

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS PATRIMONIALES. BIENES JURÍDICOS Y DISPOSICIONES COMUNES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. Delitos contra el patrimonio económico. Relación entre los conceptos civiles y el derecho penal. Diversidad de corrientes doctrinales. Ejemplo: título no traslativo de dominio

"En los delitos contra el patrimonio si se adapta el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos sino que se aplican expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar. Así, título no traslativo de dominio no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia."

.....

"La interpretación de las normas privadas en el derecho penal. En el estudio de los delitos y específicamente en los que atacan el patrimonio económico, existen numerosas acepciones, conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, tales como patrimonio, posesión, tenencia, cosa, bien, etc., interrogándose la doctrina si al aplicar dichos términos en el derecho penal deben entenderse con las significaciones privativas o si el derecho penal debe darles una significación, una estructuración o al menos un matiz autónomo.

"La resolución de la cuestión ha dividido a los tratadistas en diversas corrientes; estas van desde quienes sostienen el carácter meramente sancionatorio del derecho penal, razón por la cual, está destinado a aplicar las penas conservando la estructura y significación del derecho civil, hasta los que afirman su autonomía; de acuerdo con este criterio, el penalista cuando algunos institutos encuentran su definición esencial en el derecho privado o de deduzcan de él, debe volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquieran una significación y un colorido autónomo, para los efectos penales.

"Para la Sala la cuestión es eminentemente interpretativa, ya que las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos, deben constituir punto de partida para aquellos casos en que el derecho penal los toma; si la aplicación privatista da origen a contradicciones con los principios y finalística del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en el caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción alguna se aceptará la definición del derecho privado.

"Adaptando el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario.

"Título no traslativo de dominio. Con estos presupuestos doctrinarios debe tratarse de entender cuál es el alcance de la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el artículo 358 del Código Penal de 1980 o "no traslativo de dominio" que usaba el Código Penal anterior.

"Nuestro Código Civil define los títulos "traslativos de dominio" mas no los "no traslativos". Por los primeros entiende "los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos"; además se agrega, "las sentencias de adjudicación entre los juicios divisorios y los actos legales de partición".

"Como secuela lógica de este planteamiento cabe entender que son títulos no traslativos de dominio los que por su naturaleza no lo transfieren.

"Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir, que la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el actual Código Penal o "título no traslativo de dominio" que usaba el Código Penal anterior no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil.

"No se trata pues, de que el legislador penal al usar la expresión "títulos no traslativos de dominio" esté creando una nueva categoría o nomenclatura diferente distinta a la del Código Civil.

"Una manera teleológica de interpretar la ley es la de entender que los títulos de mera tenencia del artículo 775 del Código Civil son los mismos títulos no traslativos de dominio a que se refiere el actual Código Penal en el artículo 358.

"Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama de mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño.

"El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación le pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, carecen de título traslativo de dominio; por tanto, no son propietarios de la cosa ni poseedores, porque no son dueños ni la tienen con ese ánimo.

"En ese orden de ideas, impera colegir, que el artículo 358 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de confianza, parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil; por esta razón, en este caso el intérprete debe atenerse a ella, pues, las distinciones enunciadas en nuestro derecho privado respecto a este instituto están muy bien delimitadas y no se contraponen a las normas penales.

"Significa este planteamiento, que los "títulos no traslativos de dominio" del derecho civil no constituyen patrimonio exclusivo del derecho privatista sino que deben aplicarse en los demás campos del ordenamiento jurídico, siempre y cuando, la naturaleza y fin del fenómeno lo permita, conforme sucede con el derecho comercial en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales delimitaciones.

"La naturaleza jurídica del contrato de proposición. Si se estudian tanto la normatividad comercial como la opinión de los diversos autores de esa disciplina como el derecho penal, se concluye que la preposición de una forma de mandato comercial cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo (art. 1332 y ss. del C de Co). Las otras dos formas de mandato comercial son la comisión (arts. 1287 y ss. del C. de Co.) y la agencia comercial (art. 1317 ibídem).

"La preposición aparecía ya definida en el anterior Código de Comercio (art. 435) y es una institución usual en la organización comercial sobre todo en las grandes empresas con agencias y sucursales donde el representante legal o Gerente General, no puede mantenerse permanentemente en ellas y tienen que delegar el manejo de las actividades comerciales a persona de confianza, dándole facultades de enajenar grabar, etc.

"Se deduce de la regulación existente que las características básicas de esta clase de contratación comercial es la representación del proponente por parte del factor, quien le confiere a aquél la facultad de administración en su nombre y por su cuenta de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo; pero es incuestionable, que esta contratación implica una relación de dependencia permanente a cambio de una remuneración, que son precisamente las características del contrato de trabajo.

"Existe pues un contrato de trabajo unido a un mandato representativo y ninguna razón jurídica permite afirmar que aquél excluya a éste.

"Para el normal cumplimiento de las funciones del factor, es menester que tenga atribuciones autónomas sobre las cosas que se le entregan para administrar.

"Este contrato comercial presupone una amplia delegación de funciones y una confianza otorgada al factor; tratándose de establecimientos generalmente distantes del principal, el factor tiene como principio, facultad para fijar precios de compra y de venta de las mercancías, cantidades y condiciones, lo mismo que plazos para el pago, sin que sea menester siempre la consulta a la oficina principal.

"Tiende la preposición a aplicar los principio de descentralización a la actividad privada. Ella las cumple como representante del dueño en lugar y a nombre de él. Estas condiciones de actuar en poder como dice el artículo 1332 del Código Civil, facilitan el giro normal de los negocios.

"Que la preposición es una forma de mandato comercial, lo dice simplemente la ley. Que el mandatario recibe los bienes objeto de su mandato dentro del título de la mera tenencia, lo ha aceptado unánimemente la doctrina, ya que actúa en lugar y a nombre del dueño

según las definición del artículo 775 del Código Civil y se colige de los dispuestos en el Código de Comercio, artículo 1262 y siguientes.

"Las circunstancias de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.

"Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa.

"Son innumerables los autores que estiman que cuando el mandatario se apropia de los bienes tocantes con su relación jurídica, cometen el delito que nuestra legislación llama abuso de confianza. Entre otros puede citarse a Dante Angelotti, *Le Appropriazioni Indebite*, Società Edictrice Libreria Roma, Milano Napoli, Pág. 197; José Irureta Goyena, *La apropiación indebida*, Montevideo, 1929, Pág. 56; Ernesto J. Ure, *el Delito de Apropiación Indebida*, Buenos Aires, 1947, Pág. 258; Gutierrez Anzola, *Derecho Penal Colombiano*, Bogotá, Página 148; Marciano Gennaro II, *Título X del Codice Penales Italiano*, Morano, Editores 1927, Nápoli, Parte II, Pág. 3; Politoff Sergio, *El Delito de Apropiación Indebida*, Ed. Nascimento, Santiago 1957, Pág. 179, etc.

"Uno de los autores citados resume así la doctrina generalizada: "Sin embargo, para los efectos penales, debe entenderse que al factor se le entregan ciertos bienes para que los administre, es decir, a simple título de tenencia. Cualquier acto dispositivo que realice con bienes de su patrón, en provecho exclusivamente personal de actos de apropiación lo convierten en un autor de abuso de confianza".

"Por lo demás es el mismo Código de Comercio, la norma que se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir (art. 1336)." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Lisandro Martínez Z. Acta No. 46, 19-07-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV , p. 56).

COMENTARIOS

De acuerdo con la concepción privatista el patrimonio está constituido por todo aquello que le pertenece en forma directa al individuo; bajo esta concepción quedan comprendidos: el honor, la vida y todos los bienes jurídicos que se radican en cabeza de cada hombre. Así, la expresión "patrimonio" en sentido jurídico se entiende como una universalidad de derechos y obligaciones.

De la concepción ius privatista emerge la definición amplia de patrimonio económico, así se entiende por patrimonio el conjunto de derechos reconocidos como subjetivos por la legislación positiva, de igual manera se le define como el conjunto de relaciones de carácter jurídica que tienen contenido o efectos económicos y finalmente como la masa de derechos y obligaciones radicados en una persona.

Del derecho privado también surge la noción según la cual el patrimonio es una "universalidad de derecho", concebida como atributo de la personalidad, como su emanación. Persona y patrimonio están indisolublemente unidas. Solo la persona natural o moral puede tener un patrimonio, incluso si no posee nada; el patrimonio económico sería una abstracción; representa mas bien una aptitud para poseer, como consecuencia de la personalidad humana.

Según el criterio económico es la suma de todas las cosas corporales o incorporales que tienen relevancia o representación monetaria. Son los bienes que le corresponden a la persona en sentido material y económico. Es la totalidad de los bienes mediante los cuales una persona – en concreto obtiene la satisfacción de todas sus necesidades.

Este criterio que sirve sin duda para la identificación del bien jurídico en materia penal, distingue el patrimonio -sentidos amplio y restringido- en su composición exclusiva y esencialmente jurídica, del patrimonio como concepto económico. en el mismo orden se distingue entre el patrimonio como conjunto de bienes y el complejo de derechos que recae sobre ellos, que revela la connotación jurídico-personal del concepto.

De acuerdo con la concepción subjetiva es la totalidad de los bienes e intereses que posee una persona, sea que tengan valor monetario o moral; en ambas esferas existiría el interés de protección penal, pues tanto la esfera monetaria como la afectiva o pasional permiten el desarrollo del individuo en cuanto persona y los atentados contra dichas esferas

producirán la afectación de aspectos fundamentales y básicos inherentes a la propia calidad de ser humano. "Stitchkin ha manifestado que es "mas exacto decir que el patrimonio es la universalidad jurídica que comprende todos los bienes objetos exteriores que pertenecen o corresponden a una persona: pecuniarios, intelectuales o morales. sin perjuicio de que tales bienes puedan estar sometidos a tratamientos jurídicos diferentes según su naturaleza o contenido". (BUSTAMANTE SALAZAR, El patrimonio dogmática jurídica, p. 31, citando a STITCHKIB, Curso de derecho civil profundizado)

Los tres anteriores conceptos amplios que acabamos de reseñar, desbordan el alcance concreto de protección jurídico penal que se puede observar en las diferentes descripciones que integran el presente título.

En primer término el concepto de derecho subjetivo es amplio y aún restringiéndolo a la órbita patrimonial, es muy difícil de determinar su contenido y alcance desde un punto de vista positivo. Adicionalmente podría argumentarse que el referido concepto procede de la discusión sobre su naturaleza, la cual se centra en los campos del derecho civil, con lo cual se desconocería la autonomía que bajo ciertos límites debe poseer la disciplina penal.

La noción de derecho subjetivo no puede servir de elemento para restringir e integrar el bien jurídico denominado patrimonio económico; en primer término comprende multitud de comportamientos frente a los cuales no se puede predicar lesión o atentado económico; de la misma manera dejaría sin cobertura penal los perjuicios reales sobre bienes que no han adquirido la concreción de derecho subjetivo.(Cfr. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, Delitos contra el patrimonio económico privado, Bogotá, Edit. Forum Pacis, 1992, p. 20)

Lo protegido tampoco pueden ser relaciones meramente materiales, entre las cosas y las personas, así se aclare el contenido económico de tales nexos; pues tal consideración prescinde de la consideración jurídico-normativa que los consagra, garantiza, tutela, permite o por lo menos no prohíbe, la cual se erige necesariamente en fundamento dogmático de referencia. Así, la relación fáctica con contenido económico no precisa el concepto de patrimonio en alcance jurídico-penal.

Ahora bien, tampoco basta el criterio personal, pues amplía casi ilimitadamente el marco de protección incluyendo intereses de contenido moral, afectivo o espiritual, que bien no han sido tutelados por nuestro legislador o lo han sido en títulos diversos, como es el caso de la tutela a la integridad moral o a la vida e integridad personal. "en derecho penal carece de relevancia la distinción entre el patrimonio entendido como "universitas iuris", es decir como totalidad, y el patrimonio entendido solo en sus elementos integrantes. En derecho penal no existen delitos, como por ejemplo la estafa, que se dirigen contra elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse en alguno determinado". (MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, parte especial, 10a. ed., Tirant lo blnach libros, Valencia, 1995, p. 231)

Para la determinación pues del objeto de tutela es necesario atender tanto a la relación de hecho que el hombre tiene con objetos en la medida en que la misma se encuentra autorizada y protegida por el derecho positivo, al tiempo que se hace imprescindible la connotación económica del bien.

Entendida en sentido amplio la denominación va más allá del alcance que se pretendió establecer para el presente título, pues la discusión que rodea la determinación del concepto de patrimonio, comprende no solo el derecho de propiedad y los derechos desmembrados del mismo, sino que alcanza multitud de intereses tutelados en otros títulos del ordenamiento penal.

Al patrocinar la determinación del bien jurídico protegido en el concepto amplio de patrimonio MUÑOZ CONDE nos proporciona el siguiente fundamento pragmático: "El concepto de patrimonio, al contrario de lo que sucede con el de propiedad, no está plenamente perfilado, lo que permite que se pueda aceptar, un concepto lo suficientemente amplio y después, en atención a los fines del derecho penal, ir delimitándolo. en este sentido amplio se puede definir el patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero". (Idem p. 230))

Por lo anterior debemos concluir que el Título VII, de nuestro nuevo Ordenamiento sustancial protege el patrimonio en su estricta connotación económica; la expresión como objeto de tutela penal, se refiere al conjunto de derechos e intereses de relevancia económica que tiene toda persona y que pueden recaer sobre bienes materiales -cosas muebles o inmuebles- o

sobre bienes inmateriales. De esta forma aceptamos la concepción mixta jurídicoeconómica del patrimonio, en concepto aplicable al derecho penal. "Lo que caracteriza el concepto penal de patrimonio es tanto el valor económico de la cosa, como la protección jurídica que se brinda a la relación de una persona con esa cosa. Por ello, parece también conveniente en Derecho penal una concepción mixta jurídicoeconómica de patrimonio. Para HUERTA TOCILDO esta concepción mixta se caracteriza por los siguientes puntos:

"a) Objeto material de un delito patrimonial solo pueden serlo aquellos bienes dotados de valor económico.

"b) Para ser un sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, es preciso que esté relacionado con ella en virtud de una relación protegida por el ordenamiento jurídico.

"c) Por perjuicio patrimonial hay que entender toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que, jurídicamente, corresponda a una persona". (Ibidem)

TEMA II. CRITERIO GENERAL SOBRE LA CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Los delitos contra el patrimonio económico, en general, se consuman en el lugar donde el agente se apropia indebidamente de los bienes, es decir, donde entra a ejercer actos de señor y dueño sobre ellos, desconociendo el derecho de dominio de su legítimo propietario."

.....

"...desde tiempo atrás la Corte ha venido sosteniendo que los delitos contra el patrimonio económico, en general, se consuman en el lugar donde el agente se apropia indebidamente de los bienes, es decir, donde entra a ejercer actos el señor y dueño sobre ellos, desconociendo el derecho de dominio de su legítimo propietario.

"De suerte que para determinar la competencia por el factor territorial en el presente caso, carece de significación establecer el lugar donde ha debido

producirse la entrega de los bienes, pues lo que realmente importa es ubicar el sitio donde se produjo la aprobación de los mismos.

"Sentado lo anterior, no puede quedar duda de que es al Juez ... Penal Municipal de ..., a quien corresponde conocer de ese asunto, por lo menos a prevención, tanto por la naturaleza y cuantía del ilícito, como por el factor territorial, pues fue en esta ciudad donde se abrió la investigación y, además, donde el sindicato recibió los dólares motivo del litigio y comienzo a disponer de ellos.

"No debe perderse de vista que lo que configuraría del delito de abuso de confianza investigado, es que el sindicato se hubiere apropiado, sin el consentimiento de su mandante, de los dólares que ... le entrego como mandatario de su progenitora, independientemente de las circunstancias surgidas con posterioridad a la muerte de ésta, puesto que la situación legal de ahora, derivada del proceso sucesoral, lógicamente no pudo haber tenido incidencia en el comportamiento realizado por el señor ... en el pasado, por el cual actualmente se le investiga. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente : Dr. Nilson Pinilla Pinilla, Acta No 121, 01-11-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 207).

COMENTARIOS

La infracción se consuma en el momento en el que el bien objeto material sale de la órbita de custodia y disposición del sujeto pasivo, sin importar el lapso que permanezca en tal circunstancia. No son necesarios el efectivo aprovechamiento del agente o el perjuicio patrimonial de la víctima. El criterio que asumimos es el llamado de la "ablatio", que parece haber sido el adoptado por nuestra legislación vigente.

Para demostrar la anterior conclusión hacemos a continuación una reseña de las diversas posibilidades doctrinales de perfeccionamiento, emitidas, como veremos, a la luz de diversas formas de consagración legislativa.

La concretatio. Esta expresión latina en la que se considera la primera definición estricta de la acción de hurto, es la que en su interpretación ha dado origen las diversos criterios, asumidos indistintamente por las legislaciones en relación con el contenido de la acción y su, en orden a la determinación del momento de perfeccionamiento.

Así se definió por este aspecto el "furtum" como la concrectatio rei, expresión que significó el simple tocamiento de la cosa, sin tal tocamiento o relación material no habría delito. No obstante, históricamente a la expresión se le dio una significación disímil, en ocasiones como "traer así", "mover de un lugar a otro", "tocar materialmente" o "poner mano". .

La apprehensio rei. De acuerdo con este criterio de hurto se consumaría con la aprehensión de la cosa, entendida tal expresión como el momento en el que el agente coloca sus manos sobre la cosa ajena; aspectos como la necesidad de desplazamiento quedarían pos fuera del marco típico.

La definición de la acción y de su momento de perfeccionamiento típico por el verbo "aprehender", tiene sin duda una naturaleza objetiva y de gran facilismo probatorio, pero al mismo tiempo tiene un alcance comprensivo casi ilimitado, llegando a incluir hipótesis de comportamiento que no alcanzan siquiera a poner en peligro el bien jurídico, mucho menos al vulnerarlo o lesionarlo. La doctrina y las legislaciones modernas son unánimes en afirmar por tanto, que para la descripción y perfeccionamiento del hurto no basta el simple " tomar la cosa".

La amotio. La doctrina clásica, dentro de su terminología predicó la consumación del hurto, con el simple desplazamiento de la cosa del sitio o lugar en el cual se encuentre.

CARRARA expuso que el hurto "esta consumado tan pronto como el ladrón, puesta la mano sobre el objeto que quiera robar, lo removió con este fin del lugar en que el propietario lo había colocado" (Cit. en PACHECO OSORIO, Pedro, Derecho penal especial, tomo IV, Ed. Temis, Bogotá,1975, p.12).

La doctrina de la simple movilización puede tener dos variantes: mover el objeto dentro de la órbita de custodia del poseedor o propietario o fuera del mismo.

El primer caso configura la doctrina estricta clásica que no cuestiona el lugar hacia donde se va a desplazar el objeto, ni la efectiva vulneración o peligro del bien jurídico protegido; es decir no exige la efectiva extracción de la esfera patrimonial o por lo menos de custodia del dueño. La segunda variante se denomina "ablatio", se introdujo no tanto para darle rigor a la estructuración conceptual del delito, sino para solucionar casos

excepcionales de simple ocultamiento o de desplazamiento radical del objeto.

Este criterio también induce a la utilización de verbos amplios, y a su consiguiente interpretación extensiva, que alcanzan a comprender acciones que no significan desposesión o desapoderamiento.

La illatio. Significa un criterio material-objetivo de perfeccionamiento del hurto, según el cual él se produce con el real aseguramiento de la cosa por parte del agente, aspecto que exigiría en la generalidad de los casos su traslado o movilización.

Este concepto, al contrario de las tesis anteriormente señaladas, tiene un alcance limitado y deja por fuera múltiples hipótesis en las que sin haberse logrado el efectivo aseguramiento del objeto, si se ha producido el desapoderamiento del sujeto pasivo y con ello la lesión patrimonial. De esta forma se puede afirmar que el hurto requiere algo más que la simple aprehensión o el simple desplazamiento, pero algo menos que el real aseguramiento de la cosa hurtada.

La locupletatio. También restringe el alcance comprensivo de la incriminación, para exigir la obtención efectiva de un provecho patrimonial para el agente, en relación directa con el bien sustraído. Con criterio tan extremo quedarían por fuera de incriminación hipótesis en las que no obstante haberse surtido el desapoderamiento del sujeto pasivo y con ello causado la lesión patrimonial, el agente no ha disfrutado de la cosa o reportado un efectivo beneficio.

La ablatio. Ya afirmamos que este criterio es prácticamente desmenbración del concepto clásico defendido por CARRARA, que le adiciona el desplazamiento de la cosa, fuera de la esfera de protección o dominio de la víctima, con lo cual se presentaría la consumación. Tal criterio a la luz del contenido del artículo 349 C.P. vigente entre nosotros ha sido admitido por una buena parte de la doctrina.

El concepto de "esfera de custodia, protección o dominio", hace relación a una órbita de contenido abstracto, que se patentiza en cada caso concreto, sin que deba restringírsele a la extracción de la cosa de un lugar o a determinadas distancias del sujeto pasivo. La determinación de la esfera de custodia se realiza de acuerdo con la naturaleza del objeto y las previas

circunstancias en las que el sujeto pasivo ejerce esos correlativos derechos de custodia y dominio.

El criterio de la "ablatio" exige la ya reseñada relación negativa y positiva de los sujetos frente al objeto, con la cual se exige su efectivo ingreso a la esfera de la custodia del agente.

La remoción de la cosa con disponibilidad corporal. Este criterio sentado doctrinal y jurisprudencialmente en nuestro medio, entiende que para el perfeccionamiento del hurto no basta con el traslado de la órbita de custodia, es decir su pérdida para el sujeto pasivo, sino que además se haría necesaria la disponibilidad corporal efectiva del objeto para el hurtador.

De acuerdo con esta concepción se entiende que la acción "apoderarse" comprende algo más que la acción material de quitar. (Cfr. VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge Enrique, La acción material constitutiva del delito de Hurto en el Código Penal Colombiano en Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Col. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, No. 19, 1983, p. 166)

Con lo anterior se pretenden solucionar hipótesis límite, planteadas ante los estrados judiciales en las que el agente ha quitado el objeto al sujeto pasivo, pero ante la persecución de éste o de terceros, por un determinado lapso, el objeto ha sido recuperado, sin que, en concepto de esta tesis, el hurtador haya tenido una efectiva disponibilidad sobre el bien, es decir no ha estado en posibilidad por lo menos virtual de disponer bajo su propio arbitrio de él; en tales casos, afirma este criterio, no ha sido posible el ejercicio pleno del poder sobre la cosa, con lo cual no se ha surtido plenamente la acción típica descrita, y la acción debería quedar a niveles de tentativa.

TEMA III. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO. DETERMINACIÓN DE PERJUICIOS. CRITERIO GENERAL.

"Que el Juez sea el llamado a cuantificar los anotados perjuicios, desde punto de vista alguno significa que lo deba hacer irrazonadamente, sin ningún fundamento real, en una especie de uso de su absoluto arbitrio. Por el contrario, como toda discreción que le es propia, el Juez deba usar la suya con racionalidad y lógica precisando invariablemente si el delito

produjo el dolor y acongojamiento de que se ha hablado, y en caso afirmativo en qué medida, o precisando si no ocasionó ese perjuicio moral, debiendo dar en uno y otro caso las razones de rigor. De otro lado, acertadamente se ha dicho que sólo por excepción los delitos contra el patrimonio económico generan un daño distinto del meramente objetivo o material."

...

"Como se vio, el cargo del demandante esta encaminado a que la Corte declare la nulidad del proceso, a partir del auto que fijó fecha para celebrar la audiencia pública, a fin de que se avalúen los daños morales por parte de un perito.

"Entre tanto, la nulidad que pide la Delegada afectaría únicamente el fallo, debiendo la Corte dictar el de reemplazo con la motivación a que hubiere lugar, atinente a los señalados perjuicios.

"Se percibe entonces claro que tiene más cobertura procesal la nulidad solicitada por el demandante, razón para que se la estudie en primer término, como se hará en seguida:

"1. Dígase de entrada que los perjuicios morales "puros" o "subjetivos", de que trata el artículo 106 del Código Penal no son en su cuantificación susceptibles de avalúo por peritos: así lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina. Esa tasación está, pues, reservada al buen juicio del sentenciador, que en cada caso observará lo sucedido realmente para calibrar si existe o no ese dolor íntimo y el grado de su intensidad.

"Esta Sala se pronunció al respecto en sentencia de 26 de agosto de 1982 (M. P.: Dr. Gustavo Gómez Velásquez), como sigue:

"No es a esta clase de daño (al moral objetivable), entonces, al que se refiere el artículo 106 del Código Penal, sino al de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas; es decir, al que se genera y se mantiene en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización.

"Por eso se ha llegado a denominar *pretium doloris* a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que fuera la propia ley la que la señalara en su cuantificación máxima y que fuera el propio Juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello, porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado con el delito quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del *ius puniendi* encomendado al Estado.

"Al no ser el daño moral subjetivo cuantificable pecuniariamente, como se ha dejado dicho, escapa a toda la regulación por medio de peritos, de donde ni se precisa nombrarlos para ese efecto, ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalarse su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley" (paréntesis fuera del original).

"Por manera que como en este caso el fallador concluyó en la inexistencia de perjuicios materiales, el nombramiento de perito que pide el casacionista para que avalúe los morales tornarse improcedente, pues se reitera que la tasación del daño moral es privativa del Juez en el fallo.

"El cargo de nulidad, por no haberse designado perito para dicho efecto, pues, carece de asidero y ha de rechazarse.

"2. Pero aparte de la improsperidad del referido cargo, habrá de tenerse en cuenta la petición de la Delegada, en cuanto es del criterio que procede la nulidad parcial del fallo impugnado, por no haberse motivado en ningún grado la aludida condena en perjuicios.

"Pues bien: véase qué se lee al respecto en el fallo de primera instancia: "El despacho estima que la diminuyente contemplada en el artículo 374 del C. P. es inaplicable, solicitud que hiciera la defensa, pues si bien los procesados consignaron la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00), por concepto de los perjuicios causados, dicha cifra no satisface plenamente los daños morales ocasionados, que en nuestro criterio es superior y así se reflejara en el acápite correspondiente; luego dicho título judicial no produce el efecto indicado en la citada norma" (fl. 164-3).

“Y en ese acápite anunciado, dijo: "...se los condenará al pago de los perjuicios morales derivados del delito de hurto calificado y agravado, oficiosamente y en el equivalente a doscientos (200) gramos oro, pues no fueron avaluados pericialmente y a la falta de dictamen se tendría en cuenta lo fijado en el artículo 106 del C. P. No se mencionan los, daños materiales, porque no los hubo, teniendo en cuenta que estamos frente a una tentativa y por lo tanto no existió detrimento en el patrimonio del ofendido" (fls. 164 y 165).

“Y en la parte resolutive de la sentencia, produjo la anunciada condena civil (fl. 167).

Por su parte, al confirmar el fallo en cuestión, dijo el Tribunal:

"La sentencia no viola el derecho de defensa establecido en el numeral 30. del artículo 305 del C. de P. P., pues el deseo de indemnizar que se haya expresado por los procesados, así el Juez haya oído sobre el punto al ofendido o nombrado perito, no implica violación del derecho de defensa, ni obliga al funcionario a aceptar la suma que caprichosamente, (sic), como en este evento \$100.000.00.

"Al no poderse avaluar pecuniariamente, se acudió correctamente a lo estatuido en el artículo 106 del C. Penal, que menciona los criterios para fijar la indemnización, que, en este caso concreto, estimó los perjuicios morales en 200 gramos oro, y considera precaria la cantidad de \$100.000.00 consignada durante el proceso.

"Tal como lo aduce el Ministerio Público, la falta de avalúo permite determinarlos de manera discrecional, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, el daño querido, el perjuicio moral y otras circunstancias que puedan arrojar resultados diferentes en razón al patrón subjetivo que se emplea para su valoración; de manera que el justiprecio que hizo el *a quo* en 200 gramos no parece excesivo ni se tienen argumentos en contrario" (f]. 273).

“Claro se ve, entonces, que tiene razón la Delegada cuando no encuentra la más mínima motivación en las partes considerativas de esos transcritos fallos. Si bien se dice que debe tenerse en cuenta la clase de delito imputado, ahí queda toda consideración, sin hacerse referencia alguna al concreto delito por el cual se condena y que es el que puede o no producir el daño moral en comento. ¿De dónde saca entonces el sentenciador el dolor

profundo sufrido por la víctima? En la ampliación de denuncia rendida por el ofendido ..., éste fue interrogado exhaustivamente sobre los diversos y pertinentes puntos, respondiendo a la pregunta de cuál había sido el daño sufrido: "No, ningún daño, yo tengo que ser honesto, ningún daño porque el carro no se lo alcanzaron a llevar, no se llevaron ningún elemento del vehículo" (fl. 57-1 *infra*).

“Que el Juez sea el llamado a cuantificar los anotados perjuicios, desde punto de vista alguno significa que lo deba hacer irrazonadamente, sin ningún fundamento real, en una especie de uso de su absoluto arbitrio. Por el contrario, como toda discreción que le es propia, el Juez debe usar la suya con racionalidad y lógica, precisando invariablemente si el delito produjo el dolor y acongojamiento de que se ha hablado, y en caso afirmativo en qué medida, o precisando si no ocasionó ese perjuicio moral, debiendo dar en uno y otro caso las razones de rigor. De otro lado, acertadamente se ha dicho que sólo por excepción los delitos contra el patrimonio económico generan un daño distinto del meramente objetivo o material.

“Aquí el mencionado ... es claro al decir que cuando salió de la casa de sus padres ya el agente ... tenía encañonados con su revólver a los procesados, quienes minutos antes habían tratado de forzar las cerraduras de las puertas de su vehículo. De suerte que no se percibe que a consecuencia de ese conato de delito el referido ciudadano haya sufrido el daño moral puro que se comenta.

“La Sala entonces considera nula la sentencia en el nombrado punto, por lo que cumpliendo las veces de la segunda instancia (como procede en casación cuando se dicta fallo de reemplazo), ha dejado motivada la cuestión, supliendo de esta manera la falta del fallador y actuando como lo ordena el artículo 229 del nuevo Código de Procedimiento Penal, para eventos de nulidad que sólo afecten la sentencia.

“No habiendo perjuicios morales por razón de la tentativa de hurto por la cual se condenó a los tres procesados, la Sala así lo resolverá, previa revocación del correspondiente punto del fallo impugnado. En este sentido, pues, se casará el fallo.

“Consecuente con lo dicho, se dispondrá también la devolución, a quien corresponda, del título judicial aportado al proceso a manera de

cancelación de perjuicios.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No 105, 16-11-93, Gaceta Judicial No 2466, t. CCXXVII, p. 797).

COMENTARIOS

En desarrollo del principio de antijuridicidad material, los tipos consagrados como protectores del patrimonio económico, en nuestro ordenamiento, exigen el daño o perjuicio económico efectivamente reportado por el sujeto pasivo. Como habremos de reseñarlo en forma más específica al estudiar las diferentes formas delictuales, esta característica está presente en cada una de ellas, no obstante que la propia redacción típica lo incluye expresamente en algunas pocas oportunidades; es el caso de la estafa (art. 246 C.P.), el abuso de confianza (art. 249 C.P.), el abuso de condiciones de inferioridad (art. 251 C.P.), la disposición de bien propio gravado en prenda (art. 255 C.P.) y la usurpación de aguas (art. 262 C.P.). Es sabido que la inclusión del elemento antijurídico en la redacción típica obedece a razones de clarificación del legislador, a deficiencias de técnica legislativa o a necesidad dogmática, con el fin de que el contenido típico estricto no resulte ser irrelevante o lícito. Al estudiar cada una de las referidas formas indicaremos en cual de los anteriores supuestos nos encontramos.

Finalmente, el perjuicio debe ser de contenido económico de valoración monetaria, quedan pues excluidos los daños o perjuicios simplemente afectivos, intelectuales, de orden moral, social o religioso, que no posean o no sean susceptibles de la mencionada estimación económica.

Tratándose de los punibles contra el patrimonio económico, se hace necesaria la efectiva vulneración del bien jurídico, dada la naturaleza de lesión de los diferentes tipos consagrados. Pero adicionalmente la concreción de la referida violación debe ser cuantificada en el perjuicio, en este orden de ideas la mensurabilidad económica del daño debe ser relevante o significativa, para que pueda predicarse la efectiva lesión del objeto de tutela, con lo cual deben quedar excluidas de protección penal, las acciones típicas contra el patrimonio económico, que en realidad no lo afecten por ser "irrisorias, mínimas o intrascendentes".(PÉREZ PINZÓN, Álvaro, ob. cit., p- 35)

El anterior criterio general no se opone a la excepcional consagración de tipos de peligro, como es el caso del abuso de condiciones de inferioridad (art. 251 C.P.), en el que se antepone la protección penal en consideración al bien jurídico específico: los intereses económicos del necesitado, apasionado, trastornado o inexperto; o en el alzamiento de bienes (art. 253 C.P.) en protección de los derechos del acreedor. Iguales consideraciones excepcionales caben hacerse respecto de la usurpación de tierras (art. 261 C.P.), invasión de terrenos o edificios (art. 263 C.P.) y la perturbación a la posesión sobre inmuebles (art. 264 C.P.).

De una parte el patrimonio atacado debe sufrir efectiva disminución, pero además, esta debe ser relevante visto el problema desde la óptica del sujeto pasivo. Por tanto la cuantificación económica, estimativo concreto, medible y objetivo debe ser significativa; vale decir que la cantidad de lo apoderado, apropiado, obtenido, según el tipo estructurado, debe ser de tal magnitud que genere un daño o perjuicio sensible, objetivo y de relevancia.

La solución que proponemos frente a estas hipótesis debe analizar tanto la connotación subjetiva de la acción, relación sujeto activo - sujeto pasivo y las circunstancias económicas que les rodean, así como dicha relación subjetiva referida al propio objeto material de la infracción. Sin los dos análisis no es posible arribar correctamente a la conclusión de no lesividad del bien jurídico en un determinado comportamiento.

Hay situaciones en las que la propia cuantía del objeto material hará concluir la irrelevancia del comportamiento, sin que interesen las circunstancias económicas de riqueza, pobreza o miseria del sujeto pasivo. En otros eventos no bastará tal consideración objetiva, sino que, la relevancia o irrelevancia del perjuicio se concluye en atención a la diversa posición económica subjetiva. Por tanto y en especial frente a los delitos patrimoniales, además de la conducta típica, perfectamente adecuada al tipo penal respectivo, es necesaria la demostración del perjuicio patrimonial efectivo, medible y relevante en juicio positivo de antijuridicidad. Lo anterior con el simple examen del objeto material, en muchos casos no debe revestir especial problema. El examen subjetivo adicional, será necesario y un tanto complejo en las hipótesis de posible irrelevancia o insignificancia, es decir, inexistencia de la lesión, determinada en el perjuicio o daño patrimonial reportado.

En hipótesis de irrelevancia deviene la frustración de la estructuración integral del punible por ausencia de antijuridicidad material, es decir, falta la causación de daño o perjuicio.

TEMA IV. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL PATRIMONIO ECONÓMICO COMO INTERESES TUTELADOS CRITERIOS DE DIFERENCIACIÓN CONCRETA. ASPECTOS DIFERENCIADORES EN ORDEN A LA CONFIGURACIÓN.

"Como dentro de su argumentación de apoyo a las demandas, ha sostenido el Ministerio Público que el delito contra el patrimonio se presenta porque a falta de una relación funcional los acusados recurrieron a la habilidad, a los ardides, tampoco estará de sobra recordar que acreditada como se ha visto esa relación funcional que la Delegada nota de menos, tampoco el recurso a los medios de engaño o artificio son suficientes para transformar una ofensa a la administración pública en falta contra el patrimonio económico, pues también lo ha precisado la doctrina de la Sala en el ya aludido fallo de julio 15 de 1982, una vez presentes los requisitos de la vinculación oficial del sujeto agente, la detentación del bien como resultado de su ejercicio funcional de administración o cuidado y su disposición indebida.

"... no importa la forma como el bien sea sustraído de la esfera oficial de custodia o pertenencia. Por lo general el agente se vale de maniobras engañosas para lograrlo, o bien lo hace en forma clandestina, pudiera decirse furtiva. Pero ni aquellas convierten la infracción en esta ni ésta en hurto. Predomina, como lo dice la Procuraduría, el carácter oficial del bien. E igualmente, agrega la Corte, el del agente y la vinculación de ese bien a la función del sujeto activo del ilícito."

.....

“La inconformidad consiste en la incursión por parte de los juzgadores en un error en la denominación jurídica, de la infracción, pues en lugar de sentenciar a los enjuiciados por el delito de hurto agravado lo hicieron por el de peculado por apropiación, entrando a contrariar lo dispuesto en los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución, el artículo 20. de la Ley 20 de

1975 y la resolución 011512 de 1986, al refundir la función fiscalizadora que ejerce la Auditoría Fiscal de la Contraloría, con las de administrar, custodiar, guardar y manejar los bienes y valores de la entidad fiscalizada, error que se hace manifiesto cuando la educación se hace en un momento en el que el control previo había sido subrogado por el control posterior.

“En sus avales a este enfoque la Delegada todavía recuerda que los funcionarios de la Contraloría General de la República no ejercen funciones de custodia derivada de la norma legal que la imponga respecto de los bienes del ente vigilado; y por lo tanto carecen de autonomía sobre esos bienes. Su contacto es apenas físico, y por ende, para lograr la apropiación, les era necesario recurrir al artificio, el escamoteo, el subterfugio o el empleo

de la fuerza, habilidades que en el caso presente configuraban un delito de hurto.

“Los anteriores planteamientos parten, a juicio de la Sala de una premisa equivocada, y es la de entender que dentro del concepto complejo de administración de los bienes del Estado, la responsabilidad del ente vigilado difiere invariablemente de la del encargado del control fiscal, pues con ello se olvida que de acuerdo con las disposiciones invocadas inclusive por los impugnantes, los artículos 119 y 267 de la Constitución (anterior artículo 59 de la Carta Política de 1886), y el artículo 20. de la Ley 20 de 1975, la labor de vigilancia y el control fiscal de la gestión de la administración pública le están asignados a la Contraloría General de la República, y para el caso concreto del cuidado de títulos como el de participación clase B que resultó materia de la distracción, ese control permanece y no posterior se hacía inminente mediante las sorpresivas y repetidas visitas de conteo donde la Auditoría accedía materialmente a los documentos para cumplir con la persistente revisión, cotejo y elaboración de arqueos.

“Siendo entonces sobre esta realidad que la alegación se ofrece, ha de reconocerse que la razón estuvo del lado de los juzgadores cuando consideraron el comportamiento de los acusados como constitutivo de un peculado por apropiación, porque además de hacerse evidente que la ofensa no se dirigió con exclusividad en contra del patrimonio económico del Estado sino ante todo de la Administración cuyo presto y ordenado funcionamiento quebrantaron con la infidelidad a los deberes oficiales que les incumbían, no cabe duda en cuanto el apoderamiento del título operó

dentro del ejercicio de sus funciones, toda vez que mediante acuerdo entre estos dos desleales servidores públicos el primero programó a su conveniencia la diligencia de arqueo, el segundo la ejecutó logrando en ella que los títulos se le dejaran a su disposición para el cumplimiento de las revisiones y cotejaciones funcionales que le incumbían, en abuso de las cuales operó la distracción del valor.

“Para otorgar en este aspecto la respuesta que la formulación de las demandas requiere, y sin que el tema planteado implique novedad, vale la pena recordar que el criterio de la Sala en el análisis de la relación entre la función del empleado y la tenencia y disponibilidad del bien que se distrae, ha precisado ya de antaño que la expresión legal "en razón de sus funciones" utilizada en la definición del peculado no significaba.

“Que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentara el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.

“... Se necesita, para que haya peculado, una mas directa referencia a las funciones del empleado.

“Para delimitar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado, deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por una norma legal" (sentencia de agosto 3 de 1976).

“En sentido parejo, en fallo de noviembre 18 de 1980 se reiteró que en el delito de peculado.

“No es necesario que las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., estén antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal. Basta, que la facultad de disponer del bien del cual se hace mal uso, surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función.”

“Y en decisión de julio 15 de 1982 todavía se precisó que:

“...de acuerdo con repetidas doctrinas de esta Sala, no solo aquellas personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado pueden cometer el delito de peculado, sino, como lo expresa la sentencia, cuyos apartes ha transcrito el actor, las que lo reciben en consideración a sus funciones.

“o sea que se requieren tres condiciones fundamentales para que se tenga que responder penalmente por la apropiación o aplicación oficial diferente del bien: que el agente sea un funcionario o empleado público, o como dice el Código Penal vigente “empleado oficial”, que se le haya entregado un bien en administración o custodia en razón de o con relación a sus funciones y que disponga de él de modo que le implique ejercicio, en alguna forma de ellos.

Respecto de esta última condición hay que decir que no se requiere una disposición del bien expresamente autorizada por la ley, es decir, una actividad manifiestamente atribuida al agente como parte de sus funciones, sino que basta que la disposición esté relacionada en tal forma con la función que aquella no hubiera sido posible sin ésta.”

“En el caso del análisis se demostró a suficiencia que los dos acusados ahora recurrentes se hallaban vinculados oficialmente a la administración como empleados de la Contraloría General de la República y que dentro de sus funciones estaba precisamente la de ejercer actuantes y periódicos controles, y no uno posterior sobre la guarda y el manejo de los títulos en depósito, lo que constituía una innegable participación en ese deber de custodia confiado al IFI sobre aquellos bienes públicos. También que en ejercicio de esas funciones se programaban los arqueos, y que en el curso de éstos los auditores recibían para constatar su existencia y revisar su contenido y vencimientos todos y cada uno de los títulos, valores y los libros requeridos para el cumplimiento de esa función, de modo que no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba

en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal -se insiste- de custodia.

“Es mas: a ese control fiscal también se ha referido la referida doctrina de la Sala para integrarlo, cuando de circunstancias muy concretas ello surge, a una labor de co-gestión, o co-administración, según se ha visto en fallo de abril de 18 de 1990 que a su vez remite al de, diciembre 6 de 1982, reconociendo por vía de ejemplo en cuanto al tema del recaudo y manejo de impuestos, cómo

“dado el mecanismo de controles a que esta sometido, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración, dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad de determinados bienes que, de otra manera, hubiera escapado a su acción”.

“Y tal fue lo sucedido en el caso de análisis, dentro del cual se ha puesto de relieve que la repetición y forma de los arqueos no dejaba desprevenida la injerencia persistente de la Contraloría participando a través de sus auditores en la custodia de unos bienes de los cuales terminaron apropiándose para su propio lucro los funcionarios acusados.

“Como dentro de su argumentación de apoyo a las demandas, ha sostenido el Ministerio Público que el delito contra el patrimonio se presenta porque a falta de una relación funcional los acusados recurrieron a la habilidad a los ardidés, tampoco estará de sobra recordar que acreditada como se ha visto esa relación funcional que la Delegada nota de menos, tampoco el recurso a los medios de engaño o artificio son suficientes para transformar una ofensa a la administración pública en falta contra el patrimonio económico, pues como también lo ha precisado la doctrina de la Sala en el ya aludido fallo de julio 15 de 1982, una vez presentes los requisitos de la vinculación oficial del sujeto agente, la detentación del bien como resultado de su ejercicio funcional de administración o cuidado y su disposición indebida,

“...no importa la forma como el bien sea sustraído de la esfera oficial de custodia o pertenencia. Por lo general el agente se vale de maniobras engañosas para lograrlo, o bien lo hace en forma clandestina, pudiera decirse furtiva. Pero ni aquellas convierten la infracción en ésta ni ésta en hurto. Predomina como lo dice la Procuraduría el carácter oficial del bien . E igualmente, agrega la Corte, el del agente y la vinculación de ese bien a la función del sujeto activo del ilícito.

“En suma, ninguna de las razones aportados por los demandantes ni adicionales por la delegada alcanzan para demostrar la ocurrencia de ese error en la calificación de la conducta del cual querían derivar como consecuencia la invalidación del rito, lo que hace en este cargo imprósperas las pretensiones de las dos demandas.

“Tampoco se opone lo anotado para que la sala clarifique frente a la insinuación de la Procuraduría Delegada en un lugar de la invalidación de lo actuado propuso como alternativa la absolución de los acusados por el delito de peculado, que una sola solución semejante, fundada sobre el presupuesto de la titularidad de la acción penal en cabeza de la Fiscalía, no corresponde con los presupuestos que se manejen en el caso presente, toda vez que la causa se adelanto con fundamento en el Decreto 050 de 1987.

“No empece a esta aclaración, considera oportuno precisar la Sala que ni siquiera en el caso de rituarse esta actuación bajo la preceptiva del Decreto 2700 de 1991 podría hallar cabida la sugerencia del Ministerio Público, pues son plurales las razones que a una solución como la insinuada se oponen de modo manifiesto.

“Téngase en cuenta por vía de ejemplo que así sea cierto que el actual Código de Procedimiento Penal no establece, la diferencia del Decreto 050 de 1987 -artículo 501-, la posibilidad de variar en el curso de la causa la calificación jurídica de la infracción, semejante vacío no bastaría para asumir la posibilidad de tolerarla, pues la actual estructura del proceso demandaría una regulación expresa.

“A esa conclusión se llega cuando la calificación de la instrucción se le atribuye privativamente a la Fiscalía pero para perderla en el curso de la causa, al transformarse su intervención y restringirse a la de parte acusadora radicando en el juez de allí en adelante la titularidad de la acción

penal (art. 24 C. de P.P.), que ejerciera en el curso de la audiencia dentro de los principios de equilibrio y de neutralidad que implican la dirección de ese debate.

“Ciertamente también, cabe admitirlo, que el artículo 442, numeral 3 de la aludida codificación, le da a la calificación jurídica de la infracción que se contiene en la resolución de acusación el calificativo de "provisional". Pero el no menos incontestable que de esa sola circunstancia tampoco podrían derivarse consecuencias distintas de las señaladas por el legislador, y es evidente que ellas en este caso no quedaron a la postre reguladas.

“De frente a estas consideraciones, es de advertir que siendo la ley, por voluntad de la Constitución Política -artículo 230-, el único parámetro de sometimiento de los jueces, en ninguno de sus preceptos autoriza para fundar sobre la base de un error en la educación jurídica de la infracción la absolución de un acusado. Por el contrario, son claras y plurales las disposiciones normativas que solucionan por vía diferente la ocurrencia de los errores judiciales, dentro de una voluntad también superior, de lograr la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 ibídem)

“Es precisamente dentro de este entendimiento que ya desde antaño la Sala afirma y reconoce cómo “tanto en el procedimiento señalado en el C. de P.P. de 1971 (art. 210) como en el estatuto de 1987 (Decreto 050 art. 305) el haber incurrido el juzgador en error en la denominación jurídica de la infracción, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y conlleva a la nulidad de la actuación, pues nadie puede ser juzgado en materia criminal, si el hecho imputado no ha sido subsumido plenamente y de manera correcta dentro de la descripción de un determinado tipo penal” (Cfr. sentencia de marzo 17 de 1993).

“Como bien puede cotejarse, ni el entendimiento de ese vicio ni el de su solución desactualizan la doctrina frente a la condición que ahora rige, porque de nuevo en el numeral 2 de su artículo 304 “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso” sigue constituyendo causal legal de nulidad, y así de modo coherente se resalta en los artículos 37 y 37A actualizados por la ley 81 de 1993, el otorgamiento al juez, tanto en el caso de la sentencia anticipada como de la audiencia especial de la facultad de inaceptar a cuerdos de la Fiscalía, e

inhibirse de proferir sentencia cuando descubra ilegalidad o violación de las garantías fundamentales.

“Y en idéntico sentido en el procedimiento ordinario se admite desde el momento de asumir el conocimiento de la causa la alegación y el decreto de nulidades -artículos 446 y 447 ibídem-con el fin de que la vista publica se iniciare solo después de verificar la validez de la actuación, oportunidad que tampoco precluye con la audiencia, como a simple vista se infiere del artículo 305 del invocado ordenamiento procesal.

“Tampoco sobraría advertir la falta de razón y congruencia que implicaría entrar a absolver a un procesado frente a unos hechos y a una responsabilidad que se han probado plenamente, solo a pretexto de que su conducta se sanciona bajo un nomen iuris diferente del mencionado en la resolución acusatoria, porque de obrar así se supeditaría a formalidades de no difícil corrección el interés muy superior de la administración de justicia, función pública bajo la cual se amparan la vocación y las necesidades del Estado, del ofendido y la comunidad en la represión de los delitos y el restablecimiento del derecho”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de: 07-04-95, M, P: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Expediente 8732, en Rev. Gaceta Jurisprudencial N° 27, Págs. 33-34) .

COMENTARIOS

El título protege en forma específica los llamados en la ley civil derechos reales y derechos personales (art. 666 C.C.), pues estos son los intereses con estricto contenido económico, de que puede ser titular una persona.

Reiteramos, para efectos jurídico-penales, el patrimonio económico no incluye los derechos personalísimos -vida, integridad, pensamiento, libertad, derechos políticos, etc.-. Por lo demás, el concepto no se puede entender como universalidad de activos y pasivos, solo se comprenden los activos.

En relación con los derechos reales encontramos que el objeto específico de protección es la posesión en su sentido mas amplio y natural. "...para el derecho represor el bien jurídico básico objeto de tutela es la posesión, y aun la mera tenencia de los bienes, y que solo en reducido número de casos aparece directa la tutela del dominio. Responde así el sistema a una

larga tradición filosófica y jurídica, robustecida con el aporte de las mas altos pensadores occidentales, que, cuantas veces se refirieron al asunto comenzaron por afirmar los principios en el aspecto posesorio, suficiente orientador para la ley y el magistrado."

"KANT lo proclamó de este modo: "quien afirma que tiene una cosa como suya, debe hallarse en posesión de ella. Si no se hallara, no podría recibir perjuicio por el uso que otros hicieran de ella sin su consentimiento, porque, si alguna cosa no relacionada jurídicamente con él afecta este objeto, el sujeto no puede decirse afectado por ello, ni recibir injuria. Postulado jurídico de la razón práctica es el de que un objeto de mi arbitrio es una cosa que yo tengo físicamente en mi poder para disfrutarla."

"Según LOCKE, la injuria no se dirige al propietario, sino al poseedor, lo cual entraña un avance notable en la apreciación del interés jurídico protegido penalmente.

"HEGEL, en la Filosofía del espíritu y luego en la Filosofía del derecho explicó la cuestión en iguales términos. En aquella obra afirma: "El predicado de lo mío, que es por sí meramente práctico y quye la cosa obtiene mediante el juicio de la posesión, primero con el apoderamiento exterior, tiene aquí, sin embargo, el significado de que yo poseo en ella mi querer personal. Mediante esta determinación, la posesión, es propiedad, la cual como posesión es medio, pero como existencia de la personalidad es fin". (PÉREZ, Luis Carlos, Derecho penal, partes general y especial, Ed. Temis, 1986, t. V, p. 337)

Existe un interesante debate doctrinal sobre la autonomía del derecho penal para la definición de este bien jurídico.

En primer término, y de alguna manera, siendo consecuentes, con la doctrina de los elementos normativos del tipo, se considera que el concepto remite al ordenamiento extrapenal, en este caso la legislación civil, que define o por lo menos proporciona los fundamentos de limitación de alcance y contenido del interés tutelado.

De otra parte se argumenta que no obstante la naturaleza residual, fragmentaria y accesoria del derecho penal, este no puede "comportarse como un dependiente inconsulto del derecho privado" (PÉREZ PINZÓN,

Álvaro Orlando, ob. cit. p.26); de esta forma se respalda una concepción del patrimonio, ecléctica y ajustada al ámbito de protección penal, con lo que el concepto genérico de patrimonio comprende los derechos reales y personales, en cuanto tengan estimativo monetario y salen del concepto los derechos de la personalidad tales como la vida, la integridad o la libertad.

Dentro de esta misma postura se afirma que los conceptos del derecho privado no pueden ser trasladados de manera exacta al derecho penal, ya que la naturaleza, principios rectores, ámbito, forma de aplicación y, contenidos jurídicos efectuales en estas dos ramas del derecho son disímiles; ambas poseerían plena autonomía; concluyendo que si bien el derecho penal toma muchos conceptos de la legislación civil, debe haber un ajuste de los mismos, acorde con sus principios e intereses. (En este Sentido, TOCORA, Luis Fernando)

En vigencia del Código de 1936 se defendió con los siguientes planteamientos la interdependencia de estas dos ramas del derecho, en orden al presente bien jurídico y la utilización estricta de los conceptos civiles en la disciplina penal. "El derecho penal y el civil se complementan en lo que respecta a la propiedad, pues el primero tutela y garantiza los derechos que el segundo consagra. Las disposiciones del uno y del otro deben, por lo tanto, interpretarse de manera armoniosa, y los términos empleados por aquel, para la protección de los intereses jurídicos que él tutela, deben ser usados en la misma acepción en que los toma el derecho civil, mientras no repugne a la naturaleza del penal, que a veces tiene que acudir a su propia terminología." (PACHECO OSORIO, Pedro, Derecho Penal Especial, ob. cit., t. IV, p. 5)

Como lo observaremos al estudiar cada una de las figuras consagradas en nuestro medio, ninguna de las dos posiciones puede ser asumida radicalmente; de una parte si se predica que han de aceptarse integral y restrictivamente los conceptos elaborados por el derecho privado, no se estarán considerando los requerimientos prácticos de la ciencia penal con específica finalidad y por ende autonomía; pero de otra parte múltiples son los tipos penales del presente título que admiten la cabal y rigurosa interpretación de los conceptos elaborados en la legislación civil.

MUÑOZ CONDE plantea la siguiente solución intermedia: "Se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso por caso. El punto

de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados por el derecho privado. Es necesario, sin embargo, que tales nociones sea de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así no se invade el campo del derecho privado y se evitan las confusiones terminológicas que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos." (MUÑOZ CONDE, Francisco, ob. cit. p. 227)

De acuerdo con las redacciones normativas vigentes entre nosotros el anterior criterio orientador puede ser de utilidad dogmática. Pero adicionalmente debemos precisar que el problema también es de elaboración legislativa, la técnica debe propender por dar a los términos utilizados en los tipos penales, estricta significación de acuerdo con la legislación extrapenal o de lo contrario otorgarles dentro de la propia estructura típica, el alcance o significado peculiar que se ha querido otorgarles. Es decir, los términos con expreso significado proveniente de la normatividad civil, deben ponerse en relación con los restantes elementos típicos y de allí derivar su adecuada interpretación y aplicación.

TEMA V. PATRIMONIO ECONÓMICO. EXTENSIÓN DEL ÁMBITO O ALCANCE DE TUTELA

“1. El error de hecho manifiesto debe ostentar los caracteres de lo evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por parte del censor o de los jueces en sede de casación y debe repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza incontrastable, vale decir que sin su concurso el juzgador hubiera definido la situación en sentido diferente del contenido en el fallo censurado. La casación no es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinada prueba, máxime cuando ésta carece de valor específico y la crítica se basa en apreciaciones personales o subjetivas del impugnador. 2. La interpretación en cuanto al sentido o alcance de un documento jamás pueda generar error de hecho manifiesto porque el yerro no recae sobre la realidad tangible de las

pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona, sino sobre el juicio de valor que se hace el funcionario respecto a su contenido. 3. En los ilícitos contra el patrimonio económico de que se ocupa el título XIV del Código Penal, la tutela penal no sólo cubre el derecho de propiedad, entendido con el significado que le da el Código Civil, sino que también se extiende a la posesión, la tenencia de la cosa, los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico; es decir, que cualquiera de los titulares de tales derechos está legitimado para reclamar el resarcimiento de los perjuicios cuando por un hecho punible ha sufrido mengua o quebranto en su patrimonio económico entendido como una universidad de derechos y obligaciones del individuo”.

...

“Y como en el presente caso no se remite a dudas que el denunciante ... en su condición de poseedor y propietario del inmueble objeto de lanzamiento, resulto perjudicado en su patrimonio económico con el accionar delictuoso del procesado, está autorizado para constituirse en parte civil y reclamar indemnización por los perjuicios sufridos, pues durante varios años fue injustamente privado del derecho a ejercer los atributos de uso, goce y aprovechamiento efectivo del apartamento de su propiedad, y de percibir los cánones de arrendamiento.

“Siendo entonces titular de la acción indemnizadora (art. 104 del C.P.) tenía derecho al resarcimiento de los perjuicios en la forma establecida en el artículo 107 de la misma modificación, por no poderse avaluar pecuniariamente el daño material derivado del hecho punible.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 61, 09-07-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVI, p.170).

COMENTARIOS

En vigencia del referido código de 1936, para defender lo acertado de la nominación del título se consideró la comprensión genérica del concepto “propiedad”, el cual para la disciplina penal no podría tener validez el ámbito restringido que al efecto proporciona la legislación civil; el dominio o propiedad podría ejercerse sobre todos los llamados derechos reales; al tiempo que podía recaer no solo sobre las cosas corporales, sino también sobre las incorporales.

PACHECO OSORIO, defendió arduamente la denominación del presente título como “delitos contra la propiedad”, “por que el Código Civil Colombiano, que no define -como sí lo hacen otros- lo que constituye el patrimonio, emplea el término propiedad en un sentido amplísimo, no referible solamente a las cosas materiales y a la facultad que tiene el titular de este derecho para disponer de ellas arbitrariamente, sino también a las cosas inmateriales.”

"En efecto, en el art. 669 expresa que "el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" y que " la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad". Si se restringe así el concepto de dominio o propiedad, salta a la vista la inconveniencia de la denominación usada por nuestro Código Penal para designar estos delitos, porque es indudable que no todos ellos lesionan el indicado derecho. Pero el C.C. dice además en su artículo 670 que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo".

"Nuestro derecho civil no limita, pues, el concepto de propiedad o dominio a la facultad de gozar o disponer arbitrariamente de las cosas materiales, sino que lo extiende a todos los derechos que forman parte del activo patrimonial de una persona natural o jurídica. Así se tiene que, en Colombia, el poseedor es titular del derecho de propiedad de la posesión, el tenedor es propietario del derecho de tenencia, el acreedor es propietario de la acreencia, etc." (PACHECO OSORIO, Pedro, ob. cit., p. 4)

Entre tanto, el grueso de la doctrina nacional fue partidario, aun en vigencia de la legislación de 1936, de la nominación del título y con ello la identificación del bien jurídico protegido en relación con el patrimonio económico, con el argumento casi generalizado de que la expresión “propiedad” da a entender que el único derecho protegido era el llamado por la legislación civil “dominio”, cuando en realidad el hurto, el fraude, el despojo o el daño pueden lesionar otros derechos patrimoniales como la posesión, la mera tenencia, el usufructo, etc. (GUTIÉRREZ ANZOLA, Jorge, Delitos contra la propiedad, 3a ed, Bogotá, Edit. Diario Jurídico, 1975.P.12, RENDÓN GAVIRIA, Gustavo; Derecho Penal Colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1973, P 99,BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos contra el patrimonio Económico, Bogotá Edit. Temis, 1963, P.4 y

PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal Colombiano, Bogotá, Edit., Temis, 1959, Vol III, P. 276-277)

Sin duda la redacción de legislativa giró entorno a la anterior discusión doctrinal, adoptando la nominación del título como “delitos contra el patrimonio económico”, la cual aceptamos, no por plenamente acertada, sino por ser entre las dos opciones, la que menos dificultades presenta. Sin duda la concepción primigenia es restringida e induce a la eterna y en el momento actual innecesaria discusión, sobre la autonomía e interrelaciones entre el derecho privado y el derecho penal. Pero no es menos cierto que la denominación vigente puede pecar por amplia y omnicompresiva, pues el patrimonio económico entendido como universalidad jurídica solo estaría amparado de una manera parcial, como lo veremos a propósito de su estudio detallado.

A la luz de la legislación española, anterior a 1995, que nominó el título como "delitos contra la propiedad" MUÑOZ CONDE aclara acertadamente: "pero este término no debe entenderse en un sentido estricto, pues estos delitos también se refieren a la posesión y a otros derechos reales y obligaciones. Por eso como mas adelante se acentuará es preferible el término mas amplio de delitos contra el patrimonio, aunque no todas las figuras recogidas en este título se dirigen exclusivamente contra el patrimonio." (MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, parte especial, ob. cit., p. 226)

Aclaremos que a este respecto que la Ley Orgánica 10 de 1995, nuevo Código Penal Español”, denomina este conjunto delictual como “Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico”, agrupando en un mismo título tanto las infracciones al patrimonio privado como los tipos penales que tutelan el orden económico social, conjunción inaceptable a la luz de la tradición jurídica colombiana que desde hace ya varios lustros ha adoptado la identificación autónoma de estos dos objetos tutelares.

TEMA VI. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. CIRCUNSTANCIAS COMUNES DE ATENUACION. HURTO.

“El artículo 374 del C. P. otorga la facultad al Juez de reducir la pena, debiendo atenderse más a lo subjetivo que a lo objetivo”.

.....

"El artículo 374 del C.P., prevé una reducción de la pena de la mitad a las tres cuartas partes, en los delitos contra el patrimonio económico, cuando el procesado o responsable antes del fallo de primera instancia además de restituir los bienes objeto del delito, indemnice debidamente los perjuicios ocasionados a los afectados.

"Se trata de una facultad que otorga la ley al Juez para tal reducción, atendido el arrepentimiento que indica en el autor del hecho delictivo al restituir e indemnizar para hacer menos nocivos los efectos de su acto respecto a la víctima y menos grave también su quebrantamiento al orden social. Por lo mismo implica que el Juez debe hacer análisis de la situación para llegar a concluir si procede la atenuación indicada.

"En el caso examinado al ser aprehendidos los autores del hecho, se recuperaron en su poder casi todos los objetos sustraídos a la víctima. Al respecto anota el recurrente y en relación con los requisitos exigidos por la disposición respectiva, que efectuada tal recuperación no podrían los agentes del hecho -por sustracción de materia- realizarla, ni en consecuencia, por tal motivo, negarse la rebaja conforme a lo allí previsto.

"Debe admitirse que ante la imposibilidad de la devolución o reintegro de los bienes objeto del delito, no existirá obstáculo para dar efecto a la norma cuando, por otra parte, el delincuente ha demostrado sincero arrepentimiento y ha hecho lo posible o procurado la indemnización adecuada. Debiendo atenderse más a lo subjetivo, cual es dicha intención, que a lo objetivo como lo ha expresado con anterioridad esta Sala y lo destaca el recurrente (Sentencia octubre 31 de 1969).

"No obstante, aceptada la imposibilidad por la circunstancia referida para la restitución, aunque ésta no aparece total, dado que faltaron objetos de los que la víctima afirma le fueron sustraídos por los autores del hecho, se advierte en primer término que los procesados negaron su responsabilidad en éste, dando explicaciones que si bien claramente desvirtuada en autos, tendían a infirmar la acusación en si contra, posición sostenida en el proceso, lo cual no lleva a demostrar arrepentimiento como lo consideró el Tribunal al adoptar la correspondiente decisión. Por otra parte, la consignación de la suma señalada como perjuicios materiales por el apoderado de uno de ellos, se efectuó sólo para efectos de su libertad y para

el caso de que fuera hallado responsable. Lo cual no conduce a la deducción expresada, fuera de que no podría favorecer a quien se fugó antes de producirse tal pago, ni a quien no efectuó el mismo.

"Pero además de lo anotado, la indemnización que exige también, la norma debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Dávila Muñoz, Acta No. 40, 22-06-88, Gaceta Judicial No. 2432, t. CLXXV, p. 600).

COMENTARIOS

Si la cuantía del objeto material es inferior a diez mil pesos, la pena se ha de disminuir en razón de la menor alarma social generada por tal hecho; esta causal de atenuación guarda relación lógica con la agravante en razón de la cuantía prevista en el art. 372 # 1 C.P.

El surgimiento de esta atenuación se subordina a dos condiciones conjuntivas: que el agente no presente antecedentes penales y que el hecho no haya ocasionado grave daño a la víctima consideradas sus circunstancias económicas objetivas. La primera es institución de rai-gambre peligrosista, pues constituye rezago de la reincidencia, figura que deriva responsabilidad penal por la temibilidad del agente. Se considera antecedente penal el precedente de sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada que ha hecho tránsito a cosa juzgada; con lo que obviamente la atenuante procede en casos en los que tan solo se este adelantando investigación o proceso penal contra el agente. Tampoco son antecedentes penales los fallos ejecutoriados de policía o los proferidos en procesos administrativos disciplinarios aunque tengan por objeto conductas también sancionadas penalmente.

Se excluye la atenuación cuando se ha ocasionado grave daño a la víctima atendida su situación económica concreta. "El daño al propietario, poseedor o tenedor, lo mismo que el que pueda ocasionarse a otras personas en su patrimonio económico, es el proveniente de cualquiera de los delitos descritos en los arts. 349 a 371. Este daño ha de ser grave, es decir de significación ostensible además, como cuando se sustrae, por ejemplo, una suma de nueve mil pesos destinados al pago de una intervención quirúrgica, o los pasajes para ir a otra localidad a suscribir un compromiso importante. La gravedad, para el caso, depende

de la situación en que se encuentre la víctima. Si dispone de mas dinero para atender los gastos relacionados, el daño deja de ser grave. En todo caso, es el juez quien debe decidir con conocimiento de causa." (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., p. 548)

Es de aclarar que la atenuante solo opera para aquellos delitos patrimoniales que no han sido contravencionalizados por la leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, para los cuales la sanción es ostensiblemente menor si el objeto material o el perjuicio económico son inferiores a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TEMA VII. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO. CAUSALES COMUNES DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

"El artículo 372 del Código Penal que señala causales genéricas de agravación punitiva, remite el incremento "a los delitos descritos en los capítulos anteriores", es decir, que agrava la pena básicamente de las normas que describen tipos penales".

.....

"Le asiste razón al Tribunal y a la Delegada. En efecto, dispone la norma que el demandante estima violada, artículo 372 del Código Penal:

"Circunstancias genéricas de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa:

"1º Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida a su situación económica".

"El derecho penal, en cumplimiento de su cometido "asegurador" de los derechos de los coasociados, es decir, en su misión protectora de bienes jurídicos, realiza una previa valoración de éstos, y según su menor o mayor entidad, "proporciona la pena".

"Ese procedimiento no se agota en la tipificación y punición de las conductas, sino que en algunos casos se extiende para abarcar

circunstancias que aminoran o agravan la pena, acorde con la magnitud del interés jurídico dañado o simplemente puesto en peligro.

"El bien jurídico protegido mediante "los capítulos anteriores" a que alude el artículo 372 citado, es "el patrimonio económico"; el legislador consideró a través de dicha norma que cuando el ataque al patrimonio sobrepasa los cien mil pesos la pena debe aumentarse en determinada proporción: se tiene en cuenta aquí, como se ve, el aspecto meramente cuantitativo del bien jurídico lesionado, lesión que ya viene dada en la configuración del delito (su antijuridicidad), así se haya que dado éste en la etapa del conato, o se haya consumado pero sin agotamiento: ello para hacerle ver al casacionista que la agravante en comento no se relaciona con el "daño" potencial o real causado al interés jurídico tutelado, sino simplemente con su "valor" o "cantidad".

"El demandante no cuestiona que el delito de hurto atribuido a los procesados ... y ... se haya consumado, sino que, reparado en su agotamiento (o sea en que no se logro el proyecto que exige el artículo 349 del C.P. por medio de su elemento subjetivo), pretende derrumbar la agravante, por pensar, erróneamente, que la misma supone un detrimento, efectivo y definitivo, del patrimonio económico, cuando ya se vio que no, porque desde que el objeto material del hecho exceda los cien mil pesos, opera invariablemente el aumento de pena dentro de los límites allí previstos.

"No ocurre lo mismo con la segunda hipótesis que trae el numeral 1º del artículo 372, es decir cuando la cuantía del delito contra el patrimonio económico es inferior a los cien mil pesos, pues en este evento de pequeño valor del bien jurídico, la misma ley está exigiendo que se "haya ocasionado grave daño a la víctima". Son entonces dos situaciones diferentes y de perfiles claramente distinguibles, motivo por el cual no procede la "asimilación" que elabora el casacionista, haciendo depender una de otra y, por esta vía de desatinada hermenéutica, exigir también "el daño" para la primera previsión, o sea cuando la cuantía del objeto material supere los cien mil pesos, quantum éste que, como se vió, comporta per se el incremento de punibilidad. Especialmente es función de "prevención general", el legislador ha querido amenazar con mayor pena la agresión llevada a cabo contra un patrimonio de esa cuantía, sin que para ello importe, repítese, que dicha agresión se haya consumado o agotado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr.

Jorge Carreño Luengas, Acta No. 63, 15-09-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p.257).

COMENTARIOS

Se agrava la punibilidad en relación con el valor del objeto material y en razón de la magnitud del perjuicio objetivo infringiendo a la víctima, atendidas sus circunstancias económicas.

La norma redactada frente a los parámetros económicos de 1980 resultaba para la épocas presentes injusta por su contenido, e impracticable en relación con la contradicción legislativa que produjo la expedición de la ley 23 de 1991, la cual convirtió en conductas punibles contravencionales el hurto simple, la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheque, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno y el daño en bien ajeno cuando la cuantía del objeto material o del perjuicio patrimonial, según el caso, no excediera de diez salarios mínimos legales mensuales, monto superior a los cien mil pesos que de acuerdo con la norma original generaban agravante genérica. La contradicción obviamente se resolvió en aplicación de los principios de favorabilidad y derogatoria implícita, por sucesión de leyes en el tiempo, haciéndose aplicable el numeral 10. de la presente disposición, en forma injusta solo para los delitos patrimoniales no comprendidos en la legislación contravencional, lo que conducía a la aplicación de penas inequitativas y desproporcionadas en relación con la ofensa patrimonial perpetrada.

No obstante esta causal de agravación fue analizada en su correspondencia con el Ordenamiento superior por la Corte Constitucional, la cual mediante sentencia de 22 de febrero de 1996 declaró su constitucionalidad condicionada "siempre y cuando la expresión "cien mil pesos" se entienda en términos del poder adquisitivo del peso en el año 1981, fecha en que entró a regir el Código Penal."

"Teniendo en cuenta que cien mil pesos equivalían en 1981 a 17.54 salarios mínimos legales mensuales para las principales ciudades y a 18.83 salarios mínimos legales mensuales para el sector primario, esta cifra deberá actualizarse, en razón del principio de favorabilidad (C.P. art. 29), según esta última equivalencia para efectos de la dosificación de la pena. En consecuencia, las penas para los delitos contra el patrimonio

económico deben aumentarse de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se comete sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos en términos de valor adquisitivo del año 1981, equivalente 18.83 salarios mínimos legales mensuales."

Gravedad del daño ocasionado. La determinación de la presencia de esta causal de agravación depende del examen judicial de la magnitud del daño, en relación con la situación económica del perjudicado; todo lo cual debe realizarse en estricta observancia de lo que aparezca probado en el proceso.

No obstante, lo anterior hemos de aclarar que el hurto simple, el hurto agravado, la estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheque, el abuso de confianza, el aprovechamiento de error ajeno y el daño en bien ajeno, infracciones cuyo objeto material o perjuicio patrimonial según el caso, no exceda de diez salarios mínimos legales mensuales son contravenciones especiales sancionables de acuerdo con las leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, sin que al efecto interese el examen de la situación económica de la víctima para determinar la gravedad o magnitud del daño ocasionado.

TEMA VIII. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO. PENA. GRADUACIÓN. CIRCUNSTANCIAS COMUNES DE AGRAVACIÓN.

“No es procedente incrementar la sanción del respectivo tipo por razón de la circunstancia del artículo 372 del C.P., con carácter fijo en la tercera parte del mínimo”.

.....

"Asiste razón al casacionista en su acusación a la sentencia, al aducir, dentro del marco de la violación directa de la ley sustancial alegada, que el artículo 372 del Código Penal ha sido erróneamente interpretado, para, a partir de esa interpretación, incrementar la pena impuesta a ..., sobre la base de un cómputo establecido luego de conjugar las disposiciones de los artículos 349 y 351.6 ibídem, cuando una recta interpretación del precepto impone que ese incremento opere sobre la pena prevista para las diferentes hipótesis de la infracción, entendiéndose por tales, como tuvo ocasión de precisarlo la Corte en sentencia de 15 de septiembre de 1987 -casación 1426-, "los diversos tipos penales, básicos, especiales o subordinados

contenidos en todos los capítulos del Título XIV del Libro 2º del C.P. en cuanto describen determinados comportamientos como contrarios a la ley y les señala una pena".

"Los términos del artículo 372 que se estima violado por el censor, no dan lugar a otorgarles alcance diferente. Si él dispone que "las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad", entre otras, cuando concurren circunstancias como las que se presenta en este caso, consistente en la realización del hecho sobre cosa cuyo valor es superior a cien mil pesos, no cabe duda de que la lógica de funcionamiento del sistema es la de que el incremento establecido por esa disposición, se aplique, de manera independiente, sobre la pena prevista para el hurto simple, hurto calificado, abuso de confianza, estafa, o cualquier otro atentado contra el patrimonio económico, pero, en ningún caso, como lo entendió el Tribunal, sobre un cómputo preestablecido, fruto de la conjugación de diferentes factores.

"Este criterio fijado legislativamente, y en virtud del cual el incremento punitivo previsto por la disposición erróneamente interpretada no opera sobre la "pena imponible", sino sobre la fijada en el respectivo tipo, demandaba del sentenciador de segunda instancia haber tomado como punto de partida la pena básica del hurto simple -artículo 349- y a partir de ella con prescindencia de las demás circunstancias de agravación de carácter específico que concurrieren, haber deducido el incremento por la cuantía del objeto hurtado a que hace referencia la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 372, ya mencionada.

"No obstante, en su conclusión de que la pena a cumplir por ... es la de 24 meses y 20 días de prisión, se puede observar que sobre los 18 meses y 20 días, resultantes de la conjugación de los 16 meses de que partió en la aplicación del artículo 349 del C.P. y los incrementos por la concurrencia del agravante 351.6 ibídem, dedujo la tercera parte que, como aumento punitivo, correspondía por la circunstancia del artículo 372.

"En este sentido, la interpretación errónea de la ley en que se apoya la impugnación resulta evidenciada. Con fundamento en ella, habrá de casarse la sentencia, para proceder, consecuentemente, a hacer una nueva tasación de la pena tomando en cuenta los criterios aquí expuestos y en cuyo desconocimiento radica el error. Esto es, haciendo el incremento

previsto en el artículo 372 en función a la pena señalada en el 349 del Código Penal, fijando así, de manera definitiva, el quantum a aplicar a ...

"Lo anterior no significa, como creen entenderlo el casacionista y el Ministerio Público, que incrementar la sanción del respectivo tipo por razón de la circunstancia del artículo 372, deba serlo con carácter fijo en la tercera parte del mínimo. Al decir de la disposición, en los términos antes transcritos, que la pena por concepto de las circunstancias allí previstas se aumentarán "de una tercera parte a la mitad", dio al sentenciador margen para que, en ejercicio de la discrecionalidad judicial y de acuerdo con los criterios que la rigen, se mueva dentro del parámetro indicado al momento de aplicar un tal agravante.

"Por esto mismo, resultaría contradictorio en este evento que habiéndose partido para fijar la pena impuesta a ..., no del mínimo previsto en el tipo básico de hurto de 12 meses, sino de 16, en razón a la gravedad del hecho, al dar aplicación al artículo 372, esa gravedad no sea considerada. en este sentido, entiéndese que por razón del agravante indicado, es del caso imponer al sentenciado en mención incremento punitivo correspondiente a 5 meses de prisión, con fundamento en la cuantía del objeto hurtado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 11, 20-02-91, t. CCXI, p. 114).

TEMA IX. PENA. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO.

“Las dos hipótesis que trae el numeral 10. del artículo 372 del C.P. para agravar la pena, acorde con la magnitud del interés jurídico dañado o simplemente puesto en peligro, son diferentes y de perfiles claramente distinguibles”.

“Le asiste razón al Tribunal y a la Delegada. En efecto, dispone la norma que el demandante estima violada, artículo 372 del Código Penal:

“Circunstancias genéricas de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarían de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa:

“10. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica

“El derecho penal, en cumplimiento de su cometido “asegurador” de los derechos de los coasociados, es decir, en su misión protectora de bienes jurídicos, realiza una previa valoración de éstos, y según su menor o mayor entidad, “proporciona la pena”.

“Ese procedimiento no se agota en la tipificación y punición de las conductas, sino que en algunos casos se extiende para abarcar circunstancias que aminoran no agravan la pena, acorde con la magnitud de interés jurídicos dañado o simplemente puesto en peligro.

“El bien jurídico protegido mediante “los capítulos anteriores” a que alude el artículo 372 citado, es “el patrimonio económico”; el legislador considero a través de dicha norma que cuando el ataque al patrimonio sobrepasa los cien mil pesos la pena debe aumentarse en determinada proporción: se tiene en cuenta aquí, como se ve, el aspecto meramente cuantitativo del bien jurídico lesionado, lesión que ya viene dada en la configuración del delito (su antijuridicidad), así se hay que dado éste en la etapa del conato, o se haya consumado pero sin agotamiento: ello para hacerle ver al casacionista que la agravante en cometo no se relaciona con el “daño” potencial o real causado al interés jurídico tutelado, sino simplemente con su “valor” o “cantidad”.

“El demandante no cuestiona que el delito de hurto atribuido a los procesados ... y ... se hay consumado, sino que, reparando en su no agotamiento (o sea en que no se logro el provecho que exige el artículo 349 del C.P. por medio de su elemento subjetivo), pretende derrumbar la agravante, por pensar, erróneamente, que la misma supone un detrimento, efectivo y definitivo, del patrimonio económico de la víctima, cuando ya se vio que no, porque desde que el objeto material del hecho exceda los cien mil pesos, opera invariablemente el aumento de pena dentro de los límites allí previstos.

“No ocurre lo mismo con la segunda hipótesis que trae el numeral 10. del artículo 372, es decir cuando la cuantía del delito contra el patrimonio económico es inferior a los cien mil pesos, pues en ese evento de pequeño valor del bien jurídico, la misma ley esta exigiendo que se “haya ocasionado

grave daño a la víctima”. Son entonces dos situaciones diferentes y de perfiles claramente distiguibles, motivo por el cual no procede la “asimilación” que elabora el casacionista, haciendo depender una de otra y, por esta vía de desatinada hermenéutica, exigir “el daño” para la primera previsión, o sea cuando la cuantía del objeto material supere los cien mil pesos, quantum este que, como se vio, comporta per se el incremento de punibilidad. Especialmente en función de “prevención general” , el legislador ha querido amerar con mayor pena la agresión llevada a cabo contra un patrimonio de esa cuantía, sin que para ello importe, repítese, que dicha agresión se haya consumado o agotado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 44, 11-8-89, Gaceta Judicial No.2438, t. CXCIX, p. 167).