

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA *

(Sala de Casación Penal)

Aplicación del artículo 374 del Código Penal

En los delitos contra el patrimonio económico, para efectos de la aplicación del art. 374 del C. P., es indispensable que el agente efectúe la restitución natural cuando ello sea posible; si no se pudiere realizar sin que le fuere imputable al procesado, debe acudir a la restitución por equivalencia que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto. De todas maneras se requiere, además, la indemnización de los perjuicios morales y materiales causados.

La Corte niega la aplicación de la norma en un evento en el cual el perito dictaminó la ausencia de perjuicios materiales, tasando solo los morales los cuales fueron pagados.

Comentario: Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO

Magistrado ponente: Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ
Noviembre 21 de 1988

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de diciembre de 1987, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados F.A.T.C. y D.A.G.G., al primero a la pena de 50 meses de prisión por los delitos de hurto y porte ilegal de armas, y al segundo a la pena de 40 meses de prisión por el delito de hurto, imponiéndoles la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y negándoles la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES:

Los hechos materia del proceso los resume así la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal:

El día 18 de agosto de 1987, cuando el señor A.M.A.M. procedía a sacar del parqueadero ubicado en la carrera 49, en cercanías de la iglesia Asunción en Medellín, la camioneta Dodge de placa núm. OM-5911, fue interceptado por varios individuos, quienes bajo amenazas con armas de fuego lo despojaron del vehículo.

* Radicación núm. 2643. Aprobado según acta núm. 67/88.

Minutos más tarde fueron capturados D. A. G. G. y F. A. T. C. cuando trataban de huir luego de ser sorprendidos dentro del vehículo objeto material del ilícito, en lugar cercano a aquel en que tuvieron ocurrencia los hechos, no sin antes, el segundo de los nombrados, tratar de oponer resistencia a su aprehensión, accionando un revólver que meses antes había sido hurtado en asalto perpetrado al Ley de Envigado, el primero de julio de 1985".

El juzgado Veintidós de Instrucción Criminal radicado en Medellín, adelantó la investigación por el procedimiento abreviado teniendo en cuenta el estado de flagrancia y la confesión de los procesados, y mediante auto de 28 de agosto de 1987, dispuso la detención preventiva de T. C. y de G. G. por hurto calificado y porte ilegal de armas, solicitando a la vez al juez penal del circuito la citación a audiencia pública (fls. 32 y ss.). El sumario correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín, que avocó su conocimiento, y mediante auto de 18 de septiembre de dicho año citó a audiencia pública (fl. 65), la cual se celebró el 5 de octubre, dictándose sentencia el 13 subsiguiente, por medio de la cual se condenó a T. C. a la pena principal de 24 meses y 10 días de prisión, por los delitos de hurto calificado y agravado (arts. 349, 350 y 351 C. P.) en concurso con el delito de porte ilegal de armas, previsto en el art. 1° del decreto 3664 de 1986, y condenó a G. G. a la pena principal de 20 meses y 18 días por el citado delito de hurto. Para la dosificación de la pena el juzgado tuvo en cuenta la rebaja por "indemnización" contemplada en el art. 374 del Código Penal. Este fallo fue apelado por los defensores de los procesados, y el tribunal, en la sentencia que se ataca en casación, la modificó para imponer a T. C. una pena de 50 meses de prisión, y a G. G., una de 40 meses de prisión. Este incremento lo fundamentó en que el Juzgado Doce Penal del Circuito aplicó erróneamente el citado art. 374, pues no existió "restitución" sino "decomiso" del vehículo

objeto del hurto. A cambio, reconoció la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el numeral 7° del art. 64 ibídem.

LA DEMANDA:

De conformidad con el numeral primero, cuerpo primero, del art. 226 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de violar directamente la ley, por aplicación indebida del numeral 7° del art. 64 del Código Penal, que llevó a no aplicar el art. 374 ibídem.

Afirma el actor que como la autoridad misma fue la que aprehendió el vehículo objeto del hurto y lo "restituyó", los procesados estaban en imposibilidad de restituirlo, motivo por el cual se limitaron a indemnizar los daños de acuerdo al avalúo de los mismos que hizo el perito. "Por ende —señala— la única forma de demostrar la voluntad de menajar el perjuicio causado al bien jurídico, consistía en indemnizar todos los daños y perjuicios, como efectivamente lo hicieron. No es que no haya existido ánimo restitutivo sino que se encontraban en imposibilidad de restituir".

Solicita, pues, que se case parcialmente el fallo y se dicte el que debe sustituirlo, haciendo la rebaja correspondiente, y otorgando, en consecuencia, la condena de ejecución condicional.

EL MINISTERIO PÚBLICO:

"Lo cierto para la Procuraduría, es que si se indemniza no habiendo restituido, sea lo primero por la oportuna acción de la autoridad, por la actividad de un tercero ajeno al delito, por la misma circunstancia de no haberse consumado la infracción, desde que la indemnización sea tal, procede la atenuante". Empero, acota el señor Procurador Tercero, en este caso la indemnización que se pretende no puede considerarse como "plena o completa", ya que

"no basta con la consignación de sumas irrisorias y absurdas como las que, a propósito del impacto emocional, del año moral subjetivo, resolvió proponer el perito en este proceso, sin motivación sería ni atendible, y con absoluta falta de control en las instancias respecto de una fijación de perjuicios en que el primer convocado a realizarla es el propio juez, pero siguiendo al pie de la letra los criterios expresamente consagrados en el artículo 107 del C. P."

Al no haber "indemnización efectiva", la Sala no debe casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Ya se dijo que el fallador de la primera instancia había reconocido en favor de los dos procesados la disminución de pena prevista en el art. 374 del Código Penal, pero el Tribunal Superior, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el aludido fallo, consideró que la citada atenuante no podía otorgarse, con base en la siguiente argumentación:

"... resulta inaplicable en este caso el artículo 374 del Código Penal, por cuanto si bien aparece un recibo de consignación (fl. 73) concordante con la tasación hecha a folios 72, la verdad es que ello apenas alcanza a constituir una de las causales previstas en el artículo 64 ibídem, específicamente la del numeral 7°. Porque no se cumplieron los requisitos básicos del artículo 374 ya citado. En efecto, la restitución de la cosa o su valor, y la indemnización de los perjuicios son dos actos aislados, individuales, fundamentalmente precedidos de la voluntariedad para devolver y resarcir, y generalmente como consecuencia del arrepentimiento mas no del impulso de mejorar una situación donde ni siquiera entra en consideración la lesión material o moral inferida.

"No se puede argumentar que al haber existido el decomiso del bien, se produce una restitución. No era ese el pensamiento del legislador ni es el espíritu de la norma ...".

El censor, por su parte, no sostiene que los procesados hubieran restituido el objeto material del delito. Lo que afirma es que, ante la imposibilidad de hacerlo, bastábales con indemnizar los perjuicios causados al ofendido para hacerse acreedores a la rebaja de pena prevista en el art. 374 del Código Penal: "El presupuesto de toda norma jurídica —afirma el recurrente— es que sus destinatarios se encuentren en capacidad de hecho y de derecho para cumplirla. Pugnaría contra la equidad y la lógica la exigencia de conductas de imposible cumplimiento por el agente. Si el presupuesto de la norma es restitución más indemnización, cuando el cumplimiento del primero es imposible, ha de bastar el segundo para la aplicación de la atenuante ...".

Este, pues, el punto que debe resolver la Sala: si la restitución del objeto material del delito no puede efectuarse, porque este ya fue recuperado y entregado a su dueño no mucho tiempo después de consumarse el hecho, o porque el ilícito se quedó en el grado de tentativa, ¿será suficiente la indemnización de los perjuicios causados a la víctima, para que el responsable del reato se haga merecedor a la disminución de pena consagrada en el art. 374 del Código Penal? Indudablemente que sí.

La indemnización de los daños materiales y morales que se causen con el hecho punible es una obligación solidaria de todos los responsables del mismo (instigadores, autores y cómplices), y aunque el ofendido puede solicitarla por fuera del proceso penal o dentro de este, constituyéndose parte civil, el legislador le ha impuesto al juez el deber officioso de averiguar el monto de tales perjuicios, garantizar su pago y condenar a los penalmente responsables a su cancelación.

No obstante lo anterior, la ley, a manera de estímulo, recompensa al responsable de cualquier delito que voluntariamente resarcir el daño causado, aunque la indemnización no sea total, consagrando este hecho como circunstancia de atenuación punitiva (art. 64-7 del C. P.).

Pero en relación a los delitos contra el patrimonio económico, dada la naturaleza de los bienes que con ellos se vulneran la cual permite una casi completa reparación del daño particular causado, el legislador tradicionalmente ha sido mucho más generoso con quien de manera voluntaria indemniza tal daño.

El art. 429 del Código Penal de 1936 autorizaba rebajar la pena de una sexta parte a la mitad, si antes de pronunciarse la sentencia de primera instancia el responsable restituía el objeto que fue materia de la infracción o indemnizaba a la persona ofendida de los perjuicios causados. Si restituía el bien no tenía la obligación de indemnizar los perjuicios para ser merecedor de la rebaja de pena, y esto podría resultar injusto porque implicaba una reparación parcial del daño, pudiendo además ser este de mayor entidad en virtud del lucro cesante que del daño emergente, y esto sin tener en cuenta el rubro de los perjuicios morales.

Tal vez con base en la anterior consideración, el Código Penal de 1980 para otorgar una muy generosa rebaja de pena en los delitos contra el patrimonio económico, exigió que la reparación fuera total: que no solamente se restituyera el objeto materia del delito o su valor, sino que también se indemnizará al ofendido o perjudicado de todos los daños causados:

“Reparación. El juez podrá disminuir las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia en primera instancia, el responsable restituyere el objeto materia del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

”Para los efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los criterios fijados en el libro primero, título IV, capítulo segundo de este Código”.

Significa lo anterior, que cuando la llamada restitución “natural” es posible, es esta la que debe hacerse, devolviéndole a la víctima el mismo bien objeto material del delito. Mas cuando ella no resulta posible, por haber desaparecido o haberse destruido el objeto

material, o no estar el responsable en condiciones de recuperarlo, entonces debe acudir a la denominada restitución por “equivalencia”, que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto.

Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de 1936, para obtener la rebaja de pena el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia): hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de esta.

Mas cuando la devolución no es procedente, bien porque como en las tentativas, el ladrón no logró apoderarse de la cosa, o cuando aun habiéndolo logrado, esta es recuperada poco después por la propia víctima, o por las autoridades o terceros que se la regresan, no puede exigírsele al responsable, por imposible, la restitución “natural”, ni por injusta (implicaría un enriquecimiento sin causa por parte del perjudicado) la restitución “por equivalencia”. En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuyente punitiva, con el solo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta.

Pero es necesario aclarar que la imposibilidad de que se trata no puede haber sido creada por el responsable, porque entonces ya no puede afirmarse que es el legislador quien impone condiciones imposibles, sino que es él mismo quien así las convierte, al pretextar cumplirlas cuando ya no está en posibilidad de hacerlos.

Cuando la recuperación de objeto material del delito ha ocurrido después de pasado un tiempo razonable durante el cual pudo ser restituido (en forma natural o por equivalencia), y no se hizo, tal actitud del responsable demuestra por sí sola que este nunca tuvo voluntad de hacerlo, y por tanto no sería justo premiar su oportunismo, cuando solo después de recuperado el bien ofrece indemnizar y aduce la imposibilidad de restitución, impo-

sibilidad creada por él mismo, porque habiendo tenido la oportunidad de restituirlo y de indemnizar a la víctima, solo decide hacerlo cuando ya la restitución se ha cumplido contra su voluntad. Esto no es más que un oportunismo que la ley ni fomenta ni premia.

Este, desde luego, no es el caso *sub judice*. Los procesados acá nunca tuvieron la posibilidad de restituir el bien, por la rápida acción de las autoridades que los interceptaron y recuperaron el vehículo a pocas cuadras del lugar del apoderamiento, y cuando todavía huían en él tratando de llevarlo a un lugar seguro.

Una interpretación distinta de la anterior, como es la del Tribunal Superior, conduce a admitir que el legislador pueda imponer obligaciones no solo injustas si no de imposible cumplimiento, y que la norma excluye de sus beneficios, grados menos perfectos del delito y por tanto de menor gravedad, como lo son las tentativas.

Débase examinar, por último, para decidir si el cargo prospera, si los procesados ante la imposibilidad de restituir, cancelaron al menos la totalidad de los perjuicios causados con su delincuencia, como lo sostiene el recurrente.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 364 del Código de Procedimiento Penal, “en los hechos punibles contra el patrimonio económico, *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*” (subrayas de la Sala). Pero este procedimiento, que es el señalado por la ley para determinar la cuantía y el monto de la indemnización, no se cumplió en el caso *sub examine*. Al ofendido no se le llamó para que bajo juramento apreciara el monto de los perjuicios por él sufridos a consecuencia del delito de que fue víctima. El juez de primera instancia se limitó a designar un perito, que solo es procedente cuando

se impugna la tasación que bajo juramento hace el ofendido, y este experto rindió un dictamen que desconoció la verdad procesal, toda vez que sostuvo que “*no se causaron perjuicios materiales*” (fls. 72), cuando en realidad sí existieron.

El señor A. M. A. M. es conductor de oficio y su principal y único medio de trabajo es la camioneta hurtada (fls. 1; 13 vto; 14 y 14 vto), la cual estuvo retenida como consecuencia directa del atentado patrimonial, desde las primeras horas de la mañana del 18 de agosto de 1987 (fls. 2) hasta el 24 subsiguiente (fls. 23), cuando se produjo su entrega. Obvio es que durante todo ese tiempo el ofendido no pudo desempeñar sus actividades laborales habituales, porque para ello requería su automotor.

Como los procesados no cancelaron el valor de ese lucro cesante, cuyo monto, al igual que el proveniente por otros conceptos, tampoco se tasó de la manera prevista por la ley, es obvio que en relación con ellos no se reúnen a cabalidad las exigencias previstas en el artículo 374 del Código Penal, cuya aplicación invoca al censor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz—Jorge Carreño Luengas—Guillermo Dávila Muñoz—Jaime Giraldo Angel, con aclaración de voto—Gustavo Gómez Velásquez, aclaración de voto—Rodolfo Mantilla Jácome—Lisandro Martínez Zúñiga—Édgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con todo respeto nos permitimos disentir de la decisión mayoritaria no solo por cuanto consideramos que ella no consulta la función política de la norma, sino también porque en nuestra opinión va a tener consecuencias negativas para la justicia, pues implicará que la acción eficaz del Estado y de la comunidad frustrando la consumación de los delitos o logrando la recuperación rápida de los objetos materia de los mismos, redundará paradójicamente en beneficios significativos para los delincuentes.

Por otra parte, ella no se ajusta al texto mismo de la norma. En efecto, el art. 374 del Código Penal concede una rebaja de la pena de la mitad a las tres cuartas partes si "el responsable restituyere el objeto materia del delito o su valor e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado". Aun partiendo de la simple interpretación literal de este artículo, se llega a la conclusión de que para que el beneficio se pueda dar, se requieren dos elementos: la restitución del bien y el pago de perjuicios, y que ello se haga por el responsable de la infracción en forma voluntaria.

En cuanto al primer elemento, no hay ninguna duda de que la legislación actual modificó el régimen jurídico anterior, en el que solo se exigía la restitución del bien o la indemnización de perjuicios, utilizando en la redacción de la norma la conjunción disyuntiva "o", que ahora sustituyó el nuevo Código por la copulativa "e".

No compartimos la tesis de la providencia de que la restitución del bien no es indispensable para conceder el beneficio cuando ella no es posible, como ocurre en los casos de las tentativas o cuando se logra la rápida recuperación de aquel, arguyendo para el efecto que la ley no puede hacer exigencias imposibles de cumplir. Esta planteamiento solo tiene invalidez cuando la ley impone obligaciones, pero no cuando confiere beneficios, a los cuales solo se tendrá derecho cuando se cumplan

todos los supuestos señalados para su concesión. No se afirmaría, por ejemplo, que el recluso que no ha trabajado o estudiado porque el establecimiento carcelario no tiene posibilidades de permitirle la realización de estas labores, tiene de todas maneras derecho a que se rebaje la pena en la proporción señalada por la ley; o que en el peculado por destinación indebida se debe conceder la rebaja de la pena cuando ya se ha hecho la inversión de los dineros, pues sería imposible aplicarlos a su destinación inicial. Por eso es la misma ley la que señala las condiciones especiales en que se exonera del cumplimiento de los requisitos para disfrutar de un beneficio por ella establecido, como ocurre en el pago de los perjuicios para tener derecho a la condena de ejecución condicional. Aún más, en el caso concreto de la tentativa lo que parece colegirse de la ley es que excluye la diminución prevista por la norma comentada, pues en ella ya se prevé una reducción de la pena por no haberse consumado el ilícito, es decir, por no haberse producido el apoderamiento del bien.

En segundo lugar, la restitución debe ser hecha voluntariamente por el responsable del ilícito, como lo dice la norma al disponer que el beneficio se concede si "el responsable restituyere". No puede beneficiar a un delincuente, por ejemplo, la recuperación que se obtenga por acción de las autoridades, la víctima o terceros ajenos al delito.

Esta interpretación es la que corresponde más adecuadamente a la función política del beneficio, pues lo que pretende con él no es solo propiciar el resarcimiento de la víctima, sino sobre todo estimular el arrepentimiento del infractor y la búsqueda personal de su reintegro a la vida social, finalidad que implícitamente también reconoce la providencia de la cual nos separamos, al quitarle toda eficacia a la restitución que se hace en forma tardía, pues no refleja esa voluntad de arrepentimiento.

Por otra parte queremos destacar el peligro que para la vida institucional del país puede implicar esta interpretación, que va a determinar que siempre que los delitos contra el patrimonio económico se queden en el plano de la tentativa, o que se produzca una recuperación rápida de los objetos materia de los mismos

por acción eficaz de la autoridades o de la comunidad, deberá casi automáticamente aplicarse esta norma, pues los perjuicios que se causan en estas condiciones suelen ser insignificantes.

Jaime Giraldo Ángel—Gustavo Gómez Velásquez.

COMENTARIO

Son varios los aspectos a los que se hace alusión en esta providencia, motivo por el cual creemos conveniente referirnos por separado a cada uno de ellos, en procura de una mayor claridad.

I. Estamos plenamente de acuerdo con la providencia en lo atinente a la afirmación de que en los casos en los cuales al reo le es imposible la restitución del objeto material del delito (por haber sido recuperado por la víctima, por las autoridades o por terceros; por destrucción o por no ser posible su recuperación; y en los eventos de tentativa), bastará para la aplicación de la diminución punitiva consagrada en el art. 374 del C. P., que este indemnice los perjuicios materiales y morales causados con el hecho punible (restitución "por equivalencia"). Esta interpretación de la norma en mención, que tiene un consistente apoyo doctrinario y jurisprudencial¹, es la que mejor consulta los criterios teleológicos que subyacen en ella y la más consecuente con el principio de equidad que debe inspirar toda labor interpretativa que apunte a garantizar la vigencia de la justicia material.

II. Discrepamos, eso sí, de la aseveración de que para la procedencia de la rebaja de la pena prescrita en el art. 374 del C. P., la restitución y/o indemnización de los perjuicios debe ser un acto voluntario del que se infiera indubitadamente el "arrepentimiento" del procesado. Y nuestra oposición se fundamenta en lo siguiente:

A. El art. 374 del C. P. por ninguna parte menciona el "arrepentimiento" como elemento subjetivo especial de cuya existencia dependa la aplicación de la diminución punitiva prescrita en el mismo. Y si eso es así al vincular el "arrepentimiento" como exigencia adicional, no obstante no considerarlo la ley, con ello

¹ JOSE LIBRADO VÁSQUEZ, "La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 535 a 538; Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO: "Pago de perjuicios ocasionados por el hecho punible y la libertad provisional en los delitos contra el patrimonio económico", *Comentario* de NÓDIER AGUDELO BETANCUR, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 789 a 793; Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ: "Interpretación teleológica del artículo 374 Código Penal. La reparación en los delitos contra el patrimonio económico", *Comentario* de FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 109 a 117.

se viola el principio de legalidad o de reserva, norma rectora de la ley penal colombiana. La extendida existencia en nuestro país del punto de vista impugnado, es consecuencia de la deformación ideológica que el derecho penal de autor (peligrosismo) ha entronizado en el pensamiento jurídico colombiano.

B. Si fuere necesario el "arrepentimiento" en todos los eventos en que se restituya el objeto material y/o se indemnicen los perjuicios, consecuentemente tendríamos que concluir que esta conducta es una confesión de autoría y de responsabilidad, si el reo se hace acreedor a lo prescrito en la norma.

Perfectamente se pueden presentar casos en los cuales el procesado alegue no ser el autor, y así lo reivindique durante todo el proceso, y no obstante ello, con el fin —implícito o explícito— de obtener la libertad provisional (C. de P. P., art. 439, num. 7), o una rebaja de la pena en el evento de una condena, restituye el objeto material o su valor y/o indemniza los perjuicios. Obviamente aquí no hay "arrepentimiento", y sería arbitrario e injusto que por tal motivo no se le concediese la rebaja de pena prescrita en la norma aludida. Este planteamiento vale también cuando el procesado alega la concurrencia de una circunstancia configuradora de una causal de justificación o de inculpabilidad, eventos en los que tampoco será posible pregonar que la restitución y/o indemnización constituyen testimonio de "arrepentimiento". Con el criterio contrario al sostenido aquí, no sería extraño que se llegase al exabrupto de exigir que para conceder la rebaja de la pena, previamente tenga que darse la *confesión simple* de responsabilidad. Y en estricta lógica a no otra conclusión tiene que llegarse con esta posición.

C. Estamos convencidos de que en esta materia es necesario desarrollar cabalmente la filosofía del derecho penal de acto, a la cual se adscribe nuestro Código Penal, conforme a ella la razón de ser de la atenuación punitiva consagrada en el art. 374 del C. P., es que objetivamente la lesión al bien jurídico tutelado se disminuye, como consecuencia de la restitución y/o indemnización de perjuicios. Según esto, entonces, el "arrepentimiento" absolutamente nada tiene que ver en los fundamentos político-jurídicos que determinan la existencia de la norma.

Como corroboración de esta tesis es preciso decir que una de las finalidades fundamentales del proceso penal es el restablecimiento del derecho de los perjudicados con el delito (C. de P. P., arts. 11 y 16) y para lograrlo la ley crea mecanismos adecuados, como el estímulo de la rebaja de pena al reo que repare el daño causado con el hecho punible. No podemos olvidar que en los delitos contra el patrimonio económico el interés fundamental de los ofendidos estará en el restablecimiento de su derecho. Así las cosas, con el criterio aquí esbozado se le estaría dando aplicación al principio de primacía de la víctima, limitación funcional intrasistemática de nuestro derecho penal, que es desarrollo de una política criminal que consulta la necesidad de limitar cuantitativa y cualitativamente la violencia punitiva, en consideración a la profunda crisis de legitimidad por el que atraviesa, con justificadas razones, nuestro sistema penal².

² Cfr. ALESSANDRO BARATTA, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 428; EMIRO SANDOVAL

III. La decisión de no casar la sentencia impugnada se fundamenta en que el dictamen pericial "desconoció la verdad procesal", al sostener que no se causaron perjuicios materiales. Y como los condenados solo cubrieron el valor total de los perjuicios tasados por el perito, dejaron de hacerlo respecto de los perjuicios no tasados (como el lucro cesante), siendo entonces parcial la indemnización, y por ende, inaplicable el art. 374 del C. P.

Lo anterior nos merece las siguientes consideraciones:

A. El juez, atendiendo a los principios de *verdad material* (C. de P. P., art. 360) y *libertad de prueba* (art. 254), puede acudir a la prueba pericial para la evaluación de los perjuicios bien sea cuando considere que la tasación de los mismos por el perjudicado no corresponde a la realidad, o cuando este no ha tenido la oportunidad procesal de hacerlo. Recuérdese que la reparación del daño, constituye una de las causales de libertad provisional (art. 439-7), derecho que se haría nugatorio en caso de renuencia del perjudicado a hacer una evaluación juramentada de los perjuicios, cuando esta reviste pretensiones abusivas, o cuando la misma no existe.

B. Muy al contrario de lo que se dice en la providencia, consideramos que la auténtica "verdad procesal" en cuanto a los perjuicios es el dictamen pericial en torno a los mismos, ya que este fue legalmente producido (perito debidamente nombrado, posesionado y juramentado), no fue impugnado por las partes y satisfizo al juez de primera instancia que no ordenó su aclaración, ampliación o completación, cuando pudo hacerlo (Cfr. art. 276 C. de P. P.).

Y pasar por encima de esto, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia en la providencia en comento, constituye ni más ni menos un desconocimiento del derecho de defensa.

IV. Para concluir, es necesario referirnos al salvamento de voto a la sentencia objeto de nuestro comentario, que también se ha transcrito en su integridad en esta publicación y que interpreta todavía más restrictivamente la norma que la decisión mayoritaria de la Sala:

A. En primera instancia, en dicho salvamento de voto se privilegia una interpretación gramatical del texto, no obstante ser esta la forma más inidónea para desenrañar el contenido de las normas, olvidándose también de los criterios interpretativos lógico-sistemáticos y los teleológicos. Tiene plena cabida aquí lo que el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA dice sobre la interpretación gramatical: "La exégesis del texto es, pues, necesaria, pero regularmente insuficiente y políticamente peligrosa (apologa la voluntad del gobernante histórico, permanece en el pasado y por ende se cierra el fluir de las valoraciones socioculturales, y, en fin, reniega de la equidad

HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 115 y ss.; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Cómo es posible una dogmática axiológica", en Francesco Carrara. *Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Edit. Temis, 1988; *ibidem*; "Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

como fuente y faro de toda interpretación jurídica, sacrificando la justicia material en aras del más pedestre y vacío formalismo) ... es ilógica, empírica, primitiva, y puede conducir a los mayores exabruptos e injusticias"³.

B. La tesis principal se circunscribe a afirmar que la "restitución" no constituye una obligación para el reo, sino un "beneficio", que por ser tal no importa que las exigencias impuestas para el mismo sean imposibles de cumplir, porque en dicho caso simplemente no se hace acreedor al "beneficio".

Esta es una afirmación insólita por cuanto el ordenamiento jurídico en su conjunto es muy claro al señalar que la reparación de los perjuicios es una obligación que origina el hecho punible para los responsables del mismo, incluso siendo prevalente sobre las obligaciones que estos tengan por otros conceptos. Para acreditar esto basta citar lo prescrito en los arts. 103 del C. P. y 38 del C. de P. P., respectivamente.

"Art. 103.—Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan. Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa" (subraya nuestra).

"Art. 38.—Quiénes deben indemnizar. Están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, los penalmente responsables en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar".

Y si es una obligación, la norma no puede exigir imposibles, pudiéndose entonces cumplir con esta mediante la "restitución por equivalencia".

C. Consideramos que el trabajo y el estudio dentro de los establecimientos carcelarios constituyen un derecho de los reclusos y, correlativamente, una obligación del Estado de suministrarlos. Ello se infiere de las leyes aprobatorias de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (ley 74/68, arts. 7 y 10; ley 16/72, art. 5°), del principio de dignidad humana (C. de P. P., art. 2°) y del carácter teleológico de la pena (C. P., art. 12).

Y si el Estado en la práctica ha hecho caso omiso de dicha obligación, esta infame y criminal realidad no se puede instrumentalizar para con ella imponer cortapisas a otras garantías de los condenados.

D. Afirmer que la tentativa también está excluida de las prescripciones del art. 374 del C. P., constituye una lesión al principio de legalidad o de reserva, pues la norma no discrimina entre hechos consumados y tentados, para otorgarles a los primeros y negarles a los segundos la rebaja de la pena cuando hay reparación de los daños ocasionados con el hecho punible.

Además, si la tentativa comporta una reducción de la pena (C. P., art. 22), ello es consecuencia de que nuestra legislación se adscribe al derecho penal del acto o de la objetividad material del hecho punible, según el cual en la tentativa la lesión al bien jurídico es de menor entidad y, consecuentemente, menor ha de

ser la pena en relación con el delito consumado. Y no puede olvidarse que en los hechos tentados también se causan perjuicios materiales y morales —y en veces en mayor magnitud que en los consumados—, cuya indemnización es una obligación para los declarados responsables.

E. Cuando se habla del "peligro que para la vida institucional del país" puede representar la interpretación que acoge la mayoría de la Sala, por nosotros compartida (cfr. *supra* 1), tenemos que preguntarnos si ese peligro no viene más bien de la violencia estructural (miseria, hambre, desempleo y subempleo, concentración riqueza, concentración de tierra urbana y rural, pérdida poder adquisitivo de los raquíuticos salarios), etc ..., de la cual la violencia socioeconómica —a la cual pertenecen los delitos contra el patrimonio económico— es solo una de sus consecuencias. Y tampoco se puede olvidar que es precisamente en la protección a este bien jurídico en donde el sistema penal se muestra más asiduamente clasista y selectivo y donde el incremento punitivo ha sido excesivo abusando de la prevención general al punto de hacer verdadero terrorismo penal. También hay que decir que al sistema penal nuestro se le ha copado su capacidad operativa en este tipo de criminalidad, al punto de que todavía no se cuestiona su idoneidad para criminalizar efectivamente las formas de violencia que sí están quebrando la "vida institucional del país": paramilitares, desaparecimientos, asesinatos políticos, terrorismo, genocidios, masacres colectivas, escuadrones de la muerte, etc., etc.

³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 82. Una crítica a la interpretación gramatical en este específico punto, en el *Comentario* de FERNANDO VELÁSQUEZ V., citado en la nota 1.