

# JURISPRUDENCIA

## Corte Suprema de Justicia

### PAGO DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL HECHO PUNIBLE Y LIBERTAD PROVISIONAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Cuando se den los presupuestos del art. 503 del C. de P. P. (si lo solicitare el ministerio público o la parte civil, o hubiere bienes embargados o secuestrados), es imperativo el nombramiento de peritos para el avalúo de los perjuicios. No obstante, el mismo Código de Procedimiento (arts. 334, num. 6, 380, 102) señala que se deben practicar durante el sumario todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito.

En materia de delitos contra el patrimonio económico la indemnización de los perjuicios opera en un doble plano: para la rebaja de la pena en el momento de la sentencia, según el art. 374, y a efectos de conceder la libertad provisional en los casos señalados por el art. 453 del C. de P. P., núm. 2. Para fijar la cuantía, debe estarse a lo demostrado en el proceso. Empero, si ella no ha sido fijada, puede el juez señalarla discrecionalmente, siguiendo los lineamientos del art. 107 del Código Penal, disposición de la cual se deduce la posibilidad de obrar en esta forma. Sin embargo, tal determinación es provisional.

Auto del 21 de abril de 1983.

Magistrado ponente: Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Se sindicó a los magistrados denunciados por haber estimado caprichosamente y sin la intervención de perito el valor de los perjuicios ocasionados con el delito, para efectos de la concesión de la libertad provisional. Con relación a este punto es necesario hacer algunas consideraciones previas.

El art. 453 del C. de P. P. dispone que

se podrá conceder la libertad mediante caución, en los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el art. 429 del C. P. A su vez este artículo, que era la norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, estipula que la pena se disminuirá si antes de que se pronuncie sentencia el responsable

restituye el objeto materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado.

Dos eran, pues, las exigencias que alternativamente reclamaba la legislación de 1936 (el nuevo Código las demanda acumulativamente), esto es, que restituyera o que indemnizara. El concepto de restitución supone la devolución de lo apropiado o de su valor (art. 346 C. de P. P.); en cambio el concepto de indemnización representa la reparación de todos los daños que el hecho punible haya ocasionado. *La restitución es, pues, uno de los aspectos de la indemnización de los daños materiales, como que en los delitos contra el patrimonio el daño emergente está representado por la desposesión de que se ha hecho víctima al titular del derecho.*

En estas condiciones la legislación penal de 1936 consagraba una antitécnica circunstancia de atenuación punitiva en el art. 429, pues la disyuntiva que planteaba era, de una parte, la *simple restitución*, mientras que la otra alternativa era la indemnización plena, vale decir, el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados con el hecho, esto es, la reparación por daño emergente, lucro cesante y pago de los perjuicios de orden moral (C. C., arts. 1613 y 1614).

La nueva legislación, por el contrario, exige la total reparación, pues demanda la *restitución e indemnización*, término este que comprende al primero, evitando de esta manera el contrasentido advertido en la anterior codificación.

Discútese, de otra parte, acerca de la oportunidad procesal para disponer el avalúo de los perjuicios. Parecería que la respuesta se encuentra en el art. 503 del ordenamiento procesal, que señala que en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba el juez designará perito para avaluar los daños ocasionados, si así lo solicita el ministerio público o la parte civil, o hay bienes embargados o secuestrados. Sin embargo, señala el num. 6° del art. 334 del C. de P. P. que

uno de los fines de la investigación es la determinación de los daños y perjuicios de orden material y moral causados con la infracción, principio reiterado en el art. 380 del mismo ordenamiento, que señala que el instructor deberá, de oficio o a petición del ministerio público (C. de P. P., art. 102) o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el delito.

Significa lo anterior que desde el momento mismo en que se abre la investigación deben ser practicadas las pruebas tendientes a la demostración y cuantificación del daño, entre otras cosas para dar elementos al juzgador para la aplicación del art. 107 del C. P.; no obstante, si se dan las circunstancias previstas en el art. 503 del C. de P. P., es imperativo el nombramiento de perito para el avalúo de los perjuicios.

La indemnización de perjuicios en los delitos contra el patrimonio opera en un doble plano, pues se debe tener en cuenta en el momento de proferir sentencia de condena para la rebaja de pena prevista en la disposición sustantiva, y también debe ser considerada en cualquier estado del proceso para los efectos de la concesión del beneficio de la libertad bajo fianza (num. 2° del art. 453 del C. de P. P.). La cuantía de los daños en los dos casos citados será la que procesalmente haya recibido demostración; no obstante, el art. 107 del nuevo ordenamiento penal atribuye discrecionalidad en ciertos casos al funcionario para determinarla, cuando en el proceso no se haya fijado su monto, *de donde puede concluirse que, si no ha sido establecida en el proceso, también el juez puede señalarla discrecionalmente para poder otorgar el beneficio de libertad provisional*. Es obvio que esta facultad del funcionario debe estar orientada por los lineamientos que le señala el inciso del citado art. 107 del Código Penal.

Sin embargo, la determinación del monto de los perjuicios que haga el funcionario,

además de que puede ser objetada y sometida a reconsideración, es *provisional*, pues en el curso del proceso puede llegar a establecerse que es otro el valor de los perjuicios, caso en el cual el libertado provisionalmente deberá incrementar el pago, si resulta una cifra mayor, para continuar en libertad provisional, o le deberá ser devuelto lo que haya consignado en exceso, si se establece una cifra menor.

En el caso que ahora ocupa a la Sala, los funcionarios sindicados consideraron que el valor de los perjuicios, para efectos de la libertad bajo fianza, equivalían a \$ 300.000.00 y exigieron la consignación de

esa suma. Si se tiene en cuenta que no había lugar a restitución, pues el objeto materia del ilícito no había sido apropiado por el procesado, la estimación de esa cifra provisional no parece inadecuada, a pesar de que la parte civil considerara que los perjuicios valen cinco millones de pesos, *pues estos no son necesariamente los que reclama el perjudicado, ni los que caprichosamente ofrezca el procesado.*

En estas condiciones es obvio que los magistrados sindicados no cometieron delito alguno, por lo tanto, deberán ser sobreseídos definitivamente.

### NOTA DEL DIRECTOR

Sobre el tema que ocupa a la Honorable Corte Suprema de Justicia ya se han publicado con anterioridad otros estudios en esta Revista, así:

1) "Peritos en el juicio para evaluar daños y perjuicios tendientes a aplicar el art. 429 del Código Penal" (*Nuevo Foro Penal*, núm. 1, pág. 78).

En esta providencia del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Dr. FABIO ARISTIZABAL OSPINA, se discutía la posibilidad de que en la etapa probatoria del juicio se solicite por parte del defensor la prueba pericial con el fin de que se avalúen los perjuicios causados con la infracción, en orden a obtener los beneficios que de ellos se siguen. La dificultad radica en el art. 503 del C. de P. P. En efecto, dice este artículo: "en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba, el juez designará el perito o peritos que deben avaluar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, si así se solicitare por el ministerio público o por la parte civil, o si hubiere bienes del sindicado, embargados o secuestrados".

Se ha hecho hincapié en la parte "*en el mismo auto en que se abre el juicio a prueba ...si así se solicitare por el ministerio público o por la parte civil o si hubiere bienes embargados o secuestrados*". De aquí se ha deducido por algunos que la oportunidad para el nombramiento de peritos es solo "en el mismo auto" que abre el juicio a pruebas y que las personas que pueden solicitar tal nombramiento de peritos son solo el ministerio público o la "parte civil", o de oficio, si "hubiere bienes secuestrados o embargados".

De lo anterior se ha llegado a la siguiente interpretación: se abre el juicio a pruebas y dentro del término de tres días el defensor solicita que se nombren peritos para el avalúo de los daños y perjuicios. Algunos funcionarios niegan la práctica de la prueba ya que, según piensan, tal nombramiento se debe hacer "en el mismo auto en que se abre el juicio a pruebas" de conformidad con el art. 503, y en este caso el defensor no es mencionado entre las personas que pueden solicitarlo, ya que solo se alude a la parte civil o al ministerio público.

Contra esta tesis se pronunció el Honorable Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 18 de diciembre de 1975, cuyos apartes más importantes se publicaron en la *Nuevo Foro Penal*, número 1 y se reproducen aquí:

"En ese orden, las pruebas tendientes a establecer esos hechos y determinar su cuantía o valor no pueden considerarse como inconducentes; por tanto, como reza el art. 219 del estatuto que se viene citando, el procesado, su apoderado, etc., pueden pedir la práctica de esas pruebas, «... y el funcionario dispondrá que se practiquen a la mayor brevedad».

“Coartar ese derecho, sin razones de peso, conculca las garantías y derechos de la defensa del reo, a lo cual se oponen la equidad y las normas de la Carta Fundamental.

“Del art. 330 del C. de P. P. se copia: «El funcionario de instrucción deberá, de oficio o a petición del ministerio público o de la parte civil, practicar todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción».

“Uno de los argumentos —el más socorrido— para rechazar las pretensiones del recurrente se hace consistir en el texto del art. 503 del precitado estatuto. La Sala considera que la interpretación dada a esa disposición no viene al caso, por las siguientes razones:

“El art. 330 *ibidem* consagra la oficiosidad o gratuidad de la práctica de «...todas las diligencias que sean necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción».

“Ahora bien, lo que se dispone en el art. 136 y en el 503 de la tantas veces citada ley adjetiva, debe entenderse, sin menoscabo de los principios generales que amparan el derecho de la defensa, entre los cuales se encuentran el que se investigue no solamente lo desfavorable, sino también lo favorable al procesado (artículo 335), y la autorización para pedir la práctica de las pruebas que fueron conducentes (art. 219 *ibidem*).

“Las dos disposiciones primeramente citadas (arts. 136 y 503 del C. de P. P.) miran más hacia la acción penal, que es de orden público, y hacia los intereses del ofendido o perjudicado; pero ello no quiere decir, no podría decirlo, que eso coarte o limite las garantías y derechos de la defensa del reo, cuando esto se ejerce oportunamente y mediante el empleo de medios conducentes.

“La conducencia es la única limitación que trae la norma reguladora de la potestad de pedir pruebas, y, en cuanto a la oportunidad, lógicamente se desprende que esa potestad puede ejercerse, bien sea durante la formación del sumario, o bien en el período probatorio del juicio, dentro del cual (art. 500 del C. de P. P.), «...las personas que intervengan en el proceso (subraya la Sala) podrán pedir las que consideren pertinentes»”.

“2) La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico”, concepto del fiscal cuarto del Tribunal Superior de Medellín, Dr. JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ. (*Nuevo Foro Penal*, núm. 13, pág. 535).

Mientras que el art. 429 del Código Penal de 1936 condicionaba la rebaja de la pena en los delitos contra el patrimonio a la restitución o a la indemnización, en forma alternativa, el nuevo Código Penal opta por una disyuntiva: si el responsable “restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado” (art. 374).

Pues bien: puede suceder que a un individuo se le haya incautado el objeto del cual se ha apropiado y que en el transcurso del proceso, sin embargo, indemneze los perjuicios. Una interpretación literal y restrictiva llevaría a la conclusión de que quien así obra no es acreedor a la atenuación de la pena prevista en el art. 374, ni al beneficio de la libertad provisional contemplado en el num. 2 del art. 453 del C. de P. P., por no darse el requisito de la “restitución”.

Contra tal interpretación se pronunció el Dr. JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ:

“Pero la ley no puede erigir en materia de exigencia conductas o actos de imposible cumplimiento. Si así lo hiciera, sería lógico concluir que la ley no tiene otro fin que el de la burla, lo que sería presuponer el absurdo. Para cualquier autor de delito contra la propiedad es imposible restituir voluntariamente, en ningún momento procesal, lo que le ha sido *decomisado antes* de la iniciación del proceso. Tal devolución sería imposible aun para el más ocasional, el menos peligroso de los delincuentes, por la sencillez e inevitable circunstancia de que su voluntad, aun siendo la más recta y loable respecto de la restitución, no podría desembocar en esta debido a que el sujeto no tiene la cosa consigo.

Cualquiera que sea la posición que a este respecto se adopte, no podrá negarse la diferencia existente entre el sindicado o procesado a quien se le decomisó el objeto material de su delito y, obviamente, *no restituye*, porque no puede, aun cuando quisiera hacerlo, y aquel otro que desde el momento de la sustracción o el apoderamiento tiene a buen seguro la cosa y *no la restituye*, aunque podría restituirla si quisiera.

Por ello, a quien se le ha decomisado, si bien es cierto que no restituye, también lo es que está en *imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de cumplir lo que la ley *esencialmente* quiere de él, que con la indemnización de los perjuicios. La fiscalía cree no exagerar si afirma que la negativa de la señorita juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto—

que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les decomisó los objetos y la autoriza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron a su disposición —siendo probable que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se avecina una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido un indudable perjuicio.

No sin razón se quejaba el doctor Jaime Bernal Cuéllar, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado. “Ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— forma alternativa, restituir o indemnizar y no en forma acumulativa, restituir e indemnizar. Y también encuentro una crítica a esta norma: aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente”<sup>1</sup>. Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante lo cual la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374.

Amén de que se presupone que merece mayor protección estatal la propiedad privada o particular que los bienes públicos u oficiales, lo cual es absolutamente aberrante ya que la primera tiene el más desvelado e interesado o motivado defensor en su propio titular, en tanto que la segunda, siendo de rango superior porque es nada menos que un medio de cumplir sus fines el Estado, está librada a una burocracia no siempre honesta y, en todo caso, carente de un interés directo en su conservación y buena administración.

Pero tal interpretación sería meramente declarativa, forma esta de la que se ha dicho juiciosamente que no es interpretación. Con ella, la interpretación legal desaparece y se abandona el deber de desentrañar el espíritu de la ley y de realizar la equidad.

Del art. 429 del anterior Código se había dicho que resultaba siendo clasista por cuanto consagraba un beneficio al cual solo podría acceder quien tuviera la posibilidad de restituir el objeto del delito o su valor, o indemnizar los perjuicios. Esa crítica, que fue justa en su momento, adquiere hoy mayor razón de ser si se entiende, como literalmente se dice en el art. 374 del nuevo Código, que han de cumplirse ambos comportamientos.

La interpretación que la fiscalía propone con todo respeto a la honorable Sala, quiere consultar aquel inmenso valor de la equidad, atendiendo también al art. 6° del Código Penal, en cuanto repite el mandato constitucional según el cual lo permisivo o favorable prefiere a su contrario, pero antes que a toda consagración positiva, atiende al principio universal *Favores sunt ampliandi et odia sunt restringendi*.

3) “Interpretación teleológica del art. 374 del Código Penal: la reparación en los delitos contra el patrimonio económico”. (*Nuevo Foro Penal*, núm. 17, pág. 109).

Se trata en este caso de dos providencias del Honorable Tribunal Superior de Medellín, de 9 de octubre de 1981, ponente Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, y otra de 19 de octubre de 1981, ponente Dra. ALICIA ROLDÁN RUIZ. En tales providencias se pronuncia el tribunal en el mismo sentido del concepto anterior. En la primera de las citadas, transcribe el concepto del mismo Dr. LIBRADO VÁSQUEZ dado por este en el proceso que se resolvía, y además, anota el Honorable Tribunal:

“...La Sala aprecia que la *indemnización* es un término más comprensivo y genérico que el de *restitución* porque esta ciertamente indemniza de manera muy específica como es cancelando los perjuicios subsiguientes de la víctima con la devolución del objeto que había sido sustraído; en tanto que aquella implica la indemnización en todos los frentes. Por manera que vale la pena al abrigo de la equidad y de la justicia, entender que la indicada expresión del legislador en el art. 374, aparentemente infortunada al no consagrarse la forma *alternativa*, lo que quiso fue ser enfático en el ámbito de la indemnización.

“Por manera, entonces, que habiendo existido la indemnización en los términos en que el propio ofendido expresa, no queda en pie objeción para negarle el beneficio excarcelatorio que le ha sido negado” (pág. 117).

Por su parte la magistrada ALICIA ROLDÁN, después de rechazar en materia penal una interpretación que se limite a la sola lectura del texto legal, afirma:

“En la interpretación de la norma que se discute (C. P., art. 374), no debe pasar inadvertida la circunstancia de que ella parte del supuesto de que el objeto del delito haya quedado en poder del delincuente, dentro de la órbita del dominio que le haya señalado después de sustraerlo de la esfera de protección que le había dispensado su dueño o tenedor legítimo.

“Más cuando se da el caso de que el bien u objeto del ilícito fue decomisado o incautado, es obvio que no tiene efectividad la exigencia de *restitución* del mismo porque hay sustracción de materia, y la ley no puede exigir *imposibles*, como lo anota el señor fiscal. En tales casos, para aspirar a la gracia indicada en la norma de que se habla, basta apenas que el agente del delito indemnice los perjuicios” (pág. 118).