

## **PONENCIA SOBRE EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO EN LOS PROCESOS PENALES (LEY 906 DE 2004).**

El sector asegurador colombiano, en las pólizas de automóviles ha organizado la prestación del servicio de asistencia jurídica en los eventos de accidente de tránsito en que se produce como resultado dañino la muerte o las lesiones personales.

Lo anterior conlleva no solamente el planeamiento y ejercicio de la defensa material y técnica del respectivo conductor, sino también la posible participación de la compañía de seguros que ha expedido la póliza de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) dentro del proceso penal que se adelanta por los delitos de homicidio o lesiones personales culposas.

En Colombia se ha implementado el llamado sistema penal acusatorio, desarrollado por el legislador penal a través de la Ley 906 de 2004 que rige gradualmente, en una primera etapa desde el 1 de enero de 2005 en los Distritos Judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, para ser aplicado en la totalidad del territorio nacional a partir del 1 de enero de 2008.

Como era de esperarse, la entrada en vigor de un sistema jurídico procesal totalmente distinto al que se venía aplicando por varias décadas, ha suscitado grandes expectativas, ávida como se encuentra nuestra sociedad de una cumplida y recta aplicación de justicia penal, pero al mismo tiempo ha puesto en evidencia las protuberantes falencias propias de la débil estructura de nuestra sistemática jurisdiccional, por el déficit de recursos técnicos y científicos, por la endeble preparación del recurso humano, por la carencia general de infraestructura, etc.

Quienes venimos vinculados desde hace algún tiempo con el foro penal, hemos venido experimentando este cambio normativo, que para ser justicieros, merece ponderar lo bueno y otorgar lo malo, con base en una evaluación objetiva, que parte de la praxis cotidiana.

Las estrategias de defensa, las oportunidades procesales, el manejo de la prueba, las posibilidades de maniobra (en el buen sentido jurídico), las relaciones entre la víctima y el procesado, la institución del seguro, la figura del tercero civilmente responsable, han sufrido cambios sustanciales que no es posible soslayar.

Pretendemos en consecuencia compartir nuestra visión de la moderna normatividad adjetiva penal, sobre la temática propuesta en el título de nuestra ponencia, mediante el desarrollo de estos CAPITULOS:

## **LA ASISTENCIA LEGAL INMEDIATA DEL ASEGURADO O CONDUCTOR DEL AUTOMOTOR DEL ASEGURADO.-**

La ocurrencia del hecho (para el caso lesiones personales u homicidio) activa toda una serie de mecanismos institucionales que buscan afanosamente aplicar las recién creadas reglas del sistema penal acusatorio.

Oficiales investigadores, técnicos judiciales, fiscales, y auxiliares de la justicia forman la bancada del Estado que por principio, tiene a cargo la tarea de desvirtuar la presunción legal de inocencia, procurar la comparecencia de los responsables al proceso, propender por el restablecimiento de la víctima, en suma, demostrar ante el Juez la faz objetiva del delito y la responsabilidad penal del indiciado, imputado, acusado.

En la orilla opuesta se encuentra el sujeto activo de la conducta típica, titular de la defensa material que acompaña con la defensa técnica de su abogado.

La ley bajo estudio concibe un sistema "controversial de partes", la acusación y la defensa, que en igualdad de condiciones y oportunidades se debaten ante un Juez imparcial a quien tiene la misión indeclinable de convencer para el éxito de sus particulares intereses.

En este orden de ideas, hacen presencia en el lugar de los hechos (escena del delito) en primer lugar el policía uniformado, ejerciendo funciones de policía judicial, para informarse de lo ocurrido, identificar a los intervinientes en el hecho, coordinar la asistencia inmediata de la víctima, y recoger elementos materiales de prueba. Esta labor, teóricamente, debe estar asistida por una Unidad del Laboratorio de Criminalística de organismos como el DAS, el C. T. I., Policía Nacional, que procede el acordonamiento de la zona, la toma de fotografías, mediciones, entrevistas, etc.

Como es de rigor, dado que la defensa técnica es permanente, el conductor involucrado puede inmediatamente entrevistarse y estar asistido por un profesional del derecho libremente elegido por él; siendo ideal que el abogado llegue al sitio de los acontecimientos a la mayor brevedad posible, para hacer lo propio, "buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga", tal como lo contempla y autoriza el artículo 267 del nuevo C. P. P.; y también para entrevistar testigos, instruir a su cliente sobre la dinámica del caso y comenzar a perfilar la estrategia defensiva, vigilar estrictamente el respeto a las garantías procesales que le asisten a toda persona involucrada en la comisión de un delito.

La posibilidad jurídica del imputado, indiciado, acusado, capturado, procesado, enjuiciado (según la etapa en que se encuentre la actuación penal) de recoger por sí mismo y/o con el concurso de su abogado elementos materiales de prueba para posteriormente ser presentados ante el Juez, es característica propia del sistema penal acusatorio, y constituye

en nuestro medio una institución absolutamente novedosa, para cuya eficiente aplicación se requiere no solamente de una adecuada información normativa de la persona del defensor, sino, fundamentalmente de la preparación y entrenamiento técnico y científico de éste, quien por lo demás debe hacerse acompañar siempre de sus propios asesores (agrimensores, planimetrías, fotógrafos judiciales, físicos, químicos, dactiloscopistas, grafólogos, expertos en balística, patólogos, etc.), ya que no de otra forma podría controvertir con solvencia los embates probatorios de la acusación.

El primer interrogante que surge en la mente de doctos y profanos es: Nos encontramos adecuadamente preparados en Colombia para el funcionamiento del sistema penal acusatorio?

Aquí, muy temprano en esta exposición, tenemos la necesidad de comenzar a ejercer la crítica frente al funcionamiento del sistema penal acusatorio.

Es una verdad incontrastable que el nuevo código de procedimiento penal fue implementado presurosamente en Colombia, al parecer por influencia (léase presión) de organismos internacionales que de alguna manera direccionan nuestra política interna, incluida por supuesto la llamada política criminal o de represión del delito.

Esto ha conllevado a que se hayan forzado hasta tal punto las circunstancias, que en verdad, al primero de enero de 2005 en los Distritos Judiciales que ya hemos mencionado, no existía (y aún hoy no existe) la infraestructura humana y material que la moderna sistemática procesal penal requiere para su adecuado funcionamiento.

En Bogotá, para citar apenas un ejemplo, solo un puñado de jueces fue remitido a Costa Rica, por cuenta del Estado, para estudiar el funcionamiento del sistema penal acusatorio, otros (muy pocos) fueron por sus propios medios en busca de ese conocimiento, y a la gran mayoría se les viene dictando seminarios o talleres de 8 o 15 días para entrenarlos en el manejo de las nuevas figuras procedimentales del derecho penal.

Similar suerte han corrido los funcionarios de policía judicial, policías uniformados, detectives, investigadores, técnicos, que a la sazón son los primeros en ser llamados al lugar de comisión del delito para enfrentar el complejo procedimiento de aplicación de la nueva normatividad. A estos, se les ha dado un brochazo en una conferencia de 8 días, eso sí dictada por expertos extranjeros.

En el difícil panorama que es de suponer se deriva de un elemento humano mal informado y a medio preparar, hace presencia el letrado para ejercer la defensa de la persona involucrada en el hecho constitutivo criminoso.

Si el abogado es lo suficientemente avezado y se trata de una persona reconocida en el medio, con dificultad podrá superar el cordón (plástico amarillo) y convencer al policía

(convertido por fuerza de las circunstancias en oficial investigador) para que le permita presentarse ante su cliente y sin ninguna clase de privacidad, poder ofrecerle las primeras instrucciones y adelantarse a ensayar alguna estrategia de defensa.

Con criterio absolutamente equivocado, se cree por parte de algunos, en estos casos de homicidio y lesiones personales culposos que la persona se encuentra capturada, retenida, privada de la libertad, y por ende, como una tara del sistema anterior se le pretende aplicar una especie de incomunicación que en verdad tampoco existía ya en la fase final moderna y democrática del sistema inquisitivo del cual nos estamos desprendiendo.

Por eso el abogado no debe extrañarse que de pronto, se le impida acompañar a su defendido, o a permanecer con éste ya en las instalaciones de la policía de tránsito, a donde, en indefinida condición jurídica suele ser trasladado el conductor, quien sin estar capturado ni privado de la libertad, de todas maneras no puede retirarse según su voluntad, aún si las lesiones de la víctima evidentemente son leves.

Pero cuidado, no se le vaya a ocurrir al abogado comenzar su tarea de tomar fotografías o tratar de manipular lo que ahora, en el lenguaje moderno se denomina elementos materiales de prueba ( que en últimas son las mismas clásicas pruebas que no han sido llevadas al conocimiento del Juez), ya que tendrá que enfrentarse con toda una jauría de técnicos, policías o detectives que podrían hasta arruinar sus instrumentos después de ser sindicado de tratar de alterar la escena del delito o de entorpecer la labor de la autoridad, y por ello, sería incluso arrojado del lugar.

Consultando con nuestros colegas, hasta lo que va corrido de la aplicación del estatuto, la experiencia es absolutamente negativa en términos de posibilidad real de la defensa de poder desplegar la tarea de recopilar elementos materiales de prueba para ser ulteriormente usados a favor de los intereses del implicado; por lo que las normas que consagran tal derecho, han resultado letra muerta.

Si en este sistema se enfrentan dos partes, el Estado y el supuesto infractor de la ley penal, es de suponerse igualdad real y material entre la defensa y la acusación.

Al Estado, titular del monopolio de la fuerza, integrado por diversos órganos e instituciones, poseedor de los mas avanzados instrumentos de investigación científica, asesorado por experimentados técnicos en la investigación de los delitos, debe enfrentarse un particular en quien se supone, que en similares condiciones tendría acceso a los mismos mecanismos para contrarrestar la acción acusadora del establecimiento.

Este mundo del deber ser es de posible realización en otras latitudes en donde existen sociedades altamente culturizadas, con estructuras sociales de mayores ingresos, pero presenta graves dificultades de aplicación en nuestro medio colombiano, mas aun en época de evidentes dificultades de desarrollo económico y social como la que nos corresponde sufrir en este momento.

En las primeras de cambio, la experiencia no pudo ser mas desastroza, en las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía, en Bogotá, con ejemplos que podemos probar, se llegó hasta el extremo de impedir el ingreso a las instalaciones al abogado de confianza, a quien se le exigía el carnet de la Defensoría del Pueblo, con el equivocado criterio que en el proceso penal, el imputado debe estar asistido por un defensor público.

Con el correr de los días, el sistema se ha venido pervirtiendo de tal manera que ya los agentes de la policía, buscan por todos los medios no judicializar los casos de que tienen conocimiento y manejo inmediato, aplicando a su modo y de su propia manufactura un novedoso y muy extraño principio de oportunidad en virtud del cual, casi constriñen a las partes para que "concilien" un desistimiento, renuncia o un no ejercicio de la acción penal; todo ello para no "engalletarse" con un caso en el que deben permanecer incluso hasta 10 o 24 horas continuas, muchas veces después de haber terminado un agotador turno de 12 horas.

El artículo 205 del actual código adjetivo penal, permite a los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial, en caso de lesiones acompañar a la víctima al centro médico respectivo. Esta posibilidad de actuación se ha convertido en un verdadero dolor de cabeza para los policiales que la han concebido como obligatoria, y es así que en ella deben invertir varias horas a la espera de que el paciente sea atendido, intervenido y el médico presente el diagnóstico del caso y les haga entrega de la historia clínica sin la cual no serán bien recibidos por parte del Fiscal.

Durante su estadía en el centro de salud, el policía, quien no puede despegarse del conductor del carro, generalmente está acompañado de éste, sometiendo al ciudadano al peligro del embate de los familiares de la víctima.

Este abstruso orden de cosa ha dilatado y complicado los procedimientos hasta el punto de que en las primeras experiencias, por un evento de lesiones personales, el conductor ha estado indudablemente "privado de la libertad" metido dentro de una patrulla de policía de tránsito, por 30 y mas horas, dando innecesarias vueltas por toda la ciudad hasta que se completen los requisitos y sean llenados todos los formularios y levantados los informes de rigor; lo cual no sucedía ni en las peores épocas del funcionamiento del sistema anterior.

Se han documentado casos en los que el Policía se ha llevado al indiciado a dormir su casa, para dar lugar al acuerdo entre las partes, o mientras espera los resultados de la historia clínica del lesionado, o simplemente para dar tiempo a la llegada de la hora de la audiencia de formulación de imputación ante el Juez de control de garantías en pos de legalizar una "captura" que en la mayoría de estos casos de accidente de tránsito no lo es, por que, como veremos más adelante, no existe querrela, o no se trata de estados de flagrancia, o simplemente son delitos culposos que no ameritan de ninguna manera detención preventiva.

De esta manera sui generis, en forma dramática ha bajado la criminalidad en Bogotá, y ello tiene muy satisfechos a quienes manipulan las estadísticas oficiales.

Antes del 1 de enero de 2005 en la Unidad de Reacción Inmediata del Centro de la ciudad, los días viernes, a las 12 de la noche, encontrábamos por lo menos 30 personas capturadas pendientes de ser escuchadas en indagatoria, por diversos delitos ( homicidio doloso y culposo, lesiones personales dolosas y culposas, hurto, tráfico de estupefacientes, violencia intrafamiliar, etc, etc, etc); ciudadanos a los que el abogado litigante se veía forzado a prestar asistencia de manera oficiosa, para colaborar con la administración de justicia en algunos casos, o para agilizar la indagatoria de su propio cliente en otros; sistema censurable que ha llevado incluso a personas inocentes a aceptar la autoría del delito con tal de no soportar el trámite de un tortuoso proceso penal de resultados inciertos y con la amenaza de imposición de una pena mayor, y que ha permitido el relajamiento de la función del abogado defensor quien decide entregarse anticipadamente sin la mayor resistencia, sin ensayar siquiera defender a su patrocinado.

Hoy, iniciado el sistema del nuevo estatuto procesal, en el mismo sitio día y hora no contamos 5 capturados para audiencia de formulación de cargos, en gran porcentaje asistidos por defensor público quien no duda en aconsejar como remedio la aceptación de la imputación que apareja una atractiva rebaja punitiva de hasta el 50 por ciento de la pena imponible, parecida figura a la que antes denominábamos "sentencia anticipada".

### **RETENCIÓN Y ENTREGA DEL AUTOMOTOR SINIESTRADO.-**

En medio de sus dificultades, el sistema inquisitivo se había perfeccionado y avanzado hasta ofrecer a los litigantes de esta área, ciertas bondades o ventajas dentro del postulado del respeto a las garantías fundamentales de toda persona acusada de cometer delito.

En ciudades como Bogotá, el sindicado asistía a un procedimiento preliminar sumamente expedito:

Presencia más o menos rápida de la autoridad de policía en el lugar del hecho, levantamiento del informe de accidente de tránsito (incluyendo croquis), traslado de la víctima al centro asistencial (o a la morgue), dictamen de embriaguez en medicina legal y puesta a disposición del Fiscal de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía quien en cuestión de pocas horas le recibía su declaración de indagatoria o versión libre, decidía sobre su libertad inmediata y previo dictamen pericial sobre los órganos de seguridad y control hacía restitución o entrega del automotor a título de entrega provisional a favor del propietario, poseedor o tenedor legítimo.

Hoy, las cosas han involucionado, por cuando el automotor con el cual se causara el resultado dañino, es retenido y trasladado a los patios, bajo el entendido que se trata de un elemento material de prueba que podría arrojar luces sobre las causas del hecho, el estudio

técnico por parte de un perito en automotores, no se realiza de manera inmediata, sino por turno, en el curso de varios días y la entrega provisional la hace la Fiscalía o el Juez de Control de Garantías, sin que hasta ahora no se hayan puesto acordes a quien de los dos corresponde legalmente. En algunos casos se ha presentado que el carro es inmediatamente embargado y secuestrado por orden del Juez de Control de Garantías, en la audiencia de formulación de imputación, al amparo del artículo 92 del C. P. P., sin importarle que el propietario sea un tercero diferente a la persona del imputado, que no es parte de la actuación penal.

Esta figura de la ENTREGA PROVISIONAL resulta ser bien extraña, pues rompe con el principio de integración, en virtud del cual el derecho es uno solo, y todo el ordenamiento jurídico debe nutrir la interpretación normativa de cara al caso concreto.

La ENTREGA PROVISIONAL a no dudarlo es una MEDIDA CAUTELAR, que afecta o interfiere el derecho de propiedad, en algunos casos de forma injusta, desproporcionada y hasta ilegal y arbitraria.

El nuevo ordenamiento procesal penal establece que todos los delitos de lesiones personales culposas requieren querrela de parte (art. 74, la cual no puede ser instaurada por el interesado (víctima o su representante legal) sin agotar el requisito de la conciliación preprocesal.

Las medidas cautelares, por antonomasia en nuestro derecho procesal, son taxativas y solamente pueden ser decretadas por la autoridad judicial competente, previo el lleno de ciertos requisitos que apuntan hacia la existencia de un derecho cierto a favor de la víctima o beneficiario de la cautela.

El artículo 100 del nuevo estatuto jurídico procesal penal, mantuvo similar figura de la ley 600 de 2000, y preceptúa que en los delitos culposos los vehículos automotores, naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los 10 días las previsiones sobre la cadena de custodia, serán entregados provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado y decretado el embargo y secuestro.

Presupuesto necesario para que tenga aplicación el instituto procesal de la entrega provisional (para nuestro caso de vehículos automotores, naves o aeronaves) es que se haya cometido un delito culposo de lesiones personales u homicidio.

El homicidio culposo es perseguible de oficio, y en la nueva normatividad no cesa la acción penal por indemnización integral de la víctima; por lo que frente a este punible no presenta mayor dificultad el entendimiento de la entrega provisional de los automotores para garantizar así de manera anticipada la reparación del daño.

Las lesiones personales culposas en sus diversas modalidades que se gradúan de acuerdo con la incapacidad y las secuelas, como ya se ha dicho, son delitos querellables; lo que significa que solamente la voluntad de la víctima puede en estos casos poner en movimiento el aparato represor penal.

En la praxis, la víctima en muchos casos, por diversas causas que no es del caso entrar a estudiar aquí, no formula querrela, o lo hace varios días después de ocurrido el hecho, o incluso en forma tardía cuando ya ha caducado la acción penal.

Qué fundamento legal objetivo tendría entonces el ente acusador para accionar el mecanismo de la jurisdicción especializada penal, y proceder en consecuencia a retener y luego entregar en forma provisional el automotor involucrado en el delito de lesiones personales culposas cuando no ha recibido formalmente una querrela penal por parte de la persona legitimada para ello?.

Lo que es lo mismo, qué facultad tendría en igual evento jurídico el Juez de Control de Garantías para tramitar la entrega provisional del rodante, para embargarlo y secuestrarlo, si no existe querrela de parte?.

Asistimos los abogados litigantes a observar con preocupación que la Fiscalía General de la Nación se encuentra ejerciendo funciones públicas que no le corresponden por que no le han sido asignadas por el legislador penal y con ello, está incurriendo en abuso de autoridad y cometiendo actos arbitrarios e injustos en contra de los ciudadanos; conductas todas ellas que son constitutivas de infracción a la ley penal como quiera que se encuentran tipificadas en la parte general del código de los delitos y las penas.

No es posible que se ejerza la jurisdicción especializada penal si ella no se ha activado en debida forma por parte de la víctima que ha sido autorizada expresamente para ello por el mismo código procesal penal.

El titular de la acción penal en los delitos de lesiones personales culposas (caso del accidente de tránsito) es el sujeto pasivo de la conducta típica, esto es, en términos sencillos el propio lesionado.

La acción penal la ejercita entonces el querellante a través de la querrela penal que pude instaurar ante la Fiscalía, pero no antes de agotar un procedimiento previo de conciliación preprocesal que es requisito sine qua non para abrir la llave del proceso penal, porque así lo manda con claridad y precisión el artículo 522 del nuevo estatuto procesal bajo estudio. La secuencia de los actos es de una lógica elemental:

Primero la ocurrencia del hecho, segundo, la causación de lesiones personales a título de culpa, tercero, la conciliación preprocesal ante el Fiscal, un Centro de Conciliación o

cualquier abogado Conciliador en Derecho debidamente acreditado, cuarto, la formulación de la querrela penal.

El proceso penal no comienza hasta que la querrela se formula. Antes de la querrela no hay proceso penal, incluso en la fase de conciliación preprocesal no podemos hablar de que se ha ejercitado la acción penal, ya que su propio nombre lo indica, la conciliación es previa al proceso penal.

Si ello es así, qué explicación o justificación legal y racional tiene que la Fiscalía General de la Nación, invadiendo la órbita del fuero interno del lesionado, sin haber recibido querrela formal, y aún sin haberse iniciado por la víctima los trámites de la conciliación preprocesal retenga el automotor, y lo cautele, entregándoselo a la persona legitimada en FORMA PROVISIONAL, o lo que resulta lo mismo, dejándolo por fuera del comercio.

Es tan cierto que en virtud de la entrega provisional el objeto material queda por fuera del comercio, que para su enajenación se debe pedir permiso al funcionario judicial, tal como lo contempla el artículo 98 ejusdem.

La Fiscalía suele oficiar a la autoridad de tránsito comunicando el hecho de la entrega provisional del automotor, lo cual es objeto de inscripción en el registro correspondiente. Ninguna autoridad de tránsito encargada del registro terrestre automotor osaría registrar una transferencia de la propiedad encontrándose vigente una de estas medidas.

Por consiguiente, la ENTREGA PROVISIONAL, se encontraría produciendo desde el punto de vista de sus efectos, la mismas consecuencias de una medida cautelar de embargo y secuestro preventivos.

La medida sub estudio en muchos de los casos se perfila como injusta y además desproporcionada, no solamente por ser ejecutada en la praxis por fuera de un proceso judicial, sino por cuanto en la mayoría de los casos no guarda equilibrio con los eventuales perjuicios que se pretende anticipadamente garantizar.

Demos el caso de un tractocamión que puede llegar a valer 300 o más millones de pesos, entregado provisionalmente para el pago de la indemnización de perjuicios por lesiones personales de 15 días de incapacidad sin secuelas, en las que normalmente podría restablecerse a la víctima con \$200 mil pesos.

Esta figura del procedimiento penal sub examine, se pone a contrapelo de la tendencia actual de nuestra legislación procesal civil, pues recordemos que el nuevo código de tránsito terrestre automotor, derogando tácitamente el estatuto procesal civil, no permite el embargo preventivo del automotor en los casos de responsabilidad civil contractual o extracontractual derivados de lesiones personales, homicidio culposo o daño de bienes mueble o inmuebles,

No resulta sencillo comprender dentro del más elemental parámetro de lógica jurídica cómo es que sin proceso, sin querrela, sin haberse accionado la justicia penal, la Fiscalía puede ejecutar actos jurídicos procesales del estatuto procesal penal como son los de cautelar los bienes mediante el uso de la figura de la entrega provisional.

Es tan reprochable como si alguien ejerciera funciones jurisdiccionales antes de haber sido nombrado y posesionado como Juez de la República.

Urgando en el estatuto procesal penal nuevo, no encontramos fórmula jurídica que pudiera avalar de alguna manera ese proceder antijurídico que venimos observando día a día en el accionar del ente acusados bajo la mirada impávida de los togados "jueces de control de garantías".

Por ende, tenemos serios reparos sobre la constitucionalidad de la figura de la entrega provisional, ya que se alza contra garantías de estirpe constitucional como el debido proceso, y lesiona de contera, de manera injustificada el derecho de propiedad que adquiere el rango de fundamental por conexidad.

O se debe interpretar que en los casos de lesiones personales culposas el automotor solamente puede ser objeto de la cautelar de entrega provisional cuando se haya formalizado la querrela penal, previo fracaso de la conciliación preprocesal, o debemos forzosamente colegir que la sistemática del nuevo código de procedimiento penal se encuentra rota, o a lo sumo, que la copia de esta normatividad desde los textos extranjeros quedó muy mal hecha. Pero hay más, si revisamos de manera rápida las normas legales vigentes en Colombia que desde hace ya casi una década han implementado los llamados métodos alternativos de solución de conflictos, debemos desembocar en que la figura de la conciliación funciona bajo unos postulados muy estrictos concebidos para honrar la garantía fundamental del debido proceso, due process que no es otra cosa que el dique contra la arbitrariedad en la administración de justicia.

Requiere la conciliación prejudicial o preprocesal, de la figura de un conciliador en derecho o en equidad, persona que debe ser absolutamente imparcial, como quiera que no podría representar ni agenciar los intereses de ninguna de las partes en conflicto, y por ende, el conciliador tiene las mismas incompatibilidades e inhabilidades propias de los administradores de justicia, y puede ser objeto de recusación en los mismos casos en que lo serían los jueces.

Por esas elementales razones, consideramos que se subvierten totalmente las bases jurídicas sustentatorias de la conciliación preprocesal en derecho penal, cuando quiera que la ley permite que la CONCILIACIÓN se adelante ante la Fiscalía General de la Nación, órgano de acusación que es sujeto procesal dentro de la actuación penal, y por consiguiente tiene la vocación de parte interesada.

Erró diametralmente el legislador penal al atribuirle competencia a la Fiscalía para actuar como conciliador en derecho en la fase preprocesal de la actuación penal, y luego asignarle la función de parte acusatoria dentro del proceso penal propiamente dicho.

La figura del conciliador es la de un tercer sujeto imparcial que no tiene interés anterior ni posterior en las resultas de la conciliación.

La Fiscalía al encarnar la acusación, también representa de alguna manera los derechos de la víctima, tanto así, que el Fiscal puede solicitar al Juez la práctica de medidas cautelares sobre los bienes del imputado; por lo que entre víctima y fiscal, resulta una evidente comunidad de intereses procesales que impide a la Fiscalía ser conciliador en estos casos.

Si ello fuere legal, igual, el abogado defensor del indiciado o autor del reato, puede ser investido de la facultad de actuar como conciliador para agotar la fase de conciliación preprocesal.

#### LA INTERVENCIÓN DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL.-

Estatuye el artículo 108 de la normatividad in estudio que el asegurador puede ser citado "exclusivamente para efectos de la conciliación" dentro del trámite del incidente de reparación integral, posterior al proferimiento de la correspondiente sentencia penal condenatoria.

Como antecedente del proceso de expedición de la ley debemos registrar que el 28 de marzo de 2004 en el Congreso de la República (Cámara) se propuso un artículo consagrando la figura del tercero civilmente responsable y del llamamiento en garantía. Este sufrió en la sesión del viernes 4 de julio de 2004 un cambio, quedando el instituto procesal de la citación del asegurador en la forma y texto que ahora conocemos:

"Exclusivamente para efectos de la conciliación de que trata el artículo 103, la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable podrán solicitar la citación del asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, quien tendrá la facultad de intervenir en dicha conciliación".

Esta moderna forma de citación del asegurador al proceso penal ni por asomo se parece a la figura del llamamiento en garantía previsto en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil ni a la que finalmente se había implementado en el ordenamiento procesal penal acabado de derogar.

En el procedimiento penal que se encuentra en proceso de extinción ya nos veníamos acostumbrando a que el asegurador llamado en garantía podía actuar dentro del proceso como cualquier sujeto procesal, rodeado de todas las garantías, con la posibilidad de

formular excepciones frente a la parte civil o en contra del llamante en garantía, con la facultad de pedir y aportar pruebas e intervenir en su práctica, legitimado para controvertir la responsabilidad del procesado, para interponer y sustentar toda clase de recurso e incidentes, presentar alegatos en audiencia, etc.

Guardadas proporciones, en el sistema anterior el asegurador llamado en garantía se podía convertir en una verdadera parte procesal, haciendo causa común o separada de los intereses del encartado, en condiciones de igualdad con los demás intervinientes con garantía de los derechos fundamentales de contradicción y defensa.

El nuevo código elevó a principio rector los derechos de las víctimas (art 11) por ello, deslucen que no haya previsto una debida integración del contradictorio con la participación procesal activa de todos los llamados a indemnizar.

La participación del asegurador, dentro de los estrechos límites de la audiencia de conciliación de un incidente de reparación posterior a la sentencia condenatoria, no garantiza el derecho fundamental de este gremio al debido proceso ni a la defensa.

Los escasos doctrinantes nacionales que han comenzado a escribir sobre el nuevo estatuto se han asomado tímidamente al estudio de esta problemática de la presencia de la compañía de seguros al interior del proceso penal.

El Profesor Universitario Antonio Luis González Navarro, en su obra SISTEMA DE JUZGAMIENTO PENAL ACUSATORIO ( Ed. Leyer, Bogotá, abril de 2005, página 1303), solamente atina a decir que la compañía de seguros puede aducir que el contrato no está vigente, o la terminación del contrato por el no pago oportuno de la prima, que ha operado el fenómeno de la prescripción y que de todas maneras ha de garantizársele a estas compañías la defensa técnica y material y " su dinámica dentro del incidente de reparación". Otros autores como el Dr. ELIODORO FIERRO MENDEZ, se ahorran cualquier comentario sobre el particular y se limitan a consignar el tenor literal del artículo 108.

Nosotros consideramos que la moderna estructura del proceso penal, está muy lejos de garantizar que se pueda alcanzar el objetivo importantísimo de la reparación integral de la víctima, al haber dejado prácticamente por fuera de la actuación al tercero civilmente responsable y a las compañías de seguros.

A este respecto se presenta como más avanzado y garantista el sistema que regía anteriormente.

Creemos fundadamente que la citación que puede hacerse al asegurador en las postrimerías del juicio, para asistir exclusivamente a la audiencia de conciliación en el incidente de reparación integral, no tiene razón de ser ni aplicabilidad práctica, máxime cuando la compañía de seguros, frente a tan evidente recorte de garantías puede simplemente optar

por no concurrir a la audiencia sin que ello le pudiera generar ninguna clase de consecuencias nocivas, pues conciliar no es obligatorio; amén de que el Juez no podría en estos casos, como equivocadamente lo propone el citado autor ( Gonzalez N. Op. Cit. Pagina 1304) que se le nombre un defensor de oficio al asegurador con facultades para conciliar, lo cual resulta absolutamente descaminado.

No obstante, una situación jurídica irregular como ésta, bien podría generar a posteriori consecuencias legales negativas para los intereses del asegurador; ya que prevalecidos de la sentencia penal condenatoria en contra del autor responsable del delito, muy seguramente las víctimas, dotas de acción directa como se encuentran, acudirán ante el asegurador para exigirle dentro del límite de la cobertura, el pago de la respectiva indemnización.

Es indiscutible que la sentencia penal condenatoria dictada contra el enjuiciado sería inoponible a la persona jurídica del asegurador, por la razón elemental de no haber participado este, con todas las garantías en el debate procesal.

A pesar de ello la víctima se esforzará por que la declaración de culpabilidad, contenida en sentencia penal ejecutoriada haga plena prueba de la responsabilidad penal, por haber sido judicialmente declarada y buscará que produzca plenos efectos en el juicio civil que pudiera entablarse frente al asegurador.

Conociendo el deficitario funcionamiento de la justicia colombiana avistamos el peligro de que con base en el fallo penal y la carta de objeción del asegurador basada en que no fue parte integrante en la audiencia de reparación integral, por lo que la sentencia le es inoponible, el interesado pudiera acudir con éxito al ejercicio de la acción ejecutiva en contra del asegurador para el pago de la indemnización derivada del contrato de seguros; al poderse tener la objeción, de cara al fallo penal, como si no fuera seria y fundada.

De todas formas el asegurador está atado, quedaría literalmente amarrado en estos casos, pues sería sumamente riesgoso atreverse a predicar o alegar ausencia de responsabilidad en la persona del asegurado, cuando ya existe en contra de éste un fallo condenatorio dictado en sede penal.

Puede venirse una verdadera hecatombe de acciones ejecutivas en contra de los aseguradores, sobre todo contra aquellos que tienen por política comercial negarse injustificadamente a honrar los contratos de seguro que celebran.

Bajo el accionar del nuevo sistema procesal penal la posibilidad de que pudiera operar el fenómeno prescriptivo de la acción derivada del contrato de seguros se aleja cada día más, no solamente por la hasta hoy aparente agilidad en la evacuación de las causas penales, sino, sobremanera por la profusión de la aplicación ( en forma por demás peligrosa ) de la figura de la aceptación de imputación o acusación que conduce de manera mas acelerada a una declaración de certeza judicial y por ende, a la terminación de la controversia.

De todas formas, asistimos a la adopción de nuevos esquemas en el reacomodamiento del cuadro de posiciones del asegurador dentro y fuera del proceso penal en virtud de la expedición de los seguros de responsabilidad.

Ojalá con el correr de los días se organice verdaderamente el funcionamiento de la nueva ritualidad penal, para que se cumpla el esperado objetivo de una recta y cumplida administración de justicia.