

# LA RESTITUCIÓN DEL OBJETO COMO CAUSAL DE ATENUACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Doctor JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ  
Fiscal 4° del Tribunal Superior de Medellín

Ministerio Público  
Fiscalía Cuarta del Tribunal

Medellín, setiembre 21 de 1981

Señores magistrados:

La señorita Juez Promiscuo del Circuito de Santa Bárbara decidió negar la excarcelación de José Adán Victoria, llamado a responder por el delito de hurto cometido en perjuicio de Manuel José Osorio Botero.

Las razones expuestas por la funcionaria *a quo* radican en el tenor literal de la disposición que podría dar lugar a la pretendida libertad. En efecto, el art. 374 del actual Código Penal exige la restitución del objeto materia del delito o su valor, y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido. El art. 429 del anterior Código permitía que se cumpliera uno de los dos comportamientos para ser merecedor de la rebaja.

Este derecho, como la eventual liberación del procesado, tenían en la anterior legislación fundamento en que el sujeto revelaba, si cumplía determinados requisitos, una peligrosidad mínima, que le permitía vivir en el seno de la sociedad no obstante que se dedujera legal y plenamente su responsabilidad. No era pues necesaria su segregación para lograr su readaptación social, si con un comportamiento posterior al delito, pero anterior a la sentencia de condena, exteriorizaba un arrepentimiento que lo revelara como menos peligroso.

A nadie escapa que el propósito manifiesto del nuevo legislador fue, antes de acometer la tarea legislativa, desterrar del nuevo Código la peligrosidad. Pero durante dicha tarea se ha venido a revelar que el legislador optó por conservar tal criterio como conveniente, necesario e inevitable y con él animó más de una disposición del nuevo Código, de las cuales son apenas ejemplos los arts. 64 y 66 en cuanto reproducen sustancialmente muchas de las antiguas circunstancias de mayor o menor peligrosidad (hoy con otro nombre); los arts. 68 y 72 en cuanto consideran la personalidad como factor importante para las decisiones que allí se consagran.

La peligrosidad ha sido, pues, un criterio reproducido en el nuevo Código y para mayor abundancia de prueba puede presentarse como tal la función que a la pena asigna el art. 12 de dicho estatuto.

Hechas estas consideraciones, cree la fiscalía que puede intentarse una interpretación teleológica del art. 374 del nuevo estatuto represor.

Ya se ha dicho, y nada impide repetirlo, que, en efecto, el nuevo texto 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, revele ser de una peligrosidad menor, o, si se quiere, de una personalidad más adecuada a la vida en comunidad o menos 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, sería lógico concluir que la ley no tiene otro fin que el de la burla, lo que sería presuponer el absurdo. Para cualquier autor de delito contra la propiedad es imposible restituir voluntariamente, en ningún momento procesal, lo que le ha sido *decomisado antes* de la iniciación del proceso. Tal devolución sería imposible aun para el más ocasional, el menos peligroso de los delincuentes, por la sencilla e inevitable circunstancia de que su voluntad, aun siendo la más recta y loable respecto de la restitución, no podría desembocar en esta debido a que el sujeto no tiene la cosa consigo.

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

Por ello, a quien se le ha decomisado, si bien es cierto que no restituye, también lo es que está en *imposibilidad* de hacerlo, y no le queda otra forma de cumplir lo que la ley *esencialmente* quiere de él, que con la indemnización de los perjuicios. La fiscalía cree no exagerar si afirma que la negativa de la señorita juez de quien proviene la actuación implica afirmar —sea dicho con todo respeto— que la ley niega la disminución punitiva a aquellos sujetos a quienes se les decomisó los objetos y la autoriza solo para aquellos que, por su mayor habilidad o suerte, los tuvieron a su disposición —siendo probable que en maliciosa espera— hasta cuando, en verdad arrepentidos o *convencidos* de que se avecina una sentencia de condena, los restituyen en momento cuando, por la larga privación que de ellos sufriera su dueño, ha tenido un indudable perjuicio.

No sin razón se quejaba el doctor Jaime Bernal Cuéllar, en su conferencia acerca de los delitos contra la propiedad, de la incongruencia de este texto comentado. “Ha debido dejar, más bien —dice el conferencista— forma alternati-

va, restituir o indemnizar y no en forma acumulativa, restituir e indemnizar. Y también encuentro una crítica a esta norma: aquí se obliga la restitución total. El legislador ha debido ser congruente”<sup>1</sup>. Continúa el citado expositor considerando cómo la gravedad del delito de peculado es sin duda mayor que la del delito de hurto —con toda razón—, no obstante lo cual la restitución en aquel delito, siendo parcial, determina la disminución de pena, lo cual no ocurre si se interpreta literalmente el art. 374.

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

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

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

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

Por lo antes considerado, honorables Magistrados, el concepto de la fiscalía es que debe concederse la excarcelación que negara la decisión recurrida.

Respetuosamente,

JOSÉ LIBRADO VÁSQUEZ L.  
Fiscal Cuarto del Tribunal

<sup>1</sup> Conferencia sobre “Delitos contra la propiedad”, publicación del Ministerio de Justicia, págs. 138 y 139.