

PROCESO No. 9657

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.177

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado doctor Nilson Pinilla Pinilla, resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 25 de marzo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a los procesados ALPIDIO RAMIREZ REYES, CARLOS ANIBAL PINEDA PEÑA y JOSE VICENTE CRUZ CRUZ, a la pena principal de 30 meses y 20 días de prisión, como coautores responsables de los delitos de hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal.

El día 29 de octubre de 1993, en las horas de la mañana, unidades de la Policía Nacional, alertadas por una llamada telefónica que informaba de la presencia de varias personas sospechosas en la residencia distinguida con el No.104-49 de la transversal 38 de Santa Fe de Bogotá, se dirigieron al lugar, en donde después de un enfrentamiento de disparos, lograron la captura de Alpidio Ramírez Reyes, Carlos Aníbal Pineda Peña y José Vicente Cruz Cruz, en cuyo poder fueron encontradas una pistola Browning, una pistola C-Z, una pistola de fulminantes, y cartuchos adicionales para las

primeras (fls.1).

En el interior de la residencia las autoridades hallaron a Evidalia Gil Hernández, empleada del servicio doméstico de 54 años de edad, atada y amordazada, y enseres varios, valuados en 2.5 millones de pesos, listos para ser retirados del lugar. Otros bienes por valor de doscientos mil pesos, consistentes en joyas y relojes, lograron ser objeto de apoderamiento por el grupo de asaltantes.

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en declaración indagatoria a los capturados, quienes afirmaron no haber tenido participación en los hechos, y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 17, 18, 22, 26 y 43-1).

En declaración bajo juramento, Luis Fernando Lara Rodríguez, propietario de la residencia, avaluó los daños y perjuicios causados en doscientos cincuenta mil pesos, discriminados así: doscientos mil correspondientes al valor de las joyas y relojes sustraídos, y cincuenta mil pesos en razón de dos tejas plásticas que los asaltantes destruyeron en su huida (fls.41-1).

Con el propósito de indemnizar al sujeto pasivo de la infracción, y lograr la libertad provisional de los indagados, la defensa aportó al proceso un título de depósito judicial por el valor señalado (fls.61 y 63-1). La Fiscalía reconoció el pago, pero negó la libertad de los procesados, argumentando que no concurrían las exigencias requeridas para suspender condicionalmente la pena en el evento de una sentencia condenatoria (fls. 64-1).

Previo el cumplimiento del trámite previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 3º de la ley 81/93 y 11 de la ley 365/97), la Fiscalía formuló anticipadamente cargos a los procesados por los delitos de

hurto calificado agravado, y porte ilegal de armas, conforme a lo establecido en los artículos 350 numerales 1º, 2º y 3º, 351 numeral 10º y 372 numeral 1º del Código Penal, y artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 (Decreto 2266/91, art.1º,) siendo aceptados por éstos. Al término de la diligencia, el defensor solicitó aplicar, además de la rebaja de pena de una tercera parte por sentencia anticipada, la prevista en el artículo 374 del Código Penal, por reparación de perjuicios (fls.77-1).

Mediante sentencia de 21 de enero de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito condenó a los acusados a la pena principal de 30 meses y 20 días de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores responsables de los delitos de Hurto calificado agravado y “fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones”, conforme a los cargos imputados por la Fiscalía y aceptados por ellos. También, al pago de doscientos cincuenta mil pesos por concepto de daños y perjuicios, y les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Al dosificar la pena, el Juez aplicó la rebaja establecida en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (arts.3º de la ley 81/93 y 11 de la ley 365/97), por haberse acogido los acusados a sentencia anticipada, pero negó la prevista en el artículo 374 del Código Penal por reparación de perjuicios, argumentando que para acceder a ella era necesario que los procesados hubieran demostrado un sincero arrepentimiento, y que este requisito no se cumplía en el presente caso (fls. 87 y ss-1).

El defensor de los procesados apeló este fallo con el propósito de obtener la rebaja de pena negada por el juzgador de primer grado, y el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, pero el Tribunal, mediante el suyo que ahora recurre en casación Alpidio Ramírez Reyes, negó sus pretensiones, reafirmando, en decisión de mayoría, la tesis expuesta por el a quo, y citando, al efecto, doctrina de la Corte (fls. 4, 11 vto. y 17-2).

La demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, el censor acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, en razón a no haberse tenido en cuenta por los juzgadores que los procesados, en la diligencia de formulación y aceptación de cargos, hicieron expresas e inequívocas manifestaciones de arrepentimiento, y que no fueron presionados por nadie cuando consignaron el valor de la reparación, todo lo cual los hacía acreedores a la rebaja de pena establecida en el artículo 374 del Código Penal.

Argumenta que si bien es cierto los sindicados negaron inicialmente su participación en los hechos, no puede perderse de vista que todo imputado tiene derecho a asumir una estrategia defensiva, y que de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Nacional, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Afirma, apoyado en interpretaciones doctrinales, y en el salvamento de voto del Magistrado disidente, que lo buscado a través del artículo 374 es obtener un rápido y efectivo resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción, haciendo menos nocivas las consecuencias que ha acarreado la conducta ilícita, y que estas finalidades han sido cumplidas a cabalidad en el presente caso.

Pide a la Corte, en consecuencia, casar el fallo impugnado, y dictar el que en derecho corresponde (fls. 57-2).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal es del criterio que el cargo debe prosperar, pues considera que el artículo 374 del Código Penal consagra una aminorante de pena meramente objetiva, sin más condicionamientos que la restitución del objeto material del delito, su valor, o la indemnización de los perjuicios, y que en el presente caso este presupuesto ha sido satisfecho.

Reconoce que el escrito impugnatorio adolece de imprecisiones en la concreción inicial del reparo, pero sostiene que de su desarrollo argumentativo es posible extraer con claridad que lo pretendido por el actor es denunciar una violación directa del artículo 374 del Código Penal “en el sentido de errónea interpretación, que condujo a su falta de aplicación”.

Califica como equivocada la postura de la Sala mayoritaria del Tribunal, al negar la rebaja de pena por reparación apoyándose en una jurisprudencia de la Corte “que no ha tenido eco”, y exigiendo para su procedencia requisitos subjetivos que la norma no impone. Más aún, haciendo depender la ausencia de arrepentimiento en los procesados, de haber negado en indagatoria su participación en los hechos, haber solicitado la libertad provisional, y acudido a la sentencia anticipada, instituciones todas que constituyen derechos consagrados en su favor, y cuyo ejercicio no puede calificarse de oportunismo o falta de arrepentimiento.

Solicita, por tanto, casar parcialmente el fallo impugnado, y reconocer en favor de los procesados la reducción de pena prevista en el multicitado artículo 374 del Código Penal (fls.255 del cuaderno de la Corte).

SE CONSIDERA:

Aspecto técnico de la demanda.

Aunque la demanda no concreta la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, razón le asiste al Procurador Segundo Delegado cuando sostiene que de su contenido y desarrollo puede establecerse sin dificultades que la pretensión del casacionista es denunciar una violación directa del artículo 374 del Código Penal.

No puede compartir la Sala, sin embargo, la precisión complementaria que la Delegada hace, en el sentido de que a la infracción de la norma sustancial se habría llegado por interpretación errónea y falta de aplicación. Principios de técnica casacional enseñan que estos conceptos de la infracción de la ley no pueden ser concurrentes, pues mientras el primero presupone aplicación de la norma violada, el segundo implica inaplicación de ella, siendo en consecuencia contradictorio invocar estos dos sentidos de la violación en relación con un mismo precepto sustancial.

La Corte entiende, y así lo ha sostenido en oportunidades anteriores, que a la aplicación indebida o inaplicación de una norma legal puede llegarse porque el juzgador malinterpreta su alcance, pero la concreción del sentido de la violación no puede hacerse depender de las razones que determinaron el error, sino del error mismo, es decir de su realización en las equivocadas apreciaciones jurídicas.

Por eso, en eventos como el que se analiza, donde el actor demanda la aplicación de un precepto sustancial que los juzgadores de instancia no aplicaron, siendo el llamado a regular el caso, el concepto o sentido de la violación a invocar deberá ser falta de aplicación, independientemente de los motivos que hayan podido haber determinado ese yerro.

Respuesta a la censura.

Antes de entrar a determinar si el supuesto fáctico recogido por el artículo 374 del Código Penal ha tenido concreción en el presente caso, varias son las precisiones que debe hacer la Corte sobre la naturaleza y alcance del referido precepto:

1. Es un mecanismo de reducción de pena, no una atenuante de responsabilidad. La rebaja en ella establecida no se deriva de una circunstancia concomitante al hecho punible, que pueda incidir en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, o en los grados o formas de participación, sino de una actitud posdelictual del imputado, de carácter procesal, que para nada varía el juicio de responsabilidad penal, y que como tal solo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.

Siendo ello así, la disminución punitiva allí prevista debe entenderse referida a la dosificación judicial, no a los límites establecidos en cada uno de los tipos penales que conforman el capítulo de los delitos contra el patrimonio económico, como pareciera insinuarlo la redacción del precepto, razón por la que, para el presente caso, se habilita el interés para recurrir, tratándose de sentencia anticipada.

La concreción y modificación de los extremos punitivos es de competencia del legislador, no del Juez, luego mal puede pensarse que la rebaja prevista en la norma, siendo de aplicación judicial (EL JUEZ podrá disminuir, reza el precepto), modifica los mínimos y máximos punitivos señalados en cada una de las citadas disposiciones penales.

Obsérvese que cuando el legislador introduce este tipo de modificaciones, lo hace directamente (arts. 22, 24, 30, 60 C. P.), y si en esta oportunidad no lo hizo, sino que defirió la aplicación de la rebaja al Juzgador, es porque no fue su voluntad afectar dichos topes.

En consecuencia, las rebajas establecidas en la citada disposición, en cuanto no comprometen los límites punitivos señalados en el tipo penal que define el delito realizado, no pueden afectar el término de prescripción de la acción penal, ni incidir en la determinación de la pena máxima para efectos de establecer la procedencia del recurso de casación.

2. Como norma imperativa, no es de aplicación facultativa por el Juez. La expresión “podrá disminuir” que contiene el precepto, no significa, como ha sido entendido en algunas instancias judiciales, que su aplicación sea discrecional, de suerte que aún cumpliéndose la condición en ella establecida, pueda el juzgador negar la rebaja.

Las normas penales, como la mayoría de los mandamientos jurídicos, son por esencia de carácter imperativo, de suerte que cumplida la condición en ella fijada para su operancia, el funcionario judicial no tiene alternativa distinta de aplicar la consecuencia jurídica. En materia penal no existen normas que confieran al Juez la facultad de optar por su no aplicación, habiendo sido cumplido el supuesto fáctico en ella previsto.

La inflexión verbal “podrá”, a la cual se ha hecho alusión, está referida a la facultad que tiene el Juez de reducir la pena de la mitad a las tres cuartas partes, es decir, a la posibilidad de fijar el quantum entre los límites mínimo y máximo que la propia norma consagra, teniendo por norte los criterios establecidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal.

Con dicha directriz solo se pretendió fijar un marco de racionalidad en la aplicación de la consecuencia jurídica, en manera alguna condicionar al criterio del juzgador la procedencia de la norma misma.

3. Es de carácter eminentemente objetivo, en cuanto que el supuesto fáctico que recoge puede ser constatado por el funcionario judicial sin necesidad de tener que recurrir a valoraciones subjetivas.

Para la operancia de la rebaja, la norma solo exige que el responsable restituya el objeto materia del delito o su valor, e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado. Las motivaciones que hayan podido haber determinado su

decisión, o los sentimientos que haya experimentado al hacerlo, no son aspectos que determinen la aplicación o no de la consecuencia jurídica. De allí que su exigencia sea ilegítima.

Si lo pretendido a través de la rebaja consagrada en el norma fue crear un mecanismo de estímulo para que el procesado haga cesar los efectos de la conducta delictiva mediante el reintegro del objeto material del delito o su valor, y la indemnización al ofendido o perjudicado, dicho propósito resultaría comprometido con las exigencias adicionales anotadas, ante la certeza de que aún reparando el daño, la retribución anunciada (reducción de pena) podría terminar siendo desconocida.

4. Es de condición alternativa supletoria. Esto significa que cuando la restitución del objeto material es posible, es ésta la que debe hacerse por el procesado, y que solo cuando sea irrealizable, porque el objeto material ha desaparecido, o ha sido destruido, o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, puede acudir a la restitución por equivalencia, que se concreta, según lo establece la norma, en el pago del valor del objeto. En ambos casos (restitución natural y por equivalencia), el responsable debe indemnizar al ofendido los perjuicios causados.

Es de precisarse que si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamiento como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado, o la que pericialmente se realice (art. 295 C. P. P.).

5. La reparación debe ser integral. Esto significa que las restituciones e indemnizaciones deben ser totales, no parciales. Los resarcimientos incompletos, solo ameritan el reconocimiento de la circunstancia genérica de atenuación prevista en el artículo 64.7 del Código Penal.

6. Tiene aplicación extensiva, en cuanto que la consecuencia jurídica (rebaja de pena) debe ser aplicada a todos los procesados, sea cual fuere de ellos quien haya realizado la restitución o asumido el pago.

En el caso que es objeto de estudio se tiene que los procesados consignaron la suma de doscientos cincuenta mil pesos a título de reparación de perjuicios, teniendo en cuenta la estimación que de ellos hizo el ofendido bajo juramento: doscientos mil pesos correspondientes al valor de los relojes y las joyas no recuperadas; y, cincuenta mil pesos más por los daños materiales causados (ruptura de dos tejas plásticas).

Ningún reclamo presentó el ofendido por razón de perjuicios morales, razón por la que debe entenderse, en sana lógica, que los consideró inexistentes, no siendo del resorte del funcionario judicial entrar a cuestionar su pretensión indemnizatoria, pues la facultad de presentar objeciones solo la tienen en esta concreta hipótesis los sujetos procesales (art.295 C.P.P.). De allí que los juzgadores hayan decidido acoger la estimación realizada por el ofendido, sin entrar a hacer agregaciones.

Esta realidad fáctico procesal indica que, en el presente caso, hubo reparación integral, y que la rebaja de pena dispuesta en el citado artículo 374 del Código Penal, resultaba obligatoria, según las premisas que vienen de ser establecidas, en las cuales se precisan criterios jurisprudenciales anteriores de la Corte en relación con los alcances del mencionado precepto.

Por tanto, se casará el fallo impugnado para aplicar a la pena impuesta por el delito de hurto, una rebaja del mínimo establecido en la norma (la mitad), en razón de la gravedad, circunstancias y modalidades del hecho punible (art.374.2 C.P.). Siguiendo los parámetros de dosificación aplicados por los juzgadores de instancia, la pena a imponer sería la siguiente:

Veinticuatro meses por el hurto calificado (art. 350 C.P.);

cuatro meses más por la agravante del artículo 351.10; y, ocho meses adicionales por la cuantía (art.372), para un subtotal de TREINTA Y SEIS MESES DE PRISION. A este guarismo aplicamos la rebaja de pena por restitución (la mitad), para un total de DIECIOCHO MESES DE PRISION, que vendría a ser la pena correspondiente al delito contra el patrimonio económico.

Por el concurso, el juzgador de primer grado incrementó 10 meses, los que sumados a la pena por el delito de hurto, totalizan VEINTIOCHO MESES. Finalmente debe hacerse la rebaja de la tercera parte por sentencia anticipada, para una pena definitiva de DIECIOCHO MESES, VEINTE DIAS DE PRISION.

Esta decisión se hará extensiva a los procesados no recurrentes, conforme a lo establecido en el artículo 243 del estatuto procesal.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E.

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. CONDENAR a los procesados Alpidio Ramírez Reyes, Carlos Aníbal Pineda Peña y José Vicente Cruz Cruz, a la pena principal de DIECIOCHO (18) MESES Y VEINTE (20) DIAS de prisión. En un término igual queda fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CUMPLASE.

JORGE CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

LUIS BERNARDO ALZATE G. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

Conjuez

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

SALVAMENTO DE VOTO

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido hacia las determinaciones de la mayoría, me permito transcribir y reiterar a continuación algunos de los planteamientos relevantes de la

ponencia que presenté ante la Sala, que no encontraron acogida y motivaron la elaboración de otro proyecto por el señor Magistrado siguiente, con el cual se decidió el asunto con mi disentimiento:

1°. Tratándose de la sentencia anticipada, el interés para recurrir se encuentra limitado respecto del sindicado y su defensor, por el ordinal 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, ya que únicamente pueden impugnar lo referente a la dosificación punitiva, el subrogado de la ejecución condicional de la pena, la extinción del dominio y la condena a la indemnización de perjuicios.

Estas restricciones emergen de la aceptación libre y voluntaria de la responsabilidad sobre el hecho imputado y tienden a superar retractaciones del procesado, sin perjuicio de que en el evento de haberse vulnerado de manera grave e insubsanable verdaderas garantías fundamentales, el juez se abstenga de dictar sentencia y adopte el correctivo pertinente.

La dosificación de la pena se dirige a su delimitación cuantitativa para el asunto concreto, encontrándose establecida la fase cualitativa (selección de la clase de sanción). Está encaminada a la determinación entre los topes mínimo y máximo, establecidos los factores que impongan modificar los extremos punitivos de acuerdo con lo consagrado en normas como los artículos 22, 24 a 28, 30 y 60 del Código Penal y materializando lo que sea pertinente de la parte especial de dicho estatuto para cada situación específica, a la que finalmente serán aplicados los criterios instituidos por el artículo 61 ibídem.

Como la circunstancia del artículo 374 ibídem es un mecanismo de reducción de la pena a imponer en los delitos contra el patrimonio económico, su reconocimiento recortado o su no otorgamiento en la sentencia anticipada sí genera interés para recurrir, que también existe, por ejemplo, cuando con posterioridad a la aceptación, pero

dentro de la oportunidad legal, se da cumplimiento a los requisitos fijados por el artículo 374 citado y el juez se abstiene de considerar esta situación o deniega o restringe la disminución.

La norma que se comenta no tiene aplicación en abstracto ni afecta el tipo básico, lo cual descarta que incida en determinaciones de la punibilidad para efectos como la prescripción de la acción penal o el interés para recurrir regularmente en casación.

En el caso concreto, durante el desarrollo de la diligencia prevista en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, el defensor comentó que tal atenuante se presentaba y correspondía al juez resolver lo pertinente. La Fiscalía guardó silencio sobre el tema, apareciendo tácitamente que, como era lo indicado, se defirió al sentenciador la adopción de la decisión respectiva, quien en el fallo consideró que no había lugar al otorgamiento, lo cual confirma que el procesado y su defensor tienen interés para recurrir contra el punto específico, al no ser concedido un beneficio con incidencia en la dosificación de la pena, que competía al fallador reconocer o no.

2°. Se aprecia que la demanda de casación no es específica en señalar si la violación de lo dispuesto por el artículo 374 del Código Penal en la cual, según su criterio, incurrió el Tribunal, fue directa o indirecta, aunque pueda colegirse, como lo hace el Ministerio Público con expresa connotación distinta, que acudió a la primera para tratar de establecer que “APLICO INDEBIDAMENTE LA LEY” (f. 63 cd. Trib.).

Esa imprecisión ostensible en la sustentación del recurso, que ciertamente no constituye “un modelo de lo que debe ser la demanda de casación”, también en términos de la Procuraduría Delegada (f. 258 cd. Corte), mengua sus posibilidades de prosperidad, malogramiento que se acentúa al no especificar el demandante ni demostrar apropiadamente cómo se configura el error que trata de endilgarle al fallo,

aplicándose sólo en la insistencia de que sus clientes “consignaron el valor de los perjuicios”, repitiendo los apartes en que cada uno de ellos manifiesta estar “muy arrepentido” y transcribiendo la mayor parte del salvamento parcial de voto del Magistrado del Tribunal, el cual procura oponer a la decisión mayoritaria pero sin explicar con solidez por qué ha de preponderar aquél sobre ésta.

El fallo de los juzgadores de instancia fue emitido de conformidad y en consonancia “a los hechos y circunstancias aceptadas” (art. 37 C. de P. P.), entre los cuales no figuró el mecanismo de reducción de pena previsto por el artículo 374, apenas mencionado por el defensor.

Habiéndose proferido así la sentencia anticipada, con sujeción a los cargos formulados por la Fiscalía en la resolución de la situación jurídica y aceptados libremente por los procesados, lo que de suyo les significa una importante rebaja de pena, mal se pretende forzar un beneficio adicional, que podía conceder el juez en su razonado criterio, siempre y cuando se den las condiciones que lo hacen otorgable, ausentes en el presente caso según la motivación vertida, contra la cual ningún error propiciador de la casación demuestra el actor.

De aceptarse, como sugiere la Procuraduría Delegada, que el cargo a la sentencia deba entenderse formulado como falta de aplicación por errónea interpretación del artículo 374, aunque aplicación indebida es lo mencionado en la demanda, el censor debió comenzar por plantear y demostrar que se daban los presupuestos objetivos de dicha norma, a saber, la restitución del objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios a los ofendidos, a lo cual se le haya reconocido por el fallador un sentido equivocado, debiendo explicitar en que consistió éste y cómo y porqué se estima que le fueron truncados los efectos jurídicos correspondientes.

Esto no se logra simplemente afirmándolo (f. 65 cd. Trib.), sino que hay que sustentarlo

y en ello también falla la demanda.

3°. Si bien es cierto que Luis Fernando Lara Rodríguez señaló \$200.000 como valor de las joyas y relojes cuya sustracción se alcanzó a consumir y \$50.000 por la ruptura de dos tejas plásticas (fs. 41 y 42 ib.), no especifica el casacionista por qué esa suma, que de su iniciativa “los sindicatos han indemnizado” (f. 62 ib.), según expresó la defensora de entonces al presentar el título por \$250.000 consignados por Plutarco Alfonso Pineda Peña, resulta suficiente no sólo para restitución del “objeto materia del delito o su valor”, sino también como indemnización de “los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”, en los términos del artículo 374 del Código Penal, que evidentemente va más allá del simple daño material directo y no excluye el quebranto moral, el cual aparecía sensible, por ejemplo, a consecuencia del grave ataque contra la empleada del servicio doméstico Evidalia Gil Hernández, a quien sometieron con armas, amenazaron de muerte, amarraron y “metieron un trapo en la boca” (f. 39 ib.).

Lo anterior no se desvirtúa por el hecho, no argumentado por el impugnante, de que la sentencia de primer grado asumiese los \$250.000 como tasación de los perjuicios a indemnizar, dejando por fuera de estimación por lo menos el daño moral, cuya indemnización ostensiblemente dejó de atenderse, quedando los diferentes damnificados en libertad de perseguirla en acción civil separada, junto con la parte que consideraren no cubierta de los perjuicios materiales, siendo que tal acción privada no fue ejercida dentro del proceso penal.

A pesar de la falta de prueba sobre el monto de los perjuicios, que llevó a tener como punto de referencia la declaración de LUIS FERNANDO LARA RODRÍGUEZ, no es acertado afirmar que su cuantía la fijó el ofendido, porque este deponente, como hijo de los dueños de los bienes sustraídos y de las tejas rotas, no podía renunciar a la indemnización cabal ni considerar inexistentes los daños, en lo que correspondía a otros.

Mal puede centrarse la determinación en el desposeimiento puramente material resultante y desdeñar el desvalor de la acción, siendo las modalidades del ataque las que llevaron a configurar como agravado y calificado el hecho punible ejecutado y sólo parcialmente consumado.

Tampoco puede pregonarse que no es atinente al funcionario judicial cuestionar el monto de la indemnización pretendida, debido a que precisamente el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal señala que la cuantía “podrá ser la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento”. Los damnificados pueden valorar erradamente los perjuicios, frecuentemente por exceso pero también algunas veces en forma recortada, y como se deriva de lo dispuesto por la preceptiva fundamental y, entre otros, por los artículos 9º, 14 y 20, normas rectoras del estatuto procesal penal, los servidores públicos de la Administración de Justicia deben procurar la verdad y la efectividad del derecho sustancial, evitar el enriquecimiento ilícito y adoptar todas las medidas necesarias para que el restablecimiento del derecho sea real y efectivo.

Cabe recordar que frente a situación claramente equiparable al caso bajo estudio, se pronunció esta Sala en casación del 22 de junio de 1988, M.P. Dr. Guillermo Dávila Muñoz:

“No obstante lo anteriormente expresado, podría argüirse que el procesado consignó la suma señalada en la sentencia en comento, como perjuicios y que esto indicaba su ánimo de resarcimiento, lo que hacía posible la reducción comentada. A este respecto son pertinentes las razones expuestas por la Procuraduría 3a. Delegada, ya que no existiendo parte civil -se reitera- y siendo incompleta la tasación efectuada,... puesto que se prescindió de los perjuicios morales, no puede darse por satisfecho este requisito. Lo cual no ocurrirá, si habiendo intervenido el perjudicado en tal calidad no hubiera reclamado, pudiéndose entender que se conformaba con el señalamiento de perjuicios con la limitación indicada”.

Las naturales dificultades que en procesos que culminen con sentencia anticipada, pretermitiéndose por ende buena parte de la actuación, se presentan para la demostración y estimación del valor de los perjuicios tanto materiales como morales irrogados con el hecho punible, suelen forzar al juzgador a basarse en comprobaciones insuficientes en lo relacionado con la naturaleza de los daños y su cuantificación, sin haber tenido la oportunidad de contar con la intervención de un perito. Es probablemente esta dificultad, que corresponde al Fiscal superar haciendo uso de la facultad de practicar pruebas (inciso 2° del artículo 37 C. de P. P.), la que ha llevado al legislador, contrariando la Carta Política (art. 12-5 L. 365/97, Corte Constitucional, C-277, junio 3/98, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa), a intentar excluir de determinación lo referente a la responsabilidad civil en procesos penales que culminen con sentencia anticipada.

4°. Tampoco tiene razón el recurrente en la alusión que hace al numeral 7° del artículo 64 del Código Penal, como si también insinuara inaplicación de esta norma, cuando resulta evidente que la pena fue tasada, con palmaria indulgencia, partiendo “del mínimo que enseña el canon 350 ibídem, es decir veinticuatro meses...” (f. 93 cd. inicial).

5°. La disminución punitiva consagrada en el artículo 374 citado no es un imperativo categórico. Dicha norma no le impone al juez la obligación de reconocer la reducción, a pesar de que en apariencia se reúnan los requisitos fijados. Se trata de un precepto facultativo, en el sentido de conferir al funcionario judicial la potestad equitativa de atenuar o no la pena.

Considerar que el juez ante el fingido resarcimiento o el acomodaticio oportunismo está obligado a reconocer la reducción del artículo 374 del Código Penal, es seguir una interpretación que conduce a tener la inflexión verbal “podrá” como un agregado sin sentido ni trascendencia, concluyendo en la misma situación que se daría de no haber sido expresamente incluida. Por el contrario, siendo válida la existencia de normas que otorgan al juzgador la facultad de aplicar o no lo previsto, de acuerdo con su

razonado análisis, y no existiendo en la ley palabras ociosas, lo imperativo es tomar en cuenta que “poder” no es obligación, sino autorización o potestad de realizar algo.

El empleo de dicho verbo da un giro evidente al texto normativo, hasta el punto de mutar el carácter del precepto, que deja de ser obligante para convertirse en facultativo, cambio que no ha de ser ignorado en la interpretación de la norma, porque con ello se estaría quebrantando su clara literalidad.

Lo anterior, en cuanto el precepto que se analiza no reviste oscuridad ni ambigüedad y, por ende, procede cumplir lo determinado por el inciso 1° del artículo 27 del Código Civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu”.

Tal norma no confiere un derecho inalienable, como para que se burlen de la facultad punitiva del Estado los responsables de un agravado y calificado delito contra el patrimonio ajeno, que por la oportuna intervención policial sólo en mínima parte consumaron no obstante su artero propósito, además de la infracción contra la seguridad pública. Cuando el restablecimiento del derecho es tan sólo aparente, el juzgador tiene la facultad de no conceder la disminución, con el debido sustento y entendiendo la ostensible diferencia que hay entre las locuciones “el juez podrá disminuir” y “el juez disminuirá”.

Es claro que el legislador precavió, para apartarse de la redacción sugerida por las Comisiones, como en seguida se comentará, eventos en los cuales resultaba injustificado reconocer tan significativa disminución punitiva (de la mitad a las tres cuartas partes) y por ello varió la naturaleza del precepto, para dotar al juez de una facultad que le permitiera decidir discrecionalmente sobre dicha materia. Un carácter general e indefectible de la norma podría llevar a la lenidad y a argucias en delitos graves pero sólo en mínima parte consumados, como es evidente en el presente caso; de ahí

que finalmente, en el Decreto 100 de 1980, se haya preferido que fuera el juzgador quien, con el conocimiento de las circunstancias en que hayan sido realizados el hecho y la eventual restitución e indemnización, conceda o no la reducción de pena, no de manera arbitraria sino razonadamente, de acuerdo con criterios que se desprenden del propio Código Penal (tentativa con o sin perjuicios, mayor o menor lesión contra el bien jurídico tutelado, situación económica de la víctima, etc.), de los principios generales del derecho, de la justicia entendida como valor supremo que nutre la interpretación de la normatividad, y de la equidad (art. 230 Const.), operante frente a aspectos no necesariamente previstos por la ley, pero sí reclamados para la preservación de la propia integridad social.

La variación en lo dispuesto por el legislador se confirma si se aprecia que, al contrario de lo que disponía el artículo 429 de la Ley 95 de 1936, anterior Código Penal (“...se disminuirá...”), y lo propuesto por las comisiones redactoras de los proyectos de Código Penal de 1974 (art. 398) y 1978 (art. 534, “...se disminuirán...”), mantenido por la comisión revisora de 1979, el Decreto 100 de 1980 usó en su artículo 374 una fórmula claramente discrecional (“...podrá disminuir...”), cambiando en la redacción la obligatoriedad a que tenía que someterse el Juez, por la facultad de otorgar la reducción punitiva, que en el Código vigente se aumentó, para que, si fuere el caso, se concediese “de la mitad a las tres cuartas partes”, procurando incentivar así el verdadero restablecimiento del derecho.

No todos los preceptos penales son imperativos; los hay excepcionalmente facultativos y no sólo el mencionado artículo 374, sino otros a los cuales el legislador les ha dado tal característica, aún con autonomía que genera mayor inquietud en algunos casos, como ocurre, por ejemplo, con lo estatuido en el artículo 320 del Código Penal, que otorga al juez la potestad de declarar exentos de pena a los injuriantes recíprocos “o a cualquiera de ellos”.

También se corrobora lo anterior con la constatación de la distinta terminología, esa si imperativa y no discrecional, que continúa usando el legislador frente a otros casos, por ejemplo y para no ir más lejos, en el artículo 373 del Código Penal, inmediatamente anterior al que se estudia: “Las penas señaladas en los capítulos anteriores se disminuirán de una tercera parte a la mitad ...”

Las anteriores consideraciones debieron ser suficientes para desestimar la impugnación.

Respetuosamente,

NILSON E. PINILLA PINILLA

Magistrado

(Fecha: ut supra)