

**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS MEDIANTE LA
CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS CON TÍTULOS
FRAUDULENTOS ORDENADA EN AUDIENCIA PRELIMINAR**

Preparada por

GABRIEL LARA GARZON

Investigación para optar por el título de maestría en derecho procesal penal

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

Facultad de Derecho

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL

Bogotá D.C., COLOMBIA

2016

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS MEDIANTE LA CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS CON TÍTULOS FRAUDULENTOS ORDENADA EN AUDIENCIA PRELIMINAR

Gabriel Lara Garzón*

Resumen

Se evalúa la validez procesal con la cual el juez con función de control de garantías, sin atribución legal específica, aplicando el bloque de constitucionalidad y el principio rector del restablecimiento del derecho, pueda tomar decisiones definitivas de cancelación de registros obtenidos con títulos fraudulentos, tras analizar las condiciones necesarias para que en el escenario judicial se resuelvan los conflictos de esta índole en beneficio de las víctimas y puedan retornar las cosas al estado anterior al delito.

* Artículo de reflexión elaborado para optar por el título de maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

*** Correo Electrónico: galaga021@hotmail.com

Valiéndose de una metodología analítica y a su vez propositiva, se recorren el tránsito normativo interno, las decisiones de las corporaciones judiciales del orden nacional y las posturas de órganos de cierre de orden internacional, contrastándolas con los derechos de las víctimas, para concluir y proponer las modificaciones necesarias en la interpretación y aplicación de ese mecanismo restaurativo, en beneficio de las víctimas y de la imagen, eficacia y credibilidad en la administración de justicia.

Palabras clave

Víctima, derechos de las víctimas, principios rectores, restablecimiento del derecho, cancelación de registros.

Abstract.

It values the procedural validity which the Criminal Court with Control Function Guarantees, without an specific legal attribution, applying the guiding principle of the restoration of the rights, can make final decisions of cancelation of reports that were obtained with fraudulent securities. After analyzing the conditions necessary where conflicts can be resolved in favor of the victims and things can return to the situation before of the crime.

Using an analytical and purposeful methodology at the same time, the internal regulatory traffic crosses, the national corporation's decisions and institutions of international order's opinions in contrasting with the rights of victims, to conclude and propose necessary amendments in the interpretation and application of the

restorative mechanism for the benefit of victims and image, effectiveness and credibility in the administration of justice.

Keywords

Victim, rights of victims, guiding principles, restoration of rights, cancellation of registrations.

Introducción

A diario, las víctimas de los delitos dolosos cometidos con títulos obtenidos fraudulentamente, que generalmente se enmarcan en estafas, fraudes procesales y falsedades en documentos públicos y privados, que tienen principalmente por objeto afectar el derecho que a la propiedad sobre un bien en particular tiene una persona y cuyo dominio se acredita con la inscripción en un registro público, padecen los rigores que se derivan tanto del ilícito, como de la imposibilidad del Estado para restablecer prontamente su derecho patrimonial, haciendo que en realidad las cosas retornen al estado anterior al delito.

La implementación del sistema penal acusatorio y el constante reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, hace imperante que pueda llevarse a cabo para algunas de ellas el restablecimiento definitivo del derecho a la propiedad, a través de la cancelación de los registros obtenidos con títulos fraudulentos; sin embargo, esta posibilidad se encuentra limitada y enfrenta dificultades enormes, con ocasión del procedimiento

establecido en la Ley 906 de 2004, que ha definido en principio la competencia para la cancelación de estos registros públicos en cabeza de los jueces de conocimiento y siempre bajo la condición de que se haya tomado una determinación, también definitiva, que finiquite las distintas instancias procesales.

Al evaluar la validez procesal con la cual el juez con función de control de garantías, sin atribución legal específica, puede tomar decisiones definitivas de restablecimiento del derecho de las víctimas a través de la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente, cuando no existe una decisión que ponga fin al proceso, se da aplicación a los principios rectores del ordenamiento penal, procesal penal y constitucional, entre los cuales se encuentra el restablecimiento del derecho, con el que se puede variar esta óptica y darle una solución definitiva y válida, ante la incertidumbre, indefinición y limbo jurídico en el cual quedan estos bienes afectados con la conducta punible y con las nefastas consecuencias que se generan y perpetúan en el tiempo por la mora en la resolución de los asuntos judiciales.

De seguir las cosas por el mismo sendero, de no tomarse las medidas adecuadas frente al restablecimiento del derecho, se deslegitima el Estado respecto de sus fines constitucionales esenciales, tales como la vigencia de un orden justo y especialmente de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades; de allí que surja necesario determinar la existencia del vacío legislativo y jurisprudencial, producto de la aplicación del artículo 101 del código de procedimiento penal reglado en la ley 906 de 2004 y las decisiones de las altas Corporaciones Judiciales de Colombia, cuando se solicita por parte de las víctimas de los delitos que afectan su patrimonio, la cancelación de los títulos obtenidos fraudulentamente, particularmente cuando no se ha producido aún la resolución definitiva del conflicto, ante la imposibilidad, inactividad, inercia o

por la demora de la justicia, con un claro menoscabo de los principios rectores y moduladores de la actividad penal.

Siendo deber del Estado servir a su comunidad y además garantizar la propiedad privada, como lo señala el artículo 58 constitucional, deben procurarse en caso de la comisión de delitos que afecten el patrimonio de las personas, hacer que cesen sus efectos, lo que se traduce en este caso en particular mediante la toma oportuna de determinaciones y en especial del restablecimiento de ese derecho a la propiedad privada.

El propósito académico con el cual se analiza la problemática surgida con ocasión de la mora en la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente, tiene una connotación y conveniencia práctica en el ámbito del proceso penal, concretamente en los casos en los cuales no existe una decisión que ponga fin a la actuación en forma definitiva y que hace indispensable la aplicación de esta medida patrimonial a favor de las víctimas.

Este problema tiene también relevancia social, en la medida en que al existir una cantidad importante de peticiones que se tramitan ante los jueces del sistema penal acusatorio, bien por parte de los delegados de la Fiscalía General de la Nación o por los representantes de las víctimas, muestra el deber de terminar con la omisión legislativa en perjuicio de los derechos de los afectados con el delito y en detrimento de ese principio rector y, de ahí, que resulta necesario efectuar un estudio de todas aquellas circunstancias que se ven entrelazadas para su realización, pormenores que, igualmente comportan trascendencia y utilidad en el medio judicial por los beneficios que genera el aporte con implicaciones prácticas del uso de la información que se recaude y con ello definir de manera sustentada y organizada, una solución al inconveniente.

De ahí que surja la pregunta de investigación ¿de qué manera el juez que cumple la función de control de garantías, sin atribución legal específica, puede tomar decisiones definitivas para el restablecimiento del derecho de las víctimas, por medio de la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente, cuando no existe una decisión que ponga el fin al proceso?

Para alcanzar la respuesta al interrogante planteado, se desarrolla esta investigación utilizando primero, una metodología analítica, para luego de ello hacer una síntesis propositiva, esto, porque en la etapa inicial se analizará el concepto normativo y su evolución en el tiempo, así como la postura jurisprudencial de las altas cortes de nuestro país frente al asunto que envuelve el restablecimiento del derecho y la posibilidad que a través de este se pueda ordenar la cancelación de los registros obtenidos con títulos fraudulentos, para luego de concretar todos aquellos elementos que pueden tener relación con el tema y las relaciones entre cada uno de los factores descritos y analizados, para proceder de esta manera a realizar o elaborar una conclusión, que a su vez sirva como proposición.

Se abordará así entonces esta investigación, inicialmente desde una óptica general, reflexionando sobre la definición de víctima y cuáles son sus derechos, explicando el por qué se genera una vulneración de estos derechos con la falta de resolución de las pretensiones de restablecimiento de derechos y de las medidas cautelares; cómo ha sido esa evolución normativa en el sistema jurídico interno y cómo ha contribuido la jurisprudencia a agravar el problema de omisión legislativa, para luego del análisis pertinente, concluir la solución acorde al planteamiento señalado como interrogante.

A. La víctima

En principio, se puede indicar que se han realizado investigaciones que trataron de resolver interrogantes respecto de ¿quiénes son las víctimas? y ¿cuáles son sus derechos?, aspectos difíciles de abordar, por la complejidad y la polémica que envuelven, ante la existencia de diversas posiciones ideológicas y éticas, así por ejemplo Ivonne Leadith (Díaz, 2009), ha dicho que incluso desde el libro del Génesis, en la sagrada Biblia, ya se intentaba obtener una definición acertada que le diera la debida dimensión, así como también lo intentaron J. Dussich y A. Pearson (2008), quienes sugerían que desde su origen, las sociedades han encontrado la imagen del delincuente más atractiva que la de las víctimas (p.19).

I. Concepto de víctima

Para iniciar, se dirá que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001, pág. 1560), su significado proviene del latín -víctim- y representa la persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita, mientras que para el derecho penal, según las voces del artículo 132 de la Ley 906 de 2004, es aquella persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La Corte Constitucional de Colombia, desde pretérita oportunidad (sentencia C 561. 2011, p. 24), considera como víctima a toda persona que ha sufrido un daño a consecuencia del delito, aunque afirmó que esta figura no se encuentra definida como tal en la Constitución Política, a pesar de que hace alusión a ella en diversos apartes de su texto y además está contenida en diversas obras internacionales,

convenciones y declaraciones, que hacen parte de nuestra normatividad interna por la acción del denominado bloque de constitucionalidad en su sentido más estricto, derivado del contenido del artículo 93 constitucional, según el cual “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Esta posición, es compartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (sentencia 34993. 2010, p. 12), que definió igualmente qué se debe entender por víctima, tras partir de la sentencia C-228 de 2002 del Tribunal Constitucional, que modificó la jurisprudencia relativa a los derechos de la parte civil en el proceso penal y los incorporó en su definición y concepción, agregando que igualmente puede ser considerada como tal, en razón del daño que haya sufrido, bien sea carácter individual o colectivo, pero siempre relacionado o como consecuencia directa o indirecta del delito, con la condición que este sea real y también concreto, aunque no siempre de contenido patrimonial.

Agregando, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria Colombiana, (sentencia 40246. 2012), que a nivel internacional, las víctimas han sido reconocidas no solo por los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano, como se puede extractar, entre otros del contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, los cuatro Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además por todos aquellos que hacen parte de la constitución aunque no aparezcan formalmente en su texto, pero que han sido integrados al ordenamiento jurídico nacional por vía de la ya mencionada técnica del bloque de constitucionalidad.

De manera que en los distintos escenarios, vale decir, constitucional, penal, procedimental penal, jurisprudencial e incluso internacional, víctima es la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño real y concreto, de carácter individual o colectivo como consecuencia del injusto.

Definido entonces, qué podemos entender por víctima, deberemos ahora definir cuáles son los derechos que les asisten, para entender después cómo puede darse esa garantía y cómo pueden hacerse valer en específico con relación al problema jurídico planteado.

II. Derechos de las víctimas

El derecho penal ha ido evolucionando y tomando una nueva tendencia y perspectiva frente a la protección de los derechos de quienes intervienen en las actuaciones de esta índole, encaminándola no sólo al resguardo de los derechos de los sujetos pasivos de la acción, vale decir, indiciados, imputados, procesados o condenados, sino también a un sujeto que había sido tradicionalmente olvidado y dejado de lado, la víctima, y es precisamente en su favor, donde más se ha incrementado y desarrollado la preocupación por proteger y dar un mayor alcance a la salvaguardia de sus intereses, a través de normas más inclusivas, pues en principio no son parte activa dentro del proceso penal, teniendo en cuenta las características del sistema adversarial o acusatorio, que exigen una paridad entre quienes se enfrentan en el juicio.

De forma unísona y pacífica, se ha reconocido que a la víctima le asisten los derechos a la verdad, la justicia, a la reparación, y, a la no repetición, entendido el primero, la verdad, como la obligación del Estado Colombiano de investigar de una manera seria, coherente, imparcial, integral, sistemática y acorde con la normatividad tanto interna, como la internacional, los hechos ocurridos y los autores y partícipes de estos, logrando conocerlos y tenerlos en su memoria; mientras que el segundo de la justicia, se desprende del deber del Estado de que esa investigación sea además efectiva y que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables de los delitos, asegurar el acceso a recursos eficaces de reparación del daño infligido y a tomar todas las medidas para evitar el riesgo de reiteración o repetición del delito; y por último, el derecho a la reparación, entendido como el conjunto de las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas.

Constitucionalmente la carta política de Colombia, menciona en su articulado algunas situaciones que enmarcan la exigencia de los derechos de las víctimas, como se desprende inicialmente del contenido del artículo primero que establece que Colombia es un Estado social de derecho, organizado, con autonomía administrativa, democrático, participativo, pluralista y fundado especialmente en el respeto de la dignidad humana, desprendiéndose además del canon número dos, que dentro de sus fines esenciales se encuentra el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, así como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, contando siempre además con la garantía de un debido proceso y acceso a la administración de justicia, como lo señala la disposición veintinueve ibídem.

Además establece y radica como obligación de la Fiscalía General de la Nación, en el artículo doscientos cincuenta, numeral sexto, el solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

A más de lo anterior, el legislador colombiano desarrollando el querer del constituyente, plasmó en la ley 906 de 2004 el acápite que define los principios rectores y las garantías procesales, señalando en el artículo 11, los derechos de las víctimas, diciendo que ellos comprenden además de recibir durante todo el procedimiento un trato humano y digno; la protección de su intimidad, la garantía de su seguridad y la de sus familiares; una pronta e integral reparación de los daños sufridos; ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; recibir información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos; que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto penal; acudir ante el juez de control de garantías y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento; ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral; y el recibir asistencia integral para su recuperación.

Pero la protección de la víctima no se queda en la enunciación del anterior catálogo de derechos, se debe decir también, que se crearon a la par los mecanismos para que se materialicen estos, los cuales varían de acuerdo a la etapa del proceso, pues a la luz de la Carta Política, las tendencias del derecho comparado y la teoría de los derechos humanos de las víctimas, la búsqueda de la verdad, de la justicia y la reparación económica, permiten su participación de manera gradual, en principio en forma menos activa en las etapas de indagación e

investigación, posteriormente más significativa durante el juicio y, totalmente diligente y proactiva durante en el ejercicio del incidente de reparación.

También, las más altas corporaciones judiciales colombianas, se han referido al tema en sus distintas providencias, es así, como la Corte Constitucional, se ha venido pronunciado, dando interpretación progresiva a los derechos de las víctimas en relación con su alcance y naturaleza compleja, fijando reiteradamente las reglas que se deben tener en cuenta para la protección de sus derechos, diciendo que éstas se concretaban en una concepción amplia, no solamente restringida a la reparación de índole económica, sino también a la verdad y a la justicia, diciendo además cómo pueden actuar éstas dentro de un proceso penal de características acusatorias, teniendo en cuenta el rol o función de la fiscalía, de las características y estructura de todas y cada una de las etapas del proceso, así como sus formas propias.

Sobre ese punto dijo la Corte Constitucional, (sentencia C 651. 2011, p. 25), que se deben tener en cuenta las reglas reiteradas en múltiples oportunidades derivadas de una concepción amplia de los derechos de las víctimas, así como los deberes correlativos de las autoridades públicas dirigidos al restablecimiento integral de sus derechos.

En concepto de la citada alta corporación, para acreditar la condición de víctima se requiere la existencia de un daño real, concreto, y específico sin importar su naturaleza, que es lo que lo legitima para constituirse en parte y orientar su pretensión; de la extensión al reconocimiento de los derechos de las víctimas, dejan estos de ser meramente de reparación del daño causado, para obtener también la verdad y la justicia, que igualmente complementan al primero, pues en muchos

casos no basta con el reconocimiento económico de una cantidad de dinero por el daño sufrido, sino que igualmente importa saber qué sucedió.

Este pensamiento fue convertido en línea jurisprudencial y doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, partiendo como punto arquimédico o de apoyo con la sentencia C 060 de 2008, que en su ratio decidendi reforzó la tendencia amplia de protección de los derechos de las víctimas, señalando que no solo le interesa la reparación económica, sino que además también le importan igualmente la verdad y la justicia, postura que obliga al Estado a garantizar su cumplimiento, permitiéndole más participación en el proceso penal; como así lo habían planteado en las sentencias C 004 de 2003, C 370 de 2006, C 454 de 2006, C 575 de 2006, C 1033 de 2006 y C 209 de 2007.

Esta línea tuvo como punto nodal como cambio de postura y sentencia hito, que introdujo en el precedente variaciones sustanciales, tal y como se produjo en la sentencia C 228 de 2002, que recogía así los criterios señalados en las providencias C 412 de 1993, T 597 de 1992, SU 067 de 1993, T 451 de 1993, T 268 de 1996, T 399 de 93, C 544 de 1993, T 416 de 1994, T 502 de 1997, T 046 de 93, C 093 de 1993, C 301 de 1993, C 544 de 1993, T 268 de 1996, C 742 de 1999, SU 067 de 93, T 275 de 1994, T 416 de 1994, T 502 de 1997, C 652 de 1997, C 742 de 1999, T 522 de 1994, C 037 de 1996, C 071 de 1999, C 157 de 1998.

En la referida sentencia, se varió el concepto de la Corte, partiendo de la concepción restrictiva de los derechos de las víctimas y su escasa participación en el proceso penal, que como sentencia fundacional se planteaba en la providencia C 293 de 1995, cuya ratio decidendi implicaba una limitación y participación de la víctima a través de la constitución y reconocimiento de la parte civil, para pasar

entonces a la actual tendencia de mayor participación y el derecho efectivo a un acceso a la administración de justicia.

Teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial, con ocasión como ya se dijo del cambio de paradigma en el proceso penal, se hace necesario e indispensable que quienes actúan dentro de él, propendan por cumplir con esa irrestricta obligación de respeto de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, permitiéndoles de esta manera el acceso a un recurso judicial efectivo, donde se puedan materializar los mismos, pues del hecho del simple adelantamiento de un procedimiento sin que sean verdaderamente tenidos en cuenta, no puede hablarse realmente de la garantía de cumplimiento de esas prerrogativas.

También desde la óptica puramente penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no ha querido dejar de lado este escenario evolutivo y por ello también ha debido pronunciarse respecto del derecho de las víctimas y su desarrollo dogmático y procesal, a través del tiempo y de los procedimientos, indicando que su intervención dentro del trámite del proceso penal, ya no está limitada a la obtención de la reparación de los perjuicios materiales o morales que se hubieren generado con el hecho punible, pues desde que se promulgó la Constitución Política Colombiana de 1991 y su posterior reforma con el acto legislativo 003 de 2002, se han tenido en cuenta no sólo las tendencias mundiales en el derecho comparado, sino además el desarrollo de la teoría de los derechos humanos de las víctimas, lo que generó que estos preceptos abandonaran una concepción meramente económica y se dirigieran además a obtener la verdad y la justicia como garantías de una protección plena, total y absoluta.

Concepto anterior del cual se establece que tras las reformas constitucionales y el incremento en la protección de los derechos de las víctimas, el procedimiento penal ha debido acoplarse y ajustarse para garantizar los mismos con mayor celo.

Desde esta perspectiva jurisprudencial, queda claro que el derecho de las víctimas de acceso a la justicia, comporta precisamente entre sus objetivos el de obtener y lograr el que las cosas regresen o retornen a su estado original, antes de que se cometiera el delito, como también así lo consagra el artículo 11 de la Ley 906 de 2004, que estipula y cataloga los derechos de las víctimas a un trato digno y humano, protección de su intimidad, garantía de seguridad y pronta reparación del daño, entre otras tantas más, para de esta manera dar paso también al restablecimiento del derecho, que como principio rector y garantía procesal, impone a la Fiscalía General de la Nación y a los Jueces la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior, independientemente de la declaración de la responsabilidad penal, lo cual se puede lograr y garantizar efectivamente a través de la adopción de las medidas cautelares.

III. Protección de las víctimas en el contexto internacional

Es importante tener presente que de acuerdo con lo señalado en el artículo 93 de la constitución política de Colombia, los tratados internacionales que se refieran a los derechos humanos y que sean ratificados por Colombia, hacen parte integrante de su texto, por ello para efectos del estudio es conveniente señalar el desarrollo que a nivel internacional ha tenido la protección a las víctimas y que ha superado el simple resarcimiento económico y se ha convertido en una verdadera y amplia concepción que busca una tutela judicial idónea y efectiva, que permita la

reparación por el daño causado y obtener además la verdad de lo ocurrido, para que así se haga justicia.

Desde la Declaración Americana de Derechos del Hombre (1948) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), comenzó el desarrollo de la tendencia en el derecho internacional por desarrollar instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, postura que fue seguida por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), adujo que es obligación de los estados no sólo prevenir, investigar y sancionar, sino además, lograr el restablecimiento del derecho conculcado.

Estos derechos y el mismo planteamiento también fueron recogidos y desarrollados en la Convención Americana de Derechos Humanos (1978), consagrando el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, al igual que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1976), que consagra el deber del Estado de proveer recursos judiciales eficaces; movimiento del cual no escapó el sistema de Naciones Unidas (1985), cuando determinó que las víctimas tienen derecho al acceso a la justicia y a una pronta y oportuna reparación del daño sufrido.

Todo ello quiere significar que en el ámbito internacional, uno de los pilares fundamentales en la protección del derecho de las víctimas es el garantizar el acceso a una justicia efectiva, que se traduzca en la protección real y no aparente o solo formal de las garantías que los ordenamientos internos han reconocido, para lograr así la satisfacción no restringida de sus intereses.

IV. Vulneración de derechos de las víctimas por inaplicación de la cancelación de registros cuando no hay decisión que ponga fin al proceso

En virtud del reconocimiento de los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, se hace necesario determinar las prerrogativas que se pueden ver conculcadas en la víctima, al no obtener la garantía de cumplimiento frente a todas aquellas ventajas establecidas en la Constitución Política, el ordenamiento procesal penal, la jurisprudencia nacional e incluso con las normas de carácter supranacional y que se integran a nuestro ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, especialmente cuando no se hace efectivo ese derecho de retornar las cosas al estado anterior del que se encontraban antes de ser cometido el delito, en concreto con la dificultad existente en la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, ante la inexistencia de una decisión que ponga fin a la actuación.

Esta problemática, ha sido tratada por los máximos órganos de decisión judicial en nuestro país, aunque en principio se puede afirmar que de manera muy tímida y superficial, porque no se han agotado todas aquellas circunstancias que lo involucran y dejan paso a interpretaciones no tan favorables a los intereses de los afectados, en particular la Corte Constitucional (C 060, 2008), se refirió a esa contingencia, indicando que en el inciso primero del artículo 101 de la Ley 906 de 2004, se prevé la posibilidad de que el Juez de Control de Garantías suspenda el poder dispositivo sobre bienes sujetos a registro, cuando existan motivos fundados para inferir que el correspondiente título fue obtenido fraudulentamente.

Sin embargo nada se dijo en esa decisión de lo qué sucedería frente a lo previsto en el inciso segundo, en sede ya de la posibilidad de la cancelación de esos registros, cuando no se pueda llegar al convencimiento más allá de toda duda

razonable sobre las circunstancias que originaron su obtención fraudulenta, bien a través de una sentencia o en el evento de terminar el proceso de manera definitiva en cualquier otra forma distinta al fallo condenatorio, o, cuando no es posible lograr que se ordene la cancelación del título ante la inexistencia de alguna de estas decisiones, por causas diferentes, como puede ser la falta de celeridad, eficacia y eficiencia de la fiscalía en el adelantamiento de la indagación, investigación y solicitud de acusación, lo que permite que perduren sus efectos, a pesar de tener esos registros un carácter totalmente espurio, en perjuicio de todo aquello que se ha venido reconociendo en favor de las víctimas.

Esta sentencia de constitucionalidad, ha servido a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para hacer una interpretación restrictiva de los derechos de las víctimas, prácticamente olvidando la postura que tradicionalmente ha definido la Corte Constitucional que tiende por una protección amplia de esos derechos, tendencia que se ha visto reflejada en el auto 40246 de 2012, en un asunto que la Corte Suprema de Justicia define la competencia para la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente en los jueces de conocimiento, la cual además fue posteriormente reafirmada en la providencia STP 13247 de 2014, en la que incluso afirmó que se comete una vía de hecho jurisdiccional, cuando los jueces en sede garantías definen con carácter definitivo sobre la cancelación de registros obtenidos con títulos fraudulentos y que en reciente oportunidad respaldó con la decisión STP 7836 de 2016.

Es en tal virtud, que esta investigación resulta pertinente por cuanto que en el ejercicio de la actividad judicial, no existe claridad para los jueces, fiscales y abogados representantes de víctimas, en torno a la problemática surgida con ocasión de las solicitudes de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, en el específico caso de que no se produzca una decisión definitiva que ponga fin a

la actuación, pues del contenido del artículo 101 del código de procedimiento penal, se tiene que esta labor sólo le competiría al juez de conocimiento, lo que va en perjuicio del interés que les asiste a las víctimas de estos delitos, quienes se ven enormemente afectados con la indecisión judicial y la imposibilidad de acceso a la justicia.

Y es que en este específico asunto, es muy clara la necesidad de tomar partido en punto de la resolución de estos conflictos, pues a pesar de que por disposición de la ley los jueces de conocimiento son los encargados de restablecer el derecho, al menos en el Centro de Servicios Judiciales de Bogotá se presentan reiteradas solicitudes para el restablecimiento de derechos en diferentes procesos, repartidas todas a los jueces penales municipales con función de control de garantías, a manera de ejemplo las recibidas en el año 2016, así†:

	Mes	Tipos de audiencias	Cantidad
1	Enero	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	75
2	Febrero	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	70
3	Marzo	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	69
4	Abril	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	108
5	Mayo	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	113
6	Junio	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	127

† Oficio RG – 020 de 10 de noviembre de 2016, expedido por la doctora Liliana Perdomo Gómez, Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales.

7	Julio	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	110
8	Agosto	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	128
9	Septiembre	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	138
10	Octubre	Suspensión y cancelación de registros, restablecimiento de derechos.	109
		Total.	1047

Con esto, se evidencia que para los efectos del objeto de esta investigación, la suspensión del poder dispositivo de bienes y especialmente la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, es una medida eficaz y también apropiada para lograr el restablecimiento del derecho, de volver las cosas al estado anterior del delito dentro de cánones de justicia restaurativa, cuya ausencia de definición genera una grave afectación a los ya reconocidos derechos de las víctimas.

B. Restablecimiento del derecho. Definición

Aquí, conviene detenerse en lo que se debe entender por restablecer, que es, ni más ni menos, el establecer nuevamente una cosa o volverla a su estado anterior; mientras que reparar, con una significación distinta, conlleva a la compensación de la ofensa o del perjuicio causado, por ello, cuando nos referimos en concreto a las medidas de restablecimiento del derecho, solamente analizamos aquellas que buscan el dejar las cosas en su estado anterior al delito y no a aquellas que se encaminen mayormente a la satisfacción del mismo mediante una reparación de índole económica.

Precisamente, por las clases de medidas de restablecimiento del derecho, según se vio precedentemente, también debe decirse que varía la competencia de quien debe resolver sobre su imposición, pues cuando éstas son de carácter provisional, sin importar si las mismas son de orden personal o real, conocerán de éstas los jueces de control de garantías y a contrario sensu, cuando lo pretendido es el restablecimiento pleno del derecho en forma definitiva, la competencia es del juez de conocimiento, ya que aquí precisamente se está discutiendo su titularidad.

En esto radica la cuestión fundamental del análisis, pues en la práctica judicial, está tomando fuerza la actividad de los abogados representantes de víctimas e incluso de la propia Fiscalía, en donde a pesar de no existir una decisión de fondo que ponga fin al proceso, solicitan la cancelación de registro obtenido fraudulentamente como medida definitiva.

C. Medidas cautelares

I. Definición

Peláez y Bernal (1999), explicaron la necesidad de la existencia de las medidas cautelares en el proceso penal, que se deriva de la combinación de dos factores, de un lado un debido proceso con todas las garantías; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, cuya tendencia natural y obvia lo lleva a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin, de allí que se deban adoptar las precauciones debidas y asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, para que cuando se llegue a una sentencia, ésta sea eficaz.

Siguiendo por este sendero, Gómez Orbaneja (1974) definió las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones "encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte" (p. 17), por ello gozan de características tales como la instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad; la primera se refiere a que no pueden considerarse un fin en sí mismo, sino un objetivo posterior, como lo es la sentencia; la segunda, que no son definitivas y pueden modificarse si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas; y la tercera, que se asimilan a una medida ejecutiva que se toma con posterioridad.

De la misma manera Marín (2004), en el artículo las medidas cautelares reales en el nuevo código procesal penal chileno, hizo un planteamiento y análisis acerca de las medidas cautelares, estableciendo no sólo su definición, sino además el momento en que se pueden tomar, dependiendo de la etapa del proceso que se atravesase, en ese estudio se dijo por ejemplo que para asegurar el resultado de la acción, podían en cualquier estado del juicio, pedir una o más de las siguientes medidas: 1° El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; 2° El nombramiento de uno o más interventores; 3° La retención de bienes determinados; y 4° La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

Frente al estudio que se han realizado de las decisiones de los tribunales, también se han analizado por distintos autores las decisiones unipersonales de la justicia chilena (Marín G., J. 2006), que señalan posiciones contrarias, aspecto que pone de presente la dificultad existente frente al tema cuestionado, a manera de ejemplo, lo decidido por el Juzgado Octavo de Garantía de Santiago, dentro del radicado RIT: 2396 – 2005, que concluyó que no era posible decretar una medida cautelar real dentro del proceso penal, mientras no exista formalización de la investigación por parte del Ministerio Público, esto con base en el precepto legal de

que las medidas cautelares reales sólo están en el contexto de un proceso penal en el cual el órgano que detenta la persecución criminal haya formulado una imputación formal y de ese contenido fáctico se pueda desprender la pretensión cautelar real del querellante –víctima–.

Igualmente, cuando se han analizado decisiones de otros tribunales y juzgados, como los del Ecuador, se ha dicho que en el sistema procesal penal se establecen exigencias para la imposición de medidas cautelares, tales como la aplicación de mínima intervención penal del Estado, oportunidad, celeridad, contradicción, inmediación, entre otros; habiéndose indicado de la misma forma, que por eso es necesario que se analicen las medidas cautelares de orden personal y real, con su verdadero objetivo, cuya finalidad es asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el pago de las indemnizaciones a las víctimas del delito.

Del recorrido hasta ahora efectuado, es claro que en el tema de medidas cautelares, existen copiosos estudios, sin embargo, todos ellos se han encaminado al análisis de las medidas de carácter personal, por ser tal vez las más restrictivas al terminar por afectar la libertad del procesado, dejando así de lado las del orden real o patrimonial, ya que estas, solamente afectan bienes; además que en los superfluos estudios que se hacen respecto de estas últimas, en ninguno de ellos se refiere en concreto la existencia de la medida de cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente, la posibilidad de que sea solicitada por la víctima, la competencia del juez para decidir estas solicitudes cuando no hayan decisiones definitivas, que son los aspectos que precisamente se pretenden dilucidar en razón de esta investigación.

En Colombia no se ha tornado menos controversial el asunto, pues el ordenamiento procesal penal ha establecido una serie de medidas que tienden a

asegurar los fines del proceso, pero estas se encuentran encaminadas a limitar dos esferas bien distintas, unas que atacan directamente a la persona sometida a la acción del Estado y otras que van a afectar sus bienes, por ello se habla de la existencia de dos clases de medidas cautelares, unas de carácter real y otras de orden personal, dependiendo ello sobre el objeto que recaen.

II. Clasificación de las medidas cautelares

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, se ha referido al tema de las medidas cautelares y su clasificación (Auto 40246. 2012, pp 23 a 25), expresando que las medidas de restablecimiento del derecho pueden ser de dos clases, unas de naturaleza personal, si recaen sobre las personas y otras con carácter real, si obran respecto de los bienes afectados con la conducta punible.

Las referidas medidas bien sean de carácter real o del personal, tienen a su vez la característica de ser provisionales o definitivas, derivadas de la duración del manto de la protección frente a un posible daño derivado de la comisión de una conducta punible, por lo que serán meramente cautelares o preventivas, si tienen por objeto medidas de cuidado y protección, mientras que se considerarán definitivas cuando busquen retornar las cosas a su estado antes del delito.

Derivada de esta clasificación se tiene de esta manera que dentro de las medidas cautelares de carácter personal provisional están la imposición de medidas de aseguramiento, la prohibición de enajenación de bienes y la suspensión de personería jurídica, mientras que las de carácter real, también provisionales, el embargo y secuestro de bienes, la incautación con fines de comiso y la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente.

La anterior diferenciación y clasificación resulta muy importante en la medida que para el objeto de este artículo, en punto de la cancelación definitiva de registros obtenidos fraudulentamente, como medida de carácter definitivo exige un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la materialidad de la infracción o del tipo objetivo así como una decisión que ponga fin a la actuación, que es precisamente el hecho que genera la dificultad que aquí se estudia, pues tal labor de raciocinio indefectiblemente recae en los jueces de conocimiento y no en los de control de garantías, lo que genera la falta de competencia para pronunciarse cuando solicitudes de este tipo llegan a sus despachos.

III. ¿Por qué la cancelación de registros obtenidos con títulos fraudulentos puede considerarse como medida cautelar?

El cuestionamiento que se presenta fue dilucidado por la Corte Constitucional (sentencia C – 775. 2003), tras analizar las normas de carácter internacional encaminadas a la protección de las víctimas, concluyendo que estas medidas pueden considerarse de carácter provisional porque no implican la determinación anticipada de responsabilidad penal, ya que no socavan el principio de la presunción de inocencia; planteamiento que además fue reiterado (sentencia T – 516. 2006), cuando dijo “La cancelación de los registros debe entenderse en todo caso apenas como una medida que puede pronunciarse por el funcionario judicial en desarrollo del proceso y que sólo es irrevocable cuando se resuelva la responsabilidad penal del sindicado”.

IV. La cancelación de registros, recuento legislativo

Para este fin, como punto de partida, de la misma manera como se referenciaron previamente los derechos de las víctimas y las clases de medidas, se debe hacer también un recuento de la evolución normativa que ha tenido la figura de la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, en los ordenamientos procesales penales colombianos, como bien así lo planteó González Navarro (2012), puesto que este mecanismo ha ido evolucionando, como también ha crecido y desarrollándose el derecho procesal penal, avanzando desde un sistema puramente inquisitivo, hasta llegar al de orden acusatorio, es así que primero se señalarán los antecedentes legislativos del decreto 050 de 1987, luego se reproducirá el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991, posteriormente el 66 de la Ley 600 de 2000, y por último, el artículo 101 de la ley 906 de 2004.

La primera de las disposiciones referidas en el párrafo precedente, decía en su artículo 53, que demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles sujetos a registro, el juez que esté conociendo del proceso ordenará inmediatamente la cancelación de los títulos espurios y del registro correspondiente.

A su turno en el Decreto 2700 de 1991, el artículo 61 decía: Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y del registro respectivo.

Posteriormente, la Ley 600 de 2000, refería en el artículo 66. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes

sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.

Finalmente, la Ley 906 de 2004 prevé en su artículo 101. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente. En la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.

Al efectuar un análisis comparativo de los artículos que se reproducen atrás, se evidencia que todos ellos tienen aspectos comunes, esto es, en principio la exigencia de que se encuentre acreditada la tipicidad de la conducta punible –materialidad–, lo que resulta apenas lógico, pues se requiere establecer que existió un registro obtenido fraudulentamente, sin embargo, este requisito a medida que se van haciendo las mencionadas modificaciones procesales, se va extendiendo, en perjuicio de los afectados con el delito, hasta llegar en la última modificación introducida por la ley 906 de 2004, al punto de exigir para poder ordenar la cancelación, la demostración de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, lo que en las anteriores legislaciones no era necesario y que genera la situación anómala que se analiza en este contexto.

También se va modificando con el transcurso de estas legislaciones, lo relacionado con quién resulta ser el funcionario competente para tomar tal determinación, ya que en principio, lo era el juez que estuviera conociendo del caso,

posteriormente se amplió esta facultad al funcionario, otorgándole así la posibilidad a la Fiscalía General de la Nación, pero finalmente, en franco retroceso, con la entrada en funcionamiento del sistema procesal penal acusatorio, esta labor se limitó totalmente a los jueces de conocimiento, excluyendo así de esta potestad, no sólo a la Fiscalía General de la Nación, sino además a los Jueces de Garantías.

De la misma manera, con el transcurrir de las legislaciones, se varió la oportunidad en la cual se podía disponer de la cancelación definitiva del registro obtenido fraudulentamente, pues antes de la normatividad prevista en la Ley 906 de 2004, tal medida se podría tomar en cualquier momento de la actuación, pero a partir de esta última modificación, solamente podría hacerse en la sentencia condenatoria, cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que la originaron.

De forma afortunada para los intereses de las víctimas, lo previsto en la última modificación procesal, que tenía un carácter totalmente restrictivo, fue atemperado por la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C 060. 2008), cuando analizó la constitucionalidad del artículo 101, permitiendo tomar la determinación de cancelación de los registros no sólo en los supuestos de una sentencia condenatoria, sino que además, permitió hacerlo en los eventos en que se produjera una decisión que pusiera fin a la instancia, de allí que se diga, en consecuencia, que también podrá tomarse ésta, en los casos de una sentencia absolutoria, una preclusión o incluso después de haberse aprobado la aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de renuncia a la acción penal, pues todas ellas tienen esa misma característica.

En lo que aquí interesa, es claro que por facultad legal, con las modificaciones introducidas en las legislaciones adjetivas, el Juez de Control de Garantías no

podría en modo alguno proferir determinaciones definitivas de cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, a pesar de que el artículo 22 de la Ley 906 de 2004, permite a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, de modo que restablezcan los derechos quebrantados.

Lo anterior porque precisamente, la facultad de restablecimiento del derecho, no se extiende a cualquier medida, sino únicamente a las establecidas por la misma ley, que como se ha señalado precedentemente, se limitan al embargo y secuestro de bienes, la prohibición de enajenar, la afectación de bienes en delitos culposos y la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro.

D. Los terceros de buena fe y las medidas de restablecimiento del derecho

Importante resulta definir qué se debe entender como tercero de buena fe y su posible relación con la decisión de cancelación de registros obtenidos con títulos fraudulentos, ya que ellos pueden verse también afectados con las determinaciones que se tomen en procura de garantizar los derechos de las víctimas.

I. Definición:

El tercero es una persona que siendo ajena a una relación jurídica procesal, esto es, que no tiene la condición de parte, si tiene un interés que se puede ver afectado o involucrado con el resultado del proceso.

La buena fe se encuentra plasmada en el artículo 83 de la constitución nacional como una presunción de la forma de actuar de los particulares y de las autoridades públicas, que la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-1194/08) la define como un principio que exige llevar una “conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta”.

Se revisa solamente la afectación del tercero de buena fe, por cuanto que en principio podría considerarse como víctima en la medida que también necesitaría protección frente a las decisiones que se tomen, especialmente cuando se trata de la cancelación de registros, además porque si se considerara de mala fe, ya no tendría la condición de tercero, sino otra bien distinta, como puede ser la de autor o partícipe de la conducta.

Es importante hacer esta mención, porque debe hacerse una elección entre el perjudicado con el comportamiento – víctima propiamente dicha – y aquel que adquirió de buena fe el objeto del ilícito, sin embargo, tal cuestión no resulta difícil, en la medida que como lo señala la normatividad penal, procesal penal y constitucional, se busca que las cosas retornen al estado anterior al delito, hecho que solamente se logra con la cancelación de los registros obtenidos de manera fraudulenta, a pesar del inconmensurable daño que se le causa al tercero, pero que gozaría de otros mecanismo para hacer valer su derecho patrimonial afectado.

II. Prevalencia de los derechos de las víctimas sobre los de los terceros

Es totalmente claro que aunque los intereses del tercero de buena fe se ven afectados con la toma de decisiones de medidas cautelares y más aún con la materialización de una cancelación de registros, el funcionario judicial tiene

obligación ineludible de restablecer el derecho de las víctimas haciendo volver las cosas al estado original, además porque se debe tener en cuenta que ningún conducta delictiva genera derechos y quien no tiene un derecho real de dominio sobre una cosa, pues no puede disponer de él a través de la tradición, que es el modo de adquisición que prevalece en el ordenamiento civil.

Lo anterior, por cuanto que en la comisión de delitos contra el patrimonio, fe pública y la administración de justicia, que generalmente envuelven estas defraudaciones, no puede hablarse de la existencia de un justo título en favor de un tercero, así el bien lo haya adquirido de buena fe, esto porque el delito no crea legítimamente ningún derecho y en todo caso se afecta la causa del derecho que presuntamente se adquiere y que no es más que una ilusión, ya que solamente podría hacer la tradición el verdadero y legítimo dueño, quien en últimas es quien está buscando precisamente que las cosas vuelvan al estado anterior al delito.

La anterior manifestación no significa que el tercero se pueda ver desprotegido en sus derechos, pues siempre tendrá la posibilidad de que valiéndose de los procedimientos legalmente establecidos, obtenga la indemnización por el daño causado, considerando igualmente que dentro de la actuación en la cual se solicite la imposición de una medida cautelar se debe respetar igualmente el debido proceso y la garantía inobjetable del derecho a la defensa de sus intereses, así como el de contradicción y la posibilidad de recurrir las determinaciones que lo puedan lesionar en sus aspiraciones.

E. Análisis

Es evidente que existe dificultad en la interpretación normativa que determina la posibilidad de la cancelación de títulos fraudulentos plasmada en el artículo 101 del código de procedimiento penal, discusión que no ha escapado al escenario jurisprudencial, donde tampoco encontraría en principio una solución pacífica, sobre el particular, aunque el primer Inciso de esa norma fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional (sentencia C 839. 2013), bajo el entendido que la víctima también puede solicitar la suspensión del poder adquisitivo de los bienes sujetos a registro, cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

Anteriormente, también el inciso segundo de la norma fue objeto de control constitucional concentrado por la Corte Constitucional (sentencia C 060, 2008), que lo declaró condicionalmente exequible bajo el entendido de que la cancelación de los títulos y registros respectivos también se puede producir en cualquier otra providencia que ponga fin al proceso penal.

Estas manifestaciones plasmadas en las aludidas decisiones, como ratio decidendi de estas providencias, son un precedente de aplicación vinculante para casos posteriores, resultando pertinente para resolver la cuestión jurídica que es objeto de análisis.

Desde esta perspectiva, es evidente la facultad jurisdiccional, a pesar de la forma como se encuentra redactada la norma, es claro que un juez de control de garantías puede proceder en ese sentido es decir a la cancelación del registro obtenido mediante título fraudulento, sin que se considere que invade esferas de competencia funcional, siempre que se garantice a la totalidad de las personas interesadas la posibilidad de asistir a las audiencias preliminares, y se permita la controversia de los elementos materiales de prueba existentes y se admita la

interposición de recursos ante decisiones adversas a los intereses de los convocados (sentencia C.S.J. tutela 516. 2016).

La aplicación de estas medidas, dan alcance a la protección constitucional a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles que se consagra en el canon 58 constitucional, logrando cumplir la obligación de que las cosas retornen a su estado original antes del delito, desvirtuando unos presuntos derechos que se no se pueden crear o generar en favor de terceros, porque contrarían el orden jurídico, además que con ello se permite dar paso a una justicia pronta y efectiva.

El recurso judicial efectivo, es una exigencia de carácter internacional, que se vinculó al ordenamiento constitucional, a través del bloque de constitucional en el sentido estricto, consagrado en el artículo 93 de la Carta política, pues son tratados internacionales que son ratificados por Colombia y que tratan acerca de derechos humanos, lo que envuelve así la posibilidad de cuestionar que los asuntos en los cuales las víctimas tengan posibilidad de ser restablecidas en sus derechos en cualquier momento del proceso y no tengan que esperar hasta que se produzca una decisión definitiva que ponga fin al proceso.

Históricamente, desde la primera de las normatividades donde se plasmó la figura de la cancelación de títulos fraudulentos, esto es, el Decreto 050 de 1987, luego con la reproducción en el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991, y posteriormente en el artículo 66 de la Ley 600 de 2000, como codificaciones antecedentes a la hoy vigente, se requería solamente tener por demostrada la tipicidad (o elementos objetivos) del hecho punible, que dio lugar a la obtención de los títulos, pudiendo cualquier juez o funcionario que estuviera conociendo de ese proceso, ordenar inmediatamente la cancelación de los títulos espurios y

consecuentemente de su registro, y aunque apartándose de este contexto, la Ley 906 de 2004 cambió el panorama al modificar la estructura del proceso penal inquisitivo, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales que se concentran en una concepción más amplia de los derechos de las víctimas, no limitada exclusivamente a una reparación económica, pero que conlleva deberes correlacionados para las autoridades públicas, se hace evidente la posibilidad de restablecimiento, derivada de la obligación de dirigir y encaminar sus acciones para hacer volver las cosas al estado anterior al delito.

Aspecto anterior, que concuerda además con el hecho de que desde la punta de vista de la teoría del delito de corte finalista, implica que la determinación del aspecto objetivo de la conducta penal o la tipicidad, no lleva aparejada ninguna manifestación que pueda afectar la presunción de inocencia del imputado, pues no toca aspectos puntuales que tengan que ver con la responsabilidad y si se hace algún análisis en punto del dolo, éste es totalmente avalorado y despojado de cualquier juicio de reproche, de allí que por el hecho de demostrar la existencia material de una conducta típica no afectaría los derechos del implicado en el proceso penal.

Dicho esto, alejándose un poco de los formalismos señalados en la ley, habrá de aclararse también, que el juez de garantías obtiene esta facultad, desde la óptica de la teoría de interpretación de las normas, mirando su finalidad y las consecuencias – teoría del interés –, predicada por Rudolf Von Ihering (1857), quien plantea una concepción del derecho subjetivo a partir de un elemento fundamental, que no es otro que el interés que motivó al ordenamiento para otorgar la tutela y protección de un derecho, dando de esta manera un aspecto más realista a la norma.

Esto porque el derecho que se reclama al restablecimiento definitivo, que en concreto es lo que permite la satisfacción del interés buscado por la víctima, encaja así perfectamente con los elementos formales que establece la misma ley y con los principios generales del ordenamiento penal y procesal penal, los cuales no pueden ser soslayados, pues son los criterios interpretativos básicos de toda determinación.

Según el artículo 150 – 2 de la Carta Política de 1991, le corresponde al Congreso de la República “[e]xpedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. Con fundamento en esta competencia y en la importancia de la ley como fuente del Derecho, el Legislador posee por mandato constitucional “amplia libertad para definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial, sin embargo, cuando ello no es suficiente y hay omisiones legislativas, puede darse aplicación preferente a lo sustancial por encima de lo procedimental.

El legislador es autónomo para decidir la estructura de los procedimientos judiciales, no obstante que, en ejercicio de dicha autonomía, aquel está obligado a respetar los principios establecidos en la Carta Política – Por lo anterior, pese a que la libertad de configuración normativa del legislador es amplia, tiene límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales, que son los aspectos que permiten en estos casos acudir a los principios rectores que gobiernan la actuación penal.

Al respecto, conviene decir además, que la facultad y la discrecionalidad que tiene el legislador, a la que nos hemos referido en los párrafos anteriores y que como lo considera la misma Corte Constitucional, tiene sus propias limitaciones, fundadas en el respeto a la justicia, la igualdad y un orden justo, al igual que los

derechos fundamentales de las personas como son el debido proceso, a la defensa y el acceso a la administración de justicia, por ello acatando no sólo el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, se puede proyectar la búsqueda de la finalidad propuesta, como es el restablecimiento del derecho objeto de la controversia o definición y así atribuir al juez de garantía una competencia que la Ley no le dio, sin que tal determinación se torne arbitraria, pues en la audiencia preliminar celebrada para tal fin, necesariamente se respetarían los derechos de las demás personas que se encuentren determinadas en el asunto que puedan tener afectado un derecho en su condición de terceros adquirentes de buena fe.

Es que cuando el legislador expide una ley, procura asegurar y dar protección de forma ponderada a todos los bienes jurídicos que se encuentren implicados en aquello que pretende ordenar, cumpliendo de esta manera con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, frente al fin para el cual fue concebida, por eso aunque lo que se pretende es la protección de los derechos de las víctimas, no puede tampoco dejar desprotegidos los derechos de las demás personas que se pudieran ver inmiscuidas en el asunto o que quieran disputar lo que consideran su mejor derecho.

Con el objeto de garantizar el respeto a tales límites amplios de la potestad legislativa, la jurisprudencia ha decantado una serie de criterios (sentencia C 227, 2009), plasmados así también en su ratio decidendi: “i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadano que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las forma y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas.

De esta manera, puede ir cerrándose el cerco frente a la problemática planteada, pues es evidente que a pesar de una aparente claridad de la normatividad de sus contenidos lógicos, sistemáticos, históricos y gramaticales, así como también desde la óptica de su finalidad y sus consecuencias, es cierto que pueden hacerse interpretaciones diferentes a las que de ella misma emanan, valiéndose además de la teoría del derecho que permite comprender los problemas que se generan alrededor de la interpretación y que llena los espacios vacíos que quedan, cuando no se dan las condiciones para la resolución de los conflictos de orden jurídico, incluso aun cuando ello signifique el desconocimiento de un precedente.

Respecto del desconocimiento del precedente, este se configura cuando «el juez desecha la ratio decidendi de un conjunto de sentencias previas al caso que ha de resolverse y que son pertinentes y aplicables al problema jurídico sometido a su conocimiento», parafraseando así los planteamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema (STP 6488 – 2014).

Ello es posible porque el precedente no es en todos los casos una camisa de fuerza para el funcionario judicial, porque ello desconocería los principios de autonomía e independencia de la administración de justicia, sólo que para poder apartarse del mismo, se requiere de una argumentación importante y juiciosa donde se expliquen detalladamente las razones por las cuales decide no tenerlo en cuenta y demostrando que su interpretación va encaminada a la protección de las garantías fundamentales (T 641 de 2011 y T 1033 de 2012).

F. Conclusiones

De acuerdo con las voces del artículo 132 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia constitucional, víctima es (a) la persona natural o jurídica (b) que ha sufrido un daño, (c) individual o colectivo, (d) como consecuencia del delito. A su turno, el daño debe ser (a) real y concreto y (b) no necesariamente de contenido patrimonial.

Desde las distintas esferas y ámbitos del Derecho, tales como el constitucional, los tratados internacionales, penal, procedimental penal, así como la jurisprudencia nacional, la víctima, entendida como aquella que ha sufrido un daño físico, emocional, económico o sustancial de sus derechos fundamentales, al igual que su núcleo familiar y las personas que han sufrido afectación por prestarles asistencia o impedir su victimización, deben estar protegidos y procurarse por el Estado el resarcimiento de sus derechos a la verdad, justicia, no repetición y reparación, aspecto éste último que se puede lograr a través de la figura del restablecimiento del derecho aún desde etapas preliminares.

La garantía de que gozan las víctimas de delitos ocasionados con títulos fraudulentos para que se otorguen el restablecimiento del derecho, no puede entenderse limitada funcionalmente al estado o momento procesal de la actuación que adelante la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal en los términos señalados en el artículo 250 de la Constitución Nacional, pues la inactividad de esta o simplemente el devenir procesal, pueden conllevar a la afectación de las garantías que todos los servidores del Estado están obligados a proteger.

Existen dos clases de medidas tendientes a la protección de los derechos de las víctimas, generalmente cautelares, unas de carácter real y otras de carácter personal, las cuales a su vez tienen carácter provisional y otras definitivo; las de

orden personal, atacan a quien está sujeto pasivo de la acción penal, restringiendo sus derechos, incluso el de la libertad. En cambio las de connotación real, recaen principalmente sobre los bienes, bien sea que pertenezcan a quien debe responder penalmente por ellos, sean utilizados en la comisión del delito o sean el objeto mismo del delito, incluidos los de las víctimas, estos últimos que pueden ser objeto de protección definitiva a través de la cancelación de registros.

Los jueces penales con función de control de garantías, tienen la obligación de procurar el restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal y en los tratados internacionales como un mecanismo efectivo de protección de sus garantías, que se puede y debe hacer efectivo a través de la cancelación de registros obtenidos con títulos fraudulentos, que es una medida y garantía idónea de orden real y de carácter definitivo, sin que sea necesaria la existencia de una sentencia o una decisión que ponga fin al proceso, no sólo desde una óptica de la finalidad y las consecuencias, sino además desde la perspectiva de la teoría del derecho que permite comprender los problemas que se generan alrededor de esa interpretación y llenar los vacíos que quedan con la omisión legislativa, cuando no se dan las condiciones para la resolución de esos conflictos.

Para que pueda tener validez jurídica esa medida cautelar solicitada con un carácter definitivo, se debe contar con la participación activa en la audiencia preliminar de todas las partes que puedan tener interés legítimo en la determinación, vale decir fiscalía, imputados, defensores, víctimas y terceros de buena fe, con la posibilidad real de representación judicial a través del derecho de postulación, con una debida y suficiente argumentación, con la posibilidad de la interposición y resolución de los recursos que correspondan.

Referencias

Marín G., J. (2006). Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de la Justicia*, (8), pp. 13-37.

Chocrón, Ana María. (2008). Fundamento constitucional de la protección a las víctimas en el proceso penal Español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, número 122. pp 691-715.

González Chavarría, Alexander. (2010). Justicia transicional y reparación a las víctimas en Colombia. *Revista mexicana de sociología*, 72(4), 629-658.

Subijana, Ignacio José. (2006). *Del olvido al reconocimiento. El principio de protección de las víctimas en el marco jurídico penal, material y procesal*. Editorial Comares.

Rivera Morales, Rodrigo. (2006). *La protección constitucional y procesal de las víctimas de los delitos colectivos*. Salamanca. Universidad de Salamanca

Martín Laclau. (2010). Interpretación del derecho e intuición en el pensamiento de Savigny. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 11. p.p. 225-252.

Huerta Carla. (2004). Savigny en el contexto actual de la interpretación. Anuario Mexicano de Historia del Derecho. México. UNAM. Pp 187-200

Diccionario de la lengua Española. (2001) vigésima segunda edición, tomo II. 2001. Real academia Española. p 1560

Ivonne Díaz. (2009). El rostro de los invisibles. Víctimas y su derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición. D. Víctimas Invisibles, Conflicto Armado y Resistencia Civil En Colombia. pp 17-35

Sandoval-Mesa, J. (2013). Factores sustanciales y procesales de la competencia de la corte penal internacional frente al derecho interno. *Díkaion*, 22(2), 333-356.

Gaviria Londoño, V. E. (2012). Descubrimiento y solicitudes probatorias por parte de la víctima. *Derecho Penal y Criminología*, 33 (94)

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Auto 40246 (Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho), 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Auto única instancia 35257 (Magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández), 24 de abril de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 24829 (Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas), 18 de abril de 2007.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 40246 (Magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero), 18 de abril de 2007.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia 34993 (Magistrado ponente: María Del Rosario González de Lemus), 24 de noviembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP13247 (Magistrado Ponente: José Leonidas Bustos Martínez), 23 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 839 (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 20 de noviembre de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 004 (Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnett), 20 de enero de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 370 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda), 18 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 454 (Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño), 7 de junio de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 575 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis), 25 de julio de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 1033 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis), 5 de diciembre de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 579 (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), 28 de agosto de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 651 (Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa), 7 de septiembre de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 209 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), 21 de marzo de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 060 (Magistrado Ponente: Nílson Pinilla Pinilla), 30 de enero de 2008.

Legislación

Constitución Política de Colombia (1991)

Decreto 050 de 1987, Código de Procedimiento Penal Colombiano. 13 de enero.
Diario oficial 37.754.

Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal Colombiano. 30 de noviembre. Diario oficial 40.190.

Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal Colombiano. 24 de julio. Diario oficial 44.097.

Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal Colombiano. 1 de septiembre.
Diario oficial 45.658.