamente por escrito y en todo caso debe exponerse oralmente en audiencia.

Esas pretensiones se pondrán en conocimiento del declarado penalmente responsable o "*del condenado*", como expresa la norma; además, si ya se citaron al tercero civilmente responsable y a la compañía aseguradora, igualmente, para estos demandados también se correrá traslado de las pretensiones.

Por supuesto que la audiencia tendrá mayor fluidez si, como se dijo, con antelación se ha entregado copia de las pretensiones o de la demanda, lo que será una buena práctica judicial.

14.5 Intento de Conciliación de las Pretensiones

El juez debe adelantar el trámite de conciliación de las pretensiones, para lo cual tiene amplias facultades. En efecto, y como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 250, num 7º de la Carta, se incluyó en el art. 521 del CPP, que la conciliación que se lleva a cabo en el incidente de reparación integral es un mecanismo de la justicia restaurativa[725].

Así que "*La amplia labor mediadora que se atribuye al juez en esta instancia procesal (luego del fallo condenatorio), debe estar asistida por los mismos propósitos, que alientan la justicia restaurativa en general, tales como 'atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y (a) lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio de la comunidad*' (Art. 518 inciso 2° C.P.P.)"[726].

Este trámite es susceptible de terminarse en cualquier momento a través del instituto de la conciliación o transacción. En las audiencias es obligación del Juez facilitar y promover la conciliación.

---

725 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

726 Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 26 septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Si se presenta la conciliación, entonces se debe dar por terminado el incidente de reparación integral de perjuicios, pues el acta presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles (Art. 488 CPC y Art. 422 del CGP).

Como la conciliación prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles, se termina entonces el proceso declarativo ante el Juez Penal para dar paso, si a ello hay lugar, a un proceso ejecutivo ante el Juez Civil.

En efecto,

> "En el caso de que se llegue a acuerdo conciliatorio, surge el interrogante si basta con el mero acuerdo así no se obtenga el cumplimiento del mismo para poder dar culminado el incidente de reparación y el acta que contiene dicho acuerdo presta mérito ejecutivo o, es necesario que se cumpla el acuerdo para poder fenecer el trámite del incidente. En esta conciliación a diferencia de la conciliación pre procesal (art. 522 ley 906), basta con el acta que contenga el acuerdo conciliatorio así no se haya cumplido con el mismo. La razón es la siguiente. En la conciliación pre procesal aún no está definida la responsabilidad penal y lo que se evita es que el victimario eluda la responsabilidad penal signando un acuerdo que no va a cumplir y que el fiscal archive la actuación (art. 522 ley 906). En la conciliación en el incidente de reparación integral la responsabilidad penal está definida y cumpla o no cumpla el acuerdo el victimario, la responsabilidad penal no va a variar, por lo que da lo mismo tener un acta de acuerdo conciliatorio que va a prestar mérito ejecutivo, como igual mérito ejecutivo va a prestar la decisión final del incidente de reparación integral"[727].

La revisión del Art. 103 CPP, según la Corte Constitucional en la sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, deja ver que el legislador, dentro del incidente de reparación integral, consideró a la conciliación como mecanismo de justicia restaurativa (Art. 521 CPP), pero dicha conciliación puede presentarse en dos (2) oportunidades, dependiendo de las circunstancias específicas del caso y de los acuerdos a que lleguen los interesados.

Una **primera oportunidad** de conciliación tiene lugar en la audiencia pública con la que se inicia el incidente de reparación integral, la cual es convocada por el juez de conocimiento una vez abierto el incidente por solicitud de la víctima, o del fiscal o del Ministerio público a instancia de ella y para la reclamación simbólica (Art. 102 CPP). En esta audiencia, como ha quedado dicho, el incidentante formula oralmente su pretensión, expresando la forma de reparación a la cual aspira e indicando las pruebas

727 Saúl Uribe García, ob. cit., p. 418.

que pretende hacer valer. Acto seguido, el juez debe examinar el contenido de la pretensión y verificar si quien la promueve se encuentra o no legitimado para ello. En el caso de ser admitida la pretensión, el juez la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable, ofreciendo la posibilidad de llegar a una conciliación; si ella prospera dará por terminado el incidente "*y lo allí acordado se incorporará a la sentencia*" (Art. 103 CPP)[728], pero en la actualidad con la reforma de la Ley 1395 de 2010 se dicta auto interlocutorio aprobatorio del acuerdo o conciliación, total o parcialmente, según sea el caso.

La **segunda oportunidad** de conciliación se presenta, según el art. 103 CPP *in fine*, cuando no se logre acuerdo en la primera, lo cual determina que el juez fije una nueva audiencia, dentro de los ocho (8) días siguientes, para intentar otra vez la conciliación, "*y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba*"[729].

Esta segunda ocasión para conciliar, según se dice en la sentencia C-409 de 2009, se retoma en el Art. 104, inciso 1° del CPP, conforme al cual, el día y hora señalados "*el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones*".

Aunque, de otra parte "*también resulta claro que, por lo general, la oportunidad conciliatoria de que trata el art. 108 CPP sea la segunda a la que se refiere el art. 103, porque el tercero civilmente responsable según el art. 107 CPP in fine sólo puede ser citado en la audiencia que abre el trámite del incidente, de modo que, si es él quien pretende asumir la responsabilidad civil derivada del delito mediante un contrato de seguro, la única opción que tiene para reclamar la presencia del asegurador con quien lo ha suscrito, es precisamente esa segunda audiencia a la que el mismo tercero civilmente responsable ha sido convocado*" [730].

Se ha explicado por la Corte Constitucional que los llamados a conciliar, en razón del significado reconocido a esta figura en el incidente, asumen con mayor fuerza vinculante los deberes propios de su condición como partes en el mismo (víctima y condenado o defensor) o como intervinientes (tercero civilmente responsable y aseguradora), fundados en el respeto al derecho ajeno, en el no abuso de los propios y

728 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

729 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

730 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

en el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Arts. 95, num 1 y 7 CP), tales deberes son el proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, obrar sin temeridad, comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que son citados, entregar a los servidores judiciales los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que le fueren requeridos, salvo las excepciones legales, previstos claramente por el Legislador en el mismo Código de Procedimiento Penal (Arts. 140, num 1, 2, 6, 9) [731].

14.5.1 Conciliacion y niños, niñas y adolescentes victimas de delito cometido por adulto

En la conciliación, así como en todo el trámite del IRI, el Juez tiene deberes ineludibles de corrección en el comportamiento y evitar toda tentativa de fraude procesal y colusión, cuando así lo advierta (Art. 37 CPC y Art. 42 CGP).

En principio, entonces, las partes pueden conciliar, transigir y desistir de sus pretensiones pues, como se ha dicho, se trata de una reclamación civil patrimonial o pecuniaria y por tanto disponible, sin que pueda haber oposición del juez de conocimiento.

El Juez de Conocimiento debe prestar mayor y especial atención cuando se trate de conciliación o transacción o desistimiento de pretensiones en los eventos en que se involucren intereses de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos cometidos por un adulto (Art.197 CIA).

La Corte Constitucional ha advertido este especial deber en la sentencia T-794 de 27 septiembre de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en un caso donde se presentó conciliación por la suma de cuatro millones de pesos que se pagarían en cuotas de doscientos mil pesos mensuales por un delito de abuso sexual contra niñas.

La Corte Constitucional expresó en esa oportunidad:

> "Amén de lo dicho, sorprende a la Corte que las autoridades demandadas hubiesen permitido la coexistencia de una transacción económica entre la madre de la víctima y los acusados, bajo la rúbrica de una "*indemnización de perjuicios*", que resulta claramente desproporcionada frente al daño físico y moral infringido a las menores y a su familia ($4.000.000 en cuotas de $200.000 pesos mensuales), y que abiertamente ignora las condiciones de garantía, respaldo y apoyo que el caso exigía por parte de las autoridades judiciales del Estado".

731 Corte Constitucional. Sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Se insistió en la sentencia T-794 de 2007 que los jueces debían tener en cuenta, además del interés superior del niño, niña y adolescente, los siguientes aspectos: las condiciones emocionales de la madre, los nexos familiares con los agresores, su extremada pobreza, su bajo nivel educativo, el impacto sufrido por la agresión de que fueron víctimas las dos hijas menores, todo lo cual llevó a la madre, sin más razonamientos, y "*sin ningún tipo de respaldo, acompañamiento y orientación judicial, a aceptar una transacción económica que resulta abiertamente desproporcionada y ridícula con respecto del daño causado y del bien jurídico que es materia de tutela, desconociendo las autoridades judiciales el interés superior que la Constitución propugna y en el cual están comprometidas todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. La consideración de dos menores violadas, una enferma mentalmente, convoca la protección especial del Estado y obliga a sus autoridades, en este caso judiciales, a adelantar acciones y adoptar medidas dirigidas a compensar su condición de debilidad manifiesta, que de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). […]. En este caso, los intereses prevalentes de las menores no se tuvieron en cuenta siquiera para tasar razonadamente unos perjuicios que, fácil era advertirlo, sólo tuvieron como fin último la celeridad del proceso y la descongestión de la justicia*".

Se debe colegir de la sentencia en comentario que el juez, cuando se trate de intereses que involucren a los NNA, debe realizar un papel proactivo y en defensa de los intereses superiores que le ordena la Carta Fundamental, de acuerdo a las circunstancias concretas de cada caso en particular.

15. CONCILIACIÓN FALLIDA Y AUDIENCIA PARA DENTRO DE LOS 8 DIAS SIGUIENTES

Si no hay acuerdo conciliatorio, se fija fecha y hora para nueva audiencia "*dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba*" (parte final, Art. 103 CPP).

Si el incidentante no solicitó la vinculación del tercero civilmente responsable entonces lo puede hacer el demandado "*en la audiencia que abra el trámite del incidente*" (Art. 107.2 CPP).

En la práctica, una vez citado el tercero civilmente responsable éste es quien solicita la vinculación legal de la aseguradora (Arts. 107 y 108 CPP), para lo cual debe allegar la información suficiente tales como la demostración de existencia y representación legal y copia del contrato de seguro, igualmente deberá suministrar la dirección correcta y completa para las citaciones y comunicaciones.

Es recomendable que el juez requiera a las partes desde el principio para que manifiesten si desean vincular terceros y compañías aseguradoras a este trámite y así poder librar las comunicaciones de rigor y realizar la audiencia siguiente con todos los interesados.

En todo caso es necesaria la vinculación de todos los demandados, terceros civilmente responsables y compañía aseguradora para proceder a realizar los trámites de la conciliación de la mejor manera posible.

Recuérdese que la vinculación de la compañía aseguradora, su citación y comparecencia no es "*exclusivamente*" para efectos de la conciliación, sino que una vez citada en forma debida queda vinculada al resultado del proceso, según la sentencia C-409 de 17 junio de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

15.1 Ofrecimiento de Medios de Prueba

Una vez fracasados los intentos de conciliación, tanto el sentenciado como los terceros vinculados y la compañía aseguradora ofrecen sus propios medios de prueba que son los medios de defensa en tema de perjuicios y no de responsabilidad penal.

Esto es lo que puede considerarse como contestación de la demanda.

Para solucionar una controversia, lo primero que debe hacer el juez es determinar con claridad cuál es el asunto en conflicto, esto es, fijar cuáles son los hechos que le dieron origen. Razón por la que, por regla general, a cada parte le corresponda probar los hechos que aduce como fundamento de sus pretensiones.

Estas reglas se conocen como *"Onus prodandi, incumbit actori" y "Reus, in excipiendo, fit actor"*, esto es, respectivamente, que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción y al demandado, cuando excepciona o se defiende, le corresponde, a su turno, probar los hechos en que se sustenta su defensa.

Estos postulados se encuentran previstos en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil[732]y en el actual artículo 167 del Código General del Proceso, la última de las normas acoge la tesis jurisprudencial de la carga dinámica de la

[732] Código de Procedimiento Civil, Art. 177: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*".

prueba[733] y el deber de probar a quien se encuentre en situación más favorable para aportar la evidencia. El principio de la carga dinámica de la prueba es sencillamente que "*corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo*" (Sentencia T-423 de 17 mayo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

El canon 167 del CGP "*no solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho*"[734].

A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil[735] y en el Art. 164 y siguientes del Código General del Proceso.

15.2 Solicitud y Decreto de Pruebas

El Juez decreta las pruebas solicitadas por las partes, tanto de los demandantes como de los demandados. Es simple ejercicio del derecho de contradicción (Art. 15 Ley 906 de 2004).

Proceden los recursos ordinarios contra el auto que niega la práctica de pruebas solicitadas. Según el Art. 321-3 del CGP, procede el recurso de apelación contra el auto que "*deniegue el decreto o la práctica de pruebas*".

El rechazo de prueba debe ser por auto debidamente motivado y además por alguna de las siguientes circunstancias, primero, porque es prueba ilícita; segundo, porque es prueba notoriamente impertinente; tercero, porque es inconducente; cuarto, porque es manifiestamente superflua, y, quinto, porque es prueba manifiestamente inútil (Art. 168 del CGP).

El efecto en que se concede el recurso de apelación contra auto es, según la regla general, en el devolutivo, "*a menos que exista disposición en contrario*" (Art. 323 CGP

733 Por Sentencia T-600 de 2009 la Corte Constitucional resolvió los casos de unos desplazados a los que se les había negado la inscripción en el RUPD debido a que, según Acción Social, no habían demostrado su condición de desplazados por la violencia. En esa oportunidad, la Corte señaló que, en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, corresponde probar al Estado que la persona que solicita su inscripción en dicho registro no tiene la calidad de desplazado. Tesis reiterada en Sentencia T-423 de 2011.

734 Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Primera edición, Septiembre de 2012, Universidad Libre de Bogotá. Capítulo "Código General del Proceso. Aspectos probatorios". Ulises Canosa Suárez, p. 39.

735 Consejo de Estado. Sentencia de 30 junio de 2011, Rad. 1997-04001, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

y Art. 354 CPC, modificado por el artículo 15 de la Ley 1395 de 2010), y como en este asunto concreto no la hay, entonces se concede la apelación en el efecto devolutivo caso en el cual "*no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso*" (Art. 323-2 CGP y Art. 354-2 CPC).

No proceden recursos contra el auto que decreta pruebas ya que no está enlistado en el canon 321 del CGP ni está expresamente señalado en otra norma de dicho Código.

CAUSALES DE RECHAZO DE PRUEBAS EN EL IRI (Art. 168 CGP)
1. Porque es prueba ilícita
2. Porque es prueba notoriamente impertinente
3. Porque es inconducente
4. Porque es manifiestamente superflua
5. Porque es prueba manifiestamente inútil
Proceden los recursos ordinarios contra el auto que niega la práctica de pruebas solicitadas. Según el Art. 321-3 del CGP, procede el recurso de apelación contra el auto que "*deniegue el decreto o la práctica de pruebas*" y se concede en el efecto devolutivo (Art. 323-2 CGP).
No proceden recursos contra el auto que decreta pruebas ya que no está enlistado en el canon 321 del CGP ni está expresamente señalado en otra norma de dicho Código.

Las pruebas en el incidente de reparación integral no se piden ni se presentan en los términos del canon 337 de la Ley 906 de 2004, toda vez que no es un escrito de acusación, ni con ellas se tratará de demostrar la responsabilidad penal del demandado.

En el incidente de reparación integral no se dará aplicación a figuras propias y consustanciales del sistema acusatorio penal, tales como el descubrimiento en los términos de la Ley 906 de 2004, el testigo de acreditación, la autorización previa del juez de control de garantías, el escrito base de opinión pericial, etc. Cuando entre en vigencia del Código General del Proceso se aplicarán entonces las normas pertinentes que derogan el Código de Procedimiento Civil en tema de pruebas.

Así por ejemplo, el Código General del Proceso regula lo concerniente al dictamen pericial aportado por una de las partes y además se consagra la posibilidad de que

cuando el tiempo sea insuficiente para presentarlo se pueda pedir una prórroga para su presentación. Ahora bien, la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá pedir la comparecencia del perito a la audiencia para interrogarlo sobre la idoneidad y el contenido del dictamen, o bien para aportar otro dictamen o hacer las dos actuaciones simultáneamente, de tal forma que si el perito no asiste a la audiencia, entonces el dictamen no tendrá valor. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave, y se establece un trámite especial para cuando el dictamen se practica de oficio (Arts. 227-235 CGP).

Tanto en la sentencia C-873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa como en la sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional expresó que el acto legislativo 03 de 2002 introdujo modificaciones considerables en el proceso penal, pues en cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción fundamental entre la fase de investigación —encaminada a determinar si hay mérito para acusar— y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; se caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales, y dicha etapa se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación.

En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo la figura del Juez de Control de Garantías, que no tiene participación alguna en el incidente de reparación integral de perjuicios. Es más, en tema de libertad del imputado o acusado, luego del anuncio del sentido de fallo de condena, corresponde decidir al Juez de Conocimiento. El Juez de Control de Garantías resuelve peticiones de libertad antes del anuncio de sentido de fallo.

En efecto, el Art. 12 de la Ley 1142 de 2007 que modificó el canon 154 de la Ley 906 de 2004, expresa que se tramitará en audiencia preliminar "*8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo*".

También se dijo en la sentencia C-591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que en "*Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio*".

Se insiste pues en que las pruebas se solicitarán, decretarán y practicarán según las normas del Código de Procedimiento Civil (Art. 174 y siguientes del CPC.) y gradualmente según la vigencia del Código General del Proceso o Ley 1564 de 12 julio de 2012.

15.2.1 Decreto de pruebas de oficio

No hay ningún obstáculo para que el Juez Penal en el incidente de reparación integral decrete pruebas de oficio de conformidad con el Art. 179 CPC, facultad deber que igualmente se consagró en el Código General del proceso en los Arts. 42-4, 98 y 169.

Expresan las citadas normas:

DECRETO DE PRUEBAS DE OFICIO	
Artículo 179 del CPC	Artículo 169 del Código General del Proceso
Pruebas de oficio y a petición de parte.- Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admitirán recurso alguno. Los gastos que impliquen su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.	**Prueba de oficio y a petición de parte.**- Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia también es prolija en decisiones reiteradas y pacíficas sobre la facultad-deber de decretar pruebas de oficio por el Juez, así por ejemplo, Sentencia de casación de 5 mayo de 2000, Rad. 5165; Sentencia de casación de 29 noviembre de 2004, Rad. 7880; Sentencia de casación de 26 julio de 2004, Rad. 7273; Sentencia de 15 julio de 2008, Rad. 2003-00689 01, y Sentencia de casación 27 agosto de 2012, Rad. 11001310304220060071201.

La omisión de pruebas fundamentales para la decisión correcta del caso en materia civil, que se aplica, como ya se ha visto, al trámite del incidente de reparación integral de perjuicios, constituye un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto según la Corte Constitucional, criterio expuesto en sentencias C-029 de 1995, T-1306 de 2001, SU-159 de 2002, T-973 de 2004, C-590 de 2005 y T-737 de 2007, entre otras.

Lo anterior quiere decir, además, que cuando el juez actúa de tal jaez lejos está de contrariar el ordenamiento jurídico y de proferir una resolución manifiestamente contraria a la Ley, como se explicó por la Sala de Casación Penal de la Corte en Auto de segunda instancia de 6 diciembre de 2012, Rad. 37.370, M.P. Javier Zapata Ortiz.

En el incidente de reparación integral no tiene lugar la prohibición, ni siquiera por analogía, contenida en el canon 361 de la Ley 906 de 2004[736], ya que dicha norma es consustancial al sistema acusatorio penal y así además se colige sin mayor esfuerzo de la sentencia C-396 de 23 mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que estudió su exequibilidad.

Es más, la prohibición del canon 361 del CPP/2004 no es absoluta pues los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en los casos en que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial (Sentencia C-396 de 2007). Es decir. que la prohibición del decreto de pruebas de oficio impera para el Juez de Conocimiento en fase del proceso penal.

El canon 361 de la Ley 906 de 2004 expresa:

> Art. 361. **Prohibición de pruebas de oficio**. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

De la sentencia C-396 de 2007 se puede extractar lo siguiente:

> "Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad[737], en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas".

Es decir, que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad de lo sucedido, esto es, del delito. El objeto del proceso no es averiguar, por ejemplo, los antecedentes penales del implicado, pues precisamente ya en esas otras actuaciones anteriores se le brindó el debido proceso y se le respetó el derecho de defensa y fue vencido en juicio, y ello no puede ser objeto de otro nuevo proceso penal.

Más adelante se dijo en la citada sentencia:

---

736 Art. 361 CPP: "*En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio*". Norma declarada exequible por sentencia C-396 de 23 mayo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

737 Entre muchas otras, pueden verse las sentencias C-695 de 2002, C-04 de 2003, C-871 de 2003, C-575 de 2006, C-370 de 2006 y C-454 de 2006.

> "iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7)".

Debe haber petición de parte en el ejercicio de la acción penal. La búsqueda de antecedentes penales, por ejemplo para la audiencia del Art. 447 CPP, en contra de quien ya fue vencido en juicio o bien de quien acepta responsabilidad a través del allanamiento a cargos o de la justicia negociada, no es ejercicio de la acción penal sencillamente porque ya ha finiquitado.

Luego dice la Corte Constitucional:

> "17. De otra parte, con la introducción del sistema penal acusatorio, también cambiaron estructuras en la actividad probatoria que deben adecuarse a los nuevos roles del juez y de los intervinientes en el proceso penal. Dicho de otro modo, dentro de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentran los que modificaron la actividad probatoria en el proceso, puesto que el Constituyente y el legislador consideraron necesario modificar e intensificar la aplicación de reglas procesales importantes para condicionar la averiguación de la verdad en el proceso penal y, de esta forma, concretar el deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional. En efecto, para la Sala es evidente que la aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos y libertades individuales".

Mírese que se habla de verdad procesal, esto es, la verdad sobre la comisión de un delito.

Luego expresa la Corte:

> "En estas circunstancias, si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción

> de la condena, por lo que debe aplicar el principio del *in dubio pro reo* y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa del juzgamiento supone una garantía, en especial, para el acusado"

Con las pruebas del incidente de reparación integral no se pretende ahondar en la verdad de los hechos para hacer más probable o menos probable la comisión del delito.

Es más, las pruebas que se practican en la audiencia de "*individualización de pena y sanción*" (Art. 447 CPP) es informal, no con el rigorismo de la etapa anterior, y no se requiere descubrimiento ni testigo de acreditación, pues no es prueba de responsabilidad, así se dijo por la Corte en Auto con Rad. 33.177 de 18 enero de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, pero condicionada a la legalidad y pertinencia de los elementos probatorios que se presenten y sustenten en las alegaciones y en la contradicción por la contraparte. Para la audiencia del Art. 447 del CPP no es necesario recibir testimonios y, además, el rechazo de pruebas es de plano[738].

Tan cierto es que en el incidente de reparación integral el Juez puede decretar pruebas de oficio que cuando se trate de niños, niñas o adolescentes víctimas de delitos cometidos por un adulto, que si este trámite especial no es iniciado por ninguno de los obligados legalmente, corresponderá entonces su apertura al Juez de Conocimiento, lo cual quiere decir, que el decreto de pruebas será necesariamente de oficio.

En efecto, expresa el canon 197 del Código de la Infancia y Adolescencia:

> ART. 197.— **Incidente de reparación integral en los procesos en que los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas.** En los procesos penales en que se juzgue un adulto por un delito en el cual sea víctima un niño, niña o adolescente, el incidente de reparación integral de perjuicios se iniciará de oficio si los padres, representantes legales o el defensor de familia no lo hubieren solicitado dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Mediante la sentencia T-264 de 3 abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional anuló una sentencia donde se absolvió por ausencia de la prueba documental del parentesco con el obitado y ordenó, consecuencialmente, abrir el espacio procesal para el decreto y práctica de dicha prueba.

738 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 26.716 de 16 mayo de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

16. AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 104 LEY 906 DE 2004

Expresa el canon 104 de la Ley 906 de 2004:

> Art. 104 del CPP.- **Audiencia de pruebas y alegaciones**. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.
>
> Parágrafo.- La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.
>
> Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente[739].

Recordemos el cuadro que se hizo en anterior oportunidad sobre el entendimiento del parágrafo del Art. 104 de la ley 906 de 2004.

PARAGRAFO DEL ARTICULO 104 DEL CPP	
La ausencia o inasistencia se puede justificar con prueba sumaria del acontecimiento.	
Parágrafo Art. 104 CPP.- "*La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas*".	
La sanción no es automática. El interesado tiene unas causales y un período para "*justificar*" su ausencia (inc. 2° Art. 169 del CPP, Art. 103 parágrafo de la Ley 446 de 7 julio de 1998)	
La declaratoria judicial de desistimiento está expresamente consagrada para la audiencia de pruebas y alegaciones (Sentencia C-717 de 2006)	
Las consecuencias son: (i) la declaración judicial de desistimiento de la pretensión, (ii) el archivo de la solicitud y (iii) la condena en costas	
No aplican las consecuencias desfavorables en los siguientes casos:	1. Cuando se trate de incapaces, de niños, niñas o adolescentes, víctimas de delitos, porque tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada* (Art. 44 Carta Fundamental y marco internacional)
	2. Cuando se demuestre fuerza mayor valorada por el Juez en el caso concreto (Sentencia C-1186 de 2008)

739 El aparte subrayado fue declarado exequible por sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16.1 Intento de Conciliación

La audiencia del artículo 104 CPP se denomina "*de pruebas y alegaciones*", la cual se debe iniciar con la invitación para conciliar.

Si hay acuerdo entre las partes y sobre todas las pretensiones entonces, como en el caso anterior, dará lugar a la terminación al incidente y el contenido se incorporará a la decisión judicial, que es un auto interlocutorio.

Se advertirá por el Juez que la conciliación prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles competentes de conformidad con el canon 488 del CPC y artículo 422 del CGP.

16.2 Practica de Pruebas

La práctica de pruebas se realiza conforme a la reglas del Código General del Proceso que sustituyó el Código de Procedimiento Civil, por la sencilla razón que el fundamento no puede ser el canon 372 del CPP ya que este se refiere a las pruebas a efecto de establecer la "*responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe*" y, como se sabe, esa responsabilidad ya fue objeto de discusión y de demostración. En el incidente de reparación integral, en cambio, se ha de establecer es la responsabilidad civil extracontractual proveniente del hecho punible.

Este es el fundamento por el cual el decreto y práctica de pruebas en este incidente especial es según las reglas del Código General del Proceso, ordenamiento al cual se acude por integración según el canon 25 del CPP.

Gradualmente se aplicarán las normas del Código General del Proceso de la Ley 1564 de 12 julio de 2012.

Aunque se ofrece otro argumento adicional para que la práctica de prueba sea de conformidad con las normas del Código General del Proceso: Las causales y cuantía de casación en contra de la sentencia del incidente de reparación integral son las propias del Código de Procedimiento Civil y del Código General del Proceso[740], esto es, las propias de la acción civil según el numeral 4° del Art. 181 del CPP, así que su práctica deberá ser conforme al rito civil y no al penal por obvias razones, ya que no

740 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 8.905 de 30 julio de 1996; M.P. Ricardo Calvete Rangel y Auto Rad. 19.237 de 09 mayo de 2002, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

sería posible una casación con causales civiles cuando el trámite fue según el sistema oral acusatorio penal de la Ley 906 de 2004.

En conclusión, las pruebas se practicarán según las normas del Código General del Proceso.

Los medios de pruebas son los siguientes:

MEDIOS DE PRUEBA	
Artículo 175 del CPC	Artículo 165 del CGP
Medios de prueba.- Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.	**Medios de prueba.**- Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

El Art. 165 del Código General del Proceso adiciona como medios de prueba la confesión y los informes; además aclara que cuando se aplique el prudente juicio se deberán preservar los principios y garantías constitucionales.

Se debe tener en cuenta que en el incidente de reparación integral tanto los documentos públicos como los documentos privados se presumen auténticos mientras no hayan sido tachados de falso o hayan sido desconocidos, según el caso, de conformidad con el inciso 2° del Art. 244 del CGP.

La tacha de falsedad se encuentra regulada en el Art. 269 del CGP y su trámite en el canon 270 CGP.

Expresan las normas en cuestión y en lo pertinente:

PRESUNCION DE DOCUMENTO AUTENTICO Y TACHA DE FALSEDAD	
Artículo 244 inc. 2° CGP	**Artículo 269 CGP**
"**Documento auténtico.-** (…) Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (…)".	"**Tacha de falsedad y desconocimiento de documento.-** La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba. Esta norma también se aplicará a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aduzca. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión. Los herederos de la persona a quien se atribuye un documento deberán tacharlo de falso en las mismas oportunidades.

En tema de prueba pericial debe indicarse,

En primer lugar, que en todos los sistemas procesales el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito "*sino el procedimiento técnico científico empleado para su examen, pues es este en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino*", así lo resaltó la Sala Penal en sentencia de 27 junio de 2012, Rad. 32.282, M.P. Javier Zapata Ortiz, y donde se agregó además que "*por ello se ha dicho que cuanto interesa al juzgador tratándose de pericia documentaria, no es la conclusión en sí sino la forma como fue adoptada*"; por su parte, la Sala Civil de la Corte ha dicho que el dictamen del perito debe estar soportado en hechos veraces, sometidos a contradicción y acreditados adecuadamente (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 9 marzo de 2012, expediente Rad. 11001-3103-010-2006-00308-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda).

En segundo lugar, el trámite de aporte o aducción de la prueba en el proceso penal y en el proceso civil es diferente, como se aprecia en este cuadro comparativo:

PRUEBA PERICIAL	
En el sistema acusatorio penal de la Ley 906 de 2004	**En el sistema procesal civil y, por tanto, en el incidente de reparación integral de perjuicios**
Primero, la prueba pericial se compone de dos actos: el informe, generalmente escrito, y la declaración en juicio del perito para que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas y entendibles[741]. Así entonces, se valora es lo que el perito diga en audiencia y no lo que previamente se haya consignado en el escrito. Es que la ley inclusive permite que la pericia se rinda en juicio sin previo informe escrito (Art. 412 CPP)[742]. ***Segundo***, el escrito previo sirve para preparar contrainterrogatorio, refrescar memoria, destacar contradicciones, y se rige por las reglas del testimonio, igualmente, se puede utilizar para fundamentar o aclarar la respuesta del testigo perito o experto (Arts. 405 y 416 CPP)[743]. ***ercero***, si no se entrega informe previo ya anunciado y si el mismo existe, entonces procede la "*sanción rechazo*" del Art. 346 del CPP[744]. ***Cuarto***, la idoneidad de la experta se puede probar con la sola afirmación de la declarante, si la contraparte no demuestra lo contrario[745]. ***Quinto***, se controvierten las afirmaciones del perito rendidas en audiencia y no la información previa escrita que haya presentado el perito. En efecto, "*Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas*"[746].	**una de las partes.** La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado". "**Artículo 228. Contradicción del dictamen.- CGP:** La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

741 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias Rad. 29.609 de 17-09-08 y Rad. 31.950 de 19-08-09.

742 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 31.981 de 14-09-09.

743 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias Rad. 25.920 de febrero 21 de 2007, Sentencia de El Campín y Rad. 31.475 de 17-06-09.

744 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia Rad. 26.128 de 11-04-07.

745 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Auto Rad. 31.981 de 14 septiembre de 2009.

746 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia Rad. 29.609 de 17 septiembre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca y Sentencia Rad. 31.950 de 19 de agosto de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

PRUEBA PERICIAL	
En el sistema acusatorio penal de la Ley 906 de 2004	**En el sistema procesal civil y, por tanto, en el incidente de reparación integral de perjuicios**
	"**Artículo 227.- CGP. Dictamen aportado por** Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito sólo podrá excusarse una vez. Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, sólo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito. En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave (…)"

En el Código General del Proceso se eliminó el incidente de objeción del dictamen pericial.

La eliminación de la objeción de la pericia en el proceso civil no atenta contra el derecho de contradicción y de defensa, según lo adveró la Corte Constitucional en la sentencia C-124 de 1° marzo de 2011, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

En tema de prueba testimonial es pertinente aclarar que el nuevo Código General del Proceso dispone como novedades las siguientes[747]:

a. La eliminación del límite de edad de doce (12) años. A los menores de edad no se les recibe juramento, "*pero el juez los exhortará a decir la verdad*" (Art. 220.2 CGP).

   Todas las personas son hábiles ahora para testimoniar y el juez deberá adoptar respecto de los niños, niñas y adolescentes las medidas apropiadas para la recepción de su declaración.

747 Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Primera edición, Septiembre de 2012, Universidad Libre de Bogotá. Capítulo "Código General del Proceso. Aspectos probatorios". Ulises Canosa Suárez, p. 48.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972— en su artículo 19 ordenó: *"todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*.

Posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, se convino: *"**(…) Artículo 3**. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño* (se subraya).

Normas que complementan el canon 44 superior.

Agréguese aquí que se debe tener en cuenta el artículo 194 del Código de la Infancia y Adolescencia en el sentido de la no exposición de la víctima frente a su agresor[748].

b. La eliminación del testimonio por certificación que contemplaba el artículo 222 del CPC, medida apenas natural en un proceso oral o por audiencias donde debe primar la inmediación. Ahora todos testifican oralmente ante el juez, pero al Presidente y al Vicepresidente de la Republica se les recepcionará la declaración en su despacho.

c. La doble vuelta de preguntas que se establece en la práctica de la prueba. Dice el numeral 4 del artículo 221 que las partes tendrá derecho a volver a interrogar al testigo, "*con fines de aclaración y refutación*".

d. De acuerdo con el artículo 220 del CGP el juez continúa con la facultad de rechazar las preguntas inconducentes, las manifiestamente impertinentes y las superfluas por ser repetición de una ya respondida, a menos que sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho.

e. Es importante resaltar, según el mismo autor Canosa Suárez, que "en los casos de objeciones de las partes a las preguntas, el objetante deberá limitarse *´a*

748 En materia penal, por incumplimiento del canon 150 del CIA en delito de abuso sexual donde fue víctima NNA, se profirió sanción disciplinaria en contra de funcionario judicial. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia Rad. 730011102000200800099 01, de 10 agosto de 2011, M.P- Angelino Lizcano Rivera.

indicar la causal y el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso´ (artículo 220 CGP)" [749].

También se debe agregar que es el juez quien inicia el interrogatorio de los testigos (Art. 221 numerales 1, 2, 3 y 4 CGP), y que puede interrogar en cualquier momento. Cuando se trate de testigos que residan fuera de la sede del juzgado se puede recibir la declaración a través de medios técnicos (Art. 224 CGP).

16.3 Alegaciones de Conclusión, Fallo e Impugnación

16.3.1 Clausura del debate probatorio

Luego de concluida la práctica de pruebas, se declara clausurado ese ciclo y se concede el uso de la palabra a las partes para las alegaciones de conclusión.

No es necesario el anuncio del sentido de fallo en el incidente de reparación integral, ninguna norma especial así lo impone, además no son aplicables los cánones 445 y 446 de la Ley 906 de 2004 pues éstas normas son exclusivas para la individualización de delitos y aquí se trata es de responsabilidad civil.

El Juez entonces ha de fijar fecha y hora para lectura de fallo en el incidente de reparación integral, sin perjuicio de que se dicte sentencia en forma inmediata o luego de un receso una vez escuchadas las alegaciones de los sujetos procesales.

16.3.2 No hay plazo ni condicion para el pago en caso de condena por perjuicios

En ningún momento el Juez puede ordenar plazo o condición alguna para el pago de la simple obligación patrimonial derivada del delito en caso de sentencia condenatoria por perjuicios.

Recuérdese que el juez penal puede suspender la pena a través del mecanismo del Art. 63 del CP ("*suspensión condicional de la ejecución de la pena*") y también puede disponer el pago de la sanción de multa por instalamentos por un período que no puede exceder de 24 meses, según el Art. 39-6 del CP, modificado por el Art. 46 de la Ley 1453 de 2011.

No obstante la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de la libertad de prisión, en la actualidad el Juez no puede suspender el cumplimiento de la sentencia

[749] Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, ob. cit., p. 48.

indemnizatoria ni ordenar el pago por cuotas mensuales de la obligación patrimonial de perjuicios. Los argumentos que sustentan esta postura son los siguientes:

i. Porque el mismo Art. 63 del Código Penal ordena que "*la suspensión de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible*", con lo cual se corrige la inveterada y malsana práctica de legislaciones anteriores que permitían la fijación de un plazo para el pago de perjuicios (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto Rad. 10.656 de 22 junio de 2005, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés).

ii. Entre las obligaciones del beneficiario con el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena está la de "*reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en la imposibilidad económica de hacerlo*" según el Art. 65-3 del C. Penal.

iii. En la actualidad, cuando se dicta el fallo sobre indemnización de perjuicios derivados del hecho punible, la sentencia penal está ejecutoriada, así que la obligación de pago podrá imponerse para efectos de lograr el subrogado de la libertad condicional del Art. 64 del Código Penal, modificado por el Art. 5° Ley 890 de 2004 y luego por el Art. 25 Ley 1453 de 2011, en la medida que condiciona su adjudicación a la reparación de la víctima, en el entendido, según la Corte Constitucional en sentencia C-823 de 10 agosto de 2005, "*que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penal —previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Púbico— la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional*", y

iv. La sentencia de condena del incidente de reparación integral una vez ejecutoriada materialmente presta mérito ejecutivo según el Art. 422 del CGP, el cual expresa que pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones "*que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial*", razón adicional para pregonar que es improcedente la suspensión de cumplimiento de la sentencia del IRI y que además el Juez no puede ordenar su pago por cuotas o instalamentos mensuales o periódicos.

16.3.3 Notificacion en estrados y recursos

En tema de notificación y recursos se dará aplicación al canon 179 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 91 de la Ley 1395 de 2010; esto es, la notificación es en

audiencia o por estrados y la interposición del recurso de apelación debe hacerse allí mismo.

Se debe seguir pues la regla general de la notificación en estrados en orden a hacer efectivo el principio de publicidad que interesa a las partes y a la comunidad[750]; con mayor razón cuando entre en vigencia el Código General del Proceso (Art. 3° CGP).

La sustentación del recurso de apelación puede hacerse oralmente en la misma audiencia o bien por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

En todo caso, el traslado a los no recurrentes siempre será común por cinco (5) días hábiles, y, como todo término concedido en favor de alguna parte, se puede renunciar por quien a cuyo favor se concede[751].

16.3.4 Congruencia civil y medidas excepcionales de justicia restaurativa

La sentencia debe cumplir con el requisito legal de la congruencia civil según el canon 281 del CGP (Art. 305 del CPC), en el sentido de que:

- ***Uno***: El Juez no puede reconocer lo que no se le ha pedido (*extra petita*).
- ***Dos***: El Juez no puede reconocer más de lo pedido (*ultra petita*).
- ***Tres***: El Juez no puede dejar de resolver lo que le fue solicitado (*citra petita*).

  La congruencia civil se aplica sin perjuicio de que exista autorización legal expresa para proceder de oficio[752].

Excepcionalmente, según el Consejo de Estado, es posible decretar de oficio medidas de justicia restaurativa, al margen de los principios de congruencia y de no *reformatio in pejus*, en dos escenarios: primero, ante la grave violación a derechos humanos por parte del Estado —por acción o por omisión— o por la actividad de terceros pero imputable al mismo Estado; y, segundo, cuando se presente la afectación significativa

750 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 36.023 de 21 septiembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; aunque dicho para la sentencia penal, es aplicable al incidente de reparación integral.

751 Tanto la sustentación en audiencia como dentro de los cinco días siguientes y el traslado común por cinco días del Art. 91 de la Ley 1395 de 2010 que reformó el Art. 197 de la Ley 906 de 2004, fueron expresiones declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-371 de 11 mayo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

752 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia Rad. 6.666 de 22 febrero de 2002 y Sala Penal, Sentencia Rad. 19.044 de 12 noviembre de 2003, Sentencia Rad. 25.149 de 5 octubre de 2006 y Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011.

a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional[753]. Esas medidas puede estar dirigidas a la rehabilitación, a la satisfacción o de garantía de no repetición.

Dijo sobre el particular el Consejo de Estado: "*En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales es el único contenido del principio de reparación integral que se encuentra amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado[754], esto es, la garantía de la congruencia y de la no reformatio in pejus, siempre que, se insiste, se trate de un escenario de grave vulneración a derechos humanos o medie la afectación significativa de un derecho fundamental constitucional. En los demás casos a los dos mencionados, las medidas de justicia restaurativa sólo serán procedentes si están deprecadas expresamente en la demanda*" [755].

CONGRUENCIA CIVIL **Art. 281 del CGP y Art. 305 del CPC**
Regla general
El Juez no puede reconocer lo que no se le ha pedido (*extra petita*)
El Juez no puede reconocer más de lo pedido (*ultra petita*)
El Juez no puede dejar de resolver lo que le fue solicitado (*citra petita*)
Excepcionalmente
Expresamente lo permite la misma ley para proceder de oficio
En casos de grave violación a derechos humanos por parte del Estado —por acción o por omisión— o por la actividad de terceros pero imputable al mismo Estado
Cuando se presente la afectación significativa a un derecho fundamental de los reconocidos a nivel constitucional
Simple congruencia civil
Estas son medidas de justicia restaurativa que pueden estar dirigidas a la rehabilitación, a la satisfacción o de garantía de no repetición

753 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna N° 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

754 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, Exp. 16.996, M.P. Enrique Gil Botero.

755 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 25 abril de 2012, Expediente: 05001232500019942279-01, Radicación interna N° 21.861, C.P. Enrique Gil Botero.

17. COSTAS Y AGENCIAS PROCESALES

La Ley 906 de 2004 nada dijo sobre publicaciones, peritajes, notificaciones, curadurías, inspecciones judiciales, emplazamientos, llamamiento en garantía, práctica de pruebas, etc., en los Arts. 102 a 108.

La Ley 906 de 2004 tampoco nada dijo sobre condena en costas, expensas ni agencias en derecho al vencido en el incidente de reparación integral como sí se dijo, por ejemplo, en el Art. 56 Ley 600 de 2000.

Tales vacíos se llenan con las normas del Código de Procedimiento Civil al cual se acude en virtud del Art. 25 de la Ley 906 de 2004; cuando entre en vigencia el Código General del Proceso entonces se aplicarán dichas normas.

Aunque valga acotar que la Ley 906 de 2004 reguló la condena en costas cuando se trata de la ausencia injustificada del solicitante o demandante a la "*audiencia de pruebas y alegaciones*" de este trámite, lo cual implica "*el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condena en costas*" según el parágrafo del Art. 104 SAP.

En efecto, expresa la norma:

> "Parágrafo.- La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas.
>
> "Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente"[756].

Las costas son "*la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte ganancia efectuó, y a la que le deben ser reintegradas*"[757].

---

[756] La expresión subrayada fue declarada exequible mediante sentencia C-423 de 31 mayo de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[757] Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007, p. 1022, citada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Las expensas, como lo explica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, "*son los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones, etc.*"[758]. No se incluyen en este concepto los honorarios de los abogados. Las expensas se integran al concepto de costas.

Las agencias en derecho "*corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión*"[759]. Las agencias en derecho se integran al concepto de costas.

El Art. 361 del CGP dice que las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho, y que tanto su tasación como liquidación obedecen a criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con los artículos 362 a 367.

En los Arts. 365 y 366 del CGP se regula la condena en costas y su liquidación, normas que sustituyen el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 19. En todo caso, las costas las paga el perdedor, no importa la razón por la cual perdió. Aquí se sigue un criterio eminentemente objetivo[760], esto es, "*sin reparar en la mala fe o la temeridad de su comportamiento*"[761]. La condena en costas es "*independiente de las causas del vencimiento*"[762].

La imposición de costas es objetiva. También es objetiva la determinación o cuantificación concreta de las costas. El artículo 392-8 del CPC expresa que "*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*". Texto que se reproduce en el numeral 8° del Art. 365 del Código General del Proceso.

El pago de costas procesales no se opone el principio de gratuidad de la administración de Justicia. Según la Carta, la Justicia es una función pública y todas las personas pueden acceder a ella (Artículos 228 y 229 de la Carta). Sin embargo, no hay norma expresa que indique que la administración de justicia es gratuita. No obstante ese

---

758 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

759 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

760 Criterio que no opera en el área contencioso administrativo, pues la Ley 446 de 1998, en el artículo 55, indica que para la condena en costas, el juez tendrá en cuenta "*la conducta asumida por las partes*".

761 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Rad. 5.151 de agosto 30 de 1999.

762 Corte Constitucional, Sentencia C-480 de 26 octubre de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

silencio, se ha entendido que esa gratuidad tiene su origen "*en los valores fundantes del Estado como son a la justicia, la convivencia, la paz, la igualdad y a un orden justo*"[763].

En el artículo 6° de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, se consagró la gratuidad de la administración de Justicia "*sin perjuicio de las expensas, agencias en derecho y costos judiciales*"[764], norma posteriormente reformada por la Ley 1285 de 2009, artículo 2º, que incluyó el concepto de "*aranceles judiciales*" para ciertos trámites procesales, como otra excepción al principio de gratuidad[765]. El Código General del Proceso contempla el arancel judicial en el canon 362.

En concreto se dijo por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996[766]:

> "El principio de gratuidad apunta, pues, a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad. Con ello no quiere la Corte significar que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas -usualmente a quien ha sido vencido en el juicio-, así como las agencias en derecho, esto es, los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (a través de escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes) durante todo el trámite judicial. Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal".

Ahora bien, el canon 13 de la Ley 906 de 2004 establece que "*La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia*".

El proceso penal, entonces, como tal no genera erogación alguna. Pero la situación es bien diferente cuando se hacen reclamaciones o pretensiones civiles, patrimoniales, pecuniarias o indemnizatorias a las que no está obligado asumir el Estado, en cuyo

763 Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 1994 y Sentencia C-1512 de 2000.

764 Norma declarada ajustada a la Carta mediante sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

765 Norma declarada exequible por sentencia C-713 de 15 julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

766 Magistrado ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.

caso sí procede entonces la imposición de costas y aranceles judiciales, cuando haya lugar.

Con respecto a la procedencia de estas erogaciones económicas en el trámite del incidente de reparación, la Sala Penal de la Corte en sentencia con Rad. 34.145 de 13 abril de 2011; M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, explicó:

> "Esa ostensible separación de objetos también conlleva la distinción de trámites, al punto que se consagra en la Ley 906 de 2004, la forma incidental para el cobro de perjuicios, destinando un capítulo para su regulación, en el cual, cabe anotar, sólo se establecen pautas generales, para efectos de que sea la normativa especial, dígase el procedimiento civil, la que cubra los vacíos, o mejor, de forma general regule el asunto propio de su naturaleza.
>
> "Es así que necesariamente, para que tenga buen suceso el incidente en cuestión, debe recurrirse a la vía integrativa regulada en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004[767]".

Se debe aclarar que las costas no hacen parte del concepto indemnizatorio de perjuicios[768].

En efecto, una cosa son las costas y otra muy diferente los perjuicios, razón por la cual no es posible incluir en la liquidación de indemnización integral de perjuicios aspectos propios de la liquidación de costas, como es el caso del reconocimiento de gastos judiciales y agencias en derecho.

Sea entonces por la vía general de las preceptivas propias de la indemnización judicial, o por la específica de la Ley 906 de 2004, es ineludible la condena en costas en el incidente de reparación integral, cuando estas efectivamente han sido causadas[769].

18. TRÁMITE PARA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS EN EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

El procedimiento para la condena en costas está reglado minuciosamente en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 43 de

---

767 Artículo 25 de la Ley 906 de 2004: "*En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal*".

768 Sobre el tema: Derecho Procesal Civil, Parte General, Jaime Guasp, p. 530; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Auto del 7 de abril de 2000, radicado No. A-078-2000 (7215) y Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

769 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

la Ley 794 de 2003[770] y actualmente en los Arts. 365 y 366 del Código General del Proceso, a los que se acude por integración normativa según el canon 25 de la Ley 906 de 2004. En este trámite se debe garantizar el debido proceso para todos los intervinientes.

Con respecto del requisito de *"utilidad"* del gasto, como se acotó en sentencia con Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, señalado en el numeral 2º del artículo 393 del CPC, el concepto debe ser entendido como "*una utilidad razonable y proporcionada, tomando en consideración tanto la naturaleza del proceso como la finalidad de la actuación desplegada, a fin de atender los principios de justicia material y equidad*"[771].

Se debe agregar que "*La liquidación, que se efectúa a través de un trámite secretarial, debe incluir los valores correspondientes a los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena —siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley—, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado*"[772].

El Código General del Proceso reguló los honorarios de auxiliares de la Justicia y su cobro ejecutivo en el artículo 363; mientras que la condena, liquidación y cobro de costas está regulado en los Arts. 365 y 366.

19. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN

Sobre el tema no hay regulación expresa en la Ley 906 de 2004, es decir, no se dice enfáticamente quien es el Juez competente para la ejecución del fallo condenatorio proferido en el incidente de reparación integral, especialmente cuando existen bienes muebles o inmuebles sujetos a medidas previas cautelares.

En el Art. 58 de la Ley 600 de 2000 (CPP/2000) se consagró lo siguiente:

> Art. 58.— **Ejecución de la sentencia que ordena el pago de perjuicios**. La sentencia que condene al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles. Éstos informarán al juez penal de la emisión del mandamiento de pago, deber que le será advertido por el juez penal en la sentencia.

---

770 La Corte Constitucional en la Sentencia C-089 del 13 de febrero de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, declaró la exequibilidad de la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989 al artículo 393 del Estatuto Procesal Civil.

771 Sentencia de la Corte Constitucional C-089 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

772 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia Rad. 34.145 de 13 abril de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

> Recibida tal información, si hubieren bienes embargados o secuestrados, se dejarán a disposición del juez civil sin levantar tales medidas.
>
> Si dentro de los tres meses siguientes a la ejecución de la sentencia condenatoria, el juez penal no es informado de la emisión del mandamiento de pago, levantará las medidas de embargo y secuestro que hubiere decretado.

Esta norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-760 de 18 Julio de 2001 con ponencia de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa, pero por vicios de forma en la expedición y trámite de la ley.

En efecto, se dijo en la sentencia C-760 de 2001: "*A juicio de la Corte, en el caso presente existe una imposibilidad jurídica para proceder a subsanar el vicio de trámite descrito. En efecto, el vicio que se presentó es de tal magnitud que equivale a la ausencia de trámite en una de las plenarias y por tanto generó la ausencia del cuarto debate reglamentario. Como el conocimiento es el requisito racional mínimo para que haya debate y decisión, ante la falta de conocimiento no puede aceptarse constitucionalmente que existió debate y votación de lo desconocido. La gravedad de este vicio compromete caros principios democráticos, como se advirtió anteriormente. Además, representa haber omitido una etapa completa en la formación de la voluntad democrática respecto de esos apartes específicos de la Ley 600 de 2000*".

Por esa inconstitucionalidad por vicios de procedimiento en el trámite de la Ley es que revive la norma similar anterior, esto es, el canon 58 del Decreto 2700 de 1991 (CPP/1991), que expresa:

> Art. 58. **Del remate de bienes**. La providencia que condene al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles, cuando no hubiere bienes embargados o secuestrados.
>
> Si hubiere bienes embargados o secuestrados, de oficio se remitirá al juez civil competente copia auténtica de la providencia y de las demás piezas procesales, para que éste, previas las formalidades previstas en la ley procesal civil, decrete y proceda al remate de tales bienes. El juez civil procederá a decretar y practicar nuevos embargos y secuestros de otros bienes, si así le fuere solicitado, sin necesidad de caución, a efectos de que con el producto de su remate se atienda el pago de la indemnización de perjuicios. En los eventos a que se refiere lo dispuesto en este inciso, no se admitirán excepciones ni será necesario proferir sentencia.

> Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los bienes afectados por comiso que deban destinarse a la cancelación de los perjuicios.

Cuando se declara una norma como inexequible quiere decir que es contraria a la Constitución Política y, por tanto, inaplicable, entonces sale del ordenamiento jurídico, en cuyo caso revive la norma derogada, si es del caso.

Este es el fenómeno de la reincorporación de norma derogada por otra declarada inexequible, que es un fenómeno muy diferente a la derogatoria que está reglamentado en el art. 14 de la ley 153 de 1887. Norma esta última que expresa: "*Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva*".

La reincorporación al ordenamiento de las normas derogadas por aquellas declaradas inexequibles no requiere declaración legal ni judicial, pues opera *ipso jure*, esto es, de pleno derecho (Sentencias de la Corte Constitucional C-608 de 1992, C-145 de 1994, C-055 de 1996, C-925 de 1999, C-618 de 2001, T-824-A de 2002, entre otras).

Ha señalado la Corte Constitucional dos (2) requisitos adicionales para esa reincorporación: (i) que esa norma que revive no sea a su vez inconstitucional ni que sea reproducción de la declarada inexequible pues se violaría el Art. 243 de la Carta y (ii) que la reincorporación sea necesaria para preservar la supremacía de la Constitución.

La regulación en los sistemas mixtos inquisitivos es pues clara y expresa en el sentido de que la competencia para la ejecución de los perjuicios corresponde en todos los casos, sin excepción alguna, a los jueces civiles.

Jamás la Ley ha asignado competencia para la ejecución de los perjuicios civiles a los jueces penales.

De otra parte, el inciso final del Art. 96 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Art. 85 de la Ley 1395 de 2010, expresa que se levantará el embargo de bienes cuando "*trascurridos 60 días contados a partir de la ejecutoriada (sic) de la providencia del artículo 105 condenatoria en perjuicios sin que se presentare demanda ejecutiva ante el juez civil*", lo cual resalta que la actividad posterior del Juez Penal de Conocimiento es el levantamiento de medidas previas cautelares si el interesado no ha presentado la reclamación correspondiente a través de demanda ante los jueces civiles competentes.

Así pues, consideramos que no obstante la inexistencia de una norma tan específica como regía en las legislaciones procesales anteriores, se debe colegir fundadamente que el Juez penal no es el competente para la ejecución de los perjuicios de la sentencia condenatoria del incidente de reparación integral, y que tal aspecto corresponderá por disposición legal, al juez civil competente, además porque así lo dispuso la parte final del Art. 96 del CPP.

De todas maneras, en la sentencia de condena el Juez Penal de Conocimiento debe advertir a la parte interesada de la obligación de acudir ante la jurisdicción civil a efectos de la ejecución de la condena y con mayor razón cuando hay bienes objeto de medidas cautelares, en cuyo caso el beneficiario deberá hacerlo a través de proceso ejecutivo ante Juez Civil dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de condena, so pena del levantamiento de las medidas previas cautelares (inciso final del Art. 96 CPP, modificado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010).

ADVERTENCIAS EN LA SENTENCIA DE CONDENA DEL IRI	
1.	El Juez Penal de Conocimiento debe advertir a la parte interesada de la obligación de acudir ante la jurisdicción civil a efectos de la ejecución de la condena; es decir, que deberá presentar demanda ejecutiva ante los jueces civiles dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia del IRI.
2.	Con mayor razón debe hacer la advertencia cuando hay bienes objeto de medidas cautelares. Se aclarará al beneficiario que debe hacerlo a través de proceso ejecutivo ante Juez Civil dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de condena, so pena del levantamiento de las medidas previas cautelares (inciso final del Art. 96 CPP, modificado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010).

20. ACLARACIÓN, ADICIÓN Y CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA

El principio de irreformabilidad de las sentencias ha sido constante en los diferentes estatutos procesales penales y en los estatutos procesales civiles (Arts. 309-311 CPC y Arts. 285-287 CGP)

En el Decreto 050 de 1987, se disponía que las correcciones por error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva, sólo podían surtirse dentro del término de ejecutoria de la sentencia penal.

En el Decreto 2700 de 1991 y en la Ley 600 de 2000 no se establece tal exigencia temporal, razón por la cual estimó la Sala Penal de la Corte que la modificación de la sentencia, por los motivos expuestos, es viable en cualquier tiempo siempre que

la misma sea procedente, porque en lo demás el fallo se torna irreformable por el mismo funcionario que la profirió[773].

En la Ley 906 de 2004 no se consagró, sin embargo, tal principio y ni siquiera la posibilidad de aclaración, adición o corrección de la sentencia penal, es decir, la Ley 906 de 2004 no reglamenta el tema relativo a las modificaciones de la sentencia penal.

Para decidir tal aspecto, la Sala Penal de la Corte en Auto Rad. 36.815 de 13 septiembre de 2011, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, avaló la decisión del Tribunal de instancia que aplicó la normativa procesal civil para la corrección de un error meramente aritmética en la sentencia de condena, lo cual era admisible "*sin que implique el desconocimiento de los derechos del procesado, al no existir duda respecto a que la sanción de multa*".

Posteriormente en auto Rad. 35.293 de 25 enero de 2012, M.P. María del Rosario González de Lemos, expuso la Corte que debía acudirse por favorabilidad a la Ley 600 de 2000, "*en tanto, como lo tiene decantado la Sala, opera para los dos estatutos procesales coexistentes siempre y cuando se trate de temas análogos y no vertebrales o estructurales del sistema penal acusatorio que impidan su aplicación*[774] *(…)*".

Finalmente, en auto Rad. 38.094 de 28 marzo de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, se explica que por virtud del principio del integración del canon 25 de la Ley 906 de 2004 "*se ha de acudir al artículo 310 del Código de Procedimiento Civil al prever que toda providencia judicial es susceptible de corrección en cualquier tiempo por el juez que la profirió, cuando en ella se incurra en error puramente aritmético o en equivocaciones contenidas en su parte resolutiva o que influyan en ella debidas a omisiones, cambios de palabras o alteraciones de éstas*".

En fin, realmente ambas vías resultan adecuadas para la corrección de errores en la sentencia penal.

De todas maneras para la corrección, adición o aclaración de la sentencia del trámite del incidente de reparación integral, por su naturaleza jurídica civil, según se ha visto, se debe acudir directamente a las normas procesales civiles, y concretamente a los artículos 286, 286 y 287 del Código General del Proceso.

---

773 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Providencia de 23 de septiembre de 1998. M.P. Fernando Arboleda Ripoll, Auto Rad. 18.498 de 12 mayo de 2004, M.P. Marina Pulido de Barón, Auto Rad. 23.183 de 18 mayo de 2006, M.P. Marina Pulido de Barón, Auto Rad. 30.601 de 24 julio de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos, entre otros.

774 Entre muchas, cfr. providencias de abril 13 de 2011 rad. 35946 y de noviembre 14 de 2007, rad. 26190.

ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y ADICIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY 906 DE 2004	
Se acude al Art. 412 de la Ley 600 de 2000	**Se acude a los Arts. 309-311 del CPC, y ahora a los Arts. 285-287 del CGP**
Auto Rad. 35.293 de 25-01-12	Auto Rad. 36.815 de 13-09-11, Auto Rad. 38.094 de 28-03-12

ACLARACIÓN, CORRECCIÓN Y ADICIÓN DE LA SENTENCIA EN EL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL
Se debe acudir a los Arts. 285, 286 y 287 del CGP

21. CUADRO DE RUTA DEL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL[775]

RUTA DEL INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL			
PASO	**ACTIVIDAD**	**DESCRIPCION ACTIVIDAD**	**RESPONSABLE (COMPETENTE)**
1	Solicitud de apertura incidente de reparación integral (Art. 102 CPP). Se puede presentar demanda escrita	En firme la sentencia penal de condena el interesado tiene 30 días hábiles para presentar la petición ante el Juez Penal de Conocimiento. El incidentante puede formular sus pretensiones pecuniarias y/o no pecuniarias por escrito detalladamente y lo más completa posible para que se corra traslado a los demandados antes de la audiencia del Art. 103 CPP. Se tomarán algunos elementos de los Art. 75 CPC y 82 CGP. Se puede solicitar inscripción de la demanda (oral o escrita) de bienes sujetos a registro de propiedad del demandado. La medida se decreta una vez se preste caución. Se puede solicitar la vinculación del tercero civilmente responsable y de la compañía aseguradora. A su vez, el asegurador podrá ser citado a petición del condenado o de su defensor y del tercero civilmente responsable.	Legitimados: Víctima, herederos, sucesores y causahabientes Fiscal y Ministerio Público, a instancia de la víctima para pretensiones no pecuniarias. Ministerio público y actor popular, para intereses colectivos. Defensor de familia en proceso donde NNA sea víctima de delito cometido por un adulto. Juez de conocimiento de primera instancia, de oficio, en procesos donde NNA sea víctima de delito cometido por adulto y cuando no se inicie por las partes ordenadas por el Art. 197 CIA

775 Alberto Ceballos Velásquez. Los bienes en el proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial "*Rodrigo Lara Bonilla*". Texto en versión digital. Bogotá, 2010, pp. 245-248, con las modificaciones correspondientes

PASO	ACTIVIDAD	DESCRIPCION ACTIVIDAD	RESPONSABLE (COMPETENTE)
2	Apertura incidente de reparación integral (Art. 102 CPP) y citación a la audiencia del Art. 103 CPP, modificado por el Art. 87 Ley 1395 de 2010	Presentada oportunamente la petición, y luego de transcurridos los treinta (30) días hábiles siguientes, el juez de conocimiento abre el incidente de reparación integral y cita a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes. Si se presentó por escrito se corre traslado a las partes antes de la audiencia del Art. 103 CPP, y luego de su inscripción si así se solicitó y decretó. Se hace la debida y adecuada citación a todos los sujetos del incidente del auto que cita a la audiencia del Art. 103 CPP. Especial atención merece la citación a los demandados. La comunicación que los cita debe ser lo más completa posible, y contener como mínimo: 1. Noticia de la apertura del incidente de reparación integral de perjuicios. 2. Fecha de la sentencia de condena, clase de delito, partes, fecha de los hechos, etc. 3. Identificación de la persona que promueve el incidente. 4. Citación a la audiencia que indique fecha, hora y lugar de la misma. 5. Registro del objeto de la audiencia: formulación de pretensión, conciliación y ofrecimiento de prueba. 6. Advertencia que requiere asistir acompañado de apoderado judicial. 7. Prevención sobre las consecuencias que se siguen en caso de no presentarse a la audiencia.	Juzgado de Conocimiento de primera instancia

PASO	ACTIVIDAD	DESCRIPCION ACTIVIDAD	RESPONSABLE (COMPETENTE)
3	Audiencia del Art. 103 del CPP	1. Se debe solicitar la vinculación del tercero civilmente responsable y, de ser posible, de la compañía de seguros. El Juez ordena la vinculación y la citación correspondiente. Se puede suspender entonces la audiencia para efectos de lograr la debida citación. 2. Si la pretensión es económica se debe constatar si hay pago o documento de conciliación o transacción, o hay demanda civil entre las mismas partes y por el mismo objeto, o si hay cobro ante la jurisdicción coactiva por la misma obligación y entre las mismas partes. En caso positivo se rechazan las pretensiones, se termina el incidente de reparación integral y se archiva la actuación. Los demandados pueden demostrar estos aspectos. El rechazo del trámite del IRI es a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación. El efecto en que se concede el recurso de apelación es en el suspensivo (Art. 90 CGP, Art. 25 CPP/2004). 3. Formulación de la pretensión y ofrecimiento de la prueba por parte de la víctima o incidentante. El Juez admite las pretensiones del incidentante, es decir, admite tramitarlas a través del IRI, y se corre traslado a los demandados. 4. Trámite de conciliación entre todas las partes. Si hay conciliación entre todas las partes y sobre todas las pretensiones, se termina el incidente y el auto aprobatorio del mismo presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles (Art. 422 CGP). En caso de acuerdo parcial o que no comprenda a todas las partes, se continúa con lo demás que no fue objeto de transacción o con las demás partes que no participaron de la transacción. Se dicta auto interlocutorio aprobatorio del acuerdo total o parcial. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo, según la parte final del inciso 3° del Art. 312 del Código General del Proceso. 5. Si no hay conciliación se fija audiencia para dentro de los 8 días siguientes para intentar nuevamente la conciliación.	Juzgado de Conocimiento Sujetos Procesales

PASO	ACTIVIDAD	DESCRIPCION ACTIVIDAD	RESPONSABLE (COMPETENTE)
4	Audiencia del inciso final del Art. 103 CPP	1. Si no se logra la conciliación, el sentenciado y los demás demandados (tercero y compañía de seguros) deberán ofrecer sus propios medios de prueba y el fundamento de sus pretensiones. Es la solicitud de decreto de pruebas. 2. El Juez se pronuncia sobre las pruebas pedidas por todas las partes. 3. El auto que niega el decreto o práctica de prueba es susceptible del recurso de apelación (Art. 321-3 CGP). El efecto en que se concede el recurso de apelación es en el devolutivo (Art. 323-2 CGP). 4. No admite ningún recurso la providencia que decreta pruebas, pues no está enlistado en el Art. 321 CGP.	Juzgado de conocimiento Sujetos procesales
5	Audiencia del Art. 104 CPP, de "*pruebas y alegaciones*"	1 La ausencia injustificada del solicitante implica desistimiento de la pretensión, archivo de la solicitud y condena en costas (parágrafo Art. 104 CPP). 2 Si el condenado no comparece se reciben las pruebas ofrecidas por los presentes. 3 Si algún otro de los demandados no comparece, se reciben las pruebas y quedarán vinculados a la decisión del incidente (parágrafo Art. 104 CPP). 4 Se inicia con invitación a conciliar. Si hay conciliación se termina la actuación. El acta presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles (Art. 488 CPC y Art. 422 CGP).	

PASO	ACTIVIDAD	DESCRIPCION ACTIVIDAD	RESPONSABLE (COMPETENTE)
		5 Se procede a la práctica de las pruebas solicitadas por todas las partes, demandantes y demandados. 6 Se practican las pruebas según el CPC, y según el CGP cuando entre en vigencia. 7 Se declara concluido el trámite de pruebas y se corre traslado para alegaciones de conclusión. 8 Se dicta sentencia y se da lectura en audiencia. El Juez Penal de Conocimiento debe advertir a la parte interesada de la obligación de acudir ante la jurisdicción civil a efectos de la ejecución de la condena y con mayor razón cuando hay bienes objeto de medidas cautelares, y que deberá hacerlo a través de proceso ejecutivo dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de condena, so pena del levantamiento de las medidas previas cautelares (inciso final del Art. 96 CPP, modificado por el Art. 85 Ley 1395 de 2010). 9 Contra la sentencia procede el recurso de apelación que se debe interponer en la misma audiencia.	Juzgado de Conocimiento Sujetos Procesales
6	Recurso de apelación contra la sentencia del IRI	1. El recurso de apelación contra la sentencia se interpone en audiencia y se puede sustentar en la misma audiencia o por escrito dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En todos los casos, el traslado a los no recurrentes es de cinco (5) días hábiles. Las partes pueden renunciar a los términos concedidos. 2. Se tramita el recurso de apelación. Una vez sustentado en debida forma y surtido el traslado a los no recurrentes, se concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo y se envía a la Sala Penal del Tribunal Superior o a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, según el caso.	Juzgado de Conocimiento Sujetos Procesales Sala Penal del Tribunal Superior (o Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando sea el caso, *vr. gr.*, procesos contra aforados constitucionales).

22. SOBRE LOS EFECTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

Se ofrece seguidamente una descripción de los efectos en que se debe conceder el recurso de apelación de algunas de las providencias más relevantes en este tema.

EFECTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION	
EFECTO SUSPENSIVO	
CGP: Art. 323.- **Efectos en que se concede la apelación**. Podrá concederse la apelación: 1. En el efecto suspensivo. En este caso, si se trata de sentencia, la competencia del juez de primera instancia se suspenderá desde la ejecutoria del auto que la concede hasta que se notifique el de obedecimiento a lo resuelto por el superior. Sin embargo, el inferior conservará competencia para conocer de todo lo relacionado con medidas cautelares. CPP: Art. 177.- Modificado por el Art. 13 Ley 1142 de 2007.- La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva.	
La sentencia del IRI	Art. 321 y Art. 323 CGP, porque es simplemente declarativa. Art. 177.1-1 CPP
El que rechaza la pretensión o la demanda	Art. 90-7.3 CGP
El auto que rechaza el trámite de incidente de reparación integral (IRI) por declaración judicial de caducidad del Art. 106 del CPP/2004	Art. 90-7.3 CGP
El rechazo de las pretensiones y consecuente terminación y archivo del trámite del IRI, es a través de auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación.	Art. 90 CGP
El auto que resuelva sobre la transacción total	Art. 312.3 CGP
La providencia que decrete el desistimiento tácito será susceptible del recurso de apelación	Art. 317-2.e CGP
El auto que apruebe la liquidación de expensas, costas y agencias en derecho, siempre y cuando no exista actuación pendiente	Art. 366-5 CGP

EFECTO DEVOLUTIVO	
CGP: Art. 323 - **Efectos en que se concede la apelación**. Podrá concederse la apelación: (…) 2. En el efecto devolutivo. En este caso no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso. CPP: Art. 177.- Modificado por el Art. 13 Ley 1142 de 2007.- La apelación se concederá: (…) En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación.	
Regla general: "*La apelación de los autos se otorgará en el efecto devolutivo, a menos que exista disposición en contrario*" (Art. 323 CGP)	
Aspecto procesal: Se envía el cuaderno de copias al superior y en el cuaderno original se sigue la actuación por el *a quo* (Art. 324 CGP)	
Art. 329.2 CGP.- **Cumplimiento de la decisión del superior**. (…) Cuando se revoque una providencia apelada en el efecto devolutivo o diferido, quedará sin efectos la actuación adelantada por el inferior después de haberse concedido la apelación, en lo que dependa de aquélla, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 323. El juez señalará expresamente la actuación que queda sin efecto.	
El auto que "*deniegue el decreto o la práctica de pruebas*"	Art. 321-3 CGP, Art. 323-2 CGP y Art. 330 CGP
En el examen de legitimidad de la víctima y su reconocimiento, cuando se niega la calidad de víctima	Art. 103.2 CPP
El auto que resuelva sobre la transacción parcial	Art. 312.3 CGP
La providencia que niegue el decreto de desistimiento tácito	Art. 317-2.e CGP
Auto que decrete medida cautelar, que será en todo caso de cumplimiento inmediato	Art. 298 CGP
Auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado. La medida será de cumplimiento inmediato, después de haber sido decretadas, y se notificará a la parte a quien afecta, una vez cumplida	Art. 172.2-2 CPP Art. 95 CPP
El auto que niega el trámite de una nulidad procesal y el auto que la resuelva	Art. 321-6 CGP Art. 323-2 CGP

EFECTO DIFERIDO	
Art. 323 CGP.- **Efectos en que se concede la apelación**. Podrá concederse la apelación: (…) 3. En el efecto diferido. En este caso se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, pero continuará el curso del proceso ante el juez de primera instancia en lo que no dependa necesariamente de ella.	
Aspecto procesal: Se envía el cuaderno de copias al superior y en el cuaderno original se sigue la actuación por el *a quo* (Art. 324 CGP)	
Art. 329.2 CGP.- **Cumplimiento de la decisión del superior**. (…) Cuando se revoque una providencia apelada en el efecto devolutivo o diferido, quedará sin efectos la actuación adelantada por el inferior después de haberse concedido la apelación, en lo que dependa de aquélla, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 323. El juez señalará expresamente la actuación que queda sin efecto.	
El auto que resuelva sobre la transacción parcial	Art. 312.3 CGP
El auto que apruebe la liquidación de expensas, costas y agencias en derecho, si hay otra actuación pendiente	Art. 366-5 CGP
El auto que resuelve sobre la solicitud de justificación o que imponga una sanción	Parágrafo Art. 103 de la Ley 446 de 7 julio de 1998

BIBLIOGRAFIA

ALBARRACÍN DURÁN, David. *Dinámica y acción probatoria de la defensa*. Defensoría del Pueblo. Bogotá. Imprenta Nacional, 2009. 39 p.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M y VODANIV, A., *Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 150 p.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1942. 733 p.

ARAMBURO CALLE, Maximiliano. *Obligaciones antecedentes y responsabilidad civil derivada del delito*. Medellín, 2012. Revista Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE. 85-108 p.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.* Resolución 40/34. Noviembre1985

BALANCE DE LOS PRIMEROS 5 AÑOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. *Gaceta Oficial del Congreso de la República*, 29, 134, 148 y 531, 2002 y 2003.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime. Garantías procesales. En: X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Revista Derecho Penal y Criminología, N° 30, Universidad Externado de Colombia, 1986.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva*. Revista Díkaion, Chía: Universidad de la Sabana, año/vol. 20, Nº 15, 2006. 208 p.

CALDERON VILLEGAS, Juan (compilador). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de los jueces y juezas en Colombia*, Área Civil. Módulo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Bogotá, 2011. 180 p.

CEBALLOS VELASQUEZ, Alberto. Los Bienes en el Proceso Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010. 245-248 P.

CHAPARRO BORDA, Víctor. *Justicia Restaurativa y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá. Módulo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2009. 260 p.

CHAPARRO BORDA, Víctor Manuel. *Justicia Restaurativa*. Módulo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2010.

CHAPUS, Rene. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire.* París, Librairie Genérale de drot et de jurispudence, 1957. 414-415 p.

CILLERO, Bruñol Miguel. *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño*. En: XI Curso de Especialización "Protección Judicial de Derechos del Niño" para jueces, abogados y fiscales de Colombia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, organizado por UNICEF. Universidad Diego Portales de Chile. Bogotá, 2008.

CRUET, Jean. La Vie du Droit et l'Impuissance des lois. Paris. Flamarion. 1908

DURÁN PUENTES, Julián Andrés. *Acerca de la dogmática entre jurisprudencia y dogmática penal.* Revista Facetas Penales No. 92, Bogotá. Editorial Leyer, 2010. 7-16 p.

ECHANDIA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Segunda Edición. Bogotá. Editorial Temis, 2009. 373 p.

ESCRICHE, Joaquín. (1860). Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, París.

GARCIA URIBE, Saúl. *La víctima y sus derechos en el sistema acusatorio*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez Ltda., 2008. 410 p.

GIRALDO MESA, Diana. (2006). *La victimización de las víctimas*. Periódico Ámbito Jurídico, Legis. pp. 18-19

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso.* Madrid. Editorial Civitas, 1936. 110 p.

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *La justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Bogotá. Editorial Leyer, 2009. 11-120 p.

GUERRERO HERNÁNDEZ, Israel. *Reflexiones sobre el delito de inasistencia alimentaria ¿Es delito querellable?* Revista Facetas Penales No. 103, Bogotá. Editorial Leyer, 2011. 7-11 p.

HEFENDEHL, Roland (compilador). *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007. 189 p.

HENAO, Juan Carlos. *El daño: Análisis Comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 76 p.

ISAZA OSORIO, L. y MORALES MARIN, G. *Proceso Penal Acusatorio*: *Ensayos y actas*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. 357, 372, 453-457 p.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La prescripción en el contrato de seguro*. Bogotá. Editorial Temis, 2012. 121 p.

JARAMILLO TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá. Tomo I, Editorial Legis, 2007. 768 y 769 p.

LOPEZ MEDINA, Diego. *Jurisdicción de Paz y Derechos Fundamentales*, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010, 25-26 p.

MESA CALLE, María Cecilia. *El incidente de reparación integral: Temas Procesales.* Bogotá. Librería Jurídica Comlibros, 2011. 135-155 p.

QUICENO ÁLVAREZ, Fernando. *Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos.* Editorial Jurídica Bolivariana. Reimpresión 2002.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Madrid, España.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal, Parte Especial.* T. 1, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 288-295 p.

RODRÍGUEZ, Gustavo. *Presunciones. Pruebas Penales Colombianas. Tomo II.* Bogotá. Ed. Temis, 1970. 127 p.

SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.* Tomo I, Segunda Edición. Bogotá. Editorial Temis, 1996. 66 p.

TAMARIT SUMILLA, Josep María. *Estudios de Victimología*. Conferencia 1. En: I CONGRESO ESPAÑOL DE VICTIMOLOGÍA. Actas del I Congreso español de victimología. Bogotá.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, parte general*. Cuarta edición, Bogotá, Librería Jurídica Comlibros, 2009. 286-288 p.

CORPORACION COLECTIVA DE ABOGADOS. Parte Civil dentro del Proceso Penal. [En línea]. <http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=88 > [Consultado en 1 de abril de 2013]

DICCIONARIO JURIDICO. Legitimación Procesal Activa. [En línea]. <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1393 > [Consultado en 1 de abril de 2013]

FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Centro de Atención a Víctimas y sus derechos. [En línea]. <http://www.cavcolombia.org/ > [Consultado en 1 de abril de 2013]

HERNADEZ JIMENEZ, Norberto. Rol probatorio del apoderado de las víctimas dentro del incidente de Reparación Integral. [En línea]. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf3/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion/rol-apoderado-victimas-incidente-reparacion.pdf > [Consultado en 1 de abril de 2013]

HINESTROSA FORERO, Fernando. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. En: Revista Universidad Externado de Colombia. [En línea] No. 3 (1984) <http://www.4shared.com/document/RVdDoyc-/HINESTROSA_Fernando_-_Notas_so.html> [Consultado en 1 de abril de 2013]

NACIONES UNIDAS. Derechos a la Verdad, a la Justicia y a la Reparación Integral en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos. [En línea]. <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf > [Consultado en 1 de abril de 2013]

SARAY BOTERO, Nelson. La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales. [En línea]. < dialnet.unirioja.es/descarga/**articulo**/3634137.pdf> [Consultado en 1 de abril de 2013]

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. Concepto 2006051752-001 del 22 de diciembre de 2006: Seguros, términos de prescripción de las acciones de reclamación y su interrupción. [En línea]. <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006051752.pdf> [consultado en 1 de abril de 2013]

TERNERA BARRIOS, Luis Fernando; Francisco. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. En: Revista Opinión Jurídica [En línea]. No. 13 (2008) <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005> [Consultado en 1 de abril 2013] ISSN 1692-2530

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA. Perjuicios Derivados de la Conducta Punible: Responsabilidad directa de plantel educativo por delito sexual cometido por uno de sus empleados con ocasión de sus funciones. En: Boletín Relatoría Sala Penal. [En línea]. No. 12 (2010) <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/VARIOS/JURISPRUDENCIA_INTERES/Tribunal%20Superior%20de%20Bogota%20%20Sala%20Penal/Boletin%20informativo%20No%2012%20del%209%20de%20abril%202010.pdf> [Consultado en 1 de abril de 2013]

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE. Concepto, Tratamiento y Efectos de la Legitimación Procesal, en el Proceso Civil. [En línea]. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjt693c/doc/fjt693c.pdf> [Consultado en 1 de abril de 2013]

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Imputación de Pago. [En línea]. <http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=imputacion_del_pago > [Consultado en 1 de abril de 2013]

"Esta publicación fue financiada por el pueblo y el gobierno de Estados Unidos a través del Departamento de Justicia. Los textos de esta publicación son responsabilidad de sus autores y no representan los puntos de vista del Departamento de Justicia, ni del gobierno de Estados Unidos, ni de la Fiscalía General de la Nación."

FISCALIA
GENERAL DE LA NACION