



La acción civil en el proceso penal y sus titulares

Humberto Ardila Galindo

Profesor de la Facultad de Jurisprudencia,
de la Universidad del Rosario

INTRODUCCIÓN

Como resulta evidente, los temas que vamos a desarrollar constituyen sólo la introducción a las cuestiones civiles dentro del proceso penal.

Es una costumbre inveterada el dar por sentada la validez de las normas de un Código, especialmente aquellas que se refieren a los asuntos más elementales, tales como el concepto de acción o el de su titularidad. Poco o nada nos preguntamos por la propiedad de la decisión de las pretensiones de orden civil dentro del proceso penal. Tampoco el legislador se formula estas preguntas y legisla desconociendo la estructura de las instituciones.

Si bien es cierto que el proceso penal tiene y debe tener sus peculiaridades, ellas no permiten el desconocimiento de los principios ni de las reglas básicas de procedimiento.

Así, las reformas que se emprenden no son tales, sino simples modificaciones de asuntos puntuales, que antes que implicar la sistematización teórica y práctica del proceso, acrecientan el cúmulo de contradicciones, imprecisiones y confusiones.

El ejemplo más claro es el de la pretensión de haber cumplido con la orden constitucional de establecer un procedimiento penal acusatorio. Cuando fue inocultable que la reforma no había logrado ése objetivo, se recurrió al extraño argumento de que se trataba de un “proceso

acusatorio a la colombiana”, afirmación que desconoce que el proceso acusatorio se rige por unos principios, y que un proceso que no los cumple, como no los cumple el proceso penal colombiano, no es acusatorio. Se trata de un proceso “a la colombiana”, indiscutiblemente.

Este trabajo busca analizar la validez de la inclusión de la parte civil dentro del proceso penal y hacer evidentes las inconsistencias de que adolece la reglamentación vigente respecto de los dos tópicos más elementales que regulan el tema: la acción civil y su titularidad. Estos dos son sólo una muestra de la infinidad de confusiones que pueblan el Código de Procedimiento Penal Colombiano, cuya corrección no se vislumbra en la reforma que cursa ante el Congreso.

ACCIÓN CIVIL

1. De las cuestiones extrapenales

Existe discusión en cuanto a cuáles de las cuestiones que se manejan en el proceso penal son extrapenales y, en especial, en cuanto a que la reparación de los daños y los perjuicios ocasionados

con el delito tengan un carácter penal o no y que la acción civil pueda o deba adelantarse dentro del proceso penal.

“Para los clásicos y los neoclásicos, el daño privado resultante del delito trae aparejada una disminución patrimonial, cuyo reparo debe hacerse efectivo por medio de las disposiciones del derecho civil. Con ello se le dio a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito un carácter exclusivamente civil, sujeto a las normas del derecho privado.” Para la escuela positivista, la reparación constituye una forma de lucha contra el delito y debería ejercerse con fines sancionatorios y con fines preventivos, o sea que sería una manifestación del poder punitivo del Estado, de carácter oficial, con obligaciones para los fiscales y los jueces de tomar las medidas para hacerla efectiva.¹ Se le concede así una importancia grandísima como una cuestión que trasciende el mero interés privado, a tal punto que del producto del trabajo en la prisión se debían hacer varias partidas: una para la manutención del reo, otra para pagar a la víctima los perjuicios, otra para la familia del reo y, si quedaba algo, se le debía entregar cuando

¹ QUINTERO OSPINA, Tiberio, *Lecciones de Procedimiento Penal Colombiano*, Wilches, Bogotá, 1987, Tomo I, pág. 175.

saliera en libertad. Una consecuencia más del anterior criterio es la de que se supeditan al pago de perjuicios la condena de ejecución condicional, el perdón judicial y libertad condicional.²

Si se continúa dentro de la línea de pensamiento de los positivistas, llegaremos a la conclusión de que la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito es, indiscutiblemente, un asunto penal que debe ser investigado y perseguido dentro del proceso penal, pero si partimos de la base de la existencia de una ilicitud civil, antes denominada delito civil, autónoma o derivada y concomitante con una ilicitud penal, concluiremos que la segunda implica (o puede implicar) la primera, mientras la ilicitud civil no implica la penal y que la naturaleza de una y otra ilicitud es diferente y por tanto que la pretensión civil es una cuestión extra penal que puede tramitarse dentro del proceso penal, con base en la unidad de jurisdicción.³ Si esto puede predicarse respecto de la pretensión civil contra el directo responsable, con mayor razón puede pensarse que la interven-

ción del tercero civilmente responsable o la del tercero incidental son cuestiones extrapenales para resolver dentro del mismo proceso.

La primera tendencia fue sostenida, en la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal de 1938, por Luis Rueda Concha, mientras que la segunda lo fue por Timoleón Moncada. Finalmente se acogió una posición intermedia, sostenida por Rafael Escallón, que, en principio, ha permanecido hasta nuestros días, que da la oportunidad al perjudicado de perseguir las indemnizaciones en el proceso penal o en un proceso civil independiente,⁴ conservando la indemnización de los daños y perjuicios como requisito para la concesión de la condena de ejecución condicional (art. 69-3 C.P.) y de la libertad condicional (art. 73 C.P. –en nuestro medio ya no existe el perdón judicial–) a lo que se agrega la obligación del funcionario de imponer la condena al pago, siempre que estén demostrados los perjuicios (art. 55 C.de P.P.) y la obligación de investigar y probar su existencia (art. 334-6 C. de P.P.), todo lo que finalmente crea una



² AGUDELO BETANCOURT, Nodier, *Grandes Corrientes del Derecho Penal*, (Escuela Positivista), Linotipia Bolívar, Bogotá, 1992, pag. 32 y ss.

³ LEONE, Giovanni, *Derecho Procesal Penal*, ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1963. Tomo I, pág. 468 y Ss.

⁴ QUINTERO, OSPINA, Tiberio, Ob. y Pág. cit.

situación confusa y que puede derivar en una doble sentencia condenatoria civil, no obstante la prohibición de la doble persecución contenida en el artículo 47-7 y otras normas de procedimiento, ya que no existe forma de que el funcionario se entere de la existencia de un proceso adelantado ante la jurisdicción civil, sino únicamente de su inexistencia por el juramento de quien presenta demanda dentro del proceso penal. Puede pensarse en la posibilidad de suministrar o requerir la información por medio de circular, como se hacía en el caso de los antecedentes.

No obstante, resulta interesante anotar el criterio expresado por Claus Roxin,⁵ según el cual "La reparación en el desarrollo jurídico europeo en los últimos cien años se ha ido desprendiendo cada vez más del derecho penal y transformando en un problema exclusivo del derecho civil. Se ha visto como un asunto entre el autor y el Estado, descuidándose al lesionado.

"En la actualidad vemos esto como incorrecto, pues la reparación puede aportar mucho para el cumplimiento de los fines de la

pena y con ello también adquiere importancia política criminal. En primer lugar está al servicio del restablecimiento de la paz jurídica, lo que llamo integración-prevención, cuando el autor repara con sus medios. Sólo cuando esto ha ocurrido y en la mayoría de los casos independientemente de su castigo, la víctima y la sociedad verán superado el daño social provocado por el hecho. Del mismo modo la reparación también tiene eficacia resocializadora. Obliga al autor a colocarse frente a las consecuencias de su hecho y a considerar los intereses legítimos de la víctima, los cuales serán percibidos por él, mucho más a través de la pena como justos y necesarios y con ello fomentar un reconocimiento de la norma. Finalmente la reparación puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y con ello facilitar esencialmente una reinserción del autor.

"Por ello trabajo en este momento con diversos colegas en un proyecto alternativo, que integre en el derecho penal la reparación en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad y de este modo completar el programa de una política criminal resocializadora



⁵ ROXIN, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1992, pág. 29 y ss.

dedicada a la solución de conflictos sociales.” (Trabajo que infortunadamente el autor no conoce). Parte de la base de que en los delitos de poca monta el perjudicado está más interesado en la reparación que en el castigo (cosa no necesariamente cierta, falta de interés que se reflejaría en la falta de acuerdo). Esta inclinación por la reparación puede tomarse como fundamento de la conciliación de nuestro Código de Procedimiento y a las demás consideraciones que respecto de la reparación están estatuidas en nuestro régimen penal, como anota el propio autor en sus comentarios. Es, por razones diferentes, un retorno a la obligatoriedad de la indemnización dentro del proceso penal de los positivistas, sin que constituya pena, pero dando lugar a su supresión, básicamente por resultar político y criminalmente innecesaria.

2. De la acción procesal

Lo primero que debe hacerse, antes de entrar en el análisis de la acción civil, es establecer el carácter de la acción, ya que la falta de comprensión del instituto puede llevar y lleva, a confusiones que implican el desconocimiento y la consecuente desprotección de los derechos de los asociados, los que precisamente se pretende privilegiar con su ejercicio dentro del proceso penal.

Resulta indispensable partir de la base de que el derecho subjetivo procesal, al cual se acostumbra llamar acción o derecho de acción, es un derecho subjetivo público (cívico), que pertenece a la parte no frente a su adversario sino frente al juez y que es diferente del derecho perseguido en el proceso; que este derecho no se origina en la efectiva realización del hecho punible y menos en la causación de perjuicios de orden moral o material, entre otras cosas, porque precisamente a la comprobación de la conducta delictuosa y de la existencia de los daños se abre camino a la acción penal y a la acción civil.

Así las cosas, el contenido del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal resulta incorrecto, porque, desde otro punto de vista, nos está diciendo que es necesaria la existencia (y comprobación inicial) del hecho punible para que se genere el derecho de acción, cuando lo aleatorio, al momento de iniciarse el proceso, es, precisamente, la existencia del hecho punible y de los perjuicios y no el derecho de acción.

3. La acción civil

3.1 Objeto

La acción civil, al tenor de lo dispuesto por el artículo 103 C.P. está establecida para la repara-

ción de los daños y perjuicios derivados del delito, expresión que se repite en el artículo 44 del C. de P.P. y que, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su tercera acepción es "desagraviar, satisfacer al ofendido", al paso que satisfacer implica pagar enteramente lo que se debe, concepto que debe relacionarse con el contenido en el artículo 2341 del C.C., según el cual, el que ha cometido un delito o culpa es obligado a la indemnización, expresión que implica resarcimiento de los daños causados, la compensación del daño, del perjuicio o del agravio (cfr. Diccionario de la Academia Española).

Sostiene Giovanni Leone, a quien venimos siguiendo en esta parte, que " ...el delito, mientras como ilícito penal provoca la reacción de la pena, como ilícito civil determina el derecho al resarcimiento del daño que, como veremos, se desdobra en restitución y en resarcimiento del daño en sentido estricto."⁶ Daño que efectivamente debe haberse producido, al decir de Florian.⁷

La restitución es la reparación en forma específica (precisamente a reparación se refirió la comisión

chilena que intervino en el debate sobre el código penal tipo, según cita que de Federico Estrada Vélez hace T. Qunitero (Ob. Cit. pág. 182). No se trata de una especie de pena (ninguna de las instituciones vinculadas con estas cuestiones tiene el carácter de pena. La ausencia de esta naturaleza se pone de presente en el hecho de que pueden ser perseguidas por vía civil, que no tiene jurisdicción para imponer penas de ninguna naturaleza). Por restitución se entiende la reposición en el estado de cosas anterior al delito (la prestación de lo sustraído), la que puede referirse bien a cosas muebles o inmuebles, como en los casos de usurpación de tierras o aguas, etc. Para que haya lugar a la restitución es necesario que el delito recaiga sobre un derecho material; este derecho puede coexistir con el derecho al resarcimiento y puede consistir en un *dare* o en un *facere*, especialmente porque puede consistir en "la eliminación del estado de hecho que pueda ser operada directamente por el deudor". Cuando no sea posible la restitución y aun simultáneamente cuando sea posible, habrá lugar al resarcimiento propiamente dicho, es decir a la compensación o indemniza-

⁶ LEONE, Giovanni., Ob. y pág. cit.

⁷ *Elementos de Derecho Porcesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1933, Pág. 206.

ción a que se refiere la ley civil, con aplicación de las normas que en dicha legislación aparecen.

El daño, según la cita que de Levi trae Leone⁸ es la diferencia de valor entre dos situaciones: la precedente y la consiguiente a la lesión; o bien "cualquier privación, menoscabo o reducción de utilidad, que el particular venga a experimentar en su patrimonio a consecuencia del delito".

La indemnización debe comprender, en términos más concretos, el daño emergente y el lucro cesante, que aparecen comprendidos en el art. 1613 del C.C., que resulta aplicable, sin discusión, así haga referencia únicamente a la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de contratos.

El artículo 103 C.P. dice que "El hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan". La norma establece la existencia de un daño no patrimonial en cuya noción entran el daño concerniente a la lesión de bienes de contenido no patrimonial (honor, decoro, pudor, etc.), ya el daño consistente en sufrimiento de ánimo o sufrimientos morales

o, aún, dolores físicos. Se han dividido en daños morales objetivos u objetivados y en daños morales subjetivados. El segundo, "... consiste en el dolor, la aflicción, el abatimiento, la tristeza que puede ocasionar el delito en las personas afectadas por él. Es un fenómeno tan íntimo e imponderable que no es posible evaluarlo materialmente ni neutralizarlo positivamente con retribuciones monetarias."⁹ Es al que se refiere el artículo 106 del C.P. cuando establece "Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta lo equivalente, en momenda nacional, de un mil gramos oro." Se ha conocido como el *pretium doloris*. El daño moral objetivado consiste en el "menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del trauma psíquico causado por el delito. Es el mismo daño moral de que acabamos de hablar pero solamente cuando tiene consecuencias materialmente dañosas de posible valoración económica."¹⁰ Pero no es la posibilidad de la valoración en dinero, como lo sostiene una jurisprudencia de la H. Corte Su-

⁸ Ob. cit. Pág. 470.

⁹ ARENAS, Antonio Vicente, *Procedimiento Penal*, Temis, Bogotá, 1987, pág. 63.

¹⁰ ARENAS Ob. y pág. cit.

prema de Justicia¹¹ lo que diferencia las dos categorías de daño (moral y material) porque esta posibilidad no pasa de ser un accidente y, lógicamente, no es de la esencia de ninguno de ellos. Se diferencian en la calidad física y tangible del daño material frente a la ausencia de estas características en la moral. El último presentará signos externos y aun consecuencias. El que produce consecuencias externas que afectan el patrimonio de la persona es el que se considera como daño moral objetivado (Este concepto ha evolucionado hacia el daño fisiológico, según Juan Carlos Henao.¹²

Como puede observarse, de la redacción del artículo 2341 del C.C. Colombiano no se deriva la posibilidad de la restitución, figura que tampoco aparece, siquiera implícita en los artículos 1.613 ni 1.546, pero sí, con innegable claridad en los artículos 14, 60 y 415-7 del Código de Procedimiento Penal. La restitución tiene inmensa importancia, así, para la obtención de la libertad provisional y para la concesión de la condena de ejecución condicional y de

la libertad provisional. (Arts. 69 y 73 del C.P.). Nuestra Corte ha llegado, en sentencia de noviembre de 1988 a equiparar la incautación de los bienes objeto del ilícito en los delitos contra la propiedad con la restitución, partiendo de la base de que ser indemnizado por lo que ya se ha recuperado es un enriquecimiento sin causa (M.P. Guillermo Duque Ruiz).

Se trata de establecer si se ha producido un perjuicio, si el autor del daño debe soportarlo y en qué condiciones deberá hacerlo. "Ningún legislador del mundo nada puede hacer una vez que el daño se ha producido; el derecho es impotente ante el hecho cumplido, todo su poder consiste en hacer gravitar la carga del perjuicio en la forma que mejor consulte la justicia y la utilidad social."¹³

3.2 Fundamento jurídico de la acción civil dentro del proceso penal

Para Giovanni Leone¹⁴ la justificación de este fenómeno es muy controvertida. Expone como las principales causas las siguientes:

¹¹ Sentencia de Agosto 26 de 1982, citada por Tiberio Quintero, Ob. cit. pág. 194.

¹² *El daño*, Externado de Colombia, 1998.

¹³ PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría General de las Obligaciones*, Bogotá, Temis, 1988, Volumen II. Primera Parte, pág. 48.

¹⁴ LEONE, Giovanni, Ob. y Tomo cit. Pags. 472 y ss.

“a) Según algunos, el damnificado participa en el proceso penal como necesario consorte del Estado en el litigio: según esta teoría, puesto que la acción del Estado en orden a la declaración de certeza del delito incluye en sí la del particular, es evidente que éste, proponiendo en sede penal la acción civil, participa a título de cointeresado, esto es, como necesario consorte del litigio;

“b) una segunda teoría sostiene que mediante la constitución de parte civil la persona ofendida es admitida a coadyuvar al ministerio público en el ejercicio de la acción penal;

“c) una tercera teoría vincula el instituto a la conexión de causas;

“d) una cuarta teoría, por último, identifica en la constitución de parte civil una forma de intervención de terceros.

“Al ponernos a examinar estas distintas teorías, debemos destacar que, a nuestro modo, está llamado al fracaso cualquier intento encaminado a llevar la constitución de parte civil bajo la disciplina de institutos exclusivamente pertenecientes al derecho procesal civil: efectivamente, tratándose de explicar por qué una acción civil inserta en el proceso penal, que no es su sede, no puede bastar a la una o a la otra de

las dos ramas del derecho procesal, sino que es necesario remontrarse a una categoría común o a un esquema de teoría general.

“Esto supuesto, hay que excluir que pueda reconducirse la constitución de parte civil al litisconsorcio necesario; la premisa de tal concepción es inexacta, dado que en la llamada pretensión punitiva del Estado no queda absorbida la pretensión de restitución o resarcimiento del damnificado, sino que continúan netamente distintos el derecho punitivo del Estado y el derecho del damnificado a la restitución y al resarcimiento.

“Así mismo, no se puede considerar que la parte civil sea admitida a coadyuvar al ministerio público: ya que a tenor de la legislación vigente la parte civil está solamente legitimada para hacer valer solamente la pretensión de resarcimiento o de restitución y, por tanto, es extraña al ejercicio del derecho punitivo estatal (como ocurre en la legislación colombiana): otra cosa es el problema *de iure condendo* sobre si debe reconocerse una más amplia esfera de influencia al particular en el proceso penal también en lo que concierne a la declaración de certeza del delito (de la que necesariamente se deriva la condenación al pago de los perjuicios, razón por la que en nuestra legis-

lación se permite la mayor injerencia de la parte civil en el proceso). Y si, en la práctica, aún hoy la parte civil aparece como la colaboradora del ministerio público, ello puede servir para identificar la tendencia del instituto a ampliar su esfera y eficacia, y consiguientemente a postular una realística revisión del instituto: pero no puede cambiar su esencia.

“En virtud de la premisa que ha sido anticipada, no pueden aceptarse las dos concepciones que reconducen a la conexión y a la intervención del tercero a la constitución de parte civil.

“Ninguna de las dos mencionadas categorías puede referirse a materias pertenecientes a dos distintas ramas de la jurisdicción. Así, la conexión, aunque prevista tanto por el ordenamiento procesal civil como por el ordenamiento procesal penal, se refiere a procesos que tengan como punto de interferencia la identidad de la sede jurisdiccional, sin que pueda abrazar procesos pertenecientes a ramas distintas de la jurisdicción. En otras palabras, hay una conexión entre causas penales y una conexión entre causas civiles, pero no hay una más amplia y general conexión entre causas pertenecientes a ramas distintas de la jurisdicción ... Si la tesis de la conexión fuera

exacta, ¿por qué no habrían (Sic.) de valer también en los casos de cuestiones prejudiciales, y hasta en el caso inverso del que examinamos, como motivo de atracción de la causa penal hacia la civil?

“La tesis de la conexión tiene un sólo valor, el de llamar la atención sobre la unidad de hecho de la imputación penal y de la pretensión de restitución y de resarcimiento: se puede hablar, por tanto, de conexión en sentido solamente impropio.

“Así mismo no se puede aceptar la tesis de la intervención de tercero ..., ya que la constitución de parte civil no reproduce los extremos de ninguna de las hipótesis de intervención voluntaria conocida en el ordenamiento civil ... ya que no rebate los derechos del ministerio público ni los del sindicado ni interviene para coadyuvar los intereses de ninguno de ellos, ... sino que hace valer una pretensión privatística de restitución o resarcimiento, pudiendo provocar la ampliación de la relación procesal (citación o intervención del responsable civil), que se excluye, por el contrario en la intervención por adhesión.

“En cambio, debe aceptarse la opinión que reconduce la constitución de parte civil al principio de la unidad del poder jurisdiccional. Este principio se identifi-

ca principalmente con la regla de la prohibición de contradicción de fallos. Dicha regla opera de dos modos: preventivamente mediante todos los recursos encaminados a evitar que se verifique el fenómeno de la contradicción de fallos; represivamente mediante aquellos mecanismos que han sido previamente dispuestos para resolver la contradicción, sacrificando uno de los dos fallos en contraste". Para el autor, la disciplina de la parte civil constituye un mecanismo preventivo.

El asunto relativo a la delimitación del ejercicio del poder jurisdiccional tuvo una amplia discusión con base en la demanda de inexequibilidad de los artículos 58 a 66 del decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal anterior al vigente) presentada por Pablo Cáceres Corrales. Parece de interés la reseña de esa demanda y la de la sentencia dictada por la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Jairo E. Duque Pérez.¹⁵ No podemos dejar de observar un excesivo acento en el valor del «supremo acto de intercambio de mercancías».

Parte el demandante de la base de que "... la Constitución es un

complejo de garantías procesales, institucionales, sustantivas y de otras clases que rodean sus derechos y libertades. La transformación de esos postulados políticos en normas jurídicas cumple una función específica: hacer accionables los derechos y libertades, pues sólo mediante el derecho positivo se puede acudir a la fuerza y a la coacción del Estado. Las autoridades tienen la función de hacer cumplir las normas positivas y no otras distintas y esa función será siempre para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes ..." (Art. 16 C.N.).

"Ahora bien, los términos que establece la Constitución para el ejercicio de los poderes públicos se relacionan con una serie de principios cuya vigencia y respeto se relacionan con la permanencia de la igualdad y la libertad de los individuos.» Dentro de estos términos está la determinación del sistema jurídico del Estado, que en nuestro caso se ha hecho estableciendo el sistema romano-germano, en el que 'La política del legislador vinculada a cada código y a cada normativa específica, incluirá, sin excepción, la formas, mecanismos, recursos, etc., de defensa y accionabilidad



¹⁵ Los argumentos de la demanda son formados en parte del resumen que hace la Corte en la sentencia de Diciembre 3 de 1978, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina* Tomo XVII, pág. 136 y ss. y es parte de comentarios del *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Autores varios, Universidad Nacional, Legis, 1988, pág. 205 y ss.

de los derechos y libertades'. La libertad y la igualdad, definidoras de la misma existencia del individuo no pueden solayarse por el legislador ni menos desconocerse expresamente, pues se subvertiría el orden político y se atropellaría el querer supremo de la Nación. Las normas procesales son un sistema de garantías que aseguran la aplicabilidad de la política legislativa y la efectividad de los derechos y libertades.

"En síntesis, los códigos de procedimiento regulan los mismo derechos sustantivos desde el punto de vista de su acción y de la función de quien debe hacerlos respetar..."»

El segundo de los principios para el ejercicio de los poderes públicos es la determinación de la estructura del aparato estatal, que parte de la separación de los poderes. En éste sentido, "... la suprema determinación constitucional consiste en que en el complejo instucional se precisa el marco de acción de cada organismo, de cada autoridad, de cada funcionario y se evita cualquier confusión en el ejercicio del poder. Como explica Althusser, en la no confusión comienza la separación de poderes. La combinación y el enlace de los poderes da lugar a una escala de señalamiento de competencias para cada rama del poder público. "Pasa a establecer

cómo, en su criterio, la Constitución anterior delimitaba el ejercicio del poder jurisdiccional, primero en el art. 26, según el que "... nadie podrá ser juzgado sino ... ante tribunal competente...", luego por el artículo 58, cuando establece que "La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia ..." y, finalmente, por el artículo 164, que ordenaba la creación de la jurisdicción laboral y daba la posibilidad de la creación de la jurisdicción de comercio. Pretende, entonces, que en materia comercial, la jurisdicción creada es la civil y, de alguna manera, que la penal se está creando con la permisión de los jurados de conciencia (se pasa por alto en esta argumentación que ni siquiera el artículo 147 establecía una jurisdicción interna en la Corte Suprema de Justicia, como no lo hace el artículo 234 de la actual).

"El individuo que somete sus contenciones privadas al juez civil es titular de unos derechos personales o patrimoniales rodeados de las garantías de la propiedad privada, esencialmente renunciables y es responsable por las obligaciones colaterales engendradas en las fuentes de las obligaciones que parten de un supuesto esencial: la manifestación libre de voluntad. Las fuentes de sus obligaciones o

de los hechos que previstos en la ley originan responsabilidad, deben ser decretados o reconocidos por un juez que aplica una normatividad sustantiva y un procedimiento propio del conflicto privado a resolver. Los elementos materiales del proceso, las pretensiones y los hechos sometidos al juicio tienen una connotación eminentemente civil, aunque provengan de hechos (civiles o penales) cometidos por otros sujetos. Los hechos ajenos en tal circunstancia son de tipo civil para el sujeto vinculado a la determinación de los jueces civiles, aunque desde el punto de vista penal sean criminales para el otro sujeto sindicado de ser su autor... Los hechos delictuosos o culposos penalmente son tratados como hechos civiles cuando enajenan (Sic.) la responsabilidad del tercero que llevará (él mismo o su demandante) sus conflictos, allí originados, a un juez competente y propio.

“Tenemos entonces que es la ley civil sustantiva la norma que define el mundo de la responsabilidad civil y consagra la política legislativa en ese tema. La ley civil procedimental suministra el protocolo necesario para que los comentados derechos civiles privados sean eficaces y ejecutorios en el sentido en que lo ha considerado el órgano legislativo...

“Si lo expuesto pudiéramos resumirlo, diríamos que el tribunal competente y el procedimiento propio de que habla el artículo 26 de la Constitución del sujeto privado son: el juez civil y el procedimiento civil. Repugna al principio organizativo del Estado que los jueces y los procedimientos pudieran confundirse o actuar indistintamente al juzgar las responsabilidades civiles, penales, laborales, etc.

“Es evidente que al analizar los hechos el juez observa: la conducta del delincuente, sus circunstancias personales y las que rodearon el hecho; el daño causado con su acción que, además, está considerado en la misma ley como elemento constitutivo del delito; el interés público lesionado y la gravedad y el monto de los daños públicos por lo cual habrá de purgar una pena. Pero ese mismo juez que históricamente puede condenar al reo a la reparación particular al estimar los hechos delictuosos, fundamenta esta condena en razones propias del análisis criminal... La propiedad del juez frente al reo corresponde a la propiedad de éste frente a su juez. Esa doble relación juez/sujeto sindicado es la que permite que aquel pueda decidir sobre todos los efectos jurídicos de la conducta punible. La misma relación desaparece cuando se trata de un

tercero cuya responsabilidad queda afectada por la conducta reprimida.”¹⁶

Dice el autor que se viene citando que de esta manera se viola también el principio del juez propio, que parece coincidir con lo que los penalistas denominamos el Juez Natural que se origina en la necesidad de que un extraño – un extranjero, un hombre ajeno al reo– no lo juzgue, como se presenta en Europa con las comunidades autónomas y, como reconoce la actual Constitución al crear las jurisdicciones indígenas y la Jurisdicción Penal Militar, aunque dentro del concepto del Juez Natural se haya incluido, antitécnicamente, por algunos autores, lo relativo al principio de legalidad del Juez, encontraremos que la competencia del juez penal para conocer de asuntos civiles puede afectar la especialidad del juez en razón de la materia sobre la que puede decir derecho, pero jamás podrá predicarse que él no es el juez natural, porque sí lo es. Tam-

poco vemos la forma en que se afectaría la legalidad del juez, ya que la norma estaría estableciendo con anterioridad el juez competente.

Al pronunciarse, la Corte, con ponencia del Magistrado Jairo E. Duque Pérez dice que dentro de la línea conceptual de especialización funcional que establece el principio de la separación de los poderes, por mandato expreso o implícito de la Constitución, la rama jurisdiccional adopta en su organización una separación de las competencias jurídicas, de acuerdo con la diversidad de los asuntos que le son sometidos (nosotros no vemos que exista claridad sobre ese mandato, ni implícita ni expresamente).

“Dada la íntima correlación que suele existir entre el daño público y el privado, generados por el delito, al legislador le está permitido refundir aquellas competencias y asignadas al juez penal, quien ha de poder calificar la conducta ci-



¹⁶ Este argumento nos parece contradictorio con el argumento transcrito arriba, donde se pretendió que el juez civil debe conocer de los asuntos civiles, sin consideración a que la responsabilidad provenga de contrato o culpa civil o penal. El argumento debe valer integralmente: el juez parcial tiene la capacidad de conocer los asuntos civiles relacionados con el delito o no la tiene. Esta acomodación significa una fisura muy importante en el discurso que aún sin consideración de las varias que ya se han producido y que no hemos glosado, echan por tierra la posición del demandante.

Resulta inconcebible el argumento que viene a continuación en cuanto a que el sindicado no sea titular de derechos y obligaciones y que se coloque en una situación de pérdida de sus calidades de igualdad y libertad, ya que ello no está implícito como consecuencia de la comisión de un hecho punible o la imposición de una pena y menos aún en la vinculación a un proceso penal. Igualmente, o casi tan inconcebible es creer que un hecho civil no afecta a la sociedad, aunque sea en menor medida (no olvidemos que la ausencia de justicia civil es la que desemboca en los descomunales conflictos del país).

vil de quien no ha participado en el hecho incriminado como autor, coautor, cómplice, es decir, de quien no es *Penalmente Responsable* pero es sin embargo responsable civilmente, de dichos perjuicios. En este evento el proceso penal ensancha su objeto, ya no se limita al sólo esclarecimiento de los hechos punibles descritos en la ley penal, sino que llega hasta sacar consecuencias o efectos civiles que de ellos se desprenden.

“Al obrar así, la ley no quebranta ninguno de los principios básicos que informan el ordenamiento constitucional ni desvirtúa la naturaleza misma del proceso penal cuyo objeto consiste tanto en la satisfacción del daño público como en la indemnización del daño privado que el delito genera, pues a ella corresponde ...distribuir las competencias entre los órganos jurisdiccionales del poder público”.

La Corte, sin otros argumentos relacionados con el tema en estudio, declaró inexecutable las normas demandadas, con base en la violación del derecho de defensa.

No puede sacarse una conclusión diferente a la de Leone, si tomamos en consideración la definición que de *Jurisdicción* hace

Hernando Devís y sus comentarios al respecto:¹⁷

“Podemos definir jurisdicción como ...la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos o adoptar las medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.”

Más adelante nos aclara, al tratar el tema de la Unidad de Jurisdicción y su clasificación¹⁸ “Si la jurisdicción es por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia, y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualquiera que sea la materia a que se aplique [la jurisdicción], las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que requie-



¹⁷ DEVIS, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Editorial A.B.C., Bogotá, 1979 Tomo I., Pág. 64.

¹⁸ Ob. cit., pág. 69.

re su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho. En síntesis, conceptualmente la jurisdicción es una, y esa unidad emana de su naturaleza.

“Por consiguiente, el órgano jurisdiccional del Estado es también uno sólo y a él pertenecen todos los funcionarios encargados de administrar justicia (rama civil, penal, laboral, contencioso administrativo, aduanera, y de la justicia penal militar).

“La jurisdicción no está dividida. En sentido estricto, sólo existe una jurisdicción; pero se pueden distinguir en ella varios aspectos, y así es usual hacer dos clasificaciones: 1º) según la naturaleza del acto asunto sobre el que se ejerza; 2º) según la naturaleza del servicio que se presta.

3.3 Características de la acción civil

Para Gustavo Orjuela Hidalgo¹⁹ la acción civil tiene, dentro del proceso penal, características públicas y sociales, adhiriendo incondicionalmente y explícitamente a la ya vista posición de los positivistas.

Para Gilberto Martínez Rave,²⁰ quien sigue muy de cerca los comentarios de Eugenio Florián,²¹ la acción civil es privada, patrimonial, contingente y voluntaria.

a) La privacía nace del hecho de estar en cabeza de la persona lesionada. Habla del giro de publicidad que tiene en nuestra legislación, ya que en el Código vigente (artículo 43) establece que su titularidad está en cabeza del perjudicado, del Ministerio Público y del Actor Popular.

Hay que diferenciar entre la necesidad de que los perjuicios derivados de la realización del hecho punible sean efectivamente indemnizados (por la que nos inclinamos), sin concederles el carácter de pena, sino por la necesidad pública de que en estos casos el equilibrio social sea restablecido, inclinándose en este sentido por la posición de los positivistas, y las características de la acción. De acuerdo con las modernas teorías, el derecho de acción es siempre un derecho subjetivo público, se trate de una acción que ha de intentarse ante un juez civil, contencioso, laboral, penal o de fa-

¹⁹ ORJUELA HIDALGO, Gustavo, *Derecho Procesal Penal*, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1970, Pág. 75 y ss.

²⁰ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, *Procedimiento Penal Colombiano*, Temis, Bogotá, 5ª edición, 1987, Pág. 58.

²¹ FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, reimpresión, 1990, Pág. 206.

milia. En estas condiciones debemos diferir de la conclusión de estos autores y decir que la acción civil, como todo derecho de acción, tiene carácter público, que se deriva del derecho de petición, establecido por el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, no obstante la gran cantidad de peculiaridades que la caracterizan.

Para Hernando Devis Echandía el derecho de acción tiene como fin primordial proteger el interés público y general en la tutela de orden jurídico y en la paz y armonía sociales; sólo secundariamente tutela el interés privado del actor.

Resulta muy contradictorio el comentario de este autor en la pág. 170, de su obra ya citada, cuando entra a hablar de una acción pública penal y una acción privada penal, refiriéndose aquella a la que puede ser ejercitada por cualquier persona y esta a la que sólo puede ejercer la víctima. Indiscutiblemente en Colombia, más para la época de la edición que citamos, "nadie ejercita la acción penal" porque siempre el fiscal inicia de oficio la investigación, tiene el deber de hacerlo, cuando de acuerdo con su propio criterio, exista una sospecha que razonablemente señale la posible existencia del hecho punible, carente de vínculo obligacional derivado de la actividad del de-

nunciante o querellante: el funcionario está en libertad de dar curso o no al proceso con base en la querrela o la denuncia, siendo indispensable la querrela para que lo haga en los casos en que la ley explícitamente lo requiere, sin que su ejercicio implique la iniciación del proceso. Pero no sólo resulta contradictoria desde este punto de vista, sino que también lo es y en mayor medida, frente a las tesis que ha expuesto atrás.

Otra discusión es la que se refiere al derecho vulnerado o a la indemnización perseguida mediante el ejercicio de la acción.

b) La patrimonialidad de la acción civil es indiscutible. Lo que quiere decir que representa un derecho patrimonial aun en los casos en que el daño sea puramente moral o el resarcimiento tenga lugar de modo que no consista en el pago de una suma de dinero; pues la acción civil, en verdad, se refleja siempre sobre el patrimonio, al cual debe poner en su prístino estado o aun mejorarlo (en derecho colombiano habría un enriquecimiento sin causa si se produce el mejoramiento a que alude el autor). El derecho patrimonial es de libre disposición, y puede ser renunciado, sometido a pacto, ser materia de transacción (el artículo 2472 del Código Civil Colombiano la establece explícitamente) y transmitido a título

universal o particular. Esas posibilidades de transmisión no implican el que puedan llegar a ser titulares de la acción civil, dentro del proceso penal, los herederos y los sucesores procesales ni los cesionarios, como se deja en claro más adelante.

c) Afirmar que la acción civil es contingente implica una confusión entre acción y pretensión y entre acción y perjuicio. Baste leer lo dicho por Florián: “... quiere decir que puede nacer del delito o no nacer, sea porque se trate de delito que no cause daño patrimonial resarcible (delitos contra el Estado; asociaciones constituidas con el fin de delinquir, incendio de una casa por el propietario que por estar aislada no expone a riesgo a ninguna otra ni a las personas), sea porque el particular no quiera ejercitarla.” Evidentemente lo contingente es el perjuicio. Puede aceptarse que el delito no produzca un perjuicio patrimonial contra un particular ni contra el Estado, pero si se parte de la base del bien jurídico, encontraremos que su afectación implica un perjuicio, así sea moral, para alguien; para el Estado o para los particulares.

d) Se puede aceptar que sea voluntario el ejercicio del derecho de acción, dependiendo de

que el particular quiera o no ejercerla, pero no que sea una facultad, ya que dentro de los poderes una cosa es la facultad y otra el derecho. Esta voluntariedad queda un poco desdibujada ante la posibilidad de que la ejerza el ministerio público o el actor popular. Pensamos, sin embargo, que el titular puede interferir a estos últimos, mediante la renuncia o el desistimiento.

De lo dicho en el numeral uno se concluye que la acción civil dentro del proceso penal tiene un carácter mixto: es patrimonial (dice el artículo 62 C. P. P. que extingue en todo o en parte por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil) y es voluntaria, ya que el titular puede tomar la decisión de intentarla, bien en el proceso penal o en uno civil, o de no intentarla. No es verdad que la acción civil sea contingente como se sostiene tan comúnmente, ya que lo contingente es el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios, derecho que, como se sabe, depende de la existencia de éstos y no el derecho a la acción. Es, además, accesoria a la acción penal, porque del ejercicio de ésta depende el suyo y el de la prosperidad de la pretensión penal depende la posibilidad para el juez de pronunciarse sobre las pretensiones civiles.

3.4 Titularidad de la acción civil

El art. 43 del Código de Procedimiento Penal otorga la titularidad del derecho a ejercitar la acción civil (en cualquiera de las jurisdicciones), en primer lugar a las personas naturales o jurídicas perjudicadas o a sus herederos o sus sucesores, en segundo lugar al Ministerio Público y, en tercer lugar, al actor popular.

Pero la realidad es que la acción “pertenece a toda persona material o jurídica, por el sólo hecho de querer recurrir a la jurisdicción del Estado, pues existe siempre un interés público que le sirve de causa y fin, como derecho abstracto que es.”

3.4.1 El perjudicado

La acción no equivale a la legitimación en la causa, de la que se diferencia en que ésta “es entonces la idoneidad de una persona para estar en juicio, inferida de su calidad en la relación sustancial que es materia del proceso.” O como enseña Satta, es la titularidad del derecho mismo... La legitimación para obrar o en causa determina lo que entre nosotros se denomina impropia-

mente personería sustantiva, y es considerada por lo general como sinónima de la titularidad del derecho invocado... Esa titularidad configura una posición del sujeto activo y del sujeto pasivo de la pretensión anterior al proceso, y se examina en la sentencia.

La Corte expresa: “Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar el fondo del litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor... la falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente el litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada.”²²



²² MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Editorial ABC, Bogotá, 1991, Págs. 157 y ss.

Según Manzini (citado por Tiberio Quintero) "La titularidad del derecho a ejercitar la acción civil dentro del proceso penal compete... a todo el que tenga interés legítimo y actual en obtener el resarcimiento del daño o la restitución: excluido de todo otro interés, aunque fuera realizable mediante la acción civil ex delicto, que se podrá hacer valer por separado ante el juez civil competente."

"Este interés debe ser *rigurosamente comprobado*, ya para mantener la necesaria seriedad al proceso penal; ya para evitar que éste se convierta en palestra de diatribas políticas, sectarias o personales; ya para impedir la mala costumbre de las llamadas *partes civiles de conveniencia*, que se presentan en el proceso penal ..."²³

Mientras que la norma del Código de Procedimiento Penal Colombiano confunde, evidentemente, el derecho de acción con la legitimación en la causa, restringiendo el ejercicio de la acción civil, dentro del proceso penal, a quienes estén legitimados en la causa, es decir, a quienes sean, efectivamente, titulares del derecho a la indemnización, Manzini, cuyos comentarios prestan apoyo

a la actual redacción de la norma, marca una pauta de validez a la restricción de la participación dentro del proceso penal en procura de obtener las indemnizaciones: el de que las pretensiones se deriven del hecho investigado, criterio que, de otra parte poca distancia puede establecer frente al hecho de que la acción civil dentro del proceso penal tiene el carácter de accesoria.

Ahora bien, su afirmación de que quedan excluidos otros intereses realizables mediante la acción civil ex delicto, resulta poco clara. Obviamente no habrá lugar a litisconsorcios ni a clase alguna de tercerías o al ejercicio de acciones oblicuas, propias del proceso civil.

La exigencia del artículo 43 lleva a que desde un comienzo el funcionario penal debe tomar una decisión sobre la legitimación en la causa, es decir, "de su calidad en la relación sustancial que es materia del proceso," lo que desemboca nuevamente en la situación ya vista de que se está decidiendo de antemano, al admitir o rechazar la demanda de constitución de parte civil, si una persona es o no el perjudicado, punto bien delicado, ya que fácilmente



²³ Tratado de Procedimiento Penal Colombiano, E.F.D. Bogotá, 1998, T. I, Pág. 261

te lleva al atropellamiento de los derechos de quienes realmente han sido afectados por la conducta ilícita o simplemente pretenden serlo, ya que, según lo dicho, tiene el derecho a intervenir en el proceso. El artículo 44 del proyecto presentado por el fiscal Gómez Méndez en nada cambia esta situación.

Si bien el proceso penal no puede terminar convertido en un bazar, como se concluye de lo dicho por Manzini, tampoco puede llegarse al extremo de que el funcionario pueda limitar arbitrariamente la intervención de quienes persiguen la indemnización (y aún llegue a pronunciarse anticipadamente sobre la existencia del perjuicio, como vemos con tanta frecuencia).

“La relación procesal civil es así instaurada por quien asume ser el titular de un derecho de resarcimiento o de restitución frente al imputado y/o a un tercero a quien dirija la demanda de resarcimiento o restitución.”²⁴

En nuestro concepto, demostrada la vinculación de la reclamación con el hecho investigado, la titularidad del bien jurídico tutelado en cabeza de quien in-

tenta la acción civil (hecha excepción del homicidio) y la posibilidad de un perjuicio derivado del hecho punible en cabeza de quien reclama, la demanda debe tramitarse.

Si caben unas razones, especialmente de orden práctico, para tramitar las pretensiones de carácter civil dentro del proceso penal, caben las mismas razones para limitar ese ejercicio.

Aun en procesos por delitos como el fraude procesal, que afecta a la administración de justicia, indiscutiblemente sus efectos se sentirán sobre el contradictor de quien lo cometa, cosa que nuestros funcionarios judiciales son reacios a reconocer.

Si no puede pretenderse que el juez decida sobre la legitimación en la causa al momento de estudiar la demanda, menos puede pensarse en una tal limitación desde una norma procesal de carácter general y, menos aún, que se tenga la pretensión de extender la limitación a las acciones civiles destinadas a obtener el resarcimiento de los perjuicios, que pueden intentarse ante los jueces civiles. Lo que la norma, en último análisis, está diciendo, es

²⁴ LEONE, Giovanni, *Ob. cit.*, Pág. 480.

quiénes tienen derecho a reclamar una indemnización como consecuencia de la realización de un hecho punible, asunto que regula el Código Civil (art. 2.341 y ss.) dentro del título de la Responsabilidad Común por los Delitos y las Culpas o Responsabilidad Civil Extracontractual; es decir, está modificando el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y el artículo 104 del Código Penal. Lo que sí puede pretenderse es limitar la participación de personas dentro del proceso penal, para lo que la redacción de la norma debe ser diferente, limitación que no parece poder superar, repetimos, el simple hecho de que la pretensión indemnizatoria esté vinculada al hecho punible y que quien la intente sea, exclusivamente, el titular del derecho tutelado, como ya se dijo, por tratarse de una acción accesoria. Si esta vinculación no existe, la solicitud no podrá tramitarse; limitación, la primera, que, por lo demás, se aplica a toda clase de procesos (v. gr.: normas sobre acumulación de pretensiones), pero que en el caso del proceso penal debe ser mucho más rigurosa y que excluye cualquier otra posibilidad de acumulación (las otras posibilidades existen en el proce-

so penal, pero sólo son aplicables cuando se predicen respecto de los delitos investigados).

Dentro de estos parámetros podrán ejercer (o promover, como dice Leone ²⁵) la acción civil ante el juez penal, dentro de los marcos que la norma puede fijar, las personas naturales o jurídicas que pretendan haber derivado un perjuicio del hecho punible, es decir, quienes pretendan ser titulares del bien jurídico lesionado, en ejercicio del derecho a acceder a la administración de justicia establecido por el art. 229 de la Constitución, porque, finalmente, éste derecho a acceder a la justicia no puede manifestarse sino a través de la acción y puede equipararse, a nuestro parecer, con el derecho de acción estudiado por los doctrinantes de la Teoría General del Proceso, al que venimos refiriéndonos.

3.4.2 Los herederos o sucesores

Son interesantes los comentarios hechos por Antonio María Lorca Navarrete al respecto:²⁶

“Por último aludir a un problema interesante, ya que si bien los derechos que les corresponden a los

²⁵ Ob. y T. cit., pág. 479.

²⁶ LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, TECNOS, Madrid, 1988, pág. 79.

perjudicados como consecuencia de la infracción punible, como de orden civil que son, pueden ser transmitidos por los medios y en la forma que el Derecho civil establece, ello no significa que esta transmisión conceda legitimación para actuar en el papel de parte como actor civil en el proceso penal a los que por cualquier medio hayan obtenido el derecho material del titular del mismo, bien por transmisión directa en un acto intervivos, bien por haberse subrogado en sus derechos a consecuencia de un contrato que produzca ese efecto. Este problema se plantea con gravedad cuando existe un contrato de seguro que obliga a una entidad aseguradora a satisfacer a una persona los daños y perjuicios que le son causados por un hecho constitutivo de la infracción punible. En este caso cuando el asegurador resarce el daño causado por el acto punible al ofendido por el mismo se plantea un problema respecto a la admisibilidad de la pretensión de resarcimiento de la compañía de seguros, puesto que la obligación que existía frente al ofendido por el acto punible se ha extinguido por el pago realizado por el responsable civil. La norma penal establece que la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite a los herederos del perjudicado (art.

105 LECr) –sentido que muy difícilmente se le puede dar a la legislación colombiana– y como las leyes penales han de interpretarse restrictivamente, hay que pensar que sólo a los herederos se transmite la legitimación activa del sujeto activo de la pretensión de resarcimiento y no a los cesionarios, aseguradores, acreedores, etc. Ninguno de éstos está legitimado para pedir la actuación de la pretensión de resarcimiento en un proceso penal, con base al carácter especial de la legitimación activa, que se basa en la calidad de ofendido por el hecho punible de la que carecen los sustitutos del acreedor (perjudicado) por no ser ofendidos directa ni indirectamente y por la posibilidad de deducir la pretensión ante el titular civil del órgano jurisdiccional.

Esta doctrina es por lo demás jurisprudencial al establecer el tribunal Supremo que la compañía de seguros no es perjudicada por el delito que se castiga, ya que la lesión de sus intereses, si existiera, derivará de las pretensiones que el contrato le obliga a realizar y por este título exigible. Sentencia de 31 de marzo 1948 (17) y 10 de febrero de 1949.

La norma habla de los herederos, a título singular o universal, o sus sucesores, el Ministerio Público y al actor popular.

Parece ser que la confusión reina en el punto. Mientras que, según la referencia que hace del Código Penal Tipo Luis Enrique Cuervo Pontón,²⁷ son titulares de la acción civil –ya se hace innecesario cualquier comentario sobre éstos términos–, “sus herederos (los de quien según la ley civil esté legitimado para reclamar por el daño directo emergente del hecho punible), según su cuota hereditaria”, de lo que puede entenderse que hace referencia a quienes se han hecho titulares del derecho a reclamar la indemnización (sea o no litigioso) que perteneció a su causante, por sucesión, el Código habla de herederos o sucesores.

No es ese el sentido que se deduce de las acotaciones hechas por Quintero,²⁸ cuando cita a Romero Soto y a Ciro López Mendoza. De acuerdo con la primera cita no es “...conveniente que se haga específica referencia a los herederos, toda vez que ...el único caso en que se presenta es el homicidio y, en esta eventualidad, pues lógicamente que son ellos los perjudicados.” De acuerdo con la segunda “el artículo omite a los sucesores de la persona natural, y estos deben ser titulares de la acción indemnizatoria en caso de muerte del titular de la acción.”

Si se siguen los comentarios de Romero, se concluirá que se refiere a los herederos de quien ha muerto violentamente a consecuencia de una acción delictual, caso en el que la pretensión indemnizatoria no está en cabeza suya como consecuencia del derecho a suceder, sino que tiene su fundamento en el perjuicio directo que ha recibido: el daño moral (siempre) o el daño material, cuando del occiso derivaba su sustento, educación, etc. y su pretensión no estaría cuantificada con base en su cuota hereditaria, sino en su perjuicio. La acotación de López parece referirse a lo mismo, pero, por su redacción deja la posibilidad de que valide la entrada de los herederos de quien ha sido víctima de un hecho punible cuando éste fallece.

En ninguno de los casos se justifica la inclusión de los herederos o sucesores (teóricamente, porque para efectos prácticos cualquier exceso de claridades resulta poco), porque, como se dijo, los herederos o sucesores que pretenden la indemnización como consecuencia de la muerte de su causante, pueden reclamarla como pretensión autónoma y, más aún habrá quienes, no siendo herederos, perciban un daño material y moral



²⁷ *Código de Procedimiento Penal Comentado*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1992, Pág. 109.

²⁸ *Tratado*, Tomo I, Pág. 262.

de su muerte y podrán intentar la acción indemnizatoria, los que, dicho sea de paso, quedan excluidos en la redacción actual y, si lo que se pretende es evitar que el proceso penal termine entorpecido, el manejo de cuestiones relativas a los derechos sucesorales poco contribuye a ese propósito.

Hablar en un código de procedimiento, de herederos o sucesores, crea una mayor confusión, ya que la expresión *sucesores* tiene la connotación de “cambio en los sujetos de la relación jurídica procesal, con la transmisión de las facultades y deberes procesales que conlleva esa posición ...”²⁹ la que puede estar originada en herencia, cesión, legado, extinción de la persona jurídica o extinción de los derechos de la parte,³⁰ lo que extendería ilimitadamente la posibilidad de participación en el proceso, precisamente lo que se ha querido evitar.

Entre las personas jurídicas quedan incluidas las de derecho público, las que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 36 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) no sólo pueden, sino que tienen la obligación de constituirse en parte civil, cuando resulten

perjudicadas por un delito contra la administración pública. Establece también, la norma, la obligación al instructor de comunicar al representante legal de la entidad sobre la apertura de la instrucción.

3.4.3 El Ministerio Público

Pasando a los siguientes “titulares de la acción civil” enumerados por el artículo en estudio, puede observarse cómo el Código de 1987 incluyó al Ministerio Público como uno de ellos, sin ninguna limitación, es decir, en condiciones de reemplazar al perjudicado en el ejercicio de la acción civil, en cualquier caso; respecto de la reglamentación establecida por el decreto 2700 de 1991 Luis Enrique Cuervo Pontón³¹ dice: “A sugerencia de la Comisión Especial el proyecto del gobierno fue adicionado con la inclusión de las acciones populares, pretendiendo así, garantizar no sólo la indemnización de los perjuicios cuando afectan intereses individuales sino también cuando se han vulnerado intereses colectivos... La Comisión quería que se otorgara la titularidad de esta acción al Defensor del Pueblo, no obstante en el texto definitivo prefirió hablar-



²⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Bogotá, Editorial A.B.C, 1979, Tomo I, pág. 328.

³⁰ DEVIS, Ob. cit. Pág. 290.

³¹ *Código de Procedimiento Penal Comentado*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1992, Pág. 109.

se del Ministerio Público ya que el primero forma parte del último." La acotación termina sin dilucidar si la intervención del Ministerio Público es autorizada exclusivamente en procura de obtener la indemnización cuando se trata de perjuicios que afectan a la colectividad o en todos los casos; la redacción de la norma no es menos indecisa.

Si se revisa el numeral 7º del art. 277 de la Constitución Nacional, podemos concluir que el deber que se impone al Ministerio Público de "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales", tenemos que concluir que estas funciones difícilmente resultan asimilables a la intervención como parte civil en defensa de intereses individuales o colectivos y parece más hacer referencia a los intereses directos del Estado, en los dos primeros casos, mientras que en los últimos ninguna función habría de cumplirse dentro del proceso penal, ya que la salvaguarda de los derechos fundamentales no está confiada al juez penal dentro del proceso penal porque bien ya están violados o bien los viola él mismo (debido proceso, etc.).

Si la razón de atribuir al Ministerio Público el ejercicio de las ac-

ciones populares obedeció, como dice el doctrinante, al hecho de que el Defensor del Pueblo forma parte de él, se le estaría trasladando, inconstitucionalmente, una función que la Carta atribuye al primero. En esas condiciones, al menos, el criterio es inválido.

Del Ministerio Público, como sujeto en condiciones de ejercer la acción civil, suplantando al perjudicado (está reclamando un derecho patrimonial del que se puede disponer explícita o implícitamente) no puede predicarse el interés legítimo y actual de obtener el resarcimiento a que se refería Manzini y sólo podrá pretenderse justificar su intervención con base en el interés público en la reparación.

La titularidad de la acción civil en cabeza del Ministerio Público (que según consideraciones de la H. Corte Suprema va más allá de las previsiones positivistas del Código de Procedimiento Penal de 1938, que sólo debía procurar la efectividad de la indemnización y que ha sido eliminado del proyecto que cursa actualmente, sin consideración de ninguna especie, al menos en la exposición de motivos) fue ampliamente combatida una vez expedido el decreto 050 de 1987. Se dijo que atribuirle tal función contradice la función neutra que le corresponde a este sujeto dentro del proceso de procurar una prueba de lo

favorable y de lo desfavorable al sindicado, argumento de poco peso, porque el Ministerio Público ordenará su actividad tendiente a la indemnización de daños y perjuicios a partir de la convicción que tenga respecto de la responsabilidad penal. Presentada la demanda de inexecuibilidad, se fundamenta en la falta de facultades constitucionales al Ministerio Público para asumir el adelantamiento de la acción civil. De esta manera se pretenden violados los artículos 143 y 26 de la Constitución Nacional (hoy artículos 277 y 29). El Procurador considera aceptable la solicitud, partiendo de la base de que el Ministerio Público no puede actuar en defensa de interés de un particular, pero negando la existencia de violación al artículo 26. Al estudiar el asunto la Corte comenta: "... el argumento principal en que los demandantes cimentan la acusación de la disposición del Código de Procedimiento Penal, que es objeto de este proceso, no da apoyo a fallo de inexecuibilidad porque el artículo 143 del Estatuto fundamental no permite excluir al Ministerio Público de los sujetos procesales, con aptitud legal para ejercer la acción indemnizatoria, pues es dable sostener que dentro de la atribución

de 'perseguir' los delitos y las contravenciones cabe perfectamente la facultad de invocar la acción civil contra el responsable del hecho punible, ya que esta es una forma de "perseguir" el delito y lograr su sanción, en este caso sanción pecuniaria, por la realización de una conducta típicamente ilícita". (Tendencia marcadamente positivista de la H. Corte, que como queda visto no compartimos). Esta última facultad no subsiste en la Constitución vigente.

Sigue la Corte: "por otra parte, el artículo 143 citado, no prohíbe que el Ministerio Público pueda desempeñar la función que le asigna la disposición acusada, pues esta disposición no señala taxativamente esas funciones. Precisamente por esto el artículo 145 de la Constitución Nacional que fija las funciones del Procurador agrega en el inciso final, que tiene además las que la ley le atribuye..." Concluye la Corte diciendo que la norma es inconstitucional exclusivamente porque se excedieron las facultades conferidas mediante la ley 52 de 1984, al incumplir con la obligación impuesta de expedir el Código de Procedimiento Penal adecuándose a sus prescripciones.³²



³² Corte Suprema de Justicia - Sala Plena - Sentencia de Agosto 5 de 1997 - Tomado de *Jurisprudencia y Doctrina*.

Podría decirse hoy, en el mismo sentido, que el artículo 5º transitorio de la Constitución Nacional autorizó al gobierno nacional a expedir las normas de procedimiento penal, pero no a modificar el Código Penal: el ejecutivo entonces habría excedido las facultades al incluir como titulares de la acción civil al Ministerio Público y al actor popular –del que pasamos a ocuparnos a renglón seguido–, resultando así inexecutable la norma.

3.4.4 El actor popular

La inclusión del actor popular es mucho más desafortunada. Desde la primera normación del Código Civil y desde la norma constitucional (menciones que se hacen en orden cronológico y no de prelación) hasta la reglamentación hecha por la ley 472 de 1998, resulta del todo claro que no hay lugar al ejercicio de las acciones populares en ejercicio de la acción indemnizatoria.

El Código Civil las establece dentro las acciones posesorias, las que “tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos sobre ellos” (art. 972), las establece en cabeza de la municipalidad o de cualquier persona

respecto de caminos u otros lugares de uso público (art. 1005), sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados (art. 1006), lo que, en nuestro sentir, señala como función la de mantener la integridad del espacio público, como precisa el art. 6º del Decreto 2400 de 1989.

Tampoco puede decirse que el art. 88 de la Constitución Política autorice entender que la acción popular tiene por objeto obtener la indemnización de perjuicios ocasionados a un grupo de personas, sea como consecuencia del perjuicio ocasionado a un “interés colectivo” o a un interés individual. Esta acción tiene un carácter esencialmente preventivo³³ y si bien es válido pensar que una persona puede derivar un perjuicio del daño de una carretera o de un pozo, este perjuicio difícilmente puede entenderse vinculado con el espacio público, la seguridad, etc., ni puede estimarse defendible en interés de la comunidad, sentido que indiscutiblemente tienen estas acciones, menos cuando la ley civil ha dejado a salvo las acciones que competen a los inmediatos interesados, según se acaba de decir; y la norma constitucional, en su segundo inciso, establece una vía espe-



³³ Sentencia T 254/93, citada en la sentencia T 536/94 – Régimen Penal Colombiano, Legis. Pág. 506-11

cial para la indemnización de los daños ocasionados a un número plural de personas.

El art. 2º de la Ley 472 de 1998 establece que las acciones populares "son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos" y que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible." y el art. 9º dice que proceden "contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos" lo que expresado en otros términos implica que las acciones populares están encaminadas a prevenir, básicamente, o a enervar las acciones que atentan contra los derechos o intereses colectivos y no al restablecimiento de una situación de derecho o a la indemnización de los perjuicios que un acto determinado haya generado, lo que se ve claramente reflejado en todas las previsiones procesales estatuidas para su trámite.

Si la acción civil dentro del proceso penal está encaminada a establecer la responsabilidad civil extracontractual que incumbe a quien ha incurrido en un delito o una culpa, no cabe pretender que

se encamine a evitar el daño contingente, a hacer cesar el peligro o la amenaza que sobre ellos caigan, cuestiones que nada tienen que ver con esta responsabilidad y que no competen al juez penal.

Mientras que la ley establece un procedimiento especial para el ejercicio de las acciones populares y de grupo, recalcando su carácter administrativo y civil, el artículo 15 de la ley que se contempla, circunscribe la competencia a estos jueces, último argumento que nos hace concluir, en forma definitiva, que no hay lugar a hablar del ejercicio de las acciones populares dentro del proceso penal.

Ahora bien, nadie tiene la tal calidad de actor público, al menos en el sentido que puede deducirse de la norma estudiada, según el cual cualquier persona estaría legitimada para representar a todos los perjudicados. Preguntamos: ¿sin su consentimiento, pasando por encima de su derecho a renunciar o desistir, aunque sólo signifique resignación a perder la indemnización? consentimiento que resulta indispensable aún en el caso de las acciones de grupo (art. 3º), que tampoco son tramitables dentro del proceso penal.

Frente a la opción de recurrir a la acción de grupo, nos encontramos, en primer lugar, con que es-

tas se corresponden con las acciones de clase,³⁴ establecidas básicamente para obtener la indemnización de perjuicios derivados de un mismo hecho. Indiscutiblemente se puede predicar que un determinado delito puede producir esta clase de perjuicios, entre los que se contarían los delitos contra la seguridad pública, los delitos contra el orden económico social y aún el homicidio o las lesiones personales culposos, producidos masivamente como consecuencia del ejercicio de una actividad riesgosa, como en el caso del tránsito automotor o la explotación minera, pero, amén de que la ley 472 ha establecido vías separadas para obtener la restitución y resarcimiento, lo que implica una desventaja del ejercicio de la acción de grupo dentro del proceso penal frente a la acción tradicional, como se ha dicho, estas acciones tienen, en esencia, un objeto diferente, que es el de obtener una indemnización por los daños derivados de actos de la administración o de particulares que no son delictivos, deducida de responsabilidad civil objetiva,³⁵ que definitivamente no tiene cobijo en el proceso penal, sino una jurisdicción especial (que no la penal) y un trámite específico, que

la hace poco compatible con este proceso. Es necesario poner de presente que no podemos compartir las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional respecto de la actividad del actor popular dentro del proceso penal expresadas en la sentencia que venimos estudiando y menos con el sentido que la ley le ha dado.

La inclusión del Ministerio Público, para actuar en sustitución del perjudicado individual sería, en último análisis, una cuestión de política penal, en el que el argumento de mayor peso para no aceptarlo como titular de la acción civil radicaría en el carácter patrimonial de la indemnización y su consecuente disponibilidad, que quedaría contrapuesto al del origen del daño que, sin darle el carácter de pena, permitiría la procura de oficio de la indemnización de perjuicios. El otorgamiento de la titularidad de la acción civil al Ministerio Público inclina la balanza en favor de la publicidad del interés en la reparación de los daños y perjuicios derivados del hecho punible.

Habría necesidad de definir claramente la cuestión para evitar confusiones: si es obligatorio ob-

³⁴ Cfr. la misma cita anterior.

³⁵ Sentencia T 254/93, citada.

tener la indemnización de los perjuicios debe ser obligatorio que la pretensión se ejerza dentro del proceso penal e imposible recurrir a la jurisdicción civil. Aunque habrá casos en los que sea aconsejable la opción civil, considero preferible la penal, si se llegara a este extremo. En ese caso, por razones de orden y de igualdad sociales, podría conferírsele la titularidad de la acción civil al defensor del pueblo, pero nunca con el carácter de actor popular o de grupo.

Pienso que la norma que habla de acción popular está tan a la moda como fuera de contexto, especialmente porque muchos de los derechos a los que hace referencia el artículo 88 mencionado correponde a bienes jurídicos tutelados por el derecho penal al establecer los tipos. Si la conducta lesiva de estos intereses constituye delito, se vela por ellos mediante el ejercicio de la acción penal; si no lo constituye, se puede velar por ellos mediante la acción popular. Si ha vulnerado el interés de un número indetermi-

nado de personas, cada uno de ellos debe poder disponer de su derecho o lo podría hacer el defensor del pueblo, en procura de los intereses de quienes se estimen desvalidos, a través de la acción de grupo, fuera del proceso penal.

3.4.5 Amparo de pobreza

Finalmente, si se tomamos en consideración que “El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensa, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación y no será condenado en costas” y vemos que en el proceso penal no se producen estas erogaciones, entre otras cosas en cumplimiento del principio de gratuidad, (art. 19 C.P.P. y 21 del proyecto) la institución (que conserva el proyecto) no tiene el menor sentido dentro del proceso penal, hecha excepción de las cauciones para embargar, de las que se puede exonerar al demandante sin necesidad de tantos requisitos y que son innecesarias cuando la determinación de embargar se toma de oficio.

