

Y FENECH, ya citado apunta:

"A nuestro entender, el Instructor en la fase sumarial no debe limitarse, sin embargo, a la búsqueda de pruebas que lo convenzan de la certeza del hecho punible, sino que ha de convencerse también de que no existen pruebas que destruyan la intencionalidad del imputado". (Op. Cit. Vol. I. Pág. 734, se refiere a la presunción de "voluntarias" de las acciones u omisiones en la legislación española).

De modo que si la prueba que se ha allegado al proceso demuestra de manera plena la inocencia del sindicado o al menos hace dudosa, con duda razonable, la relación entre los hechos de la relación que fundamenta la presunción, si esto acontece, debe considerarse la presunción como desvirtuada. No es pues necesario una prueba plena de la inocencia del sindicado. Basta que exista una duda razonable basada en alguna prueba del proceso, duda razonable sobre el hecho inferido, para que deba absolverse".

## LA IMPOSIBILIDAD DE OBRAR QUE NO SEA AMORDAZAMIENTO O MANIATAMIENTO NO CONSTITUYE ROBO AGRAVADO

### Ordinal 4º art. 404 del Código Penal

Comentario: Ricardo J. Hoyos, Duque

En el pasado número se publicó en esta revista un artículo respecto de la causal establecida por el ordinal 4º del art. 404 del Código Penal, donde se sostuvo que la parte del ordinal que dice "o las ponga en imposibilidad de obrar" es inconstitucional, en razón de que el gobierno rebasó las facultades conferidas por el Congreso, limitadas a "ordenar su nomenclatura (la del Código) y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía" (art. 434 íbidem).

Si esas fueren las precisas y limitadas funciones concedidas, no podía el ejecutivo cambiar válidamente la expresión "*poniéndolas* en imposibilidad de obrar", aprobada por el Congreso y publicada en el Diario Oficial número 23316 del 24 de octubre de 1936, por la fórmula "o las ponga en imposibilidad de obrar", publicada en el Diario Oficial número 23320 del 29 de octubre de 1936.

Se insinuaba allí que uno de los fundamentos para la no aplicación del ord. 4º del art. 404 en lo que dice "o las ponga en imposibilidad de obrar" sería el art. 215 de la Constitución Nacional que consagra la inaplicabilidad de una ley por inconstitucionalidad.

Justamente el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín lo ha hecho ya en una oportunidad. Como es el primer caso del que tenemos noticia, verdaderamente vale la pena presentar a los lectores las providencias que resolvieron en tal sentido.

Los hechos que dieron lugar al proceso pueden sintetizarse así:

El señor Luis Alfonso Pérez Rueda, transitaba por una de las calles de la ciudad en las horas de la tarde del veinticinco de mayo de 1978, donde se hallaban situados entre seis y siete individuos ocupándose aparentemente como mecánicos. "Los sujetos lo interceptaron, procedieron a *maniatarlo* (sic) hasta imposibilitarlo para actuar y lo despojaron de diez discos long-play y cuarente (sic) y dos discos de cuarenta y cinco revoluciones, quinientos pesos (\$ 500.00) en efectivo y un reloj de pulso marca Mido, muestrario (sic) blanco, manilla metálica del mismo color, automático con calendario. Logrado el diseño criminal huyeron los responsables del escenario".

Sobre las anteriores consideraciones el Juzgado 20 Penal Municipal de Medellín, llamó a responder en juicio criminal por el delito de robo agravado, pues consideró que concurrían las circunstancias agravantes establecidas en el ord. 4º del art. 404 del C.P. Interpuesto el recurso de apelación contra este auto, correspondió al Juzgado Once Penal del Circuito desatar dicho recurso y decidió, mediante el mecanismo que consagra el art. 215 de la Constitución Nacional, no aplicar el artículo tal como aparece en el Diario Oficial N° 23320 en lo que respecta a la expresión "o las ponga en imposibilidad de obrar".

Consideró este despacho que las violencias de que fue objeto el sujeto pasivo de la infracción por los agentes del reato, en ningún momento y desde ningún punto de vista configuran "maniatamiento", y mucho menos "amordazamiento".

Así, en la denuncia, el ofendido afirma: "...me cayeron encima, todos me cogieron del cuello, me trataron de lanzar al suelo, me *maniataron*...". (Fl. 3 fte.) (sin subrayas en el original).

En el auto que resuelve la situación jurídica al inculcado se dice: "En la acera se encontraban seis o siete individuos y al pasar frente a ellos lo interceptaron, *apercuellaron* e imposibilitaron para actuar". (Fl. 11 fte. (sin resaltos en el original).

En la diligencia de confrontación entre el sindicado y el ofendido, este último manifiesta: "Uno de ellos me *abrazó por la nuca*, yéndoseme por la espalda, y otros arremetieron contra mí, a quitarme el paquete que portaba, cuyo contenido eran discos, lo que lograron en muy breve tiempo porque yo no les opuse resistencia". (Fl. 15 fte. y vto.) (sin resaltos en el original).

Puede colegirse, pues, diáfanoamente, que el encuellamiento no constituye maniatamiento, en sentido gramatical, "atar las manos", ni mucho menos amor-

dazamiento, "colocar mordazas". Consecuentemente el ad- quem modificó el pliego de cargos en lo que dice relación a la concurrencia de esta circunstancia agravadora. Posteriormente, por el grado jurisdiccional de consulta, hubo de pronunciarse sobre la condena impuesta al inculcado de autos. Presentamos a continuación las consideraciones jurídicas de las respectivas providencias.

## JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO

*Dra. Tahí Barrios Hernández*

### AUTO DE PROCEDER

Ahora bien, hecho el comentario pertinente acerca de la prueba relativa a los hechos, y su comisión, y admitiéndose de una vez la depredación de que fuera objeto el ofendido, es preciso considerar la calificación jurídica impartida por el a-quo a esos mismos.

A Fls. 26 Fte. dice el auto recurrido lo siguiente: "Demuestra pues el plexo probatorio cómo ocurrió el violento apoderamiento de cosas ajenas y el mismo coloca penalmente a los autores como responsables del delito de ROBO definido y reprimido en el C. Penal: Libro II, Título XVI, Capítulo II, Art. 404 Numeral 4º que establece: "Cuando la violencia ejercida sobre las personas consista en maniatarlas • amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar". la represión deberá ir sujeta a lo dispuesto en el Nral. 9º de la Ley 21 de 1973".

Y es de recibo, pero ocurre que aunque el llamamiento a juicio, vale decir el numeral 1º de la parte resolutive se ciñe a los requisitos previstos en el Artículo 483 Numeral 4º, la parte motiva de la misma no puede de manera alguna ser recogida por este Despacho, porque el punto de partida del a-quo, el Ordinal 4º del Artículo 404 de la calificación publicada por Diario Oficial Nº 23320 del 29 de octubre de 1936, ordenada por el Decreto 2300 de 14 de septiembre de 1936, no corresponde a la disposición que aprobara el Congreso de la República.

En efecto, a este respecto el Dr. NODIER AGUDELO BETANCUR, en su artículo "La imposibilidad de obrar que no sea maniatamiento o amordazamiento • agrava el robo", (Mimeógrafo, Universidad de Antioquia, 1978), dice lo siguiente:

"Si nos fijamos en el Acta 198 de los trabajos preparatorios del actual Código Penal nos percataremos de que el Dr. LOZANO Y LOZANO propuso una fórmula a simple vista igual al numeral 4º ya transcrito, pero, en verdad, radicalmente diferente...".

"4º. Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas poniéndolas en imposibilidad de obrar".

"En la discusión del día participaron los doctores Lozano y Lozano y Cárdenas. Más tarde, en el acta 201, se lee que el Dr. ESCALLÓN, "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:

"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 violencias 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".

"Puede verse que según la fórmula que presentó el Dr. LOZANO, por el gerundio empleado, la imposibilidad de obrar de la víctima debe 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".

"Sin embargo, en el Diario Oficial número 23.320 del 29 de octubre de 1936, en vez de "poniéndolas", aparece "o las ponga".

"En este Diario Oficial ya no aparece el verbo "poner" en gerundio sino en modo subjuntivo: la expresión "poniéndolas" es cambiado 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 aprobada por el congreso, como hemos visto".

"¿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 ABADIA MENDEZ y JULIAN MOTTA SALAS para que lo estudiaran o 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 quien o quienes y dónde se hizo esa modificación, que realmente rebosó la misión encomendada de "ordenar su nomenclatura" y corregir "cualquier deficiencia de redacción y falta de armonía".

"Lo importante es pensar en cual 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 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)".

Visto lo anterior obvia es la inconstitucionalidad del ordinal 4º del artículo 404 del actual código penal, vale decir, del adoptado por el Decreto 2300 de 1936 y vigente el numeral 4º del mismo artículo correspondiente a la fórmula que propusiera Lozano y que fuera debidamente aprobada, cuya publicación fue hecha en el Diario Oficial N° 23316. Mediante el mecanismo de excepción de inconstitucionalidad que establece el Artículo 215 de la Constitución Nacional, el Despacho inaplicará el ordinal primeramente citado, por cuanto que la modificación de su texto abre el tipo con respecto a la forma como se ha de determinar la "imposibilidad de obrar", violando así los artículos, 76, numeral 11 y 55 de la Constitución Nacional, al exceder la órbita de las facultades conferidas.

Acorde entonces con el profesor citado, la conducta subjudice rebasa los presupuestos del auténtico numeral 4º del artículo 404.

Si efectivamente, como lo define la Real Academia de la Lengua, maniatar es "atar las manos" y amordazar es tanto como "poner mordaza", es evidente que la acción que desplegaran DEIVIN ASTIGUAD PINEDA LUJAN y sus compinches dista de adecuarse al texto que fuera aprobado por el Congreso.

Además, admitir el enjuiciamiento del a-quo implicaría simple y llanamente desconocer el texto del Artículo 1º del Código Penal que en desarrollo de principios constitucionales (Art. 26), consagrados universalmente, dice:

"Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por Ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

Como antecedente jurisprudencial, de aplicación del texto original de la Ley 95 de 1936, se tiene la expresión "mujer mayor de edad", artículo 350 del Código Penal —reformado, corrigiéndolo, por la Ley 16 de 1969—. Ver Cas. Nov. 7 de 1966, CXVIII bis (2283 bis) P. 74 y el auto de 21 de julio de 1972, del Tribunal Superior de Bogotá, en relación con el numeral 1º del Artículo 232 de la Ley 95 de 1936, que describía como conducta delictuosa la confección total o parcial de un documento falso.

En consecuencia, la imposibilidad de obrar no consistente en amordazamiento o maniatamiento constituye simplemente la violación típica del delito de robo previsto en el Artículo 402 del Código Penal. Por consiguiente el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, C O N F I R M A el enjuiciamiento apelado, de procedente y fecha anotada con la modificación que se concluye del texto de la motivación, no se trata de un robo agravado —Art. 404—, sino de un robo simple, agravado sí, por las circunstancias genéricas de los numerales 2º y 5º del artículo 398 y con la siguiente adición: se compulsarán copias para proseguir la investigación con relación a los partícipes del delito de robo, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 482 inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

La Juez,

Tahí Barrios H.

El Srio.,

Alcides Giraldo Montes.

Fecha: Octubre 10 de 1978.

## FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La prueba judicialmente aportada en el decurso de la etapa investigativa en nada varió durante el período probatorio de la causa, por lo que inevitablemente sobre ella debió también decidirse la instancia. No se extenderá el Despacho en torno a ella habida consideración de que al resolver de la apelación del auto de proceder, conoció el expediente, la estimó suficiente para soportar esa decisión e igualmente la considera ahora apta para sustentar el fallo materia de consulta.

No obstante lo anterior, es conveniente advertir que los *juicios de valor* en torno al testimonio allegado no son, en manera alguna, materia de la incumbencia del testigo, como se lee a folios 53 supra. Es el juez el señalado para hacer el análisis crítico, la valoración del testimonio; valoración que no es subjetiva, pues que existen parámetros de valuación, de lógica y cientificidad innegables. (A esto justamente hace relación la crítica, no a opiniones o posiciones).

No obstante considerar la estulticia de los farragosos y a veces confusos e ininteligibles párrafos del proveído de Instancia, el Despacho recavará sobre sus consideraciones de octubre diez de mil novecientos setenta y ocho y lo hará porque advierte que el Juzgado 2º por desconocimiento de posiciones doctrinales y jurisprudenciales de evidente trascendencia y obvio valor científico-jurídico —por ello y solo por ello, merecen ser citados— e ignorancia olímpica de principios filosófico-jurídicos que datan de siglos, pretende desconocer la conveniencia y la justicia de la adecuación típica de la conducta desplegada por PINEDA LUJAN.

Desconoce el a-quo que: "Un hecho no puede considerarse delito ni ser sometido a pena, si una ley (entendiendo esta expresión en sentido no formal, sino material) no lo prevé como tal..." y que: "El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello, no puede deducirse analógicamente de normas relativas a hechos diversos".

"El alcance práctico del principio consiste en la prohibición de que el juez extienda las normas que sanciona la aplicabilidad de penas por la vía de la analogía; de imponer esta sanción más allá de los casos expresamente previstos por el legislador. Este reserva para sí la facultad de determinar qué hechos constituyen delito y cuáles son las respectivas sanciones. En consecuencia, el juez carece del poder de infligir las sanciones aludidas a casos que la ley no considera taxativamente y de aplicar penas distintas a las contempladas en ella, aunque considere que ello sería lógico, justo u oportuno, basándose en exigencias racionales o idealismos éticos o sociales. Se desprende de ello que la única fuente del Derecho Penal es el Derecho positivo que constituye un

*ordenamiento cerrado*. El artículo primero del Código es una auténtica y propia barrera, en cuanto representa un límite que el Juez no puede en ningún caso sobrepasar en la aplicación de la Ley...". (ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, UTEHA, Buenos Aires 1960, P. 51). (Subrayas fuera de texto). Con sus conclusiones, arroja por la borda, de un solo tajo, trabajo y razonar de siglos, como que aquel principio de legalidad o de reserva que tuviera sus precedentes en la MAGNA CHARTA LIBERTATUM de 1215 y fuera formulado por FEUERBACH —nullum crimen, nulla poena sine lege— está determinado no solo a proteger la sociedad, sino también al hombre delincuente. En efecto, al impedir la creación judicial del tipo, vale decir al proscribir la analogía, está impidiendo la aplicación de una pena que no le corresponde al delincuente. Expresa, entonces la función de garantía de la Ley Penal. Y como dice MAURACH: "...la fórmula muy general nulla poena sine lege alcanza, en interés del particular, su máxima perfección: nulla poena sine lege SCRIPTA e STRICTA...". Exige pues, un desarrollo que aquella sea escrita: "...prohibe el derecho consuetudinario; la lex non scripta, en el ámbito jurídico-penal siempre que se trate de la formación o agravación de tipos...", y que sea estricta, vale decir, prohíbe "la pena sin mandato expreso textual de la Ley"; esta función persigue limitar la aplicación de la Lex; en la medida en que se prohíbe el derecho consuetudinario dentro del ordenamiento penal, está vedada también la analogía fundamentadora o agravadora de la pena...". (REINHART MAURACH, Derecho Penal, T. I Ed. Ariel, Barcelona 1962, Pgs. 114 y 101). (Subrayas fuera de texto).

Es evidente, entonces, que previsto el principio por el artículo 1º del Código Colombiano, que dicho sea una vez más, no es otra cosa que desarrollo del principio al que se hizo referencia en el párrafo anterior, plasmado en la Constitución, persistir en la aplicación del texto que fundamentó el enjuiciamiento del a-quo, no significa otra cosa que el flagrante quebrantamiento del artículo en cita. No es pues *ni lógica ni razonable y si totalmente acientífica*. la anotación del Juzgado Municipal en el párrafo final del folio 51. Es, que, ¿cómo es posible que se recurra al expediente del acatamiento reiterado sin ambages ni reticencia por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, para persistir en el error y la injusticia? ¿Y que se sea honesto —intelectualmente, se aclara— para admitir que no es "que con un simple enunciado trueque poco menos que inexistencia el numeral cuarto del Art. 404..."? El profesor citado en el auto que desató la apelación del enjuiciamiento, aporta argumentos bien claros y explicaciones que demuestran la inexactitud del Diario Oficial 23320 de 29 de octubre de 1936. No puede entonces decirse de ninguna manera, que el artículo 404 en su numeral 4º no sea *inconstitucional* y que no se se estaba sistemáticamente incurriendo en la violación a las disposiciones legales y constitucionales, realmente vigente, porque la disposición promulgada, no fue la aprobada.

Por lo demás el medio empleado como correctivo en el caso de autos, es, cuando menos, el técnico y expedito: fue técnico puesto que se tiene la

competencia para dar aplicación a la disposición constitucional. A este propósito dice SAININ GREIFFENSTEIN en su obra LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCION, Ed. Temis, Bogotá 1971, Págs. 205 y 206:

"La palabra aplicación parece ser la clave del debate: aplican la ley los funcionarios que tienen acordada autoridad y mando. Están en ello conformes MIGUEL MORENO y ALVARO COPETE; está en desacuerdo ALFREDO ARAUJO GRAU, quien solamente admite la competencia de los Tribunales Judiciales.

"Hoy es bien sabido que la administración no se limita a ejecutar o cumplir o hacer cumplir la ley por medios materiales; para poder cumplir sus fines, la administración toma decisiones que envuelven pronunciamientos de carácter general; en desarrollo de la ley y de la Constitución, resuelve sobre asuntos de interés para el Estado y para los particulares; muchos derechos privados dependen de la decisión gubernamental, por lo menos en su primera etapa y como policía, dueño, recaudador, administrador de bienes, empleador y organizador o inspector de actividades de trascendencia común, el gobierno toma claras atribuciones dispositivas en cuyo desempeño debe determinar el contenido del ornamento jurídico y hacerlo operante en su decisión. Por manera que el gobierno también aplica el derecho."

Y el Consejo de Estado en Providencia de febrero 20 de 1969, con ponencia de MIGUEL LLERAS PIZARRO sostuvo:

*"Lo que ha venido llamándose protección constitucional por la vía de la excepción, es más que competencia general, deber impuesto a todos los agentes y agencias del Estado para preservar el régimen político colombiano. Directa o indirectamente todos los funcionarios públicos de cualquiera de las ramas del poder tienen su origen, deben su existencia y derivan su competencia de la Constitución. Es por eso por lo que la ley dispone que, al tomar posesión, el empleado público debe jurar que acatará la Constitución. Se arguye a veces que poderes tan latos pueden constituir peligro ejercido por funcionarios poco ilustrados. Puede responderse que ese riesgo existe también cuando los ejerzan los más ilustrados porque ni la Constitución ni la ley pueden evitar la arbitrariedad que puede resultar tanto del torcido ejercicio de un deber como de la negativa a ejercerlo. En uno y otro caso la ley prevé los correctivos penales, los procedimientos para deducir la responsabilidad y los recursos de revisión tanto gubernativos como jurisdiccionales. No debe olvidarse que el abuso de autoridad o el exceso de poder pueden ser consecuencia de la acción tanto como de la omisión, del hacer o del dejar de hacer, de ejercitar una potestad o de abstenerse de hacerlo. No sería excusa aceptable para no cumplir función pública en su oportunidad legal el temor a equivocarse". (Subrayas fuera del texto). (Foro Colombiano, N° 47, P. 592).*

A guisa de ilustración bien vale la pena transcribir los apartes esenciales del auto del cual fue ponente ALFONSO REYES ECHANDIA, entonces Magistrado del H. Tribunal de Bogotá en julio 21 de 1972, precisamente se exceptuó allí la inconstitucionalidad del D. 2300 de 1936; y lo pertinente del fallo de noviembre 7 de 1966 del que fue ponente el Magistrado Barrera Domínguez en donde se tomó idéntica decisión por motivos ambos similares, al del asunto que motivó esa determinación en este proceso.

Dijo así el Honorable Tribunal de Bogotá:

".....  
3°. Fue el comisionado Rafael Escalón quien redactó el proyecto del articulado correspondiente a los delitos "contra la fe pública"; entre ellos figuraba el marcado con el número 21, que corresponde sustancialmente al actual Art. 231 del C. P. Puesto en discusión su texto y después de haberse dado lectura a los Códigos Penales de Argentina, México y España, "el doctor Lozano dice que debe ponerse como numeral 1° del artículo la fórmula que incluya la confección total o parcial de documentos, pues el artículo no comprende ese caso. Al efecto propone como numeral 1° el siguiente, que es aprobado: "1° Los confecciona falsos en todo o en parte" (Cfr. Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, acta número 219 del viernes 12 de junio de 1935). Aceptada por la comisión la propuesta precedente sin discusión alguna, la norma en cuestión quedó aprobada tal como hoy aparece en nuestro Código Penal, con excepción de su numeral 1°. ¿Qué pasó con dicho numeral? Veámoslo.

"4°. Terminado el proyecto de código por la comisión, fue enviado al gobierno y de allí al Senado de la República donde se aprobó sin mayores deliberaciones. En cuanto respecta a la disposición que se examina y que correspondía al Art. 243 del proyecto de la comisión, el Senado lo aprobó sin modificación alguna; de allí pasó a la Cámara de Representantes, aunque el número del artículo en cuestión era ya el 242. Esa Corporación también aprobó su texto integralmente (con el número 232) y de allí el proyecto de ley pasó al gobierno para su sanción. El ejecutivo hizo algunas objeciones relacionadas con el trabajo obligatorio y remunerado en los establecimientos penitenciarios, la concesión de la condena condicional y una posible incongruencia entre los Arts. 214 y 215 del proyecto sobre el delito de fuga de presos; el Parlamento atendió las observaciones del gobierno y devolvió el proyecto que finalmente fue sancionado para convertirse en la Ley 95 del 24 de abril de 1936; así se desprende del examen del expediente original de esta ley que reposa en el Archivo del Congreso Nacional.

"Sancionada legalmente dicha ley, se publicó en los Anales del Senado (N° 294, Serie 6ª) del martes 5 de mayo de 1936, en los de la Cámara de Representantes (N° 224, Serie 2ª) del sábado 23 del mismo mes y año y finalmente en el Diario Oficial N° 23316 del 24 de octubre de 1936. En todos los documentos oficiales el texto del artículo en su parte pertinente dice "Incorre

en presidio de tres a diez años el funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos: 1º Los confecciones falsos en todo o en parte”.

“5º. El Art. 434 de la citada Ley autorizó al gobierno, una vez aprobado el código, “para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse” en algunas de sus disposiciones”.

“Con base en esa autorización, el gobierno dictó el Decreto 1607 de 8 de julio de 1936 en el que dispuso:

“Art. 1º. “Pase el nuevo Código Penal a la Academia Colombiana de la Lengua, para que proponga las modificaciones de redacción que sean necesarias y a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios para que, en vista de aquellas modificaciones, presente al gobierno el texto definitivo debidamente corregido y coordinado”.

“Art. 2º. “La publicación del nuevo Código así como de las Actas de las sesiones relativas a su elaboración, se hará bajo la dirección de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios”.

“En cumplimiento de tal decreto, el texto de la Ley 95 pasó a la Academia Colombiana de la Lengua, entidad que nombró a los doctores Miguel Abadía Méndez y Julián Motta Salas para hacer la revisión pertinente, realizada su labor y prolijada por la Academia, la ley pasó a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios sin que se hubiese modificado el texto del Art. 232. Fue esa Comisión la que decidió suprimir el N° 1º del citado artículo y reordenar su numeración. Cumplida la tarea asignada envió la ley al gobierno y éste dictó entonces el Decreto 2300 del 14 de septiembre de 1936, cuyo último considerando dice:

“Que la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios ha presentado al gobierno el texto definitivo del nuevo Código Penal, corregido y coordinado por las dos entidades mencionadas” (Comisión y Academia). El único artículo de tal Decreto dice:

“El texto definitivo de la Ley 95 del 24 de abril del presente año (Código Penal), que entrará a regir desde el 1º de enero de 1937, será el siguiente: “A continuación transcribe el artículo que le enviara aquella Comisión; dicho texto fue publicado en el Diario Oficial N° 23320 del 29 de octubre de 1936”.

“Sin embargo, y en razón de que el nuevo Código Penal no había tenido amplia divulgación, el legislador decidió aplazar su vigencia mediante la Ley 205 del 18 de diciembre de 1936, cuyo Art. 1º decía: “La Ley 95 de 1936 (Código Penal) comenzará a regir el 1º de enero de 1938. Queda en esos términos modificado el Art. 435 de la misma ley”.

“6º. Se ha visto ya que el gobierno señaló el texto definitivo de la Ley 95 de 1936 (nuevo Código Penal) mediante el Decreto 2300 de 1936. ¿De qué naturaleza es este decreto? No es reglamentario (art. 120 N° 3º C.N.) porque al través de él no se reglamentó la Ley 95 sino que se adoptó su definitivo texto y porque los códigos —y menos aún el código penal— no son susceptibles de reglamentación como reiteradamente lo ha dicho la Corte; tampoco es de estado de sitio puesto que no se dictó en las condiciones previstas por el Art. 121 de la Constitución Nacional; no tiene las características propias de los decretos leyes a que se refiere el num. 12 del Art. 76 de la Carta Fundamental por cuanto la autorización del Congreso contenida en el Art. 434 de la Ley 95 de 1936 carece de los dos esenciales requisitos exigidos en tal caso: precisión de la materia objeto de la delegación y fijación del término dentro del cual el gobierno puede ejercer dicha facultad: tratase, pues, de un decreto *que cabe dentro de las autorizaciones descritas en el num. 11 del Art. 76 de la Constitución para que el gobierno ejerza “otras funciones dentro de la órbita constitucional”*.

“Aclarado este punto, corresponde examinar el alcance de tales facultades y el uso que de ellas hizo el ejecutivo.

“7º. El contenido de las autorizaciones fue claro: el gobierno estaba investido de facultades para ordenar la nomenclatura del código “y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse en algunas de sus disposiciones”. El sustantivo redacción, viene del verbo redactar, que significa “poner por escrito cosas sucedidas, acordadas o pensadas con anterioridad”; armonía, en lenguaje figurado es la “conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras”, y subsanar es tanto como reparar o enmendar un defecto. Por manera que la autorización del Congreso contenida en la expresión “subsana cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía “que se encontrase en algunas de las disposiciones del nuevo código, alcanzaba apenas para corregir deficiencias formales de lenguaje en busca de claridad y precisión, en síntesis, se pretendía obtener aquella elegancia iuris que ha de ser paradigma de la ley; por eso se encomendó tan encomiable labor a la Academia Colombiana de la Lengua.

“Con base en tales autorizaciones el gobierno envió la ley a aquella entidad para que propusiera “las modificaciones de redacción que sean necesarias” y aunque no utilizó las mismas palabras del legislador como habría sido deseable, el sentido de esta expresión no varió sustancialmente y siguió limitado a eventuales variaciones de continente mas no de contenido del texto de la Ley.

“Ahora bien, ¿esa supresión cabía dentro de las autorizaciones otorgadas al Ejecutivo por el Parlamento? La respuesta, a juicio de la Sala, es decididamente negativa.

“No sobra recordar a este propósito que en el Art. 1º de nuestro C. P. —en desarrollo del principio constitucional— declara que “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió”, y que este mismo apotegma jurídico de universal aceptación, fue recogido como principio fundamental en el proyecto de código penal tipo latinoamericano, así “Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan carácter formal de leyes penales. Las leyes penales deben describir hechos punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar dudas sobre su prohibición”.

“Conclúyese, pues, que el Decreto 2300 de 1936 eliminó de un texto legal descripción comportamental que expresa e inequívocamente señalaba como delictuosa la acción de quien confeccione total o parcialmente documento falso.

“Cabe preguntarse ahora si la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios podía suprimir el texto del N° 1º del Artículo 232 de la Ley 95 de 1936 y el gobierno refrendar legalmente esa supresión que implicaba mutilación del contenido, vale decir, de la sustancia de dicha norma con base en las autorizaciones recibidas? Las consideraciones precedentes ratifican la respuesta negativa adelantada por la Sala, por dos razones fundamentales:

“1ª. Porque la supresión del citado numeral no solo no era necesaria ni conveniente para corregir deficiencias de la redacción del texto mismo —conceptualmente claro y formalmente correcto— ni para subsanar alguna falta de armonía con los demás numerales del artículo, porque no existía, sino porque significaba la erradicación de un tipo penal básico y simple que, por razones de técnica legislativa había sido incluido como un numeral de un tipo compuesto acumulativo y cuya eliminación borraba del código importante modalidad delictiva.

“2ª. Porque aun aceptando, únicamente para efectos argumentativos, que la mentada supresión constituía simple “modificación de redacción”, el Decreto 1607 de 1936 solamente autorizó a la Academia Colombiana de la Lengua para proponer tales cambios y a la Comisión para que “en vista de aquellas modificaciones “presentara al gobierno el texto debidamente corregido y coordinado: lo que significa que la labor de la Comisión quedó limitada a recoger los cambios propuestos por la Academia para verterlos en el nuevo texto, sin que pudiera en manera alguna introducir ella misma cualquier modificación formal y menos aún las sustanciales que realizó. Y ya se ha visto que en relación con el artículo 232 de la Ley 95 la Academia no propuso ninguna alteración.

“3ª. Teniendo en cuenta que el N° 1 del artículo 232 de la Ley 95 de 1936 aprobada por el Congreso y sancionada por el Ejecutivo contiene disposición sustancial y trascendente, tiénese que la supresión del mismo por el Decreto 2300 de 1936 implica derogación por vía administrativa de una norma con naturaleza y fuerza de Ley, función esta que corresponde potestativamente al Congreso de la República (Art. 76 N° 1º C.N.), o excepcionalmente al go-

bierno por la vía del N° 12 del mismo artículo constitucional, pero en ningún caso a través del N° 11 ibidem, que fue el cambio asignado por el Congreso al Ejecutivo en este caso.

“En consecuencia, el Decreto 2300 de 1936, en cuanto derogó una disposición legal aprobada por el Congreso y sancionada por el propio Ejecutivo —pues a eso equivale la omisión del N° 1 del artículo 232— está afectado de inconstitucionalidad porque viola los artículos 76 N° 11 y 55 de la Constitución Nacional, toda vez que al suprimir el citado texto se salió de la órbita constitucional prevista en las autorizaciones e invadió abusivamente la potestad legislativa del Congreso. En esas condiciones, el mutilado texto del actual artículo 231 del C.P. evidencia tal vicio. Frente a él emerge el texto primigenio de la Ley 95 de 1936 que muestra así plena validez legal.

“En efecto, el artículo 435 de la Ley 95 de 1936 dice: “El presente código entrará a regir desde el primero de enero de mil novecientos treinta y siete; pero el gobierno podrá decretar su vigencia antes de esa fecha”. El ejecutivo no hizo uso de esa facultad y cuando en el artículo único del Decreto 2300 adoptó “el texto definitivo de la Ley 95 del 24 de abril del presente año (Código Penal), que entrará a regir desde el 1º de enero de 1937”, no estaba poniendo en vigencia el nuevo código, sino recordando que la fecha de vigencia señalada por el artículo 435 de la citada ley era el 1º de enero de 1938; lo único que hizo el ejecutivo en virtud de este decreto fue adoptar el texto definitivo de la Ley 95.

“Recuérdese, ahora, que la vigencia de la Ley 95 de 1936 (Código Penal) “fue aplazada hasta el 1º de enero de 1938 por la Ley 205 de 1936 y nuevamente postergada hasta el 1º de julio de 1938 por la Ley 124 de 1938, que se refirió explícitamente al “nuevo Código Penal”.

“Por donde se colige que fue el legislador y no el ejecutivo quien puso en vigencia y aplazó en dos ocasiones, la Ley 95 de 1936 que contenía el texto del nuevo Código Penal.

“De manera que lo que el legislador inicialmente puso en vigor fue la original Ley 95 (Art. 435) y lo que el propio legislador aplazó en dos oportunidades fue la vigencia de esa misma y única ley. Obsérvese en que ninguna de estas dos últimas leyes dice “Aplázase la vigencia del texto definitivo del nuevo Código Penal promulgado mediante el Decreto 2300 de 1936”, sino simple y escuetamente “aplázase la vigencia de la Ley 95 de 1936 (Código Penal), en la primera ley, y “aplázase la vigencia del nuevo Código Penal”, en la segunda, con lo que en ambas oportunidades el legislador se estaba refiriendo inequívocamente a la Ley 95 de 1936 aprobada y sancionada con las modificaciones formales precisadas en el artículo 434.

“Pensar que con esas leyes el Congreso validó el vicio de constitucionalidad que la Sala ha señalado, es imaginar que el Parlamento refrendó tácita-

mente un vicio que afectaba precisamente su soberana potestad legislativa y eso solo es ingenua hipótesis, que supondría un Congreso impasible y complaciente ante el despojo de su más preciado y auténtico poder.

"10°. Por manera que, inconstitucional el artículo 231 del actual texto del Código Penal en cuanto no reprodujo el N° 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 inconstitucionalidad autorizado por el artículo 215 de la Carta Fundamental...".

Y la Honorable Corte Suprema de Justicia se expresó así:

"... Se trata, entonces, de un delito de rapto impropio, cuya represión resulta del precepto contenido en el artículo 350 del Código Penal, no obstante que en las codificaciones y en una de las dos publicaciones que en el Diario Oficial se llevó a cabo de la Ley 96 de 1936 (en la que trae el número 23.320, de 29 de octubre de 1936), el texto de dicho artículo alude a "mujer mayor de dieciseis años", por las siguientes razones: (1°) En el volumen 473 del Archivo General del Congreso, correspondiente al Tomo VII de las Leyes de 1936, se halla la Ley 95 de 24 de abril del mismo año, la cual tiene las firmas autógrafas de los funcionarios del Congreso y del presidente de la República y de su Ministro de Gobierno, en la sanción ejecutiva. En el artículo 351 (correspondiente al artículo 350 del Código Penal) se habla de "mujer menor de dieciseis años...". Este artículo 351 se halla en la página 41 de la citada Ley 95 de 1936, en el volumen y tomo citados del Archivo General del Congreso. 2° En el Diario Oficial N° 23.316 de 24 de octubre de 1936, en el cual se publicó también la Ley 95 de 1936, el artículo 351, que corresponde al 350 del actual Código Penal, dice: "Si la mujer menor de dieciseis años hubiere prestado su consentimiento...". Esto es, aparece esta norma de acuerdo con el texto que de la misma se encuentra en la mencionada Ley 95 de 1936. 3° Cabe, entonces concluir que tanto en las codificaciones como en el Diario Oficial N° 23.320 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, cifrándose a ella en el artículo 351, se hizo en el Diario Oficial N° 23.316 citado. 4° No hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de dieciseis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los dieciseis años, lo cual resulta ciertamente absurdo...". (Temas de Derecho Penal, N° 2, P. 87).

Se encuentra, en el Despacho, con que a PINEDA LUJAN al hacer la correspondiente tasación de pena no le fue deducido el tiempo relativo a las circunstancias agravantes tenidas en cuenta en el auto de octubre 10 de 1978,

en que resolvió la apelación. Sufrirá por ese motivo la pena un incremento de cuatro meses. No se atenderá por lo mismo, la solicitud hecha por la Fiscalía IV del Circuito, en lo que hace a la aplicación del Art. 80 del Código Penal.

Se incrementarán en consecuencia, por el mismo tiempo, las penas accesorias impuestas.

En razón y mérito de lo expuesto el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, acorde en parte, con la colaboradora Fiscal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA, el fallo materia de Consulta con la MODIFICACION, de que la pena que debe purgar DEIVIN ASTIGUAD PINEDA LUJAN, será de VEINTIOCHO MESES DE PRISION, en lugar de los 24 a que fuera condenado por el funcionario de instancia. En igual proporción se aumentarán las penas accesorias impuestas. A raíz de la pena impuesta a PINEDA LUJAN no es mercedor al subrogado de la Condena Condicional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

La Juez,

*Tahí Barrios H.*

El Srio.,

*Alcides Giraldo Montes.*

Febrero 2 de 1979.

## EL ERROR EN EL "NOMEN JURIS" DE LA INFRACCIÓN QUE LA LEY PROCESAL PENAL SANCIONA CON NULIDAD (art. 210 ord. 5°) HACE REFERENCIA A LA CALIFICACION GENERICA DE LA ILICITUD EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL AUTO ENJUICIA-TORIO.

Breve comentario a una Sentencia del Tribunal Superior de Pasto<sup>1</sup>.

*Ricardo I. Hoyos Duque*

En providencia fechada el 15 de junio de 1978, el Tribunal Superior de Pasto, actuando en consonancia con lo solicitado por el Fiscal Cuarto de dicha Corporación declaró la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder, en el proceso seguido a X.X.X. por robo tentado y lesiones personales "por

1. El Atraco como tipo delictivo autónomo. Magistrado Ponente: Dr. Eudoro Benavides Rivera. Revista Nuevo Foro Penal, N° 4, Julio - Agosto - Septiembre de 1979 pp; 85 y ss.