

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente :

DR. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado Acta N° 14

(febrero 5/99)

Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

V I S T O S

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Pedro Enrique Vargas Rivera contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 1° de junio de 1994, en la que al confirmar la del Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 1° de marzo siguiente, lo condenó a las penas principales de 36 meses de prisión y multa de \$2.000,00, como autor de los delitos de doble homicidio culposo en concurso con hurto calificado y agravado.

Presentada la respectiva demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales, por lo que se dispuso correr traslado al Ministerio Público, el que a través del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita casar parcialmente la sentencia.

H E C H O S

En las horas de la madrugada del 30 de enero de 1994, en la autopista sur-oriental con

carrera 7C de la ciudad de Cali, Milton Humberto Cardona Rioja conducía un taxi que fue abordado por Pedro Enrique Vargas Rivera, Héctor José Alzate Zuluaga y Manuel Alfredo Domínguez, quienes un poco más adelante, en la carrera 5 con calle 62, bajo la amenaza de arma blanca, despojaron al conductor de su vehículo, el cual, sin embargo, logró salir del mismo y pedir ayuda a un colega y a una patrulla de la policía que, en ese momento, pasaban por allí, iniciándose la correspondiente persecución, hasta que el vehículo conducido por Pedro Enrique Vargas Rivera chocó contra un poste de alumbrado eléctrico, en la carrera 5a. con calle 52. A consecuencia de la colisión perecieron sus ocupantes, José Alzate Zuluaga y Manuel Alfredo Domínguez, quedando gravemente herido el conductor.

ACTUACION PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 31 de enero de 1994. Al día siguiente se escuchó en indagatoria a Pedro Enrique Vargas Rivera, contra el que se dictó medida de aseguramiento, el 4 de febrero del mismo año.

El procesado y su defensor solicitaron la audiencia especial de que trata el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, la que se realizó el 22 de febrero de 1994, acordándose una pena de 36 meses de prisión.

Cuando el proceso se encontraba a Despacho para decidir sobre el acuerdo, el defensor presentó un escrito solicitando la redosificación punitiva, con fundamento en el artículo 374 del C. P., al haberse reparado parcialmente por el procesado el perjuicio causado con el hecho punible contra el patrimonio económico.

El 1º de marzo siguiente, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali profirió sentencia conforme a lo acordado, pero consideró improcedente la rebaja del artículo 374 del C. P., por varias razones: por tratarse de una indemnización no sólo parcial sino dubitativa y, además, porque no comprendió los otros dos hechos punibles; por estar de por medio un

acuerdo suscrito entre el fiscal y el procesado, que no podía ser cambiado por hechos posteriores; por ser extemporáneo, pues el despacho ya había iniciado “el desarrollo del fallo”; y porque habría que variar la dosificación punitiva acordada, cuando el despacho no tiene ninguna observación que hacer sobre la misma.

La sentencia fue apelada por el defensor, inconforme con que se hubiera denegado la rebaja de que trata el artículo 374, citado, y con el no otorgamiento del sustituto de la condena condicional, pero fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, apartándose parcialmente de las consideraciones del a quo, al estimar que la solicitud era extemporánea, y que si se aceptara la diminuyente se impediría al fiscal ejercer el derecho de contradicción sobre la nueva situación planteada, con desconocimiento de los principios de igualdad y lealtad procesal y, además, que si la ley dispone que, salvo las excepciones previstas, la actuación se suspende desde que se formula la petición de audiencia especial hasta que quede en firme la providencia que decide al acuerdo, lo que quiso fue evitar que “se presenten interferencias ajenas a los puntos precisos que contempla el arreglo o se hagan solicitudes que tiendan a desnaturalizar la esencia misma del mecanismo, o procedimiento especial de la sentencia anticipada ...”, por lo que concluye que la solicitud que con fundamento en el artículo 374, pretende la rebaja de pena “acordada entre fiscal y sindicado resulta improcedente por ser extemporánea o presentada para su consideración por fuera de la oportunidad correspondiente a la audiencia especial y hallándose suspendida la actuación”.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia, al amparo de la causal primera de casación, al estimar que se incurrió en violación directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del párrafo 1o. del artículo 37A del C. de P. P., la que “dió origen a la inaplicabilidad del artículo 374 del Código Penal o en forma subsidiaria, como

así lo invoqué, el numeral 7 del art 64 del C. P. La errónea interpretación generó la inaplicabilidad de los artículos 61 y 105 del C. P. 44 y 62 del C. de P. P, que hace referencia a las personas obligadas a indemnizar y formas de extinguirse dichas obligaciones, en este asunto, por pago. Por tanto la proposición jurídica abarca el art 1.625 del C. C. “.

Luego de hacer una síntesis del contenido del artículo 37A, el censor afirma:

” el Ad quem incurrió en error de interpretación del párrafo 1o. del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal cuando consideró que la presentación de un escrito debidamente firmado y autenticado por el ofendido constituía un acto procesal e improcedente por encontrarse el ACUERDO en estudio por parte del a-quo para decidir sobre su aprobación o improbación. Considero que el memorial donde el ofendido se da por indemnizado no constituye un acto procesal sino un acto de acusación, generador de una extinción de la acción penal, constituyéndose en una conducta periférica del proceso. Se ha confundido el acto procesal con el acto afirmativo de quien es ofendido en el proceso aunque no ha formulado demanda para el resarcimiento de perjuicios causados con el hecho punible del hurto calificado y agravado. El memorial donde consta la indemnización de perjuicios no es un acto procesal porque no surge a la vida jurídica del proceso mediante el impulso que el propio jefe del debate le podría dar. El acto procesal lo realizan las partes, el tercero y el juez, para modificar, extinguir expectativas, posibilidades, cargas procesales o dispensas de cargas. Ningún acto podrá ser procesal si no existe el impulso que le da el Fiscal, el Juez Natural o Colegial. Precisamente el proceso nace con el acto procesal denominado “Auto de apertura de instrucción”. El proceso se impulsa mediante actos procesales denominados providencias, que a su vez se clasifican en autos y sentencias. Los particulares actúan procesalmente cuando el Fiscal o Juez, mediante un acto procesal, dispone la ingerencia en el proceso, sea por medio de un testimonio, aportación de documentos, peritajes y en fin todo aquello que objetiva y subjetivamente constituye una manera de hacer parte de un proceso”.

De lo anterior colige que la errónea interpretación del artículo 37A originó la inaplicación del artículo 374 que otorga el derecho “hasta antes de dictarse sentencia, a resarcir los perjuicios al ofendido, sino que desconoce en la sentencia la extinción de la acción civil que cabe en este proceso judicial. Debió el sentenciador aplicar el art. 374 del Código Penal o en forma subsidiaria el numeral 7 del art. 64 del mismo estatuto punitivo, para dar por extinguida la acción civil”.

Prosigue con su argumentación diciendo que “Las instancias consideraron que la indemnización no podía reconocérsele al procesado porque esto implicaría una atenuación punitiva que incide en la dosificación de la pena a la cual llegaron el fiscal y Pedro Vargas Rivera. Le enrostra a la defensa que tal propósito no es otra cosa que pretender sorprender a la fiscalía con un quantum diferente al que concertó con el sindicado. En forma muy respetuosa no compartí ese análisis porque bien podía el sentenciador regresar a la fiscalía el expediente para que el fiscal considerara ese hecho que lo anticipó Vargas Rivera en el acta de acuerdo cuando manifestó estaba arrepentido y procuraría resarcir de la mejor manera los perjuicios inferidos al ofendido, señor Lasso Garzón”.

Finalmente asevera que el art. 374, citado, extiende la oportunidad para resarcir los perjuicios y obtener la rebaja hasta antes de decretarse sentencia de primera instancia, por lo cual no fue extemporánea la solicitud que se hizo al juez.

Pide que se case parcialmente el fallo y se reconozca la rebaja de pena reclamada.

CRITERIO DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

Luego de hacer una síntesis de la actuación procesal y de los argumentos de las instancias, concluye que las razones para no dar aplicación al artículo 374 del Código

Penal “han residido primordialmente en los siguientes aspectos: el carácter dubitativo del documento, en punto a establecerse si verdaderamente a través de él la indemnización de perjuicios en este caso se produjo; la incompatibilidad de este beneficio por razón de concurrir otros hechos punibles y, finalmente, por los efectos que el acuerdo celebrado produce sobre cualquier otro elemento que pueda en un momento dado modificar su contenido, más aún cuando al emitirse la sentencia, la actuación procesal se encontraba suspendida”.

Al respecto argumenta que en estricto sentido no se puede entender que la reparación del perjuicio haya sido parcial, así se haya utilizado tal expresión, partiendo del hecho que la mayor proporción de los daños sufridos por el vehículo hurtado fueron amparados por el seguro, más o menos el 70% del total.

Estima que la rebaja prevista en el art. 374 se concibe como un estímulo al responsable de cualquier delito contra el patrimonio que de manera voluntaria resarce el daño causado. “Si esto es así, tampoco resulta acertado que se niegue la autonomía propia de esta atenuante común a esta clase de delitos, por el hecho de concurrir, como en este caso, otro tipo de ilícitos lesivos de bienes jurídicos diversos”.

Luego de hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza de la audiencia anticipada, acota que no es dable afirmar que la presentación del documento que manifestaba la indemnización haya sido extemporánea, sobre la base de que el acuerdo ya se había suscrito, pues éste, en principio, sólo vincula a la fiscalía y al procesado “sin que el tema concreto relativo al estudio sobre la viabilidad de atenuar la pena en los términos del art. 374 del Código Penal, entre otros, le estuviera vedado, pues antes bien, por imperativo legal debía ocuparse de él”. Además, porque la citada norma extiende el plazo hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia.

Igualmente califica de desacertado el criterio de las instancias, según el cual la

suspensión de la actuación procesal que refiere la norma comentada impedía al defensor elevar petición ante el juez, a fin de que se concediera la rebaja del art. 374, pues tal suspensión, busca “no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial”, por lo que los actos que no las modifiquen no están comprendidos dentro de la limitación.

Por lo anterior solicita se case parcialmente el fallo cuestionado y se conceda la rebaja punitiva con relación al hurto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero observar que en la enunciación del cargo el libelista incurre en desatinos técnicos, pues le da la categoría de preceptos sustanciales al parágrafo 1° del artículo 37A del C. de P.P., y a los artículos 44 y 62, ejusdem, cuando el primero, el último y el inciso segundo del segundo, son de contenido eminentemente procesal.

No obstante, se entiende que lo postulado es la violación directa por falta de aplicación del artículo 374 del C. Penal, que sí es norma sustancial.

Sin embargo, no comparte la Sala la pretensión del censor, coadyuvada por el representante del Ministerio Público, de casar el fallo y aminorar la pena, a pesar de que, evidentemente, en las instancias se dió una equivocada inteligencia al artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, que llevó a que se estimara extemporáneo considerar la aplicación del artículo 374, citado.

En efecto, la oportunidad para impetrar la reducción, por expresa disposición de este precepto, no está limitada a la audiencia especial, sino que se extiende hasta antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

Así mismo, la suspensión de la actuación penal, como consecuencia del trámite de la

audiencia especial, no impide que se haga la solicitud de rebaja, pues como lo expresa el Procurador Delegado,

“Esta suspensión de la actuación procesal que dispone la ley es entendible, habida cuenta del carácter especial que comportan este tipo de procedimientos. Y propende fundamentalmente porque no se siga tramitando el proceso de acuerdo con los parámetros ordinarios, a fin de no alterar las condiciones jurídicas y probatorias que sirven de fundamento a la audiencia especial. Es decir, que aquellos actos que no modifican las referidas condiciones y que por ende no pueden alterar el núcleo esencial de la acusación, no están comprendidos dentro de dicha limitación”.

Por otra parte, aunque la aceptación de la aminorante de punibilidad, por parte del juez, afecte la dosificación punitiva acordada entre procesado y fiscal, tal variación está ajustada al debido proceso y a los principios de lealtad e igualdad, pues si el propio legislador previó la oportunidad para impetrarla, esto es, hasta antes de dictarse sentencia de primera instancia, siendo, por ende, viable en el período que transcurre entre el acuerdo y el fallo, no pudo haber sorprendimiento de ninguna clase. Además, si el juez, cumplidos los requisitos que la norma exige, debe conceder el descuento, gozando de discrecionalidad sólo para fijar el quantum del mismo, no se puede afirmar que esa variación de la pena convenida sea ilegal o desconocedora del acuerdo.

No obstante, más allá de la desatinada interpretación de la norma antes aludida, la verdad es que así hubiera sido entendida de manera correcta, tal como lo proponen el censor y el Procurador Delegado, la conclusión final habría sido la no concesión de la rebaja contemplada en el artículo 374.

En efecto, para la obtención del beneficio es menester que se restituya el objeto materia del delito o su valor y, además, que se indemnicen los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

En el caso sub judice, la restitución era una situación de imposible satisfacción, puesto que el carro fue recuperado pocos momentos después de haber sido hurtado, por lo que bastaba que el procesado indemnizara a la víctima, para ser acreedor a la rebaja.

Tal indemnización debe ser total, plena o suficiente, comprendiendo el perjuicio material, incluidos el daño emergente y el lucro cesante, y el daño moral, lo que no fue cumplido por el procesado.

Así, un valor equivalente al 70% del daño material fue cubierto por la compañía de seguros y un 30% por aquel, según se infiere del contenido del documento suscrito por el ofendido, en el que se lee " ...que el señor Pedro Enrique Vargas Rivera nos ha hecho la reparación del daño en forma PARCIAL, en consideración a que la compañía Aseguradora EL LIBERTADOR S. A., cubre el 70% del valor asegurado." (el subrayado es nuestro).

Como se ve, la indemnización no fue plena, pues no comprendió el quantum total de la lesión material, ni el lucro cesante, es decir, las sumas que se dejaron de percibir durante el lapso en que el vehículo de servicio público estuvo sometido a reparación y, por ende, inmovilizado, ni tampoco el daño moral, siendo preciso aclarar que lo cubierto por la compañía de seguros no puede tenerse como indemnización a favor del procesado, pues fue la víctima quien pagó la prima del seguro, resultando ilógico que el pago hecho por ésta sea una fuente de beneficio a favor del victimario.

Para tener derecho a la diminución, el responsable del punible contra el patrimonio debe pagar el valor total del perjuicio, y si éste es cubierto en todo o en parte por un tercero, que no cancela a nombre del procesado, tal reembolso no se puede considerar como indemnización a favor de éste, que estará obligado a devolverle a ese tercero lo pagado, para que se pueda considerar que ha indemnizado.

En el mismo sentido, si el objeto material no es recuperado y un tercero, como la

compañía de seguros, paga su valor, ese pago no se puede imputar a favor del procesado, para efectos del artículo 374, a menos que devuelva lo pagado a ese tercero.

La compañía de seguros, como lo ha sostenido la Sala, adquiere la obligación de pagar el daño a quien con ella ha celebrado el contrato de seguro, pero no tiene ninguna obligación con el procesado, cuya fuente de la obligación de indemnizar es precisamente el delito. Por tanto, cuando el asegurador paga no está cumpliendo con la obligación extracontractual emanada del delito, a cargo del responsable, sino con la obligación contractual emanada del contrato de seguro. Ha dicho la Sala:

“ ... pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato.

El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño....” (Casación N° 10.589, diciembre 16/98. M..P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Por otra parte, y en cuanto a que la indemnización del perjuicio debe ser total, ha sostenido la Sala:

“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 ésta.”(Sentencia, noviembre 21 de 1988).

En otra ocasión manifestó:

“...la indemnización que exige también la norma (C.P.art.374) debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso, señalados únicamente los perjuicios materiales del perito, con prescindencia de los morales, el juez sin precisar éstos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dió como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podría entenderse atendido debidamente el precepto”. (Sentencia, junio 22 de 1988).

En las condiciones anteriores se ha de concluir que la indemnización se hizo en tiempo oportuno, es decir, antes de la sentencia de primera instancia, pero como no fue total, sino apenas parcial, no procede la rebaja pedida.

Por otra parte, al interior del mismo cargo, el casacionista plantea que, en subsidio, se reconozca la diminuyente punitiva del numeral 7° del artículo 64 del C. P.

Independientemente de la falta técnica en que se incurre, pues los dos cargos han debido plantearse de manera separada, tampoco le asiste razón, pues al hacer el fiscal la dosificación punitiva, en la diligencia de audiencia especial, que fue aceptada por el juez, partió del mínimo, siendo imposible, por ende, hacer la reducción solicitada.

El cargo no prospera.

Casación oficiosa

La Sala observa que al imponer la pena por el doble homicidio culposo se vulneró el principio de legalidad, garantía fundamental en un Estado social y democrático de derecho, pues no se condenó al procesado a la suspensión en la actividad de conducir vehículos automotores, prevista como principal en el artículo 329 del C.P., motivo por el cual, y al tenor de los artículos 228 y 229.1 del C. de P.P, se casará parcialmente y de manera oficiosa el fallo para decretarla por el término de 2 años, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho.

Son suficientes los razonamientos precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V A

- 1.- Desestimar la demanda.
- 2.- Casar parcialmente y de manera oficiosa el fallo para también imponer al procesado como pena principal la suspensión en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos automotores, por el término de 2 años.
- 3.- En lo demás, el fallo queja sin modificaciones.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

RICARDO CALVETE RANGEL

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

Conjuez

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria