

Juzgado Decimoséptimo penal del circuito de Medellín

El avalúo de la indemnización durante el juicio

Pese a que el art. 364 del C. de P. P. expresa que la fijación del monto de la indemnización en los delitos contra el patrimonio económico, así como su impugnación, debe hacerse durante la investigación, el respeto a los principios rectores del derecho procesal, a partir de una interpretación lógico-sistemática de la ley, permite que dicho monto pueda ser fijado e impugnado durante la etapa del juicio, inclusive después de vencido el período probatorio de este.

Dr. PLINIO POSADA ECHAVARRÍA
Bogotá, Octubre 12 de 1989

Comentario: MARIO NICOLÁS CADAVID BOTERO *

El personero judicial del señor Carlos Alberto R. H. (apodado pan de queso), procesado por el delito de abuso de confianza en bienes del ciudadano Carlos Julián G. M., mediante escrito presentado en este Despacho el 4 de octubre último, solicitó la designación de "perito idóneo" para que evalúe, en este proceso, los perjuicios materiales y morales que puedan derivarse del hecho punible que es materia de la presente investigación" (fs. 139).

Dentro del expediente de la referencia, ya precluyó el término concedido por medio de sustanciatorio del 4 de

julio del año en curso, para que los sujetos procesales solicitaran la práctica de pruebas dentro de la etapa de juzgamiento (C. de P. P., art. 490), sin embargo, de *ex profeso* el memorialista insiste en su pedimento, el cual funda sobre las siguientes bien elaboradas consideraciones: a) Que en la hipótesis de que el proceso termine con fallo adverso a su cliente, conforme al artículo 50 del C. de P. P., la condenación por daños y perjuicios ha de hacerse en concreto y como el informativo no contiene bases para su estimación, he aquí el primer motivo para su petición; b) Que con dicha

* Juez 32 de Instrucción Criminal y profesor de derecho procesal penal de la Universidad de Medellín.

peritación existe la posibilidad de presentarse el desistimiento de que trata el novísimo decreto 1861 de 1989, en su art. 1º, lo que daría fundamento para decretar la cesación de procedimiento; c) Porque de no prosperar la cesación de procedimiento por indemnización integral a que alude la norma de la inmediata precedencia, dejaría abierta la posibilidad de invocar la disminución de la punibilidad de que trata el artículo 374 del C. P. y d) Porque el principio de la investigación integral establecido en el art. 358 del C. de P. P., dispensa legítima facultad para elevar la ameritada solicitud, cuya práctica puede "impedir exagerados pedimentos de la parte afectada sobre valores indemnizatorios elevados caprichosa y unilateralmente".

En orden a decidir, el despacho considera:

Del estudio de las normas que rigen lo atinente a la fijación de la cuantía y monto de la indemnización de los perjuicios originados con el hecho punible, se infiere que en tratándose de delitos contra el patrimonio económico, como es el caso de autos, ha de tenerse en cuenta el régimen especial del artículo 364 del estatuto procesal penal, el cual establece que "la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el juez decretará la prueba pericial para establecerla".

Como se puede apreciar, la citada disposición indica de manera clara y expresa cuándo y por qué razones resulta necesario ordenar la práctica de la prueba pericial. Tómese en cuenta entonces que en el caso *sub examine* no se ha realizado diligencia de juramento estimatorio con el afectado, para conocer cuál es su estimación sobre el valor y monto de la indemnización. De aquí que, por sustracción de materia y para que sea posible entrar a considerar la intervención de perito, no quepa hablar de que aquella tasación del perjudicado ha sido rebatida dentro del proceso. Fácilmente se infiere de la norma transcrita que para que surja la necesidad de disponer la prueba pericial, han de concurrir sin falta

los siguientes requisitos previos: 1. La manifestación jurada del perjudicado con el atentado patrimonial, respecto de la cuantía y monto en dinero del daño que ha recibido con el delito y, 2. La impugnación o refutación de dicha estimación, por parte de alguno de los sujetos procesales. Así las cosas, por ahora, resulta inconducente la práctica de la prueba que ha solicitado el señor defensor contractual del inculpado y por esta razón se denegará.

Más como la referida petición del laborioso abogado aparece elaborada sobre un infundible numen de equidad y justicia, ello se constituye en suficiente acicate para que el despacho de manera oficiosa y con fundamento en el artículo 492 del código instrumental penal, disponga, como en efecto lo hará, la práctica del juramento estimatorio que autoriza la ley en el ya mencionado art. 364, incluyendo dicha orden la solución a las posibles implicaciones que puedan surgir, esto es, que si alguno de los sujetos procesales llegare a impugnar aquel monto y cuantía que haya señalado el damnificado, quede abierta así la posibilidad para que dentro del término de quince (15) días que habrá de fijarse para que tenga lugar la aducción del referido medio probatorio, pueda practicarse también la prueba pericial tendiente a establecer los factores objeto de impugnación.

No quiere el juzgado dejar pasar esta feliz oportunidad para destacar y obviamente proponer solución, a un yerro de técnica legislativa que advierte en el contexto del plurimentado artículo 364. En efecto, como ya se anotó, dicha norma dispone que tratándose de hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y monto de la indemnización será la que fije bajo juramento el perjudicado, "siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales...".

El subrayado intencionalmente hecho es para indicar dónde radica el equívoco del legislador. Seguidamente adviértanse algunas de las gravísimas consecuencias que genera el texto de la norma en cita:

1. Viola el principio del debido proceso, elevado a la categoría de norma rectora por el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, clara emanación del art. 26 de la Constitución Nacional. Es que si limita "a la etapa de la investigación" la facultad que tienen los sujetos procesales para rebatir u objetar un medio probatorio, ello es ni más ni menos que una flagrante restricción a los derechos y garantías de que gozan aquellos dentro del proceso penal. Conviene aclarar que así en la relación que trae el artículo 258 del estatuto procedimental penal, la cual es meramente enunciativa y no exhaustiva, no se incluya el juramento estimatorio, tremenda estulticia resultaría el negar que dentro del actual ordenamiento procesal aquel no aparece regulado. Es más, en esta materia el legislador no acogió el sistema de los *numerus clausus*, sino el de *numerus apertus* y de aquí que se diga entonces que existe libertad de medios probatorios, máxime cuando el código no trae sobre este asunto prohibición o restricción alguna.

2. Igualmente es violatorio del principio de contradicción o de bilateralidad o controversia, consagrado asimismo como norma rectora del estatuto procesal penal por el artículo 10 de dicha obra, pues crea una absurda y extravagante diferencia respecto al momento procesal para la incorporación de los medios probatorios, ya que según la etapa o fase en que se encuentre el proceso, es viable determinado medio de prueba o en otras palabras dicho que en el ciclo investigativo proceden unos medios y en la etapa de juzgamiento otros. ¡Tamaño sin razón!. Es obvio que también esto conculca el debido proceso legal.

3. De igual manera soslaya palmariamente el principio general de la libertad de prueba, estatuido en el artículo 254 del Código Procesal Penal.

4. Tal limitación haría nugatoria y sin posibilidad alguna de aplicación, la disminución de la punibilidad consagrada en el artículo 374 del estatuto represor, pues va a contramano con la oportunidad que esta disposición

señala para que tenga lugar la reparación por los daños y perjuicios emergentes del hecho punible, vale decir, antes de dictarse sentencia de primera instancia y

5. Sumamente impróvido o de pocos alcances resultó el legislador al no tener en cuenta que es pertinente y conducente durante la etapa de juzgamiento en los procesos adelantados por el procedimiento ordinario, entrar a establecer los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Para muestra de esto basta aducir lo acontecido en este informativo.

En vista de que no debe existir contradicción o incongruencia entre los principios rectores invocables y el ordenamiento legislativo entendido en la coherencia de su sistema, en el que han de estar immanentes y latentes, la solución al caso en examen que se le ocurre al Despacho, se halla acudiendo al medio lícito de una hermenéutica lógico-sistemática, por medio de la cual se busca armonizar el sentido de la disposición en comento con el sentido de otras normas del ordenamiento procesal penal, vale decir, con los artículos 277, 278, 354, 358, 360 y 490. Ello porque sencillamente el legislador no puede incurrir en el exabrupto de exigir al juez el disparatado deber de decidir injustamente. Con insuperable finura diserta sobre el tema el ilustre tratadista LARENZ, en los siguientes términos: "El que el juez esté vinculado a la ley, no debe entenderse, con toda seguridad, en sentido de una vinculación a las 'letras', es decir, en sentido de estar obligado a una interpretación literal... Además, el juez está vinculado a la ley individual solo como una parte del derecho... los jueces tienen que respetar la voluntad del legislador cuando esta sea indudable y sea posible llegar a conocer su expresión en la ley" KARL LARENZ, *Metodología del derecho*, Barcelona, Edic. Ariel, 1966, pág. 252).

Con el sugerido método de interpretación indudablemente que el intérprete se sitúa en la prospectiva justa y adecuada, pudiendo ampliar los efectos de la norma a otros ciclos del proceso, ello claro está una vez aprehendida su *ratio legis*. Así las cosas, hay lugar a

tomar como término para que tenga lugar la impugnación por parte de los sujetos procesales, a la estimación que hace el perjudicado sobre el monto y cuantía de la indemnización, el mismo que fija el artículo 277 del C. de P. P., vale decir, hasta antes de que el proceso entra a despacho del juez para sentencia. Ahora, aplicando asimismo el procedimiento señalado en la disposición subsiguiente, o sea, el artículo 278, nótese también que resulta regulada la solución para una de las posibles dificultades que pueden surgir con la utilización de dicho medio probatorio, en este caso, la objeción al dictamen pericial al que ha dado lugar la confutación a la tasación entregada por el perjudicado.

Actualmente viene incurriéndose en una práctica viciosa en el ámbito judicial en cuanto a la forma de incorporación y valoración del referido medio probatorio. En efecto, algunos funcionarios consideran que al interrogar a la víctima en el decurso de la denuncia, sobre la cuantía de los bienes objeto de apoderamiento, ya cumplieron con la práctica de dicha prueba. Pero es más grave el yerro de quienes al valorar dicha actuación la toman como cuantía y monto de la indemnización y condenan al responsable del hecho punible a pagar esa suma. Se debe dejar en claro que lo que se ha hecho es recibir la noticia acerca de la comisión de un delito y se ha utilizado al juramento como formalidad para recepcionar esta prueba (testimonio), conforme con los artículos 153 y 154 del C. de P. Penal, mas no como debía ser, es decir, como un medio de prueba, según los artículos 364 ibidem y 211 del Código de Procedimiento Civil, al cual se puede acudir por disposición del principio rector de la integración, consagrado en el art. 12 de la obra inicialmente citada. Para corregir este vicio debe entonces el funcionario citar al perjudicado y practicar con

él diligencia de juramento estimatorio, donde este claramente expondrá el monto y cuantía de la indemnización, explicando razonadamente cada uno de estos factores, luego de un técnico, completo y adecuado interrogatorio dirigido por el funcionario que la practique. Ahora, para que los sujetos procesales tengan la oportunidad procesal de impugnar esa estimación que hace el perjudicado, se hace necesario acudir al procedimiento señalado en el artículo 276 del estatuto instrumental penal, con lo cual queda incólume y se da desarrollo al principio de contradicción o controversia.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, el Juzgado Décimo Séptimo Penal del Circuito de Medellín,

RESUELVE:

1. Denegar por inconducente la prueba solicitada por el señor defensor del procesado Carlos Alberto R. H.

2. Ordenar la práctica de la diligencia de juramento estimatoria a que alude el artículo 364 del C. de P. P.; en consecuencia, cítese al perjudicado Carlos Julián G. M. Como término para que tenga lugar dicha prueba, señálese el de quince (15) días. (C. de P. P., art. 492).

3. Una vez incorporada al proceso la mencionada diligencia, se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales, a través de lo dispuesto en el art. 276 del C. de P. P. Asimismo si este trámite da lugar a la práctica de la prueba pericial, se ordenará la misma, obviamente, dentro del término anteriormente indicado.

4. Conforme con la constancia visible al folio 46 vto., averigüese por el estado actual del proceso seguido en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, en contra de Carlos Alberto R. H.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

* * *

COMENTARIO

Varios comentarios nos merece la providencia emanada del Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín:

En primer lugar debemos reconocer el encomiable esfuerzo intelectual y jurídico realizado en el análisis y estudio del art. 364 del C. de P. P. en relación con principios constitucionales que se engloban en el debido proceso. No obstante que compartimos en este sentido la providencia, creemos que las propuestas y soluciones que se plantean parten por lo menos de una discutible concepción de la figura allí prevista frente a los principios del derecho procesal penal, pues una mera diligencia de instrucción, como es la estimación testimonial de perjuicios, se considera un medio probatorio autónomo.

1. En primer lugar, debemos indicar que el art. 492 del C. de P. P. establece respecto de los sujetos procesales un término perentorio para solicitar pruebas e igualmente la sujeción del juez del juzgamiento al término de dos días para decretar las que solicitadas por las partes considere admisibles, las que pedidas en la investigación no se hubieren podido practicar y se juzguen necesarias y "las que de oficio considere necesarias"; luego, el inciso 2° del art. 492 no puede entenderse desvinculado del inciso 1°, ni contradictoriamente inmune al orden lógico del proceso y, fundamentalmente, al principio de la lealtad procesal, que también compromete al juez. Permitir lo anterior podría propiciar que los sujetos procesales se vieran sorprendidos en algún momento por la omnimoda potestad del juez de decretar pruebas en cualquier etapa procesal posterior al término que legalmente se consagra para el efecto.

Por otra parte, aunque resultan válidas desde el punto de vista formal las argumentaciones que se dan en la providencia para afirmar la existencia de un aparente yerro de técnica legislativa en el contexto del art. 364 del C. de P. P., parten, como ya dijimos, de una discutible valoración de la naturaleza jurídica de la diligencia regulada en dicha norma, porque si el legislador hubiera querido otorgar a esta diligencia el alcance de medio de prueba, lo hubiera dispuesto así en el libro II, título V, "De las pruebas", pero si aparece consagrada en el libro II, título IV, capítulo II, significa entonces que se trata de una diligencia de investigación de los hechos o acto de composición del sumario, sin que ello signifique que estos no involucren, en la mayoría de los casos, medios de prueba. Por eso puede afirmarse que la diligencia regulada por el art. 364 no es un medio de prueba independiente sino un acto procesal que comporta en primer lugar el testimonio del perjudicado para especificar la cuantía y el monto de los perjuicios y, subsidiariamente, la prueba pericial. Por estas consideraciones, obviamente, el ataque a la cuantificación que hace el perjudicado solo procede en la etapa de instrucción, sin que pueda afirmarse el cercenamiento del derecho de contradicción respecto de los sujetos procesales, pues el artículo 364 no prohíbe al juez que decreta la prueba pericial que regulan los artículos 262 y ss. del C. de P. P. dentro del término legal, bien actuando oficiosamente o mediando petición de uno de los sujetos procesales.

En síntesis: consideramos que en los procesos por delitos contra el patrimonio económico, la prueba pericial orientada a obtener la cuantía y el monto de la indemnización, tiene la siguiente aplicación.

1. En el sumario, solo podrá decretarse ante la impugnación de alguno de los sujetos procesales de la estimación testimonial del perjudicado; esto es, en dicha fase procesal la mencionada prueba no puede ordenarse directamente sino como

alternativa y solución a la inconformidad de los sujetos procesales con la apreciación jurada del damnificado.

2. En el juicio, nada impide que el juez, con fundamento en el artículo 360 numeral 6° del C. de P. P., ordene la prueba pericial para obtener certeza sobre el monto de los daños y perjuicios ocasionados. Entonces, si en esta fase del proceso existe inconformidad de los sujetos procesales o insatisfacción del mismo juez con la apreciación económica hecha por el perjudicado en la etapa de investigación, debe recurrir a la prueba pericial que en manera alguna ha sido minimizada ni borrada por el artículo 364, simplemente le introduce una limitación en la precisa fase de la investigación porque cobra vigencia el principio de la libertad de prueba (art. 254 del C. de P. P.), rector en materia probatoria según el cual, la naturaleza y cuantía de los perjuicios podrá demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en el código instrumental penal.

3. En segundo término, en nuestro sentir, el ordenamiento procesal penal colombiano, en garantía de los postulados de la legalidad del proceso, de la seguridad jurídica, de la lealtad procesal y de la conducencia de la prueba, ha hecho una enumeración taxativa de los medios probatorios, con lo cual ha evidenciado que si bien permite la libertad de prueba, en el sentido de que los hechos y en general los extremos del proceso pueden demostrarse por cualquier medio probatorio, este solo puede ser el que aparezca expresamente previsto en el estatuto procesal penal; así lo dispone categóricamente el artículo 254 de dicho ordenamiento, razón por la cual la pretendida apertura en el allegamiento de medios de prueba si se encuentra expresamente limitada por disposición del estatuto de garantías procesales penales.

Diligencias como el careo, la reconstrucción del hecho, la toma de grafías al testigo y la estimación jurada de bienes, entre otros, son actos que se cumplen en desarrollo del programa mínimo de investigación previsto en el art. 360 del C. de P. P. y como tales contienen los seculares medios de prueba o coherentes combinaciones, pero no son medios de prueba autónomos.

En síntesis, entender la diligencia prevista en el art. 364 como medio probatorio independiente conduce, ciertamente, a las incongruencias y vacíos que señala la providencia. Mas ningún atentado contra el debido proceso y el derecho de defensa se advertirá si dicha diligencia es entendida en el sentido arriba propuesto, es decir, como una mera diligencia de instrucción.

Desde luego que nada obsta para recomendar que en la versión del perjudicado sobre el monto de los perjuicios, el juez recabe con cautela y pormenores, exigiendo del interrogado la razón de la ciencia de su dicho, razón por la cual no se ve la necesidad de acudir a un heterodoxo —por lo menos en una teoría procesal penal— juramento estimatorio autónomo.

Finalmente, resulta incontrovertible que la presente providencia denota un estudio profundo y un respeto por parte del juez a las garantías procesales, pues es clara su intención de tomar una decisión equitativa que consulte el principio de igualdad de los sujetos procesales, a la vez que constituye un valioso aporte a la construcción en nuestro medio de una verdadera dogmática jurídico procesal penal.