

cientes, sabedores de su padecimiento, quieren convertirlo en patente de corso para delinquir. Otros estados patológicos crónicos, irreversibles, que de por sí no son graves, sino que solo requieren cuidados de enfermería, tal como las paraplejías por sección de la medula espinal, pueden llegar por una interpretación errónea de la norma legal, a ser estado de impunidad penal, como un caso reciente de un parapléjico que mantenía varias libras de marihuana en papeletas individuales, "para frotarse las piernas".

En el mismo plano, la carencia de servicio médico continuo, impide que algunos delincuentes que se ha dispuesto sean trasladados a la Isla Prisión Gorgona, aleguen requerir algún tipo de vigilancia médica por supuestos quebrantos de salud, para evitar esa prisión y esa falta de atención es uno de los problemas de nuestra medicina carcelaria.

En Medicina Legal y Medicina Carcelaria existen aproximadamente cien médicos, como ya se dijo dependientes administrativamente del Ministerio de Justicia; si se hiciera una encuesta entre esos cien profesionales, para ir voluntariamente durante un lapso a Gorgona, es posible que 24 de ellos aceptaran ir por periodos de 15 días, y así el cubrimiento sería completo en todo el año. Esta solución no parece muy costosa.

La coordinación de la Medicina Legal y de la Medicina Carcelaria, con adecuada dotación de laboratorios de diagnóstico de Medicina Legal, serviría para que ese servicio de auxilio diagnóstico de la medicina moderna ayudara también como base para un enfoque de medicina más integral para el recluso.

## SOBRE EL ROBO AGRAVADO \*

NODIER AGUDELO BETANCUR

*Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia*

*La imposibilidad de obrar que no sea maniatamiento o amordazamiento no agrava el robo. (Nº 4º art. 404 C. P.).*

Tradicionalmente la interpretación del numeral 4º del artículo 404 no ha ofrecido discusión. Los comentadores del Código Penal se han limitado a interpretar los conceptos de "maniatar", "amordazar" y de "imposibilidad de obrar" de la víctima como consecuencia de la actividad del sujeto. Ha sido una interpretación simple del "texto definitivo del nuevo Código Penal" adoptado por el Decreto 2300 de septiembre 14 de 1936 y publicado por el Diario Oficial número 23.320 de 29 de octubre del mismo año.

En realidad, no habría podido ser de otra manera si se tiene en cuenta el texto del numeral enunciado:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos: 1...2...3...4. "Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar (1).

\* Este artículo fue originalmente publicado por la revista "Derecho Penal y Criminología", de la Universidad Externado de Colombia, Volumen 2 No. 5, de marzo de 1979, páginas 33 a 40. Se reproduce con la debida autorización de su director.

1. La pena fue aumentada (de 5 a 14 años de presidio) por el artículo 90. de la ley 21 de 1973. La única variación que introdujo la mencionada ley fue la relacionada con la pena.

Ejemplo de interpretación clara del anterior texto nos lo ofrece el Dr. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ quien afirma:

"La oposición de la víctima puede resultar absolutamente quebrantada mediante el despliegue de una fuerza física contra su persona, como las ataduras o el amordazamiento; o colocándola en estado de inconsciencia bien por el hipnotismo, o ya haciéndole ingerir narcóticos, bebidas alcohólicas u otras semejantes" (2).

El Dr. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, después de definir lo que es amordazar y maniar, afirma: "el maniatamiento y el amordazamiento son medios de violencia que reducen a la víctima a la impotencia para defender el patrimonio por acción propia o con la ayuda de terceros, cuyo auxilio no se puede pedir.

La imposibilidad defensiva puede obtenerla el ladrón por otros medios, por ejemplo, amarrando a la víctima a una pilastra, encerrándola, suministrándole un narcótico, etc. En todos estos casos se tendrá un robo de la clase agravada del artículo 404, ordinal 4." (3).

Finalmente, para no abundar más, tenemos a LUIS CARLOS PEREZ: "Se imposibilita la acción defensiva no sólo amarrando a la víctima sino también administrándole narcóticos, hechos descritos como más grave en el Código Italiano; pero, dentro del concepto, es preciso incluir también toda sustancia que tenga la propiedad específica de provocar un estado de somnolencia, de insensibilidad o quietud que anule la capacidad de defensa o por lo menos la de reaccionar en este sentido, o en el de huir. La sustancia debe aplicarse expresamente sobre el cuerpo, o suministrarse en la comida o la bebida. También puede ser aplicada en el ambiente actual que respira, como cuando se vaporiza para hacérsela llegar, o en una fuente a donde deba llegar para proveerse de agua o licores..." (4).

2. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, delitos contra el Patrimonio Económico. Editorial Temis, Bogotá. 1963, página 143 y 144.
3. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, delitos contra la vida y la integridad personal. Delito contra la Propiedad. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1972, página 177.
4. LUIS CARLOS PEREZ. Tratado de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1974, páginas 628 y 629. En el mismo sentido pueden consultarse JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, Delitos contra la propiedad. E. Litografía de Colombia, Bogotá, 1944, páginas 59 y 60; GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Derecho Penal Colombiano. 1953, nada dice acerca del mencionado numeral ANTONIO VICENTE ARENAS, Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad. E. Antares, Ltda. Bogotá, 1962, página 256. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ, Derecho Penal Especial. Ed. Temis, 1965, página 529; PACHECO OSORIO, después de explicar los términos "maniar" y "amordazar", dice que "fuera de los anteriores medios explícitamente previstos, la disposición incluye todos los que pongan a la víctima en la imposibilidad de obrar, a los cuales les asigna igual poder calificante. Ellos pueden consistir en atar a un poste o a otro objeto cualquiera, en encerrarlo en un sitio del cual no pueda salir ni pedir socorro, en privarla del conocimiento, etc.". Derecho Penal Especial", Ed. Temis, 1975, Vol. IV, páginas 142 y 143.

Como decíamos al principio, ha sido, pues, pacífica la interpretación del numeral 4° del artículo 404 que consagra una de las agravantes del Robo.

Empero, consultando la historia de la disposición hemos llegado a una interpretación opuesta en lo que respecta a la parte que dice "o las ponga en imposibilidad de obrar". Hemos llegado a la conclusión de que para poder predicar la circunstancia de agravación del robo por el aspecto de poner a la víctima en imposibilidad de obrar, es necesario que esta imposibilidad sea consecuencia del maniatamiento o amordazamiento.

En efecto: si nos fijamos en el Acta 198 de los trabajos preparatorios del actual Código Penal nos percatamos de que el Dr. LOZANO Y LOZANO propuso una fórmula a simple vista igual al numeral 4° ya transcrito pero, en verdad, radicalmente diferente.

"El Dr. LOZANO considera que para el delito de robo deben señalarse circunstancias específicas distintas de las generales y de las adoptadas para el hurto, porque no basta la violencia sobre los objetos para especificar cierta clase de robos en que la violencia no tiene lugar sobre las cosas mismas, sino sobre los elementos que resguardan exteriormente la propiedad, pues es claro que no es lo mismo llegar de visita a una casa y allí romper un baúl para robar, que entrar a una misma casa rompiendo las puertas y perforando las paredes o los techos.

El doctor CARDENAS dice que esas son circunstancias generales típicas del robo, que no hay necesidad de que se consideren aparte en forma especialísima. Como ya se dijo al hablar del hurto, no es partidario de las agravantes específicas por temor de que queden algunas sin contemplar; bastan las agravantes generales, y si se adopta el sistema de prever las agravantes específicas es necesario contemplar una muy grave, cual es la de amordazar a las personas para robarlas.

El doctor LOZANO presenta la siguiente fórmula, que es aprobada:

4°) Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar". (La subraya es nuestra) (5).

En la discusión del día participaron los doctores Lozano y Lozano y Cárdenas. Más tarde, en el acta 201, se lee que el Dr. ESCALLON, "considera que dentro de las agravantes adoptadas en el capítulo referente al Robo es necesario incluir las maniobras o precauciones tomadas por el agente para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia. A tal efecto propone que la agravante señalada con el número 4 sea variada por la modificación que presenta en seguida, y que contempla la asechanza, el empleo de narcóticos, de golpes, etc. La fórmula dice así:

5. Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Imprenta Nacional, 1938, Vol I., Acta 198, páginas 230 y 231.

“4º) Cuando en cualquier forma se han tomado precauciones para impedir la resistencia de la víctima o reducirla a la impotencia”.

El doctor Cárdenas dice que con la agravante ya aprobada se contempla el caso de que la víctima sea amordazada o maniatada, y quizás esto sea suficiente, pues las demás violaciones en general son características del robo y quedan cobijadas en las disposiciones ya aprobadas a ese respecto. Por otra parte, las heridas o golpes también ya fueron contempladas, y en lo referente a las heridas mismas se llegó hasta aceptar las circunstancias agravantes que se aprobaron para el asesinato. Agrega también que la modificación propuesta por el doctor Escallón puede ser presentada cuando esté presente el doctor Lozano, pues ya se adoptó el sistema de que el artículo aprobado por dos miembros de la Comisión se entiende aceptado ya de manera definitiva” (6).

Puede verse que según la fórmula que presentó el Dr. LOZANO, por el gerundio empleadó, la imposibilidad de obrar de la víctima debía ser efecto del maniatamiento o del amordazamiento: “...maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar”. Se propuso, pues un tipo cerrado, en el sentido de que eran taxativos los motivos de la imposibilidad de obrar.

Según se lee en el acta 198, algunos de cuyos apartes ya hemos transcrito, “el doctor LOZANO presenta la siguiente fórmula que es aprobada”.

Pasó la fórmula del Dr. LOZANO al Congreso y según se lee en el Diario Oficial número 23316 del sábado 24 de octubre de 1936, en la página 231, con el número 405, aparece aprobada tal como lo propuso LOZANO con la única variación de una coma después de “amordazarlas”, así:

Artículo 405; 1...2...3...4: “cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, poniéndolas en imposibilidad de obrar” (7).

Sin embargo, el Diario Oficial número 23320 del 29 de octubre de 1936, en vez de “poniéndolas”, aparece “o las ponga”.

En este Diario Oficial ya no apareció el verbo “poner” en gerundio sino en modo subjuntivo: la expresión “poniéndolas” es cambiada por “o las ponga”.

Con lo anterior ya no estamos en presencia de un tipo cerrado sino abierto, con respecto a la determinación de la imposibilidad de obrar de la víctima: como dicen los autores, sería robo agravado el dar a la víctima algún narcótico, privarla del conocimiento, encerrarla en algún sitio, etc. Y es que los autores nacionales han comentado, he dicho, el artículo en la forma que aparece en el Diario Oficial, fórmula que no fue la aprobada por el Congreso, como hemos visto.

6. Trabajos Preparatorios, cit. Acta Número 201, página 235.

7. Diario Oficial, Bogotá, sábado 24 de octubre de 1936, número 23316, página 231.

¿Cómo se explica que aparezca otra fórmula diferente de aquella aprobada por el Congreso? El artículo 435 de la Ley 95 de 1936 autorizó al gobierno “una vez aprobado este Código”, “para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que pudiera encontrarse en cualquiera de sus disposiciones”. Como se sabe, el gobierno envió el Código “una vez aprobado” a la Academia Colombiana de la Lengua, entidad que comisionó a los doctores MIGUEL ABANDIA MENDEZ y JULIAN MOTTA SALAS para que lo estudiaran e hicieran las correcciones pertinentes, así como a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios “para que en vista de aquellas modificaciones, presentara al gobierno el texto definitivo y corregido”. Una vez hecho esto, el gobierno dictó el Decreto 2300 de 1936, de septiembre 14, “por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal”. No nos es posible afirmar quién o quiénes y dónde se hizo esta modificación, que realmente rebozó la misión encomendada de “ordenar su nomenclatura” y corregir “cualquier deficiencia de redacción y falta de armonía”.

Lo importante es pensar en cuál de los dos textos es el aplicable. A mi manera de ver, el propuesto por el Dr. LOZANO en el seno de la Comisión Redactora y que fue el mismo que aprobó el Congreso. ¿Por qué mi anterior afirmación? Sencillamente porque el gobierno no tenía facultades para hacer modificaciones que cambiaran la sustancia de lo ya aprobado por el Congreso sino que se debió haber limitado a realizar una labor de simple pulimento (8) pues esta y no otra fue la facultad que le dio el Congreso en el ya aludido artículo 435 (en el texto definitivo corresponde al artículo 434).

Para el caso es aplicable lo dicho en otra oportunidad por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando discutió el problema que presentaba (9) la expresión “mujer mayor de edad” del artículo 350 del Código Penal, según la publicación del Diario Oficial número 23320, pero que en el número 23316 no aparecía tal sino la de “menor”. Dijo la Corte: “Cabe entonces, concluir que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial número 23320 de 29 de octubre de 1936, se incurrió en un yerro tipográfico, al cambiar la palabra “menor” por el vocablo “mayor” pues es obvio que debe estarse al texto mismo de la Ley 95 de 1936 y a la publicación que, citándose a ella en el artículo 351 se hizo en el Diario Oficial número 23316 citado”.

Vemos entonces cómo la Honorable Corte Suprema de Justicia da aplicación al texto aparecido en el Diario Oficial número 23316 (10).

8. El gobierno estaba “limitado a eventuales variaciones de continente mas no de contenido del texto de la ley”, dice carteramente Alfonso Reyes Echandia, refiriéndose a hipótesis semejante (ver nota 10).

9. Decimos “presentaba” pues el mismo legislador resolvió cortar la discusión con la ley 16 de 1969, artículo 15”; el artículo 350 del Código Penal quedará así: “si la mujer fuere menor de 16 años y hubiere prestado su consentimiento...”.

10. Casación de 7 de noviembre de 1969. Gaceta judicial Número CXVIII bis (2283) pág. 74. El Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del profesor ALFONSO REYES ECHANDIA, (Auto de 21 de julio de 1972), estudió el problema que nos

Según lo que hemos visto, no debe aplicarse el artículo 404 numeral 4º en lo que dice: "o las ponga en imposibilidad de obrar". Se debe aplicar sólo en casos de maniatamiento o amordazamiento y sólo en estos casos. Quedarían fuera de esta causal eventos como la "máquina", puesto que apretar la nuca a otro poniéndose el sujeto por detrás, no es ni "maniatar" ni "amordazar"; también aquellos señalados por los autores como el "estado de inconsciencia" (BARRERA), "suministro de narcóticos" (BARRERA, MESA, PEREZ) o el "encierro" (MESA, PACHECO).

A propósito de esto es bueno reseñar una reciente decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia de abril 13 de 1978, que viene como anillo al dedo para explicar nuestra posición. Veamos los hechos: unos sujetos que simulan ser agentes de la autoridad penetran a una residencia "interesados" en hacer una requisita: "Los presuntos agentes empezaron inmediatamente a registrar la residencia en presencia de todos sus moradores, catorce entre hombres y mujeres adultos y niños, pero poco después se mostraron incómodos; entonces el "teniente" manifestó que era casi imposible efectuar adecuadamente el registro con tantas personas "estorbando" y dispuso que todas entraran en uno de los cuartos de baño, donde permanecieron con la puerta abierta bajo vigilancia de uno de aquellos, mientras los otros requisaban los dos pisos de la casa; y como al rato se quejaron, especialmente niños, de que allí hacía mucho frío, en gesto de cortesía y delicadeza les llevaron mantas, tapices y café para que pudieran estar cómodos.

"En el cuarto de baño permanecieron los moradores de la residencia como hasta las ocho de la mañana, cuando el que actuaba como jefe del grupo de supuestos detectives, a quien decían "teniente", ordenó que los trasladaran a la última pieza, la de la trabajadora doméstica, y allí los encerraron, no sin antes comunicarles que no podían salir antes de un cuarto de hora y que en la puerta quedaría un "agente" vigilándolos, pues los otros tenían que registrar también una casa vecina.

"Instantes después la residencia quedó en completo silencio y como a los diez minutos don NN, ya molesto por el largo encierro a que había sido sometido con sus familiares por los presuntos agentes de Decypol, salió de la pieza para protestar por ello y observar lo que afuera ocurría y entonces vio la casa desordenada y que ya ninguno de aquellos estaba allí, llegando así a la con-

ocupa en relación al numeral 1o. del artículo 232 de la ley 95 de 1936 (que corresponde al artículo 231, del "texto definitivo") que describía como comportamiento delictuoso la confección total o parcial de un documento falso. Después de hacer un recuento histórico de las vicisitudes atravesadas por el actual Código Penal desde la aprobación de la ley 95 del 36 hasta su puesta en vigor, conviene que el Decreto 2300 del 36 no podía derogar el texto original de la ley mencionada, inconstitucional el artículo 231 del actual texto del código penal en cuanto no reprodujo en No. 1 de la norma original y vigente el artículo 232 de la ley 95 de 1936 que contiene ese código, la sala se inclina por la aplicación de éste, mediante el uso del mecanismo de excepción de inconstitucional autorizado por el artículo 215 de la Carta Fundamental". Este auto puede consultarse en Foro Colombiano, número 47 mayo de 1973.

clusión de que habían sido víctimas de un robo por parte de tan habilidosos individuos, comunicando inmediatamente lo sucedido a los demás y a las autoridades de policía".

Estos son los hechos tal como fueron narrados en el auto de proceder y sobre los cuales tanto el Tribunal Superior de Medellín en Providencia de 29 de marzo de 1977 como la Corte en providencia de fecha ya aludida, condenaron a siete años de presidio por robo agravado.

Con base en estos hechos, la Corte afirma:

"Los autores del ilícito emplearon medios suficientes para impedirles toda reacción de defensa. El número de las personas que irrumpieron en su habitación, la fingida orden de autoridad competente (aspecto decisivo para anular protestar y excluir toda posibilidad de protección y amparo), la proximidad de otro esfuerzo policivo (la radiopatrulla estaba por llegar) y el mandato de reclúirse primero en un sanitario y luego en la pieza del servicio, siempre bajo la vigilancia de uno de los asaltantes, dispuestos a rigорizar su intervención y llegar a las consecuencias que fueran necesarias. (Estas subrayas no son del texto). Por eso (N.N.) no obstante aseverar los buenos modales de los delinquentes (y así tenía que ser para aparentar eficazmente su condición de agentes de Decypol), afirma que "nos encerraron", expresión que coincide con lo manifestado por su hermano T.T., anota que "nos metieron al baño dizque porque no dejábamos hacer nada con tanta gente que habíamos ahí. De ahí nos sacaron y nos llevaron para el otro baño, para el de la pieza de servicio". Los miembros de esta familia coinciden en indicar que uno de los autores del ilícito, del cual suministran sus físicas características, se dedicó siempre a vigilarles, al punto que no les permitía actuar en el más mínimo sentido. (Las subrayas son del texto).

Se trataría de una violencia tácita, que se contrapone a la efectiva, pero tiene un igual valor. La doctrina suele comprender dentro del concepto de violencia física no solamente la acción corporal que recae sobre la víctima, con absoluta prescindencia de su poder decisorio, sino también aquella que quebranta o paraliza su voluntad (vis compulsiva).

La interpretación del Tribunal no muestra, como lo recomienda el impugnador, un error manifiesto al aceptar una situación de violencia que impidió a las víctimas su posibilidad de obrar". (Las subrayas no son del texto).

Como se ve, la Honorable Corte deduce la "imposibilidad de obrar" de factores del todo ajenos al maniatamiento o amordazamiento: número de sindicados, el fingimiento de orden de autoridad, la proximidad de otro refuerzo, finalmente (y es lo que más recalca) "el encierro".

Creo, por lo visto, que diversa hubiera sido la decisión de la Corte si a tiempo se hubiera descubierto esta otra intromisión del ejecutivo en el texto del Código de 1936 aprobado por el Congreso y hoy ya maltrecho y parece que agonizante (11).

## JURISPRUDENCIA

### COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

*Magistrado Ponente: Dr. Juan Fernández Carrasquilla*

El delito continuado constituye una unidad insoluble para todos los efectos legales, pues así lo dispone el artículo 32 del C. P. Juzgada una fracción del hecho continuado, todas las demás quedan juzgadas y sobre éstas no puede recaer nueva sentencia ni levantarse nuevo proceso, salvo que sean posteriores.

#### TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete.

#### V I S T O S

Por apelación del proceso conoce el Tribunal, en segunda instancia, del auto de proceder dictado por el Juzgado Octavo Superior de la ciudad en contra de ERNESTO DE JESUS GARCIA por los delitos de "falsedad en documentos" y "estafa".

El recurso no fue fundamentado, ni el contexto procesal permite inferir con claridad los motivos de la impugnación, salvo que el sindicado pretenda en realidad ser completamente inocente de las imputaciones que se le formulan, en vista de su reiterada alegación de que el cheque de marras lo recibió, junto con otro, de un niño desconocido que sólo le dijo que allí le enviaban "eso".

11. La causal entre las señaladas por el artículo 580 del C. de P. P. que entonces hubiera debido invocarse tendiente a casar la sentencia, no puede ser tratada aquí. Otro problema que se plantea es el de saber ante quién se debe demandar el numeral 4o. del artículo 404. Es ante la Corte Suprema de Justicia? Es ante el Consejo de Estado?