

# JURISPRUDENCIA

## Tribunal Superior de Medellín INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ART. 374 DEL CÓDIGO PENAL: LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Para efectos del art. 374 del Código Penal, debe acogerse la tradicional confirmación de la Corte Suprema en esta materia, en el sentido de que “debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización en cuanto sea posible”; es por ello por lo que, al abrigo de la equidad y de la justicia, la referida disposición, aparentemente infortunada al no consagrar en forma alternativa la restitución o la indemnización, lo que quiso fue enfatizar en el ámbito de la indemnización.

### COMENTARIO:

“Existe unanimidad en apreciar que el instrumento decisivo en la interpretación, debe radicar en la finalidad del precepto jurídicopenal en el momento de su aplicación” (MAURACH).

En el número 15 de esta Revista, se publicó un atinado concepto del señor fiscal 4° del Tribunal Superior de Medellín<sup>1</sup>, según el cual, el art. 374 del nuevo Código Penal debe entenderse no a la luz de una interpretación gramatical sino teleológica, propugnando el retorno al sentido del anterior art. 429 en cuanto que permitía la indemnización o la restitución, de forma alternativa, así como la reparación parcial como alguna vez llegó a reconocerlo la jurisprudencia<sup>2</sup>, amén de dar plena trascendencia al *arrepentimiento*, siempre que se traduzca

<sup>1</sup> JOSÉ LIBARDO VÁSQUEZ L., “La restitución del objeto como causal de atenuación en los delitos contra el patrimonio económico”. *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, 1982, págs. 535-538. El concepto fue acogido “de manera integral” por la corporación, mediante providencia de octubre 19 de 1981 con ponencia de la magistrada ALICIA ROLDÁN R., quien formó Sala con los magistrados EDIBERTO SOLÍS E. y JAIME TABORDA P.

<sup>2</sup> Tal jurisprudencia data de dos decisiones de la Corte, correspondientes a 21 de abril de 1950, “G. J.”, LXVII, pág. 262; 4 de julio de 1952, “G. J.”, LXXII, pág. 650. A tales decisiones se remite el Tribunal en la providencia comentada, de la cual destacamos el siguiente párrafo:

“Pero como muchas veces la devolución total no podrá llevarse a cabo por motivos ajenos a la voluntad del agente, entonces habrá que concluir que esa devolución o resarcimiento parciales, hechos en tales circunstancias, no deben impedir la disminución de la pena, siempre que conste el completo ánimo reparador del delincuente. Debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización cumplido en cuanto sea posible, que la cantidad total devuelta”.

en "realizaciones concretas", no sin tachar la norma de "clasista", reivindicando el criterio peligrosista y el principio universal de favorabilidad. Un concepto similar a este fue rendido por el mismo agente del ministerio público, aunque en otro negocio, el cual transcribe *in extenso* la corporación en la providencia que aquí insertamos y de la que nos ocuparemos en seguida.

### I. Contraposición entre los arts. 429 y 374

Del análisis apegado al tenor literal de las dos normas, encontramos las siguientes diferencias entre ambas:

a) El art. 429 era una atenuante para los "delitos contra la propiedad" e implicaba una rebaja de la sexta parte a la mitad de la pena consagrada; el art. 374 es una atenuante para los "delitos contra el patrimonio económico" y supone una disminución de la pena que fluctúa entre la mitad y las tres cuartas partes.

b) El art. 429 consagraba como exigencias para que procediera la atenuante la *indemnización o la restitución*; el art. 374 exige la restitución del objeto materia del delito o su valor (de forma alternativa) y la indemnización de los perjuicios.

c) El art. 429 decía que el límite temporal para restituir o indemnizar era hasta antes que se dictara sentencia de primera instancia, o antes del veredicto del jurado, explicable esto último porque antes de la expedición del actual estatuto procedimental penal los delitos contra la propiedad se juzgaban por el procedimiento en que intervenía jurado de conciencia. El art. 374, por su parte, solo trae como límite el momento de dictar sentencia de primera instancia, con lo cual, aun en el caso de delitos contra el patrimonio económico de conocimiento de los jueces superiores por razón de la conexidad, se puede invocar el beneficio así se haya proferido el veredicto por el jurado.

d) El art. 429 no remitía expresamente a los arts. 37 y 38 que regulaban los criterios de "mayor o menor peligrosidad", aunque era obvio que para efectos del examen de personalidad tenía que acudirse a tales normas, máxime si se tiene en cuenta la notable impronta peligrosista de aquel estatuto. El art. 374 remite de manera expresa a las "circunstancias" de mayor o menor peligrosidad disfrazadas de "atenuantes" (que no atenúan nada) introducidas con tan pomposa titulación dizque "para derrotar el peligrosismo" en los arts. 64 a 66, así como a los criterios para fijar la pena del art. 61 entre los cuales quedan comprendidas a más de tales "atenuantes": la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la *personalidad* del agente.

e) El art. 429 tenía carácter imperativo y por ende obligatorio. En cambio el art. 374 consagra una atenuante de carácter facultativo ("...el juez podrá...").

f) Del tenor gramatical se deduce que la indemnización y/o la restitución debe ser plena o completa tanto en el art. 429 como en el 374.

### II. Aspecto procedimental

Desde este ángulo interesa el examen de la susodicha norma, comoquiera que la reparación de que trata puede originar el beneficio de la libertad provisional

de conformidad con el art. 453, num. 2 del C. de P. P., siempre que se trate de los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza. Significa esto que quedan excluidos de esta causal de excarcelación los demás hechos punibles contemplados en el título XIV del C. P.

Pese a que la armonía entre este último texto de la ley procedimental y el art. 374 de la nueva codificación sustantiva no ha sido nunca puesta en duda, no han faltado algunos funcionarios que aduciendo la identidad entre el anterior delito de *robo* (que quedaba excluido) y el actual hecho punible de *hurto calificado*, han negado la excarcelación. El argumento es de una pobreza extrema y las consecuencias que se derivan de él son de una injusticia tal, que quienes así razonan se llevan por la borda el principio de legalidad, porque, o bien reviven el anterior Código para aplicarlo en toda su extensión, o acuden a la analogía *in malam partem* (arts. 1º, 6º, 7º y 10 del C. P., entre otros). De suerte, pues, que el beneficio es también procedente en los casos de hurto calificado, previo, eso sí, un escrutinio de personalidad.

Debe observarse, también, que tanto el art. 374 como el 453, num. 2, son aplicables en caso de tentativa (C. P., art. 22). Se ha dicho que ello no es posible dizque porque al no presentarse sustracción de la cosa, al no consumarse el hecho punible, mal podría hablarse de restitución y por ende de perjuicios; tal argumentación no es tan potísima, cuando se piensa que también un hecho punible no consumado puede originar perjuicios derivados de la puesta en marcha de los medios elegidos por el agente, tendientes a la realización del tipo penal; piénsese si no en la tentativa de hurto calificado, que supone la ruptura de cerraduras y violencias sobre el objeto que se trata de sustraer. En el caso expuesto es evidente que hay perjuicios materiales y siempre los habrá morales así la cuantía sea mínima. Además se podría invocar el axioma universal *a maiori ad minus*, según el cual quien puede lo más puede lo menos: si se reconoce para los hechos punibles consumados ¿por qué no reconocerlo para los hechos intentados, sobre todo si se tiene en cuenta que el carácter de la tentativa es el de "dispositivo amplificador del tipo penal"?

### III. ¿Interpretación teleológica o gramatical?

El problema que se debate aquí es indudablemente el de la interpretación judicial: ¿Qué actitud debe tomar el juez ante la norma jurídica? ¿Debe ser un convidado de piedra que solo se limita a repetir mecánicamente el texto de la ley, o antes por el contrario debe jugar un papel creador? ¿Debe buscar el *telos*, la finalidad que inspira la norma? ¿De qué herramientas se debe valer?

Indudablemente el papel del juez debe ser activo, creador; la interpretación es la vida del derecho; el funcionario cuando interpreta introduce el elemento valorativo que lo enfrenta a cuestionamientos de índole política, moral, económica, psicológica. El derecho es una disciplina que se interrelaciona con el mundo circundante, su papel no se reduce a parir razonamientos rigurosamente lógicos y nada más, como es de común ocurrencia en nuestro medio, donde el *excesivo culto* al positivismo jurídico kelseniano y su logia de creyentes, se enar-

bola como la única explicación posible de nuestra disciplina. ¡Y cuánto mal se ha hecho con esta visión unilateral, amañada, políticamente cuestionable! La formación que se da a nuestros abogados está huérfana de la realidad en que se desenvuelve el derecho.

Es por ello por lo que muchos funcionarios sin recursos interpretativos, con una concepción unilateral del derecho, no hallan salida más expedita que apegarse al texto de la norma, rendir culto a la palabra. Indudablemente la argumentación dada por el funcionario de primera instancia, el *a quo*, al problema que nos plantea el art. 374, no permite en ningún momento el calificativo de teleológica. Veamos por qué:

Tradicionalmente se ha dicho que al juez se lo ha dotado de cuatro herramientas para efectos de su labor interpretativa: la interpretación gramatical, la lógico-sistemática, la histórica y la final<sup>3</sup>. La interpretación es un proceso que empieza "por la palabra"; por *interpretación gramatical* se entiende justamente "la averiguación del sentido de la ley en su significado lingüístico"<sup>4</sup>.

Pero la interpretación ha de ser también *sistemática*, lo que supone un método por medio del cual se "deduce el sentido de la ley de la situación en que se encuentra el precepto a interpretar en el contexto sistemático"<sup>5</sup>. A la *interpretación histórica* se acude para aclarar el sentido legal a través del contexto histórico general en que surge la ley, considerando su nacimiento: "ninguna institución jurídica por moderna que sea surge de la nada"<sup>6</sup>.

Finalmente la interpretación como proceso encuentra su máxima expresión en la *interpretación teleológica*, que permite establecer cuáles son los valores y los fines que rigen la ley penal; conduce, como afirma ANTOLISEI, "a tener presente, por una parte, el hecho social que se encuentra en la base de la norma y que esta regula; por otra, a considerar las consecuencias que se derivan de una determinada interpretación, con el fin de rechazar aquellas que contradicen el fin de la norma"<sup>7</sup>.

La interpretación dada por el funcionario de primera instancia al art. 374 se queda en el aspecto meramente gramatical, que, como dice MUÑOZ CONDE, "no pasa de ser un mero ejercicio preparatorio, sin valor alguno"<sup>8</sup>. De allí que, como el tenor gramatical impone no solo la restitución sino también la indemnización, se le niega el beneficio excarcelatorio al procesado, así el objeto se haya recuperado; por ello dice la Fiscalía que no se puede obligar al procesado a lo imposible.

<sup>3</sup> Este proceder ha sido censurado por MAURACH: "El procedimiento antes frecuentemente practicado, de proporcionar al juez distintos medios interpretativos cediéndole la facultad de elegir entre la interpretación «gramatical» (terminología), «lógico-sistemática», «histórica» o, por último «final» (teleológica), puede entenderse hoy superado. Existe unanimidad en apreciar que el instrumento decisivo en la interpretación del derecho debe radicar en la finalidad del precepto jurídico penal" (*Tratado de derecho penal*, t. I, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pág. 107).

<sup>4</sup> HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1981, pág. 209.

<sup>5</sup> Ídem, pág. 209.

<sup>6</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 142.

<sup>7</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Uthea, 1960, pág. 71.

<sup>8</sup> Ob. cit., pág. 142.

Esta sujeción del juez al texto de la ley, tan en boga en nuestro medio, tiene graves inconvenientes y, lo que es más grave, es censurable desde el punto de vista político, sobre todo en un país sometido a la creciente militarización de sus instituciones, a la burla de las garantías individuales, al estado de sitio permanente, cuyo levantamiento reciente se ve con buen augurio; no sin razón dice JESCHECK que "la pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial condujeron al mismo resultado: la vinculación estricta del juez al tenor literal de la ley"<sup>9</sup>.

Los peligros de esta forma de interpretación han sido puestos de presente por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien, lamentándose de su nefasta eficacia en nuestro derecho, manifiesta: "La exégesis del texto es, pues, necesaria, pero regularmente insuficiente y políticamente peligrosa (apologa la voluntad del gobernante histórico, permanece en el pasado y por ende se cierra el fluir de las valoraciones socioculturales, y, en fin, reniega de la equidad como fuente y faro de toda interpretación jurídica, sacrificando la justicia material en aras del más pedestre y vacío formalismo)... es ilógica, empírica, primitiva, y puede conducir a los mayores exabruptos e injusticias"<sup>10</sup>.

#### IV. La decisión de la corporación

Esta incursión del Tribunal Superior de Medellín, acogiendo el concepto fiscal, por las vías de la interpretación teleológica, debe servir como ejemplo de lo que ha de ser la interpretación judicial y el papel que debe jugar, sobre todo ahora con la nueva legislación penal, cuando por vía de autoridad han empezado a imponerse con un dogmatismo asustador algunos criterios que, respondiendo más al carisma político de sus propulsores que a argumentos de contenido jurídico, comprometen la equidad en una recta y cumplida administración de justicia. Ojalá que desarrollos como el realizado a partir del art. 374 del C. P., se generalicen por la vía del análisis, del estudio desapasionado, sin olvidar en ningún momento el sustrato teleológico, finalista, de la norma, pensando antes que nada en la humanización de nuestro derecho penal.

De esta saludable decisión y para efectos puramente interpretativos, podemos entresacar los siguientes aspectos:

a) La norma contenida en el art. 374 tiene un claro contenido clasista, si no se la interpreta teleológicamente. Clasista, pues de apegarnos a su texto tendríamos que colegir que las delincuencias menores, en las que se ven incurso delincuentes de bajo extracto socioeconómico no podrían acogerse a sus beneficios, por carecer de los recursos necesarios así el sujeto quisiera y estuviere dispuesto a la reparación.

<sup>9</sup> Ob. cit., pág. 208.

<sup>10</sup> JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, pág. 82.

b) No puede entenderse el art. 374 en el sentido de que siempre habrá que restituir el objeto o su valor e indemnizar los perjuicios, pues habrá casos en que el sujeto no podrá restituir el objeto por haber sido este ya recuperado —tal el caso del que conoció el Tribunal—, quedando solo la indemnización de perjuicios, bien sea que la ofrezca directamente el procesado, o su familia, al perjudicado, o bien por intermedio del juez, previa tasación de los mismos.

c) Así el objeto haya sido sustraído y no devuelto, debe estarse más a la indemnización que a la restitución, pues, como dice la Sala, el primero es un término genérico y más comprensivo que el segundo, como que indica “la indemnización en todos los frentes”.

d) Pensamos que el espíritu de la decisión permite colegir que la indemnización puede ser parcial, como otrora se reconoció jurisprudencialmente a la luz del anterior art. 429; lo que debe primar son las muestras de arrepentimiento que como dice el señor fiscal tienen que consistir en “realizaciones concretas”, entendiendo que el pago parcial es una de tales realizaciones.

e) En esta materia, más que en ninguna otra, debe aplicarse el principio de igualdad de todas las personas frente a la ley penal, contenido en el art. 9° del C. P.

f) El juez debe ser muy cuidadoso al estudiar la personalidad del procesado, así como al apreciar los demás requisitos del art. 61 del C. P., sobre todo si se piensa en los pocos medios de que dispone y en el carácter *facultativo* de la atenuación, la cual supone unos márgenes de tasación muy amplios.

g) No debe pasarse por alto el principio de favorabilidad, a veces tan olvidado, comoquiera que muchos funcionarios con criterio carcelero descargan las fallas de la investigación en el procesado, cuando tiene justamente que ser lo contrario; se olvida que la misión del funcionario es investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al reo.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.  
Agosto de 1982.

#### PROVIDENCIA DE OCTUBRE 9 DE 1981

Ponente: Dr. FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ

VISTOS:

En virtud de recurso de apelación oportunamente interpuesto por el ministerio público y por el defensor del procesado (fs. 151 vto.) —sustentado solo por el primero (fls. 152 y ss.)— y debidamente concedido (fs. 153 vto.), conoce esta corporación de la providencia del cuatro de setiembre del presente año, mediante la cual el señor Juez Décimonoveno de este Circuito

no accedió a la libertad provisional solicitada por el defensor para el procesado por hurto, J. D. G. V. Concluido el trámite en esta instancia y dentro de él escuchado el parecer del señor agente del ministerio público, la Sala procede a resolver lo conducente.

Enjuiciado mediante providencia ejecutoriada por el delito de hurto, el procesado G. V. ha solicitado ya en el curso de la causa el beneficio de la libertad provi-

sional, mediante su representante judicial, bajo la consideración de que tiene el derecho, a la luz del art. 7°, numeral 2° de la ley 17 de 1975, en armonía con el art. 374 del Código Penal, pues que “la presunta víctima u ofendido en el caso de autos, señor E. N. C. A. fue indemnizado de todos los daños y perjuicios ocasionados con el hecho que es materia de investigación, según consta en memorial adjunto al proceso”.

No obstante que la señora fiscal octavo del circuito se mostró partidaria del beneficio de excarcelación, el señor juez, en cuidadoso estudio que nutre con serios argumentos y adecuadas reflexiones, niega tal gracia.

Argumento central suyo, luego de reproducir el texto de los arts. 429 del anterior Código y 374 del vigente, es el siguiente: “...fácil es observar dos aspectos: 1°) según la norma derogada, la circunstancia de atenuación se daba indistintamente, fuera porque el responsable del hurto restituyera el objeto materia de la infracción, o bien porque indemnizara de los perjuicios a la persona ofendida. En cambio el texto del art. 374 es sumamente claro en exigir para esos eventos la concurrencia de las dos circunstancias, esto es, la restitución del bien injustamente sustraído y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con ese comportamiento; 2°) mientras que la atenuante era imperativa, al tenor del art. 429, en el art. 374 es potestativa del juez”.

Sostiene, por tanto, que la restitución es imprescindible, y con jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia busca vigorizar su entendimiento al respecto. En efecto, transcribe una conocida y traída providencia de la H. Corte, que al respecto dice: “Porque no se puede olvidar que es el arrepentimiento del agente del delito, demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído, el aspecto más interesante de la norma, pues en el sistema de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal y del estado peligroso como medida de la sanción, dicho

arrepentimiento indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida social...”.

Con todo, no solo por el trozo transcrito sino por la manera como conluye, a la H. Corte Suprema de Justicia antes que a la propia restitución, le da primordial importancia es al *arrepentimiento*. Obsérvese, si no, cómo la primera afirmación no se altera en forma alguna si se suprime “demostrado por la espontánea restitución del objeto sustraído” y, por el contrario, conserva a plenitud de su esencia: “...no se puede olvidar que es el *arrepentimiento del agente del delito... el aspecto más interesante de la norma*”. Simplemente sucede que la restitución es una de las maneras más adecuadas de demostrar ese arrepentimiento y que, conforme se expresa en esa providencia, con frase puramente incidental, ese arrepentimiento se había demostrado en esa forma, en el caso concreto.

Si así no fuera, de otra parte, la indicada providencia sería de inconcebible incongruencia —la que sería atrevimiento suponerla—, pues a poco la H. Corte puntualiza ese interesante aspecto con la siguiente y magistral rubricación, “*debe, pues, tenerse en cuenta en estos eventos, más lo subjetivo que lo objetivo, esto es, más bien el propósito de la indemnización en cuanto sea posible...*”.

Estas breves acotaciones que la Sala cree totalmente pertinentes frente a la nueva norma, también encuentran respaldo firme, además, en el enjundioso concepto que el señor fiscal cuarto de la corporación ha emitido a fs. 155 y ss., cuyas reflexiones acoge la Sala por su seriedad y por su franca inclinación a la equidad, cuando con justicia demanda la libertad provisional para el procesado G. V.

En efecto, el colaborador del ministerio público, después de analizar la finalidad de la disposición del viejo Código al dejar en claro que ella consistía, a la luz del peligrosismo, en beneficiar a quien no era temible y, también, de concluir que esa consideración no se puede entender total-

mente abatida frente al nuevo estatuto, expresa: "Ya se ha dicho y nada impide repetir, que en efecto el texto nuevo está construido de tal manera que su forma literal reclama restitución e indemnización. Pero no puede olvidarse que su finalidad es consagrar la rebaja de pena y, eventualmente, la libertad de quien, a pesar de su responsabilidad penal, revela ser de una peligrosidad menor o si se quiere de una personalidad más adecuada a la vida en comunidad, o no necesitada de tratamiento penitenciario.

"Según la insoslayable finalidad de la disposición, esas características de la personalidad las revela quien da muestras de arrepentimiento. Esas muestras deben consistir en realizaciones concretas, que no en meras manifestaciones de buena disposición.

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

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

"Por ello, a quien se le ha *decomisado*, si bien es cierto que se restituye, también

lo es que está en *imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de demostrar lo que la ley *esencialmente quiere* de él, que la indemnización de los perjuicios. La fiscalía no cree exagerar si afirma que la negativa del señor juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto— que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les *decomisó* los objetos y la utiliza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron o con disposición —siendo aun posible que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se acerca una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido su indubitable perjuicio.

"No sin razón se quejaba el doctor JAI ME BERNAL CUÉLLAR, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado «ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— en forma alternativa, restituir o indemnizar.

"Y también encuentro una crítica a esta norma, aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente» (conferencia *Delitos contra la propiedad*, publicación del Ministerio de Justicia, págs. 138 y 139). Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de la pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374. Amén de que se presupone que merece mayor protección estatal la propiedad privada o particular que los bienes públicos u oficiales, lo cual es absolutamente aberrante ya que la primera tiene el más desvelado e interesado o motivado defensor en su propio titular, en tanto que la segunda, de rango superior porque es nada menos que un medio de cumplir sus fines el Estado, está librada a una burocracia no siempre honesta y, en todo caso, carente

de un interés directo en una conservación y buena administración.

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

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

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

De otro lado, para concluir en lo que ya es ostensible y manifiesto espíritu de la providencia, la Sala aprecia que la *indemnización* es un término más comprensivo y genérico que el de *restitución*. Porque esta ciertamente indemniza de manera muy específica como es cancelando los perjuicios subsiguientes de la víctima con la devolución del objeto que había sido sustraído; en tanto que aquella implica la indemnización en todos los frentes. Por manera que vale la pena, al abrigo de la equidad y de la justicia, entender que la indicada expresión del legislador en el art.

374, aparentemente infortunada al no consagrarse la forma *alternativa* —como dio a entender el doctor BERNAL CUÉLLAR—, lo que quiso fue ser enfático en el ámbito de la indemnización.

Por manera, entonces, que habiendo existido la indemnización en los términos en que el propio ofendido lo expresa (fls. 165), no queda en pie objeción para negar el beneficio excarcelatorio que le ha sido negado.

Por lo mismo, se revocará la decisión del señor juez penal del circuito y con fundamento en el numeral 2° del art. 7° de la ley 17 de 1975, se decretará la excarcelación de G. V. bajo caución adecuada, mediante diligencia en la cual se comprometa al cumplimiento de las obligaciones específicamente previstas en el art. 460 del Código de Procedimiento Penal.

Por todo lo dicho y sin más consideraciones, oído el concepto del señor agente del ministerio público y plenamente de acuerdo con él, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, *revoca* el auto por el cual se negó el beneficio excarcelatorio y, en su lugar, *concede* la excarcelación al procesado J. D. G. V., mediante fianza prendaria por valor de *dos mil pesos* (\$ 2.000.00) *m/cte.* que será depositada en el Banco Popular de la misma ciudad. Una vez asentada la correspondiente diligencia, conforme a lo indicado en la parte motiva, se expedirá la correspondiente boleta de libertad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fernando Gómez Gómez  
(fdo.) magistrado.

José Luis Gómez Pérez  
(fdo. magistrado).

José Sauer Gómez Piedrahita  
(fdo. magistrado).

Alberto García Quintero  
(fdo. Secretario).

PROVIDENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1981

Ponente: doctora ALICIA ROLDÁN

VISTOS:

En este proceso se sindicó a J. A. V. de haberse hurtado la suma de \$ 46.143 el día 29 de marzo del corriente año en el municipio de Montebello, pero *pocos minutos después* toda esa suma de dinero fue recuperada por la policía en manos de un posible cómplice del inculcado.

Posteriormente el sindicato (al parecer por intermedio de su defensor) depositó en la Caja Agraria de la localidad la suma de *cinco mil pesos* a la orden del juzgado para el pago de los posibles perjuicios que hubiera ocasionado con su delito. Y con base en aquella reparación, se pidió la excarcelación de V. conforme a los presupuestos de la ley 17 de 1975 en concordancia con el art. 453 del C. de P. P. Mas, el juzgado de instancia, por auto del 14 de agosto último, negó ese beneficio bajo el argumento de que "la simple lectura" (sic) de la norma contenida en el art. 374 del Código Penal deja advertir, sin duda alguna, la exigencia de que para tener derecho a esa gracia restituya el objeto del delito o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Buenos y convincentes los argumentos que con relación a la interpretación de esa norma expone el señor fiscal cuarto del Tribunal, en concepto suyo que antecede y que la presente Sala acoge de manera integral.

Dentro de una sana administración de justicia, no basta apenas atenerse a la "simple lectura" de una norma. Porque con tal equivocado modo de pensar se llegaría entonces al absurdo de que, por ejemplo, en un proceso adelantado por delito contra la vida, bastaría apenas que se demostrara que Pedro mató a Juan, pa-

ra que llana y lisamente al primero se le condenara a la respectiva pena, desentendando así el criterio del juzgador de haber obrado conforme a la adecuación íntegra de la hipótesis establecida en el art. 23 del Código Penal: "*El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años*".

En la interpretación de la norma que se discute (C. P., art. 374), no debe pasar inadvertida la circunstancia de que ella parte del supuesto de que el objeto del delito haya quedado en poder del delincuente, dentro de la órbita de dominio que le haya señalado después de sustraerlo de la esfera de protección que le había dispensado su dueño o tenedor legítimo. Mas, cuando se da el caso de que el bien u objeto del ilícito fue decomisado o incautado, es obvio que no tiene efectividad la exigencia de *restitución* del mismo porque hay sustracción de materia, y la ley no puede exigir *imposibles*, como lo anotó el señor fiscal. En tales casos, para aspirar a la gracia indicada en la norma de que se habla, basta apenas que el agente del delito *indemnice* los perjuicios. Y que, en el presente caso, si bien no han sido tasados judicialmente, la suma espontáneamente depositada por el sindicato, cubre a creces el posible monto que se llegara a determinar por tal concepto si se considera el cortísimo lapso que la suma de dinero sustraída estuvo fuera del dominio de su dueño lo que, indefectiblemente, no se tradujo en ningún revés económico para él (lo que si hubiera ocurrido si, por ejemplo, el decomiso se hubiese llevado a cabo algún tiempo después), salvo en otros aspectos como el del abandono de su lugar de trabajo por corto lapso para darse al seguimiento del o los sindicados, pago de vehículo para su alcance, etc.

De suerte que es injusto exigir al sindicado V. que además de cubrir una suma que, a su consideración, satisface los posibles perjuicios ocasionados con su acción, se le obligue también a *devolver* la suma sustraída, cuando ella le fue arrebatada para regresar al patrimonio del ofendido. Debe, pues, tenerse en su favor la atenuación del art. 374 del Código Penal, y concedérsele el beneficio de excarcelación, previa fianza por la suma de *quinientos pesos* (\$ 500.00) para garantizar su presencia en el juicio.

Por lo dicho, el Tribunal Superior, por

medio de la presente Sala, *concede* el beneficio de excarcelación mediante fianza por \$ 500.00 al sindicato J. A. V. revocándose así la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alicia Roldán Ruiz  
magistrada ponente

Edilberto Solís Escobar  
magistrado

Jaime Taborda Pereáñez  
magistrado