

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 merecedor 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.

haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción”.

Preciso resulta, hacer una digresión previa sobre la naturaleza del vocatorio a juicio para formular los reparos que consideramos del caso.

Como lo ha sostenido la Corte, el auto de proceder constituye el pliego de cargos que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, le lanza al acusado para que éste se halle en la posibilidad de asumir su defensa; es este el acto procesal que cierra la primera etapa del proceso penal, y a su vez, marca el surgimiento de la segunda: el juicio. Concreta el objeto de la relación jurídica y delimita el ámbito del juicio, a la vez que fija las pautas para la sentencia.

Dada la trascendencia de este acto procesal, el juez al momento de dictarlo ha de sujetarse a los requisitos que exige la codificación procesal; son estos los sustanciales del art. 481 y los formales del art. 483. Como garantía para el cumplimiento de estas disposiciones se establecen una serie de controles. Así, el art. 580 N° 2 erige en causal de casación el hecho de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. También, se consagra como causal de nulidad el haberse incurrido en error respecto a la denominación jurídica del delito, art. 210. ord. 5°.

Sobre esta última disposición, la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que no es cualquier error, aún el de mínima entidad, el que da lugar a la nulidad de orden legal que consagra el art. 210 ord. 5°. Este error hace referencia a la denominación del delito, como cuando en la parte motiva se llama a responder por un delito de robo y las probanzas que militan en el proceso dan cuenta de un delito de hurto. Cuando ese error se presenta respecto de la calificación específica, puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre y cuando no se haga más gravosa la situación del acusado; pues si se agrava, se daría lugar con esto a una causal de nulidad diferente, ya de orden constitucional, de conformidad con el art. 26 de nuestra Carta Política, por haberse omitido las formas propias de cada juicio; pues de ese nuevo cargo que agravó la situación del implicado no estuvo éste en posibilidad de defenderse, y “nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio”, y en esa parte más gravosa para su situación no se le oyó ni venció, lesionando así de manera ostensible el derecho de defensa.

Al respecto ha dicho la Corte:

“La prohibición establecida en aquel precepto (se refiere al art. 431 del anterior Código de Procedimiento, hoy 483 N° 4) de determinar en la parte resolutive del auto de vocación a juicio la especie de delito dentro del género a que corresponde y de señalar en concreto el artículo que se estime aplicable, tiene por objeto que en el fallo se puedan reconocer situaciones que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el respectivo capítulo del Código Penal una fisonomía específica atenuada con relación a la prevista en los considerandos del auto de proceder,

sin que se rompa la armonía que debe existir, entre la sentencia y el auto procesatorio”.

“Los errores en que haya podido incurrir el juez en la parte motiva del auto de vocación a juicio al individualizar la infracción dentro del género, por mala apreciación de los hechos o indebida selección de la norma específica reguladora de los mismos, no genera la nulidad prevista en el ord. 5° art. 37 del Decreto 1358/54 (hoy ord. 5° art. 210) pues la denominación jurídica del delito se conserva. Esa clase de error puede y debe ser corregido en la sentencia, siempre que no se haga más gravosa la situación del procesado, pues si en el fallo se contemplan modalidades que den al hecho materia del enjuiciamiento una tipicidad de mayor entidad, esto es, en especie reprimida con pena más alta, o se deducen circunstancias de agravación de la infracción no señaladas en el auto de proceder, se lesiona el primordial derecho de defensa del acusado. Ningún acusado puede ser condenado excediendo los límites de la imputación formulada en el pliego de cargos, como lo tiene dicho esta corporación”<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, consideramos que la decisión comentada, pudo y debió ser corregida por el Tribunal Superior de Pasto, pues el error en que se incurrió tanto en el auto de proceder como en la sentencia consultada no recayó sobre la denominación genérica del delito sino en su calificación específica, porque se llamó a responder y se condenó por el delito de robo en la modalidad de tentativa, siendo éste un delito específico que se tipifica al tenor de lo dispuesto por el art. 405 del Código Penal. Entonces, no debió hacerse alusión a los dispositivos amplificadores del tipo (art. 16 del C.P.) en la parte resolutive del auto de enjuiciamiento ya que para adecuar esa conducta existe norma especial, y por cierto, más favorable.

Precisamente en el Proyecto de Código Penal que se discute en este momento en una de las Cámaras Legislativas, el delito conocido vulgarmente con el nombre de “atracó” (tentativa de robo, art. 405 C.P.) desaparece como modalidad delictiva autónoma; la comisión de reforma entendió que “tal hecho queda comprendido dentro del fenómeno de la tentativa y eventualmente dentro de un concurso entre lesiones personales y tentativa de hurto agravado”<sup>3</sup>.

2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Luis Eduardo Mesa Velásquez, Mayo 22 de 1970, en Temas de Derecho Penal Colombiano N° 9, 1971 pp. 106 y ss. Colección Pequeño Foro. Además pueden consultarse las siguientes providencias:

Cas. Nov. 29 de 1933, XLI, 162. Cas. 13 de Agosto 1940, L, 532. Cas. 19 de Febrero 1941, LI, 85. Cas. 5 Nov. 1947, LXIV, 156. Cas. 12 de Agosto 1965, CXIII y CXIV, 316. Sentencia 24 de Octubre 1965. ibidem. Auto, Abril 26/72, CXLII, 328.

3. Proyecto y Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Edición compilada y dirigida por Guillermo Díaz Sanmiguel, p. 157 Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, Marzo de 1977, Segunda edición aumentada, Bogotá D. E. Colombia.