

# NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

COORDINADOR

## EDITORIAL

Panorama de las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminología en el ámbito de la justicia penal

**Juan Fernández Carrasquilla.**

25

## DERECHO PENAL

La región más oscura y más transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas

**Emiro Sandoval Huertas.**

Trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos. (La legislación colombiana y el derecho comparado)

**Alirio Sanguino Madariaga.**

## CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

La criminología y las pasiones

**Roberto Bergalli.**

## LEGISLACIÓN

Decretos de estado de sitio

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad de los artículos 1º ords. 2 y 3, 2º y 3º de la ley 2ª de 1984.

**Manuel Gaona Cruz**

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Medidas de seguridad para enfermo mental permanente.

**Juan Fernández Carrasquilla.**

JUZGADO SEXTO SUPERIOR DE MEDELLÍN. El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad

**Carlos Mejía Escobar.**



CO/XIV  
F/Z

2345

JULIO • AGOSTO • SEPTIEMBRE

**Director**  
NODIÉR AGUDELO BETANCUR

**Coordinador**  
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

**Consejo Consultivo**  
JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA  
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA  
JUAN GUILLERMO SEPULVEDA A.

**Auxiliares**  
LINA ADARPE CALLE  
JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.

AÑO VI • Julio • Agosto • Septiembre • 1984 N° 25

Licencia en trámite

# NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería  
Bogotá - Colombia

1984

*La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.*

juristisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

© Editorial Temis S. A., 1984.  
Calle 13, núm. 6-53, Bogotá.

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Talleres Gráficos Temis.  
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.C.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL TEMIS S.C.A., Bogotá - Colombia

# ÍNDICE GENERAL

## EDITORIAL

- Panorama de las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminología en el ámbito de la justicia penal.**  
Juan Fernández Carrasquilla ..... 287

## DERECHO PENAL

- La región más oscura y más transparente del poder estatal: a propósito de la regulación disciplinaria para las cárceles colombianas.** Emiro Sandoval Huertas ..... 295
- Trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos (la legislación colombiana y el derecho comparado).**  
Alirio Sanguino Madariaga ..... 312

## CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

- La criminología y las pasiones.** Roberto Bergalli ..... 353

## LEGISLACIÓN

- Decretos de estado de sitio** ..... 369

## JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad de los artículos 1º ords. 2º) y 3º), 2º y 3º de la ley 2ª de 1984.**  
Ponente: doctor Manuel Gaona Cruz ..... 393
- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Medidas de seguridad para enfermo mental permanente.** Ponente: doctor Juan Fernández Carrasquilla ..... 425
- JUZGADO SEXTO SUPERIOR DE MEDELLÍN. El criterio de necesidad como base para aplicar la medida de seguridad.** Ponente: doctor Carlos Mejía Escobar ..... 427
- JUZGADO SEXTO SUPERIOR DE MEDELLÍN. Homicidio en síndrome de concusión: límite de aplicación del inc. 2º del art. 33 del C. P. Auto de cesación de procedimiento.** Ponente: doctor Carlos Mejía Escobar ..... 430

## BIBLIOGRAFÍA

- FRANCISCO MUÑOZ CONDE: Teoría general del delito.**  
Fernando Velásquez V. .... 436

# EDITORIAL

## EDITORIAL

The first of the two main sections of the book is devoted to a general survey of the history of the theory of the firm. It starts with the classical theory of the firm, based on the work of Alfred Marshall and others, and moves on to the modern theory of the firm, based on the work of Ronald Coase and others.

### THE HISTORY OF THE THEORY OF THE FIRM

The second section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of Ronald Coase on the theory of the firm, and moves on to the work of Oliver Williamson on the theory of the firm.

301

The third section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of Oliver Williamson on the theory of the firm, and moves on to the work of other authors.

344

### THE MODERN THEORY OF THE FIRM

344

### THE MODERN THEORY OF THE FIRM

344

### THE MODERN THEORY OF THE FIRM

The fourth section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of other authors, and moves on to the work of other authors.

387

The fifth section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of other authors, and moves on to the work of other authors.

420

The sixth section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of other authors, and moves on to the work of other authors.

453

The seventh section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of other authors, and moves on to the work of other authors.

486

### THE MODERN THEORY OF THE FIRM

The eighth section of the book is devoted to a detailed analysis of the modern theory of the firm. It starts with the work of other authors, and moves on to the work of other authors.

519

# EDITORIAL

## PANORAMA DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL, LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA CRIMINOLOGÍA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL\*

El sistema punitivo está constituido por una amplia red de mecanismos de control social que van desde la ideología hasta la ciencia y desde la justicia hasta la fuerza. Por muchos años el derecho penal ha sido el centro de mayor atención dentro de esa variedad de recursos, y por bastantes lustros se ha creído también —no sabe uno si en verdad o en broma— que el derecho penal es solo una cuestión de técnica legislativa, judicial y dogmática. Casi se ha hecho de él una panacea de la que, como tal, todo se espera (más o menos milagreramente) en la lucha estatal contra el crimen y a cuya hija putativa, la administración de la justicia penal, se le atribuyen paradójicamente todas las virtudes y al propio tiempo todos los fracasos sistemáticos y tradicionales en el ámbito punitivo. La administración de la justicia penal es, sin lugar a dudas y en muy buena parte, el aparato más o menos pomposo que de ella ha querido construir el derecho penal. Y duele reconocerlo —sobre todo por boca de un penalista que ha sido también siempre un administrador o dispensador de esa justicia legal—, el derecho penal ha realizado en verdad una mala obra. Muy a pesar suyo, la hija le ha resultado contrahecha, ineficiente y desigualitaria, tanto en su operancia disfuncional cuanto en sus poco satisfactorias consecuencias prácticas.

Con todo, tal vez no recaiga sobre el derecho penal toda la culpa del desastre, aunque suya sí es innegablemente la de haber creído y llevado a creer que la justicia y la ciencia penales son *tan solo* cuestión de técnica jurídica, olvidando u ocultando el hecho de que son primordialmente asuntos de “técnica social”; y no precisamente de técnica de control social de los buenos sobre los malos sino, a secas, de los unos sobre los otros, es decir, medios de conservación y aumento de los valores fundamentales del *stantu quo* y por lo tanto de preservación y prolongación de sus privilegios e injusticias. Lo que la justicia penal tiene de ideológico, en buena parte se lo debe a la ideología que el derecho penal, voluntariamente, trae consigo.

Si no toda la culpa en el fracaso tradicional de la lucha contra el crimen y del tratamiento del criminal se le puede imputar al derecho penal, es porque este no posee autosuficiencia, sino que es solo el producto de la política criminal. El derecho penal es y será en todo caso lo que de él haga la política criminal. Las

\* Reflexiones formuladas con motivo del *Primer Seminario Nacional de Criminología - Sistema Penitenciario*, Universidad de Medellín, mayo 24 de 1984.

deficiencias y autoengaños del derecho penal —que lo son a la vez del legislador, del juez y del científico— son la excrecencia de una mala política criminal, cuyo peor y último detritus suele llamarse, no sin eufemismo pero también sin gloria, sistema penitenciario. Esa política criminal —que es en verdad una criminal práctica ideológica— es la que ha hecho creer entre nosotros que el control social de la delincuencia no es más que un asunto de técnica legislativa y judicial que corresponde programar tan solo y cuando más a los especialistas del derecho penal, como si la reforma social fuera un asunto de reforma de leyes. Ello representa, sin duda, una errada pauta y significa, asimismo, encomendarle al derecho penal una misión notoriamente superior a su intrínseca capacidad. Transformar la sociedad, y, más concretamente, transformarla para que en su seno se dé la menor delincuencia posible, no es cosa simplemente de reformar ni aun de mejorar las leyes penales y las técnicas para su aplicación. Mejorar el control social de la “desviación” (de la que es la criminalidad la más importante manifestación) no es algo que pueda lograrse solamente por medio del derecho penal y de la técnica legislativa y judicial, pues no es, en primer lugar, una cuestión jurídica, sino un problema social frente al que el derecho solo puede jugar el papel de uno de los instrumentos o dispositivos para la solución. Remover los procesos socio-políticos de criminalización y descriminalización no es tampoco tarea que pueda delegarse, cómoda y farisaicamente, en los jueces —que son parte de ellos—, para culparlos luego del fracaso en una empresa en la que nadie podía con seriedad pretender que triunfaran, ni siquiera tratándose de los mejores jueces trabajando con los mejores medios. El derecho penal y su administración de justicia pueden contribuir al arduo proceso de las soluciones, pero no pueden resolver el problema, ni la solución podría ser buena si semejante labor, infinitamente superior a sus posibilidades, se les encomendara. Pero he aquí que tampoco sobre la política criminal recae íntegramente la responsabilidad, ya que ella a su vez está basada, entre otras cosas, en algo que entre nosotros se viene haciendo, si acaso se hace, del mismo modo mal: la criminología, que sí es una cuestión social. Este sí es el venero del que puede nacer una acertada y eficaz política criminal, de donde esta puede extraer los fundamentos para un buen derecho penal y a donde esta tiene que acudir para la construcción de una adecuada administración de justicia y la edificación de un razonable sistema penitenciario (caso de que este último tenga que subsistir). He aquí, también, por qué la criminología tiene que devenir crítica social e institucional y, como tal, despertar y reconstruirse, como el ave Fénix, de sus propias cenizas. Si la criminología no se asume a sí misma y al sistema punitivo de una manera radical, entonces es posible que los defectos de este sistema continúen produciéndose y reproduciéndose en círculo vicioso, ya que al malograrse la fase penitenciaria necesariamente recomienza el ciclo, con tendencia a la agravación de sus males. Si el sistema penitenciario no rehabilita, la justicia penal estará siempre, como justicia y como prevención, muy mal habilitada. Pero es más: las fallas del conjunto tienen que ser atacadas más atrás, o sea en los mecanismos sociales de prevención primaria e indirecta que constituyen el fondo social ineludible para el funcionamiento relativamente legítimo y relativamente justo de un sistema penal de suyo desigual e injusto. Todo

ello, sin embargo, solo la criminología, como teoría crítica y radical de la sociedad criminógena y sus instituciones “desviantes”, puede mostrarlo, para que, devenida política criminal, se re-emprenda el camino de las soluciones y se corten los ciclos del eterno retorno de las frustraciones. Esta es, precisamente, la importancia que la criminología y la política criminal —tantas veces evocadas y otras tantas preteridas— ostentan en el cuadro actual de las ciencias del crimen y en el ámbito de la administración de la justicia penal en nuestros días. Y ya que ella es la (única) que puede tomar el problema por sus raíces y no meramente por sus ramas, a ella corresponde metódicamente imprimir los debidos cambios en el engranaje total y en cada una de las partes del sistema punitivo. Solo ella puede, por lo demás, determinar el abandono de la tradicional etiología del delito, a cuyo tenor, claramente positivista e ideológico, el crimen es un oscuro privilegio de las clases sociales inferiores frente al que se hallan inmunizadas las conciencias farisaicas de las clases que detentan el poder social, económico, político, jurídico e ideológico de nuestra sociedad, tan cara y tan amarga.

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA  
Magistrado del Tribunal Superior de Medellín

**SECCIÓN  
DE  
DERECHO PENAL**

# LA REGIÓN MÁS OSCURA Y MÁS TRANSPARENTE DEL PODER ESTATAL: A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DISCIPLINARIA PARA LAS CÁRCELES COLOMBIANAS\*

Dr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El actual cuestionamiento de los sistemas penales, esto es, de la actividad estatal en la órbita de los delitos y las penas, tiene uno de sus puntos más candentes y sin duda el más importante, en la crítica de la privación de libertad como medida penal. Por ello es comprensible que en los últimos años se asista a una verdadera explosión de obras que, exclusiva o parcialmente, procuran denunciar todo cuanto se oculta tras el aparentemente "natural" empleo de la privación de libertad como instrumento estatal ante los hechos considerados delictivos<sup>1</sup>.

Por las usuales pero entendibles razones de espacio, no se puede pretender efectuar aquí un desarrollo sistemático y profundo de la temática abordada en las obras aludidas. El propósito es mucho más modesto: se trata apenas de mostrar cómo el discurso del derecho penal burgués, supuestamente transparente y armónico, de repente se oscurece y transita por incoherencias nada causales, cuando entra en la esfera de la privación de libertad y específicamente en el ámbito de la disciplina para los establecimientos de detención o condena.

Para ello se examinarán solo algunos de los más destacados aspectos en que la lógica estatal, reflejada en las normas carcelarias pertinentes, abandona furtivamente las bases sobre las que ha construido el edificio penal; y se tomará como referencia el caso colombiano<sup>2</sup>, lo que de ninguna manera significa que únicamente

\* Ponencia presentada en el I Seminario Nacional de Criminología - Sistema Penitenciario celebrado en la U. de Medellín el 24 de mayo de 1984.

\*\* Profesor de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Este trabajo ha sido realizado por su autor merced a una beca que para investigación le ha sido concedida por la Fundación Alexander von Humboldt; los temas tratados hacen parte del proyecto financiado por dicha Fundación.

<sup>1</sup> Tal explosión comprende también el "redescubrimiento" de valiosos trabajos que estaban quedando en el olvido; el caso más evidente de esto, por lo menos en el ámbito hispanoparlante, se ha dado con la obra de G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER (1983), que solo recientemente fue traducida y publicada en castellano.

<sup>2</sup> En relación con Colombia esta temática había sido ya abordada por el autor, aunque en forma parcial y breve (cfr. E. SANDOVAL HUERTAS, 1983, *Penología*, págs. 242 y ss.).

en él se presenten dichas situaciones; estas, por el contrario, abundan, incluso en condiciones de mayor agudeza, en las codificaciones de Europa y América. Sin embargo, su mero examen quedaría inevitablemente incompleto, y a poco conduciría si al final no se intentara, como en efecto se intentará, desentrañar su significado y procurar su ubicación dentro de la perspectiva global del análisis de la privación de libertad como medida estatal<sup>3</sup>.

## 2. TODA CONDUCTA PUEDE SER SANCIONADA

En las primeras páginas de cualquier manual o tratado de derecho penal puede y tiene que encontrarse uno de los considerados principios fundamentales de los sistemas punitivos contemporáneos: el de que nadie puede ser sancionado por la realización de un comportamiento, si con anterioridad a este no existe una norma que con precisión lo describa y le señale una sanción.

Con razón, pues, se ha sostenido que tal principio tiene, entre otras, la función de garantizar la seguridad y la libertad personales, en los planos jurídico, político y social (A. REYES, 1980, 143). Y en atención a esta importancia, muchas Constituciones lo han recogido expresamente; entre ellas la colombiana, en sus arts. 23 y 26, el primero de los cuales precisa que toda acción punitiva debe tener un "motivo previamente definido en las leyes".

Seguramente al experto en ciencias penales o constitucionales, las anteriores explicaciones le parecerán superfluas; y al neófito, demasiado técnicas. Pero tales apariencias desaparecerán rápidamente cuando se tenga en cuenta que, pese a lo dicho y en virtud de las propias disposiciones legales, la persona privada de libertad se encuentra en una situación en la que *cualquier conducta suya puede ser sancionada*.

En efecto, obsérvese primeramente cómo, según el art. 243 del Código penal colombiano, si el individuo se halla detenido preventivamente (y en esta situación se encontraban en 1981 el 73.6% de los reclusos. Cfr. Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección General de Prisiones, 1981), son sancionables todos los comportamientos suyos que atenten "contra la moral, el orden o el reglamento interno". Determinar qué conductas son merecedoras de sanción por "inmorales", "desordenadas" o "irreglamentarias", es asunto que queda totalmente librado al arbitrio estatal por intermedio de los funcionarios de prisiones, ya que de los dos primeros conceptos ni siquiera existe una definición legal, y el reglamento interno lo dictan los mismos funcionarios (art. 56 b del citado Código).

Y si la persona pertenece al minoritario sector de quienes están privados de libertad en razón de sentencia condenatoria, tiénese que los arts. 291 a 295 contienen

<sup>3</sup> El análisis de la legislación penitenciaria a partir de los principios y normas generales del derecho penal resulta viable incluso desde su propia perspectiva, por cuanto hay unanimidad doctrinal en reconocer que aquella legislación hace parte de las ciencias penales (cfr. R. P. CALLIES, 1981, 11; H. MÜLLER-DIETZ, 1978, 25-28). Más aún, en Colombia J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1982, 52) se ha ocupado de reivindicar expresamente "las garantías del derecho penal común para el derecho penal administrativo" (y en este último se ubica la actividad estatal punitiva dentro de las prisiones).

una relación de sus comportamientos que, *en principio*, deben ser objeto de una sanción. A dicho catálogo hay que objetarle, inicialmente, el que gran parte de las descripciones allí insertas son absolutamente ambigüas e indeterminadas, con lo que el poder omnimodo de sancionar arbitrariamente sigue en manos del Estado, mientras que al privado de libertad se le niega hasta la posibilidad de conocer con antelación la eventual ilicitud de cualquier conducta que realice. En efecto, ¿en qué momento existe "retardo en obedecer la orden recibida"? (¿en diez minutos?, ¿en dos horas?, ¿en tres días?), ¿qué es "descuido en el aseo personal"? (¿no lavarse el cuerpo diariamente o no usar el más moderno corte de cabello, en un medio donde no existe la posibilidad real de ninguna de las dos cosas?); ¿dónde comienza la "negligencia en el trabajo o en la escuela" y dónde se separa de la imposibilidad de ser "eficiente" por falta de medios o de aptitudes?; ¿en qué consiste el "uso de palabras obscenas"? (pero, ante todo, ¿cuáles son las palabras "obscenas"?); ¿qué comportamientos constituyen "gritos o imprecaciones subversivas", "actitud insolente con los agentes de custodia" o "actitud irrespetuosa con los empleados superiores del establecimiento y funcionarios judiciales o administrativos o con los visitantes"? (¿acaso no reverenciar al Leviatán con todo el temor que bien se merece?); etc.

Sin embargo, las precedentes objeciones respecto de la maleabilidad del catálogo de hechos sancionables podrían ser consideradas innecesarias, al atender que esa relación es meramente *ejemplificativa*, esto es, que no contiene todas las conductas por cuya realización el individuo privado de libertad debe ser sometido a sanción, sino solo algunas de ellas; las demás las señala *a posteriori* y nuevamente con base en su libérrimo criterio el funcionario estatal, ya que el art. 296 así lo autoriza: "Las infracciones cometidas por los condenados, no previstas en los artículos anteriores, serán sancionadas en forma análoga a la allí establecida, según su índole y gravedad"<sup>4</sup>. Obsérvese, además, que ni siquiera la alusión a la analogía alcanza a servir aquí para controlar, por lo menos mínimamente, la potestad punitiva estatal, pues esa referencia está hecha respecto de la sanción imponible y no de la determinación de las conductas sancionables. Pero si a esto último se refiriera esa mención de la analogía, tendríase, de una parte, que para tal efecto ella se encuentra legalmente excluida (cfr. art. 7º del nuevo Código Penal colombiano) y doctrinalmente repudiada (cfr. A. REYES, 1980, 98-99); y, de otra, que de nada serviría, pues la analogía no puede cumplir función de control cuando tiene como base las ambigüas e indeterminadas descripciones que aparecen en los ya mencionados arts. 291 a 295<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> En Alemania Federal tampoco existe una relación taxativa de las conductas sancionables. En efecto, el § 102, 1 de la Ley Penitenciaria establece que "Cuando un privado de libertad infrinja culpablemente las obligaciones que le han sido impuestas por esta ley o con base en esta ley, el jefe del establecimiento puede imponerle una sanción disciplinaria". Precisar cuáles son esas obligaciones y, sobre todo, cómo se pueden infringir, queda al arbitrio administrativo.

<sup>5</sup> Obsérvese que el art. 296 del Código penal colombiano está vigente, por cuanto el art. 375 del nuevo Código Penal al extender a otras materias penales las disposiciones de la Parte General del mismo Código (entre ellas la prohibición de analogía desfavorable), dejó a salvo las normas que dispongan "otra cosa". Puede pensarse, en cambio, que dicho art. 296 viola el art. 23 de la Constitución colombiana. Pero mientras no haya, como no lo ha habido hasta ahora, pronunciamiento de la Corte Suprema

Cabe ahora preguntarse: ¿dónde quedó el principio fundamental de que nadie (y en esta expresión obviamente están incluidos los privados de libertad) puede ser sancionado si previamente no existe norma que establezca inequívocamente la sancionabilidad de la conducta? Pero, eso sí, para tratar hasta último momento de salvar la aparente integridad del discurso jurídico, se afirma frecuentemente —y no se encuentra quien expresamente sostenga lo contrario— que en los establecimientos de privación de libertad solo puede imponerse sanción cuando la conducta ha sido realizada con “culpabilidad” (cfr. § 102 I Ley Penitenciaria de la República Federal de Alemania; R. P. CALLIES y MÜLLER DIETZ, 1983, 328; H. D. SCHWIND y A. BÖHM, 1983, 340), es decir, cuando su autor actuó contrariamente a la ley, pese a haber podido y debido hacerlo en forma diversa (cfr. A. REYES, 1980, 301-302). Plausible y apoyable posición que, sin embargo, frente a las normas vigentes antes aludidas encierra una profunda y brutal contradicción interna: ¿cómo podría alguien saber que puede y debe actuar conforme a la ley, cuando, por la indeterminación de la descripciones, ni siquiera sabe si su comportamiento es o no ilícito? (o, para recurrir momentáneamente a los términos del mismo discurso: ¿cómo puede haber culpabilidad donde no existe tipicidad?).

### 3. LAS GARANTÍAS PROCESALES HAN DESAPARECIDO

En las primeras páginas de cualquier manual o tratado de derecho procesal penal, puede y tiene que encontrarse que una de las más importantes funciones del procedimiento consiste en rodear de garantías al individuo a quien se atribuye la comisión de un hecho sancionable; y ello por cuanto están en juego trascendentales intereses jurídicos suyos y porque lo cobija el más caro de los principios de cualquier procedimiento que tenga pretensiones punitivas: la presunción de que es ajeno al hecho atribuido, mientras no se demuestre plenamente lo contrario.

Este postulado también ha sido recogido explícitamente por varias Constituciones, mas no así en la de Colombia<sup>6</sup>, donde solo se tienen normas legales derivadas de dicho principio (C. de P. P., arts. 215 y 216). En virtud de este, de todas maneras, se ha erigido un conjunto de instituciones cuya finalidad común consiste en otorgar garantías al acusado. Entre aquellas tiénense la obligatoriedad de la asistencia de apoderado desde el momento de la captura y durante las diligencias judiciales; el cumplimiento de ciertos presupuestos probatorios —aunque mínimos— para ordenar la detención preventiva: el señalamiento de duración máxima para algunas de las etapas del procedimiento; el derecho del procesado a solicitar por sí mismo

en ese sentido, aquella norma conserva toda su vigencia. Queda la posibilidad de no aplicarla, en uso de la “excepción de inconstitucionalidad” (Const. Nal., art. 215); pero ningún funcionario administrativo, y en especial de prisiones, ha limitado nunca voluntariamente su propio poder con base en tal “excepción”, ni lo hará jamás.

<sup>6</sup> Esta omisión hace posible la existencia de la aberrante “Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo” (C. de P. P., art. 233).

la práctica de pruebas; la posibilidad de que la decisión sea revisada por funcionario diferente; etc. Al respecto, el ya aludido art. 26 de la Constitución colombiana tímidamente indica que todo juzgamiento debe hacerse “observando la plenitud de la formas propias de cada juicio”. Y asunto distinto pero que pese a su importancia no alcanza a ser tratado aquí, es el de si efectivamente o no tales instituciones crean, en la práctica, reales garantías para quien está siendo acusado; apenas se puede anotar que la información empírica disponible constituye fundamento más que suficiente para sostener que no ha ocurrido así<sup>7</sup>.

Ahora bien, en aparente coherencia con la mencionada función del procedimiento punitivo, quien como detenido o sentenciado está privado de libertad y es acusado de la realización de conducta sancionable, es sometido a un proceso; pero decir esto resulta exagerado, porque no pasa de ser una *tosca parodia de proceso*. En efecto, la única norma (!) que en esencia lo regula, indica apenas que la “comprobación” de los hechos se hará por los funcionarios estatales, que la decisión debe tomarse “dentro de los tres días siguientes a la comprobación del hecho”, que el privado de libertad debe ser oído, y eso es todo (art. 146 del Código carcelario)<sup>8</sup>. La mayor parte de las garantías procesales han hecho mutis por la misma puerta disimulada por la que poco antes escapó el principio de tipicidad: por ningún lado aparecen la posibilidad de asistencia profesional, la facultad de pedir pruebas, la inmediata y efectiva revisión de la decisión por autoridad diferente, etc.

Aún más, el art. 150 del mismo Código agrava la situación: “En los casos de urgencia, el jefe de guardia o quien haga sus veces, puede ordenar que se aisle provisionalmente al detenido o condenado culpable de graves infracciones”. Por manera que para esta especie de “detención preventiva dentro de la privación de libertad”, la cual puede llegar a ser ordenada por cualquier funcionario de prisiones, ni siquiera se cumplen los exiguos requisitos probatorios establecidos para la detención preventiva en el procedimiento penal ordinario, ni, a diferencia de esta, se halla sometida a real control por funcionario distinto del que la ordena.

Y acúdase ahora a la explicación sicoanalítica sobre el significado de los actos inconscientes, y se tendrá que al Leviatán —en manos de seres humanos, al fin y al cabo— se le ha escapado, entre líneas y párrafos, el núcleo de su pensamiento, a saber: “*se presume que el individuo privado de libertad es responsable del hecho sancionable que le atribuyen los funcionarios estatales*”. Ninguna otra conclusión resulta viable al observar, de una parte, que la decisión debe ser dictada dentro de los tres días siguientes a la *comprobación del hecho*, es decir, que legalmente no está contemplada la posibilidad de que el comportamiento atribuido no se compruebe, salvo que por “comprobación” se quiera entender también, mediante forzo-

<sup>7</sup> La información empírica aludida puede verse, por ejemplo, en: E. SANDOVAL HUERTAS, 1980; J. A. MUÑOZ GÓMEZ, 1981 (la duración real del proceso penal en Colombia equivale a más del 300% de su duración legal máxima); J. GIRALDO y otros. 1978, 18-19 (el 41% de los privados de libertad en establecimientos de Bogotá, tenía derecho a estar en libertad); y E. CARRANZA y otros, 1983.

<sup>8</sup> Casi tan exiguas son las disposiciones sobre el procedimiento disciplinario en la legislación penitenciaria de Alemania Federal (cfr. § 106). Allí, sin embargo, existe expresamente la posibilidad de que se recurra la decisión (§§ 108-121).

sa interpretación, la no-comprobación de la acusación; y, de otra parte, que se puede ordenar el aislamiento provisional, esto es, *antes* de la decisión, del “detenido o condenado *culpable* de graves infracciones”(sic): por tanto, quien está detenido o condenado y por el solo hecho de ser acusado de conducta sancionable, únicamente puede ser “culpable” de ella! Conclúyese, pues, que el principio básico de ese “procedimiento”, es exactamente el opuesto al del proceso penal ordinario: se presume la responsabilidad del individuo y este carece de oportunidades concretas para desvirtuar tal presunción.

Así las cosas, la burda parodia procesal, lo mismo que la relación ejemplificativa de conductas sancionables, sobran: se sanciona por todo y el privado de libertad es responsable de todo. ¿Para qué “oírlo”, para qué un plazo máximo respecto de la decisión?: solo para guardar la apariencia de una legitimidad y una legalidad inexistentes; pero bastaría, en verdad, a la manera kaffkiana, con notificarle que ha sido condenado por un hecho que desconoce y en un procedimiento al que resulta aún más ajeno.

Con esto, además, el círculo invulnerable en torno al individuo privado de libertad comienza a cerrarse: el Estado, representado aquí por sus funcionarios de prisiones, decide omnímoda y arbitrariamente qué conductas son sancionables, y sanciona con base exclusivamente en la acusación. El siguiente paso resulta, entonces, coherente con la lógica de tal razonamiento:

#### 4. TODAS LAS SANCIONES SON POSIBLES

Las medidas estatales que se imponen al responsable de las “infracciones” ya aludidas y mediante el “procedimiento” igualmente conocido, pueden ser examinadas por lo menos desde dos perspectivas: en su propio significado y en su relación con otras medidas estatales.

A) Dentro del catálogo de sanciones que pueden ser irrogadas a privados de libertad por parte de las autoridades carcelarias<sup>9</sup>, aparecen dos modalidades que merecen ser destacadas por cuanto corroboran la pérdida de transparencia y coheren-

<sup>9</sup> Según el art. 289 del Código carcelario colombiano, las sanciones imponibles son: “a) amonestación en privado; b) posición de plantón hasta por tres horas; c) amonestación hecha por el director en presencia de los empleados y guardianes o de los demás presos; d) privación del paseo en común, hasta por diez días; e) privación de enviar o recibir correspondencia, hasta por tres meses; f) suspensión de las visitas hasta por dos meses; g) aislamiento celular simple hasta por un mes, y h) aislamiento celular hasta por tres meses”. Según el § 103 de la Ley Penitenciaria en Alemania Federal, las sanciones aplicables son: “1) represión, 2) limitación o privación de la asignación para gastos personales y de las compras, hasta por tres meses, 3) limitación o privación de materiales de lectura hasta por dos semanas, o de receptores de radio o televisión hasta por tres meses; las privaciones simultáneas, empero, solo hasta por dos semanas, 4) limitación o privación de objetos para la ocupación del tiempo libre, o de la participación en reuniones colectivas, hasta por tres meses, 5) aislamiento durante el tiempo libre, hasta por cuatro semanas, 6) privación de la permanencia diaria al aire libre, hasta por una semana, 7) privación del trabajo u ocupación asignado hasta por cuatro semanas, con supresión de los emolumentos reglamentados en esta ley, 8) limitación de los contactos con personas de fuera del establecimiento ante casos urgentes, hasta por tres meses, y 9) arresto hasta por cuatro semanas”.

cia que experimenta el poder estatal tras los muros de las prisiones: las sanciones que restringen o eliminan las pocas relaciones del privado de libertad con el exterior y las que limitan aún más su libertad dentro del establecimiento; las dos, además, parecen constituir las más frecuentemente aplicadas de todo el catálogo punitivo<sup>10</sup>.

Decir “privación de libertad” equivale a expresar “ausencia de relaciones con el mundo exterior”. Sin embargo, como es ampliamente conocido, la prisión ha experimentado en este aspecto una interesante evolución, desde los regímenes pensilvánico y auburniano —en los que las posibilidades de contactos extramurales se hallaban reducidas a casos excepcionales, cuando no estaban totalmente excluidas—, hasta la fase contemporánea —en que esas relaciones se permiten parcial y controladamente, con justificaciones provenientes del discurso resocializante— (cfr. E. SANDOVAL HUERTAS, 1983, págs. 83 y ss.). Y las formas comúnmente permitidas para la realización de dichas relaciones son las visitas, la correspondencia y los permisos de salida.

Ahora bien, varias de las sanciones que se imponen en los establecimientos penales de privación de libertad consisten, precisamente, en impedir que el sujeto afectado, durante prolongados lapsos, reciba visitas, tenga o remita correspondencia, o acceda a un permiso de salida. En estas situaciones y a diferencia de las anteriormente examinadas, la contradicción no se presenta respecto de principios o normas sustantivas o procesales del sistema penal, sino en relación con principios y disposiciones referidos a la *misma* ejecución de la pena privativa de libertad.

En efecto, como también es ampliamente sabido, el discurso legitimante del sistema penal en la actualidad se orienta básica y mayoritariamente a sostener que la pena privativa de libertad debe, como su única o una de sus primeras funciones, obrar efectos sobre el comportamiento futuro del sentenciado, en el sentido de hacer que este se someta a las normas jurídicas o sociales preexistentes; y tal finalidad hállase recogida en disposiciones legales (como en Colombia) o incluso constitucionales (como en Italia). Pero, según el mismo discurso, una de las condiciones *indispensables* para que dicha finalidad pueda ser alcanzada radica en la existencia de permanentes y sólidos contactos entre el privado de libertad y el mundo exterior (cfr. G. KAISER, H. J. KERNER y H. SCHÖCH, 1982, 146; N. MORRIS, 1972, 33).

Por manera que cuando se aplica sanción que restringe o elimina las ya escasas relaciones del privado de libertad con el exterior, surge una contradicción *interna* en la lógica de la pena privativa de libertad, de tal magnitud que hace que ella quede desprovista, una vez más, de legitimación: no puede haber el “efecto futuro” esperado porque, entre otras muchas razones, no hay vínculos externos<sup>11</sup>. Tan os-

<sup>10</sup> En los establecimientos de Alemania Federal se impusieron las siguientes sanciones de “arresto”: 8.976 en 1977, 9.816 en 1978, 9.982 en 1979 y 10.494 en 1980 (cfr. F. DÜNKEL y A. ROSNER, 1981, 481; H. D. SCHWIND y A. BÖHM, 1983, 435). De Colombia no se conocen estadísticas al respecto; al parecer no existen.

<sup>11</sup> Esta contradicción interna, empero, carece de efectiva trascendencia por cuanto se presenta en el ámbito del discurso resocializante, de manera que no afecta las funciones no-declaradas de la privación de libertad que son las que realmente explican el mantenimiento de esa medida penal (cfr. E. SANDOVAL HUERTAS, 1983, pág. 184).

tensible es dicho antagonismo entre esas sanciones y la función pretendida, que justamente una de las propuestas formuladas durante los trabajos preparatorios de la actual legislación penitenciaria en Alemania Federal consistía, con base en los motivos que se han señalado, en la eliminación de toda clase de sanciones que implicaran restricción de las relaciones con el exterior (cfr. J. BAUMANN, 1972, 38-39 y 42). Esta proposición, como ya se sabe, no fue acogida. Pero no extraña que así haya ocurrido: si toda conducta es sancionable y en cualquier forma, también *toda sanción es posible*, sin que importe mucho que con ella el Estado reste fundamento a su propio discurso.

La otra modalidad de sanciones que debe ser destacada consiste en la restricción o en la privación de libertad dentro de la privación de libertad; lo primero, mediante el "plantón" o la suspensión del "paseo en común" y la "estadía al aire libre"; lo segundo, a través del "aislamiento" y el "arresto". Especialmente con estos últimos, pues, se configura un juego de muros concéntricos: es la prisión dentro de la prisión que se levanta imponente en torno del privado de libertad, como si una sola de ellas no fuera suficiente para contenerlo y aniquilarlo. O, por decirlo en otra forma, *hasta la prisión es posible dentro de la prisión*.

En relación con esa clase de medidas, bien anota B. MAPELLI CAFFARENA (1983, 304) que se trata de una situación en la que funcionarios administrativos aplican una sanción privativa de libertad y en la que esta puede equivaler a una pena grave en el ámbito penal ordinario.

Respecto de lo primero, adviértase que el régimen constitucional colombiano —a diferencia de los de otros países—, no exige que la sanción privativa de libertad provenga de funcionario judicial; basta, según el art. 23, con que la autoridad sea "competente" para hacerlo, es decir, que alguna disposición le haya otorgado esa función; por ello, de hecho, tiénense en Colombia otras normas que también permiten a funcionarios administrativos imponer, por su cuenta, privación de libertad.

Y en relación con la duración de las sanciones de que se trata, de una parte tiénese que el decreto 485 de 1960 permitía que en la Isla Prisión de Gorgona se impusiera "aislamiento" (!) hasta por un año. Esta disposición fue derogada por el Código carcelario vigente, según el cual en todos los establecimientos colombianos para condenados, la máxima duración del "aislamiento" alcanza a tres meses (y, sin embargo, por lo menos hasta 1982, en la Isla Prisión se seguían ordenando ilegalmente sanciones de "aislamiento" por un año, con base en la disposición derogada; pero, ya se sabe, es un poder no sujeto a controles efectivos). Véase, de otra parte, que con el máximo legal de tres meses son reprimidas conductas de "tanta" gravedad y tan "inequívocamente" descritas como la "actitud irrespetuosa con los empleados superiores del establecimiento... etc.", los "actos obscenos o contrarios a las buenas costumbres", el "apagar el alumbrado durante la noche", la "desobediencia a las órdenes del personal superior del establecimiento" y la "reincidencia" en comportamientos "menos graves" como "dar gritos o lanzar imprecaciones subversivas" o la "actitud insolente con los agentes de custodia". Y si se comparan esos tres meses de privación de libertad con algunas de las penas de la misma naturaleza establecidas en el Código Penal, resulta que superan el mínimo imponible a las lesiones personales con incapacidad hasta de treinta días,

que igualan a la mínima pena prevista para defraudaciones a los consumidores y que no distan mucho del mínimo aplicable a hechos de mucha mayor envergadura que las infracciones disciplinarias aludidas, como ocurre con varios de los delitos contra "el orden económico-social" (acaparamiento, especulación, usura, ilícito aprovechamiento de recursos naturales, etc.)<sup>12</sup>. Por manera que efectivamente el "aislamiento" puede equivaler a una pena privativa de libertad ordinaria; pero, aún más, en ocasiones la excede.

Trátese de sanción que afecte las relaciones con el exterior, la libertad dentro de la privación de libertad o cualquier otro interés jurídico del individuo, *es, en todo caso, ejecutada por los mismos funcionarios estatales que discrecionalmente han catalogado la conducta como sancionable y que han puesto en escena la farsa procesal*. Es decir que cuando el mundo occidental se prepara para conmemorar los doscientos años de la Revolución Francesa, la separación de los poderes propugnada por el derecho burgués, con todo lo criticable que tiene pero también con todo lo rescatable que en ella se pueda encontrar, no ha llegado al interior de las prisiones: en estas, el Estado sigue siendo, hasta aquí, "soberano" omnipotente que por sí solo "dicta la ley" (decide *a posteriori* qué conductas eran sancionables), "juzga" (es un decir) y "ejecuta la sentencia".

B) Si se vuelve a las primeras páginas de cualquier manual o tratado de derecho penal o procesal penal, se encontrará también que otro de los principios fundamentales de los sistemas punitivos contemporáneos consiste en la prohibición de procesar a cualquier persona más de una vez por un determinado comportamiento y en la consiguiente prohibición de sancionarlo doblemente por ese mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. Dicho principio tampoco ha sido recogido expresamente por normas constitucionales en Colombia, pero sí por disposiciones legales (C. P., art. 9°).

No obstante lo anterior, la reacción punitiva estatal es *doble* respecto de muchas de las conductas atribuidas a los privados de libertad. En efecto, comportamientos como la evasión (tentada o consumada), la violencia sobre las cosas del establecimiento o contra las personas que allí se encuentran, la sustracción de objetos ajenos, el comercio de sustancias prohibidas, etc., aparecen en el catálogo ejemplificativo de hechos sancionables por las autoridades carcelarias, pero a la vez constituyen infracciones de las descritas en el Código Penal. Por manera que el individuo recibirá inevitablemente una doble medida punitiva del Estado: este, mediante sus funcionarios administrativos le aplicará una sanción (seguramente de privación de libertad dentro de la privación de libertad), pero poco después, mediante sus funcio-

<sup>12</sup> La comparación con las penas mínimas previstas en el Código Penal es válida, comoquiera que empíricamente se ha establecido que los funcionarios judiciales colombianos solo hacen escasísimo uso de la discrecionalidad que para la determinación cuantitativa les otorga la ley: en promedio, las penas impuestas exceden el mínimo legal apenas en un 5.8% (cfr. J. CAMACHO FLÓREZ y G. MARROQUÍN GRILLO, 1983, 237). Pero no se entienda que se propugna indiscriminadamente la elevación de las penas previstas en el Código Penal; lo que aquí se cuestiona es el exceso en las sanciones establecidas por la legislación carcelaria.

narios judiciales, le impondrá una pena privativa de libertad: el círculo queda perfeccionado y el individuo no tiene escape<sup>13</sup>.

Así, pues, cuando se considera la sanción imponible dentro de la prisión en relación con otras medidas punitivas estatales, el punto de llegada resulta ya conocido: contra el privado de libertad, *todas las sanciones son posibles*.

Debe mencionarse, además, que para intentar superar esta nueva contradicción interna del discurso penal burgués, en ocasiones se ha aducido, recurriendo a una diferenciación *técnica*, que no existe dicha duplicidad de sanciones puesto que una es administrativa penal y la otra penal propiamente dicha. Dicho argumento, empero, ha sido contestado fácilmente y reafirmada, por tanto, la existencia de una duplicidad punitiva. Así, adviértase en primer término que el principio cuya vulneración se examina, no diferencia entre sanción "administrativa penal" y sanción "penal propiamente dicha", sino que alude a la sanción en general, en cuanto reacción punitiva del Estado; por ende, esa distinción resulta *a posteriori* y acomodaticia frente al caso concreto. En segundo lugar, como lo destaca G. RODRÍGUEZ MOURULLO (1978, 34), la diferencia aludida no es sustancial sino meramente formal; por ello, se continúa estando "ante un supuesto evidente de duplicidad de castigo" (B. MAPELLI CAFFARENA, 1983, 298). Y, por último, tómesese en cuenta que esa distinción formal nunca se ha esgrimido para justificar la doble punición de hechos como, por ejemplo, la evasión fiscal de gran cuantía y otros delitos de "cuello blanco", que en la legislación colombiana podrían ser objeto también de una doble sanción (penal y administrativa), pero que nunca reciben esa doble punición (y frecuentemente ni siquiera una sola). Con esto, entonces, se revela el carácter clasista y discriminante del argumento inicialmente mencionado: con base en la distinción formal hay lugar a sancionar doblemente a los privados de libertad, pero la misma diferenciación no se usa para igual efecto respecto de los sectores hegemónicos de la sociedad; y simultáneamente se pone de manifiesto, una vez más, que al entrar al ámbito de la disciplina penitenciaria el discurso penal se transforma: deja fuera de los muros sus presuntos rasgos de coherencia y claridad garantizadoras, para mostrarse como coonestador oscuro e incongruente del arbitrio estatal<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Idéntica es la situación en Alemania Federal. El § 102, III, de la Ley Penitenciaria dispone: "También es permitida una sanción disciplinaria cuando a causa de la misma infracción se ha iniciado un proceso penal o uno que dé lugar a multa administrativa". Según el Tribunal Federal Constitucional no hay allí violación de la prohibición de doble punición, pues basta con que al determinarse judicialmente la segunda sanción, una de las circunstancias atendidas sea la anteriormente impuesta por el mismo hecho (!) (cfr. H. D. SCHWIND y A. BÖHM, 1983, 432).

<sup>14</sup> Insístese en que la situación analizada no es exclusiva de Colombia. En términos generales, M. FOUCAULT destaca que la prisión "está dedicada a aplicar las leyes y a enseñar a respetarlas; ahora bien, todo su funcionamiento se desarrolla sobre el modo de abuso de poder" (1976, 271). Respecto de la Ley Penitenciaria argentina, R. BERGALLI ha escrito: "En lugar de propiciar un régimen disciplinario que prepare a los individuos para asumir responsabilidades posteriormente en la vida comunitaria, con el sistema de la Ley Penitenciaria Nacional se desarrollan favorablemente las posibilidades de un «poder carcelario» que facilita el sometimiento y el trato arbitrario" (1982, 134. Cfr. también R. BERGALLI y otros, 1983, 114-116).

## 5. EL CÍRCULO SE REFUERZA: NADA DEBE TRASCENDER LOS MUROS DE LA PRISIÓN

Con lo hasta aquí expuesto tiénese ya un círculo perfecto de poder estatal construido en torno del individuo, y aquel, en buena parte de su extensión, como se vio, es doble. Sin embargo, el Leviatán aún no está satisfecho. Quiere una última precaución, que lo ponga definitivamente a salvo, mas no ante los eventuales alzamientos de los privados de libertad —estos, considera, están inermes y reducidos a la impotencia por todas las medidas examinadas—, sino frente a las intromisiones de impertinentes que *desde el exterior* puedan cuestionar sus actuaciones. Y para ese efecto, nada mejor que procurar interrumpir toda comunicación en las que se haga mención de las situaciones descritas. *Nada de lo dicho, pues, debe trascender —de adentro hacia afuera o de aquí hacia allá— los muros de la prisión*.

Véase ahora cómo se procura y en gran medida se obtiene dicha interrupción. Respecto de los escritos que salen de un establecimiento privativo de libertad, existe un perfecto tejido legal en virtud del cual resulta físicamente imposible que en ellos se puedan mencionar, siquiera indirectamente, las arbitrariedades (en materia de sanciones o de cualquier otro asunto) que se cometan dentro de las prisiones. Así, el art. 206 del Código carcelario establece que todo escrito proveniente de un privado de libertad, para poder traspasar los límites del establecimiento, requiere "el visto bueno del director"; y el art. 56 *h* autoriza a este último a retener toda correspondencia "que juzgue inconveniente"<sup>15</sup>. No se requiere ningún esfuerzo mental, antes bien denotaría torpeza extrema suponer lo contrario, para deducir que ningún funcionario de prisiones considerará "conveniente" un escrito en que se aluda a cualquiera de las dramáticas situaciones existentes en las prisiones, menos aún cuando, como ocurre en materia de sanciones, ellas tienen como protagonistas de la arbitrariedad a los mismos funcionarios estatales.

Aún más, si un sentenciado osa tener "correspondencia o comunicación clandestina", esto es, que no haya pasado por la censura previa de las autoridades penitenciarias, incurre en la máxima sanción posible: tres meses de privación de libertad en la privación de libertad (art. 295-5°). Y si es un detenido preventivamente quien incurre en tamaña osadía, comete igualmente conducta sancionable, pues "indudablemente" ha atentado contra el orden o el reglamento interno del establecimiento.

<sup>15</sup> Este control es aún más explícito en la codificación penitenciaria de Alemania Federal. En efecto, el § 31, 1, 3 y 4 autoriza al director del establecimiento a interceptar los escritos que contengan "bastas falsedades", "descripciones considerablemente desfiguradas de las condiciones del establecimiento" o "grandes injurias"; por supuesto, determinar cuál es la "realidad" al relatar la arbitrariedad administrativa, corresponde al mismo funcionario. Además, eludir ese control implicaría también incurrir en sanción (véase nota 4). J. BAUMANN proponía la eliminación de tales disposiciones aduciendo que la emisión de escritos calumniosos o injuriosos pertenece al ámbito de la responsabilidad del individuo, que sobre ese posible carácter de un escrito debe decidir un juez penal y no funcionario administrativo, y que ninguna censura debe afectar el derecho fundamental de la libertad de opinión (cfr. 1972, 53). Su sugerencia no tuvo el menor éxito.

Por lo que atañe a la comunicación escrita o verbal que vaya desde afuera y hacia el interior de la prisión, tiénese inicialmente que la disposición del citado art. 56 *h* rige también para la correspondencia recibida: no entra, pues, la que el funcionario “juzgue inconveniente”. Pero además el art. 312 prohíbe a los visitantes dar a los condenados “noticias que puedan perturbar... la disciplina interna del establecimiento”; el art. 200 dispone que al visitante que viole esa u otras disposiciones “se le hará salir del establecimiento”; y el art. 193 ordena que textos venidos “de fuera” solo podrán estar en manos de los privados de libertad, “si, a juicio del director, les fueren útiles y provechosos”. Sobra cualquier comentario adicional al respecto; pero faltaría destacar que, en razón de las normas citadas, este trabajo solo clandestinamente y so pena de sanciones podrá ser conocido en una prisión colombiana (o de cualquier otro país).

Obsérvese, de otra parte, que las normas constitucionales colombianas tampoco son suficientes, en este aspecto, para contener, siquiera mínimamente, la acción estatal. En efecto, en ellas no aparece consagrado directamente el principio de la libertad de opinión. Se encuentran, en cambio, la libertad de prensa pero reducida, en esencia, a la libertad de disponer del capital suficiente para poseer un medio de comunicación (art. 42) y el principio de la inviolabilidad de la correspondencia, pero con la adición de que esta puede ser interceptada o registrada “mediante orden de funcionario competente” (art. 38); ya se sabe lo que tal expresión significa, y, en virtud de las disposiciones atrás aludidas, el funcionario de prisiones es “competente” para hacer lo que hace con las comunicaciones que pretendan trascender los muros de la prisión.

Así las cosas, en el ámbito de los establecimientos privativos de libertad el Estado no solo “legisla”, “juzga” y “ejecuta”, sino que además controla estrechamente todo tipo de comunicación emanada o dirigida a los individuos a él sometidos<sup>16</sup>. Esto conduce inmediatamente a dos consideraciones: la primera, que mediante ese control de la información se pretende crear un consenso artificial en torno de las supuestas “ventajas” o “bondades” de la prisión, o, por lo menos, se busca impedir el surgimiento de un consenso social en contra del uso de la privación de libertad en cuanto medida estatal; y la segunda apunta a que ese múltiple e incontrolado poder estatal constituye ejemplo perfecto y permanente —aunque en miniatura— de un sistema autoritario. En efecto, la regulación disciplinaria para las prisiones que ha quedado expuesta, coincide claramente con los caracteres generales del concepto de “autoritarismo” que para América Latina ha perfeccionado E. GARCÍA MÉNDEZ (1983, 59-61). Y al respecto debe observarse especialmente que el conjunto normativo de la disciplina carcelaria tiene en común con la legisla-

<sup>16</sup> La lógica en cuya virtud le ha sido asignada a funcionarios de prisiones la función de “juzgar” sobre la “veracidad” o “conveniencia” de escritos a ellos mismos referidos es idéntica, y no por mera coincidencia, a aquella en razón de la cual el juzgamiento de civiles acusados de pertenecer a grupos subversivos se hace en “consejos de guerra” dirigidos por militares (como ha sido práctica común en Colombia y en otros países latinoamericanos, durante los prolongadísimos períodos de “perturbación del orden público interno”); en ambas situaciones el “juez” es parte interesadísima y el procesado carece de posibilidades reales de defensa (cfr. A. REYES, 1982, 366-367).

ción represiva dictada por las dictaduras del Cono Sur (cfr. E. GARCÍA MÉNDEZ, 1983, 260-268), por lo menos cuatro aspectos: la extrema ambigüedad de las descripciones legales de hechos constitutivos de infracciones, la disminución de las garantías procesales, la exageración máxima de las sanciones y la punición expresa de las opiniones contrarias al sistema.

Sin embargo, hay que anotar también que entre el régimen disciplinario mencionado y el de las recientes dictaduras latinoamericanas, existen ciertos rasgos diferenciales: el primero surge directamente de instituciones legales; tiene por tanto un carácter de “permanente” nítidamente definido, que no ha sido objeto de mayores denuncias fuera de su ámbito inmediato de cobertura y, como consecuencia de todo lo anterior, no tiene perspectivas concretas de ser sustituido a corto plazo; las segundas, en cambio, surgieron como situaciones de *facto*, que solo posteriormente intentaron —con diferentes resultados— institucionalizarse, han sido objeto de amplias y justificadísimas críticas y, afortunadamente, empiezan a ser reemplazadas. Como puede verse fácilmente, ninguna de estas diferencias desvirtúa la caracterización que se ha hecho del régimen disciplinario carcelario como sistema autoritario; muy por el contrario, todas ellas contribuyen a reforzar la opinión antes expresada, en el sentido de que dicho régimen, por la agudización de sus características, constituye un caso paradigmático y sólido de sistema autoritario. O, por decirlo en otra forma, sospéchase que Pinochet, Videla, Bordaberry, Stroessner y compañía, han tenido como modelo para su legislación las normas que sobre régimen disciplinario se encuentran en cualquier regulación carcelaria del mundo occidental (y si no ocurrió exactamente así, la coincidencia entre ambos sistemas de disposiciones no es casual: los dos obedecen a una misma lógica, de la que se tratará más adelante).

## 6. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA LAS PRISIONES: LA REGIÓN MÁS TRANSPARENTE DEL PODER ESTATAL

Todas las consideraciones precedentes muestran, más allá de cualquier duda, que la regulación carcelaria en materia de disciplina constituye el sector más oscuro del poder estatal y del derecho penal burgués. Conste, además, que esas disposiciones configuran la “situación ideal” expresada por el Estado; su práctica cotidiana es muchas veces peor; basten un par de ejemplos: las sanciones son impuestas por cualquier guardián y este mismo las reitera ante un solo hecho, hasta exceder sobradamente los límites legales. Sin embargo, las normas examinadas no producen extrañeza (lo que de ninguna manera significa que no exijan prontas acciones orientadas a procurar su modificación), porque ellas reflejan nítidamente las contradicciones propias de las relaciones sociales y de producción originadas por el sistema económico vigente en el mundo occidental, es decir, que desde esta perspectiva constituyen *la región más transparente del poder estatal y del derecho penal burgués*. Pero para fundamentar esta aseveración debidamente, resulta indispensable penetrar, así sea en forma breve, en el análisis global de la privación de libertad como medida estatal y en la lógica del discurso jurídico-penal.

El actual discurso jurídico, en todas sus manifestaciones, tiene como principio básico *la igualdad* (teórica) de los individuos frente a la ley. Su desarrollo dentro de la órbita que aquí interesa, ha llevado a reconocer reiteradamente que *el privado de libertad, lo mismo que cualquier otra persona, es sujeto de obligaciones y derechos*; y que estos últimos solo le han sido temporalmente restringidos en la medida en que así se derive de la decisión judicial que lo ha conducido a esa situación o de las normas a esta aplicables (cfr. § 4 Ley Penitenciaria de la República Federal de Alemania; R. P. CALLIES y H. MÜLLER-DIETZ, 1983, 48; G. KAISER, H. J. KERNER y H. SCHÖCH, 1982, 116 y ss.; H. D. SCHWIND y A. BÖHM, 1983, 27).

Ahora bien, más allá del hecho de que esa igualdad (teórica) tenga como trasfondo una desigualdad real, las profundas limitaciones a sus derechos en materia disciplinaria a que se ve sometido el privado de libertad, no provienen de la decisión judicial pertinente (auto de detención o sentencia condenatoria), sino que emanan directamente, como se ha visto, de las normas en sí mismas. Estas, pues, han introducido, de hecho, el *principio de desigualdad teórica y real* en detrimento de los privados de libertad.

La cuestión, entonces, puede ser planteada en los siguientes términos: ¿por qué razones el Estado sacrifica los principios de su discurso penal al establecer el régimen disciplinario examinado? O, para decirlo en otra forma, ¿por qué la actual institución penal por excelencia está concebida como el lugar donde se contradicen los fundamentos de la legislación penal? La respuesta no puede aludir a una eventual desuetud de las normas examinadas: el Código carcelario colombiano data de 1964; un proyecto para sustituirlo, elaborado en 1981, no modificaba sustancialmente la situación, y la Ley Penitenciaria de Alemania Federal proviene de 1976. Menos aún podría pensarse que se trata de una tendencia contemporánea: existe desde la institucionalización de la privación de libertad como medida penal y se ha mantenido inalterada (cfr. M. FOUCAULT, 1976, 120-121, 236, 269-270; G. RUSCHE y KIRCHHEIMER, 1983, 72 y ss.). Pero esta doble negativa proporciona un primer dato esclarecedor: es una situación *constante*, lo que a su vez constituye hecho indicador de que esa "oscuridad" es una característica *inherente* al sistema penal.

De otra parte, debe tenerse en cuenta una circunstancia que en la actualidad se encuentra ampliamente documentada: la clientela de los establecimientos penales proviene preferentemente de los sectores sociales subordinados o marginados<sup>17</sup>. Pero

<sup>17</sup> Al respecto A. REYES ha señalado que el sistema carcelario "hasta ahora ha venido utilizándose como un garrote para los delincuentes de clases marginadas y... cuando excepcionalmente alcanza a individuos de niveles socioeconómicos superiores, entonces se mitigan o eliminan en su favor las aristas negativas que lo caracterizan" (1982, 397). Dicha aseveración posee suficiente respaldo empírico. Así, tras analizar las cifras oficiales sobre algunas características sociodemográficas de los procesados en Colombia, se concluyó que "las diferentes situaciones que hemos examinado en este acápite, aunque con las reservas propias de las estadísticas oficiales, coinciden en corroborar indirectamente, como lo anticipamos, la impresión social en el sentido de que la acción de la administración de justicia penal, y en especial la privación de libertad, afecta primordialmente a sujetos provenientes de los estratos sociales bajos" (E. SANDOVAL HUERTAS, 1980). Y aún más dicentes resultan los datos encontrados en una indagación adelantada en 1982 por el Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, en la cual, con base en el análisis de cuatro variables (nivel de estudios, ocupación, lugar de residencia y nombramiento de apoderado o defensor) que permitían un máximo de 100

más importante que la comprobación de esa composición de clase de los privados de libertad, resulta la demostración de que dicha circunstancia no es fortuita ni proviene de una supuesta mayor propensión a la comisión de hechos punibles, sino que se genera en una cadena de procesos selectivos existentes a todo lo largo y ancho del sistema penal, los cuales se hallan conscientemente orientados a procurar la selección clasista de la clientela penal (cfr. A. BARATTA, 1982, 173-184; R. BERGALLI y otros, 1983, 63-94).

Al integrar las consideraciones precedentes, surge entonces que la desigualdad teórica y real que experimentan los privados de libertad en materia disciplinaria, constituye un principio inherente al sistema penal que con criterios clasistas selecciona su clientela. Es decir, que más allá del "tratamiento diferencial de los ilegalismos" (M. FOUCAULT, 1976, 277), *existe una administración contradictoria de los ilegalismos penales, según se realicen fuera o dentro de la prisión*: para los primeros existen teóricamente y en cierta medida también efectivamente el principio de tipicidad, las garantías procesales, la unidad de sanción y la libertad de opinión; para los segundos, dichas instituciones se encuentran expresamente excluidas.

¿Se podría esperar algo *sustancialmente* diferente de un poder estatal (reflejado en las normas carcelarias pertinentes), cuya razón de ser es el mantenimiento y reproducción de las estructuras capitalistas de dominación? La respuesta es totalmente negativa. Suponer lo contrario implicaría aceptar que el Estado capitalista y el discurso del derecho burgués, en lo que constituiría un imposible ontológico, puedan *realmente* negarse a sí mismos y desconocer aquello que constituye su fundamento y su función: el control permanente de los sectores sociales subordinados o marginados en las relaciones capitalistas de producción. Por ello se ha afirmado que, si bien dentro de los parámetros de su propio discurso, la regulación disciplinaria para las prisiones configura la *zona más oscura del poder estatal y del derecho penal burgués, vista desde afuera se torna en la región más transparente* del uno y del otro: tal poder y tal derecho aparecen allí desnudos, mostrando nítidamente lo que son y lo que pretenden.

Lo anterior, además, conduce a formular, a manera de conclusión de lo aquí expuesto, pero sobre todo como hipótesis para ulteriores elaboraciones, este enunciado: *el poder estatal capitalista y su discurso penal burgués no pueden, por sí mismos, despojarse de las contradicciones internas que experimentan al regular la privación de libertad*. Ante esta situación adquieren máxima importancia proposiciones tales como la "desprisonalización" (A. REYES, 1982, 397-398) y, con un carácter más amplio, la "política criminal alternativa" (A. BARATTA, 1982, 199-211; R. BERGALLI y otros, 1983, 245-265; I. VILLAMIZAR LUCIANI, 1983). Pero el examen de la viabilidad de tales proposiciones, de su eventual implementación y, sobre todo, la reafirmación de su carácter de medidas tácticas a corto y mediano plazo en forma tal que no impidan el paso hacia la utopía final (la abolición de la prisión), constituyen ya otra historia.

puntos y tras estudiar la situación de 3.159 procesados, se estableció que el nivel promedio de quienes habían sido objeto de privación de libertad a título de detención preventiva era de 29.96 puntos, claramente inferior, por ejemplo, al de aquellos en cuyo respecto no se ordenó la detención preventiva (39.18 puntos) o al de quienes fueron favorecidos con cesación de procedimiento (42.74 puntos). (Cfr. I. GONZÁLEZ AMADO, 1984, 59-65).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, A. (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bolonia.
- BAUMANN, J. (1972): *Sicherheit und Ordnung in Vollzugsanstalten?*, Mohr, Tübingen.
- BECK-TEXTE (1982): *Strafvollzugsgesetz*, 5ª ed., DTV, Munich.
- BERGALLI, R. (1982): *Crítica a la criminología (Hacia una teoría crítica del control social en América Latina)*, Temis, Bogotá.
- BERGALLI, R. y otros (1983): *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Península, Barcelona.
- CALLIES, R. P. (1981): *Strafvollzugsrecht*, 2ª ed., C. H. Beck, Munich.
- CALLIES, R. P. y MÜLLER-DIETZ, H. (1983): *Strafvollzugsgesetz*, 3ª ed., C. H. Beck, Munich.
- CAMACHO FLÓREZ, J. y MARROQUÍN GRILLO, G.: "La sanción real de los delitos en Colombia", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.
- CARRANZA, E. y otros (1983): *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Ilanud, San José.
- Colombia, Ministerio de Justicia (1981): *Nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal*, Bogotá.
- Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección General de Prisiones (1974): *Normas penitenciarias vigentes*, Bogotá.
- Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección General de Prisiones (1981): *Boletín de 30 de septiembre*, Bogotá.
- DÜNKEL, F. y ROSNER, A. (1981): *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970*, Max-Planck Institut, Friburgo.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1982): *Derecho penal fundamental*, Temis, Bogotá.
- FOUCAULT, M. (1976): *Vigilar y castigar (Nacimiento de la prisión)*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1983): *Autoritarismo, institucionalización y control social (en el Cono Sur latinoamericano, Argentina, Chile y Uruguay 1970-1980)*, Universidad del Saarland, multigráfico, Saarbrücken.
- GIRALDO, J. y otros (1978): *Mecanismos para descongestionar los establecimientos carcelarios*, Instituto SER de Investigación, Bogotá.
- GONZÁLEZ AMADO, I. (1984): "Nivel social y proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 22, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- HENAO HIDRÓN, J. (1982): *Constitución Política de Colombia (comentada)*, 4ª ed., Temis, Bogotá.
- KAISER, G., KERNER, H. J. y SCHÖCH, H. (1982): *Strafvollzug (Eine Einführung in die Grundlagen)*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1983): *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona.
- MORRIS, N.: *La evolución de la prisión*, en DEL OLMO R. comp. (1972), *Penología (Textos para su Estudio)*, Ministerio de Justicia de Venezuela y Universidad de Carabobo, Caracas-Valencia.

- MÜLLER-DIETZ, H. (1978): *Strafvollzugsrecht*, 2ª ed., de Gruyter, Berlín.
- MUNOZ GÓMEZ, J. A.: "La duración real del proceso penal", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981.
- ORTEGA TORRES, J. comp. (1983): *Código de Procedimiento Penal*, 16ª ed., Temis, Bogotá.
- REYES, A. (1980): *Derecho penal. Parte General*, 7ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- REYES, A. (1982): *Criminología*, 6ª ed., Universidad Externado de Colombia Bogotá.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978): *Derecho penal. Parte General*, Madrid, t. 1.
- RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. (1983): *Pena y estructura social*, trad. E. García Méndez, Temis, Bogotá.
- SANDOVAL HUERTAS E. (1980): *La detención preventiva en Colombia*, ponencia al III Seminario de Criminología del Caribe, multigráfico, Puerto La Cruz.
- SANDOVAL HUERTAS, E. (1983): *Penología. Parte Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- SCHWIND, H. D. y BÖHM, A. comps. (1983): *Strafvollzugsgesetz*, de Gruyter, Berlín.
- VILLAMIZAR LUCIANI, I.: "Política criminal alternativa", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983.

# TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS EN SERES HUMANOS (LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y EL DERECHO COMPARADO)

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA\*

I

## INTRODUCCIÓN

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El palpitante y controvertido tema de los trasplantes de componentes anatómicos<sup>1</sup> en seres humanos, adquiere cada día mayor dimensión. Lo que hasta hace pocos años parecía ser una fantasía macabra, es hoy una realidad que no escapa al interés de científicos, teólogos, juristas, estudiosos y profanos de todas partes.

Ya por los años treinta se había establecido como un procedimiento quirúrgico normal el injerto de córnea. Pero los grandes progresos en materia de trasplantes de componentes anatómicos tienen ocurrencia en las dos últimas décadas, cuando se inicia la era del trasplante de corazón y de pulmones, con el desigual resultado que corresponde a una técnica y especial conocimiento científico aún en sus comienzos, pero que se muestra desde luego esperanzador y aleccionante.

El surgimiento de la nueva técnica de los trasplantes ha dado origen a una dispersa bibliografía extranjera, que por la misma premura de su producción, resulta un tanto contradictoria y de muy diferente valor, pero que es paladina demostración de la profunda inquietud intelectual que la misma ha suscitado en los círculos científicos.

El interés por disminuir el desajuste entre la realidad y la norma legal<sup>2</sup>, ha motivado la regulación de los trasplantes en seres humanos en varios países, entre

\* El autor se desempeña como juez 44 de Instrucción Criminal en Medellín.

<sup>1</sup> Los arts. 3° y 7° de los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982, que regulan los procedimientos de trasplantes de órganos en seres humanos en Colombia, definen los *componentes anatómicos* como "los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo".

<sup>2</sup> Si las ciencias humanísticas y del espíritu, no mantienen el ritmo evolutivo y creador que aparecen los revolucionarios adelantos en la técnica científica, la sociedad se ve lastrada por prejuicios, atavismos y concepciones intelectuales que devienen anacrónicas, las cuales, por la natural interdependencia de estos sectores de lo cultural y por la necesidad de su armónico conocimiento, originan anormales desajustes y dificultades de adaptación.

ellos el nuestro, los cuales en términos generales se ciñen a elementos que aparecen catalogados como constantes en la doctrina y en el derecho comparado, desarrollados con base en dos principios fundamentales, a saber: el de respeto a la personalidad o dignidad del hombre, y el de la solidaridad y el bien común.

Cuando se hace mención al tema "trasplantes de componentes anatómicos", surge de inmediato una serie de inquietudes e interrogantes que encontrarán siempre una respuesta condicionada a la concepción jurídica y ética que predomine en un determinado medio social.

De allí que GERT KUMMEROW haya dicho con propiedad:

"El derecho a la integridad física, a los poderes que el ser humano puede desplegar sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de otros seres humanos, y la eficacia de los actos negociables cuyo objeto gravita sobre estos puntos de incidencia, no han podido liberarse, por consiguiente, del influjo de argumentos procedentes de confines extraños al derecho positivo (el respeto a la religiosidad de la muerte, la sacralidad del cuerpo humano, los alegatos de neto corte sentimental o familiar) que indudablemente conspiran contra la edificación de fórmulas rectoras precisas. Además, la considerable expansión que experimentan en este sector los conceptos de orden público, buenas costumbres, orden social... obedece en gran medida a la recepción de ese tipo de argumentación por los organismos jurisdiccionales con la premeditada finalidad de frenar la eficacia de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, o los derechos que otros ostentan sobre sus partes... el instante histórico (en) que está colocada la humanidad, sin embargo, conduce a pensar que es indeclinable el propósito del hombre a superar objeciones cuya vigencia es solo temporal"<sup>3</sup>.

El estudio de los trasplantes de componentes anatómicos, intenta responder a interrogantes que se derivan de la facultad de disposición del cuerpo humano:

¿Tiene derecho el hombre a donar partes de su cuerpo, para que sean usados en o por otra persona, aun cuando estas partes sean esenciales para la vida del donante? ¿Quién es el dueño de un cadáver y, en consecuencia, quién tiene derecho a disponer de él para fraccionarlo o venderlo, ya sea entero o debida y adecuadamente dividido en partes? Y en este caso, ¿con qué título tiene este derecho? ¿Quién tiene el derecho para determinar a qué persona debe colocarse el órgano de otro?<sup>4</sup>.

"Problemas como el de la inseminación artificial verificada plenamente 'in vitro', el del 'tratamiento' del feto, los 'lavados cerebrales', procedimientos para intensificar la capacidad intelectual humana, trasplantes de corazón, etc., suponen, junto al avance que en el plazo biológico o científico, propiamente signifique, una indudable derivación ética, social y jurídica... que no cabe perseverar en la actual falta de consideración jurídica hacia tales adelantos científicos, porque tal actitud equivaldría a abandonarlos en manos de posibles oportunistas quizá poco escrupulosos, y de otra parte, a que el derecho no supiera estar a la altura de su tiempo". (JOAQUÍN DIEZ DÍAZ. "El Derecho a la disposición del cuerpo", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, v. LIV núm. 4, abril de 1971. pág. 683).

Sobre el fenómeno biológico-instrumental de la inseminación y fecundación artificiales, *Cfr.* ALIRIO SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación artificiales: Aspectos Jurídicos", en *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia). Medellín, Colombia, v. XI, núm. 100, septiembre de 1981, págs. 371 a 412. Además, "La fecundación artificial y su implicación en los conceptos de filiación y paternidad", en la misma Revista, núms. 101-102. págs. 185 a 206.

<sup>3</sup> GERT KUMMEROW, *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos*, Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Mérida (Venezuela), 1969, págs. 9 y 10.

<sup>4</sup> ALFONSO NORIEGA, "Trasplantes de Órganos", en *Criminalia*, México, D. F., núm. 2, febrero 28 de 1969, págs. 190 bis y 192.

## 2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS

2-a) *Génesis. Propuesta parlamentaria.*—Desde el año de 1973, y por espacio de nueve años, se presentaron al Congreso de la República varios proyectos de ley, tendientes a consagrar positivamente el procedimiento de los trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos. Al comienzo se notó desidia en las discusiones por parte de los integrantes del órgano legislativo, quizá debido a lo embrionario que para ese momento resultaba esta práctica quirúrgica. Pero a medida que el tiempo transcurría, las ideas y conceptos fueron madurando y el interés por el tema fue contagiando a los más escépticos, lo que aunado a las exitosas experiencias conseguidas por eminentes cirujanos en varios hospitales universitarios, culminó con la expedición de la ley 9ª de 1979 (enero 24) “*Por la cual se dictan medidas sanitarias*”<sup>5</sup>, cuyos artículos 540 a 545, regulan lo concerniente a “*la donación o traspasso de órganos, tejidos y líquidos orgánicos de cadáveres o de seres vivos para trasplantes u otros usos terapéuticos*”, fijando pautas precisas que habrían de ser desarrolladas por el gobierno nacional (ejecutivo).

Entre 1973 y 1979, los congresistas LUIS CARLOS GIRALDO (proyecto de ley, núm. 128 de 1973), HERNANDO ECHEVERRY MEJÍA (proyectos de ley, núms. 71 de 1974 y 32 de 1975) y MARIO GIRALDO HENAO (proyectos de ley núms. 101 de 1978 y 58 de 1979)<sup>6</sup>, fueron los encargados de motivar el interés y la necesidad de regular los procedimientos de trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos.

2-b) *Reglamentación de la ley 9ª de 1979.*—El presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los arts. 120, ord. 3º y 135 de la Constitución Política, reglamentó el título IX de la ley 9ª de 1979, mediante la expedición de tres decretos, así:

a. *Decreto 2642 de 1980* (octubre 6), “por el cual se reglamenta el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a los procedimientos de trasplante de componentes anatómicos en seres humanos”<sup>7</sup>.

b. *Decreto 616 de 1981* (marzo 11), “por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, transfusión y conservación de sangre total o de sus fraccionados”<sup>8</sup>.

c. *Decreto 0003 de 1982* (enero 11), “por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 9ª de 1979, en cuanto a obtención, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de órganos o componentes anatómicos y líquidos distintos de la sangre”<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> *Diario Oficial*, núm. 35308, julio 16 de 1979.

<sup>6</sup> *Anales del Congreso*, núms. 77 (noviembre 30 de 1973), 58 (noviembre 13 de 1974), 37 (agosto 14 de 1975).

<sup>7</sup> *Diario Oficial*, núm. 35631, octubre 28 de 1980.

<sup>8</sup> *Diario Oficial*, núm. 35729, marzo 26 de 1981.

<sup>9</sup> *Diario Oficial*, núm. 35936, febrero 12 de 1982.

## 3. LOS TRASPLANTES DE COMPONENTES ANATÓMICOS EN COLOMBIA

Se han dado en nuestro país los primeros pasos en materia de trasplantes de algunos órganos específicos, tales como córneas, riñones, hígados, etc. Es precisamente en la ciudad de Medellín (Antioquia), donde los trasplantes de riñón han adquirido un moderado desarrollo en los últimos años, experiencia que ha estado a cargo del “*Grupo de trasplantes renales*” del Hospital San Vicente de Paúl, coordinado por el doctor JAIME BORRERO RAMÍREZ, eminente profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

El grupo se dedicó, hasta julio de 1973, a desarrollar un programa experimental en perros. El 29 de agosto de ese año se inició el programa de injerto renal humano, con donantes intrafamiliares. El primer receptor de riñón data de dicho año, con una supervivencia de más de diez años, en la actualidad. El 20 de mayo del siguiente año, se realizaron en forma simultánea los dos primeros trasplantes con riñones tomados de cadáveres, efectuados en Colombia.

Históricamente el grupo inició sus actividades con el servicio de nefrología en la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, en el año de 1962. El 25 de octubre de 1967 se practicó la primera hemodiálisis con el riñón artificial “Grace”, diseñado por el grupo.

Hasta la fecha se han practicado más de 185 trasplantes de riñón, 1 de hígado, 1 de médula ósea y muchos más de córneas y huesos.

Existen otros centros de trasplantes en el país: en Bogotá (Hospital Militar Central), en Bucaramanga (UIS) y en Cali (Seguros Sociales)<sup>10</sup>.

## II

### DISPOSICIONES GENERALES

## 4. INTRODUCCIÓN

ANTONIO GÓMEZ-REINO Y PEDREIRA ha dicho: “los principios que como rectores, informativos o de inspiración, deben a nuestro juicio, presidir y ser materializados con amplitud, en una normativa de los trasplantes de órganos que esté a la altura de los tiempos, normativa cuya justicia legitimadora ha de quedar ya fuera de toda duda...”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Información tomada de *Trasplantes Renales*. (Grupo de Trasplantes Renales Hospital Universitario San Vicente de Paúl-Facultad de Medicina-Universidad de Antioquia). Medellín, Ed. Bedout, 1977, pág. 169.

<sup>11</sup> ANTONIO GÓMEZ, REINO PEDREIRA, “Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 48, octubre-diciembre de 1971, pág. 64.

El decreto 2642 de 1980, consagra en el capítulo II (arts. 10 a 17), las "disposiciones generales", que seguidamente enfocaremos.

## 5. LA NECESIDAD TERAPÉUTICA DEL TRASPLANTE

"Las operaciones de trasplante solo podrán ser practicadas cuando en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos resulten ineficaces" (decreto 2642 de 1980, art. 10)<sup>12</sup>.

En el estado actual de las realizaciones en materia de trasplantes de componentes anatómicos domina un difundido consenso, en el sentido de acudir a este tipo de intervenciones solo cuando toda otra vía terapéutica, encaminada a devolver la salud o salvar la vida de los pacientes, se ha agotado o ha quedado obstruida por cualquier motivo.

La consagración de este principio obliga a los médicos, en consecuencia, a agotar los medios usuales de curación antes de recurrir al trasplante en el paciente. Los médicos no están autorizados para utilizar al paciente con fines de ensayo de técnicas nuevas que puedan ser puestas de lado, si son suficientes los métodos terapéuticos usuales<sup>13</sup>.

En algunos países este principio se encuentra regulado así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 3°*.

"Las operaciones de trasplante solo podrán ser practicadas una vez que los métodos terapéuticos usuales hayan sido agotados y no exista otra solución terapéutica para devolver la salud a los pacientes"<sup>14</sup>.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 10 de agosto de 1968, art. 4°*.

"El trasplante solamente será realizado si el paciente no tiene posibilidad alguna de mejorar, a través de tratamiento médico o intervención quirúrgica"<sup>15</sup>.

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 22 de junio de 1971, art. 5°, ordinal b*.

"...b) Que el sujeto receptor padezca de lesión irreductible en el órgano que debe ser trasplantado"<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Vide supra, nota 7.

<sup>13</sup> GERT KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 44 y "Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Universidad Autónoma de México), México, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, págs. 177 y 195. Además: ALICIA BEATRIZ FREIDENBERG, "Trasplantes e injertos en el cuerpo humano desde el punto de vista jurídico", en *Revista Jurídica* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán), San Vicente de Tucumán, Argentina, núm. 23, 1972, pág. 249. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, *op. cit.*, pág. 78. MAURICIO LUNA BISBAL, *Trasplantes*, Bogotá, Colombia, Edit. Temis, 1974, pág. 81.

<sup>14</sup> G. O. núm. 29891, agosto 28 de 1972.

<sup>15</sup> Lei núm. 5479, de 10 de agosto de 1968: "Disposições sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e das outras providências", publicada en *Justitia* (Órgão do Ministério Público de São Paulo), São Paulo, Brasil, v. 62, 1968, pág. 293.

<sup>16</sup> "Legislación peruana sobre injertos o trasplante de órganos, tejidos y partes del organismo", en *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, núm. 121, enero de 1972, pág. 60.

## 6. EL DEBER DE INFORMAR A CARGO DE LOS MÉDICOS

"...b) Que tanto donante como receptor hayan sido advertidos previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que conlleva el procedimiento por razón de la eventual presentación de situaciones no previsibles.

"c) ...

"d) Que el donante haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, síquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor.

"..."

"h) Que el receptor sea informado que se han efectuado los estudios necesarios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, por parte de un laboratorio cuyo funcionamiento esté aprobado por el Ministerio de Salud" (decr. 2642 de 1980, art. 18)<sup>17</sup>.

Este es un principio de unánime aceptación por la doctrina y el derecho comparado. Su análisis ha de estar íntimamente ligado al estudio del consentimiento otorgado tanto por el cedente<sup>18</sup>, como por el receptor, para la práctica del trasplante.

Es claro que el conocimiento que haya de dársele al paciente, no necesariamente debe consistir en una lección magistral de la técnica que se vaya a emplear. Sin embargo esta información debe precisar las secuelas que la intervención puede aparejar para la integridad funcional del cedente y los riesgos que el trasplante acarrearía —en razón del rechazo inmunológico, por ejemplo— para la integridad física del receptor. La comunicación de los riesgos a los interesados, se limitará a aquellos que *razonablemente* sean previsibles<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Vide supra, nota 7.

<sup>18</sup> Apoyándonos en un amplio e importante sector doctrinario, creemos que deben emplearse los términos *cesión por donación* y *cedente*, por *donante*. Lo anterior, por cuanto no todos los trasplantes se presentan a título gratuito; los hay y habrán a título oneroso (LUNA BISBAL, *op. cit.*, pág. 46). Además, se estaría prejuzgando la naturaleza del acto dispositivo. JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, v. LVIII, núm. 3, marzo de 1969, pág. 406. En los coloquios sobre "La Muerte y los Trasplantes de órganos", celebrados en Madrid en el año de 1968, se propuso como 19ª conclusión: "Se sugiere que siempre se hable en la ley como concepto más comprensivo y menos comprometido, de cedente y cesión en lugar de donante y donación", pues la cesión tiene un carácter mucho más acentuado que la donación y carece del significado de liberalidad peculiar de esta. Para algún autor, los términos donante o donador solo son admisibles "en los trasplantes de órganos dobles como los riñones en que la persona a quien pertenecen manifiesta su voluntad de que le saquen uno para proporcionárselo a otra, cosa que no ocurre en los trasplantes de órganos únicos, pues en estos no se da tal manifestación de voluntad y aunque se hubiera producido, si el sujeto de quien se extrae el corazón conserva todavía un resto de vida en el momento en que se le extirpa, sería por completo irrelevante, toda vez que la ablación de un órgano vital acarrea la muerte, y el derecho a la vida es indisponible". MANUEL RIVACOBBA y RIVACOBBA, "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho", en *Revista Mexicana de Derecho Penal* (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, núm. 20, abril-junio 1976, pág. 33.

<sup>19</sup> KUMMEROW, "Perfiles Jurídicos...", cit., pág. 45. K. ENGISCH, "Sobre problemas jurídicos en caso de trasplante homólogo de órganos", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Colegio de Abogados de Concepción. Universidad de Concepción), Concepción, Argentina, núms. 146-147, octubre-diciembre 1968, enero-marzo 1969, pág. 9. GÓMEZ REINO PEDREIRA, *op. cit.* pág. 78. FREIDENBERG, *op. cit.*, pág. 249.

En el derecho comparado, tenemos:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 4º.*

“Los médicos a cuyo cargo esté la operación de trasplante informarán suficientemente al receptor, del riesgo que implique la operación y de sus secuelas...”<sup>20</sup>.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, artículo 9º.*

“En todos los casos de donación entre vivos, los médicos que autoricen la extracción del órgano o tejido, para trasplante... le harán conocer (al disponente), también, que no es posible garantizar con absoluta certeza que en alguna contingencia ulterior en el curso de la vida, la falta del órgano o tejido pueda llegar a significar un factor de déficit funcional...”<sup>21</sup>.

Aluden a este requisito, también la ley 458 del 26 de junio de 1976, art. 2º, en Italia; y el decreto 47 de 1966, en Dinamarca<sup>22</sup>.

#### 7. LA GRATUIDAD Y LA ONEROSIDAD EN LA CESIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS

“Prohíbese cualquier retribución o compensación por el retiro o trasplante de componentes anatómicos” (decr. 2642 de 1980, art. 13).

“... (que) en ningún caso, exista compensación económica alguna, ni en dinero ni especie, para el donante, el receptor o terceras personas por los componentes anatómicos recibidos o donados” (decr. 2642 de 1980, art. 18, a).

“La donación de un componente anatómico no genera para el donante o sus deudos derechos susceptibles de valuación económica a título de retribución, compensación o indemnización por las secuelas que lleguen a presentarse por causa de la extracción de un componente anatómico” (decr. 2642 de 1980, art. 25)<sup>23</sup>.

Esta exigencia aparece también consagrada por los decretos 616 de 1981 (art. 2º) y 0003 de 1982 (arts. 1º, 9º, 22 y 27)<sup>24</sup>.

Uno de los problemas más agudos afrontados por la doctrina en el complejo de los derechos de la personalidad, y, específicamente en el área del poder de disposición del propio cuerpo y el de otras personas, radica en la oscilación entre dos posturas extremas: la *gratuidad* y la *onerosidad* de los llamados “contratos corporales”.

En la primera vertiente se agrupan las concepciones que parten de la no patrimonialidad de los derechos de la personalidad. En el otro extremo surge una tendencia favorable a la validez de los negocios a título oneroso, con arreglo a los cuales

<sup>20</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>21</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>22</sup> FREIDENBERG, ob. cit., pág. 247. La ley italiana 458, del 26 de junio de 1967, sobre “trasplante del riñón entre personas vivientes”, fue publicada en *Gazz. Uff.* de 27 de junio de 1967, núm. 160 Ext.

<sup>23</sup> *Vide supra*, nota 7.

<sup>24</sup> *Vide supra*, notas 8 y 9.

una persona puede disponer en vida de su cuerpo en beneficio de otro ser humano<sup>25</sup>.

Refiriéndose a la *gratuidad*, manifiesta ANTONIO GÓMEZ-REINO PEDREIRA:

“La propia eminente dignidad del hombre, hace absolutamente reprochable que su cuerpo o parte de él pueda ser objeto de tráfico en el más estricto y literal sentido, es decir objeto de negocios o actos jurídicos de carácter oneroso o con los que se persiga un lucro, actos que, por tanto, han de estar prohibidos por la ley, prohibición que debe alcanzar al cadáver o cuerpo muerto del hombre, por aquella condición de resto material del mismo que en él se da.  
.....”<sup>26</sup>.

Quienes defienden la *onerosidad* en la cesión de componentes anatómicos, son claros en sus opiniones. Por ejemplo, JOAQUÍN DíEZ DÍAZ, dice:

“Parece precipitado afirmar de entrada que el cuerpo humano queda fuera del comercio y que no puede ser objeto de contrato, al tenor del artículo 1271 del Código Civil (español). Mejor es no pronunciarse, en principio, en orden a su no comerciabilidad de una manera absoluta. Porque creemos que la pista acertada, en materia de contratación corporal, no viene referida a la problemática del objeto, sino, más bien al análisis de la licitud de la causa... el problema se traslada a resolver no ya la posibilidad de disposición corporal en abstracto, sino cómo, cuándo y hasta qué punto esa disponibilidad se torna ilícita o lícita. Pasan a primer plano la finalidad perseguida, la necesidad sentida y la contención de unos límites ineludibles...”<sup>27</sup>.

Creemos que, dentro del sistema de valores imperante y conforme a las bases que jurídicamente nos rigen, no es posible formular censura al deudo que demande

<sup>25</sup> KUMMEROW. “Un proyecto de ley...”, cit. págs. 179 y 180. Es dable suponer que la necesidad, en aumento progresivo, de contar con una fuente de tejidos y de órganos para la realización de trasplantes, constituye un argumento práctico y denso susceptible de servir de aval a la segunda postura, al crear un incentivo para los dadores. (JESSE DUKEMINIER, “Supplying organs for transplantation”, en *Michigan Law Review*, vol. 68, núm. 5, abril de 1970, pág. 812).

<sup>26</sup> GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 65. Sobre el tema consúltense los trabajos de FREIDENBERG, ob. cit., pág. 248. XAVIER PALACIO MACEDO, “Los trasplantes de corazón y algunos aspectos jurídicos-legales en México”, en *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969, pág. 66. Rechazan la cesión de órganos o componentes anatómicos a título oneroso, sin discriminar, entre otros: ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Derecho civil* (Parte general), Barcelona, España, 1943, págs. 548-549, parág. 114, nota 8 (como contrarios a las buenas costumbres). FRANCISCO MARTÍNEZ MANLIO, “Los trasplantes de órganos ante el Derecho Positivo Argentino”, en *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, núm. 101, mayo de 1970. Pág. 490. “Dictamen de la Academia Nacional de Medicina (de México) a la Secretaría de Salubridad y Asistencia de México”, en *Criminalia*, México, D. F., núm. 2, febrero 28 de 1969, pág. 941 (no debe aceptarse como donantes a individuos con propósito de lucro o cualquier otra ventaja personal). RENÉ DE SOLA, “¿Es un crimen el trasplante de corazones?”, en *Revista del Ministerio de Justicia*, Madrid, España, núms. 95-96, enero-junio de 1977, pág. 67 (“si bien la muerte extingue la personalidad, y el cadáver en sí adquiere la categoría legal de una cosa, se trata de una cosa *sui generis*, que debe considerarse fuera del comercio y de toda especie de contratación”). MANUEL RICO LARA, “Trasplantes de órganos en cuerpo humano”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 41, enero-marzo 1970, pág. 73 (“El cadáver es un bien ‘extrapatrimonial’ y está, por tanto, fuera del comercio de los hombres”). ANTONIO CHAVES, “Direitos a vida, ao próprio corpo e as Partes do mesmo (Trasplantes). Esterilização e Operações Cirúrgicas para Mudança de Sexo. Direito ao Cadáver e as Partes do mesmo”, en *Revista Da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), São Paulo, Brasil, v. LXXII, 1º Fasc., 1977, pág. 289 (“El cadáver es coas *extra commercium* no susceptible de derechos privados patrimoniales”).

<sup>27</sup> DíEZ DÍAZ, ob. cit., pág. 695.

un pago o emolumento a cambio de su asentimiento para que se haga uso del cadáver de un pariente.

No podría hablarse, en el caso anterior, de causa u objeto ilícito, ni de conveni- ción contraria al orden público o a las buenas costumbres, que sirvieran como motivo de anulación o invalidez del pacto celebrado.

Una exigencia pecuniaria de esta clase podría estar motivada por la codicia o por la necesidad. En el primer caso, el problema se desplaza al campo ético y deja el del derecho. Esto en razón de que pasa a convertirse en una acción puramente íntima que, en principio, no queda regida por el derecho. El derecho no tiene por objeto hacer mejores a los hombres, sino imponerles una conducta compatible, en lo externo, con las exigencias de la vida social. En el segundo caso, es decir, el de cobro por motivo de necesidad, la sociedad no podría desconocer el acto de quien, por las circunstancias en que ella lo hace vivir, se ve impelido a formular cobro<sup>28</sup>.

No estamos de acuerdo con un comercio ilimitado de componentes anatómicos para trasplantes, ni tampoco con la restricción a la existencia de algún emolumento en las condiciones que adelante expondremos.

Debiera permitirse la onerosidad en la cesión de órganos, tejidos o componentes anatómicos, cuando dicha operación no afecte o perjudique física o psicológicamente al cedente; y por ende, prohibirla cuando ella entrañe una disminución permanente en su integridad física<sup>29</sup>.

JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, considera que la disposición de órganos ha de realizarse:

“Por medio de convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evidente lucro para el cedente. Esto no quiere decir que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita... resultarán aptos para que tengamos por jurídicamente válida cualquier cesión de órganos o miembros por la que no se imposibilite ni menoscabe el normal, pleno, natural e ininterrumpido funcionamiento del organismo humano para la consecución de los fines que, civil y religiosamente, está llamado a cumplir. En tal sentido, nadie discute ya las facultades del hombre para donar y hasta vender adecuada y racionalmente parte de la sangre, de los tejidos e, incluso, huesos y ojos, con fines de altruista contribución a la mitigación del dolor humano...”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> CÉSAR DELGADO BACHMANN, “Aspecto jurídico de trasplante de órganos”, en *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú, núms. 1/2/3, enero/febrero/marzo, 1972, págs. 357 y 358. En idénticos términos se manifiesta EDUARDO NOVOA MONREAL, “Los Problemas Jurídico-sociales del trasplante del corazón”, en *Revista Jurídica Veracruzana* (Tribunal Superior del Estado de Veracruz). Veracruz, México, núm. 1, enero/marzo 1972, págs. 116 y 117.

<sup>29</sup> Señala DE SEMO, que del artículo 5° del Código Civil italiano, se desprenden algunos actos que resultan lícitos, pero otros están ciertamente prohibidos. Entre estos se incluyen los que, por mutilación externa o anulación glandular interna, determinen defectos irreparables en la integridad física. Cita de DIEZ DÍAZ, ob. cit., pág. 701. GARCÍA CONTERO, manifiesta que es inevitable contar con una cierta comercialización del cuerpo humano, pero debiendo rodearse de rigurosos requisitos el acto de disposición. Cita de REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 410. Igualmente RUIZ BADILLO. “El trasplante de órganos y el pensamiento jurídico español”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, España, núm. 777, 1968. Págs. 3-12.

<sup>30</sup> REYES MONTERREAL, ob. cit., págs. 409 y 412.

También LUIS CARLOS GIRALDO, autor del proyecto de ley núm. 128 de 1973, manifestaba al respecto:

“Los tiempos que vivimos nos imponen la obligación de reglamentar las enajenaciones de cadáveres y de órganos, tejidos y productos del cuerpo humano. Los bancos de sangre, de córneas, de huesos, de semen, etc., obran como intermediarios entre los vendedores y los futuros pacientes. Son verdaderos comerciantes... Querámoslo o no la compraventa de partes del cuerpo humano es ya una realidad, es un hecho social... no olvidemos que ante la gran demanda de elementos anatómicos para injertos muchos deudos esperan una compensación pecuniaria para autorizar que se proceda a la extracción correspondiente en el cadáver de su pariente...”<sup>31</sup>.

Algunos autores consideran viable la comercialización de las partes separadas del cuerpo, en cuanto, por el mismo hecho de la separación, esas partes u órganos corporales han devenido en cosas y por tanto en auténticos objetos capaces de derechos reales; propiedad que surge como una transformación del primitivo derecho de disposición existente sobre todo el cuerpo. Para unos sería la obligada prolongación de un *in se ipsum*; para otros se convertirían en *res nullius*, que se adquirirían por prioridad en la ocupación; y otros más recaban el dominio sobre las cosas o partes separadas, sin discusión, para la persona de que proceden, como un modo de adquisición originario, relativamente análogo a la adquisición del invento o las producciones intelectuales<sup>32</sup>.

Creemos con DE CUPIS, que no existe inconveniente en la negociabilidad de partes que aún no se han separado del cuerpo, como objetos presentes, incluso en concepto de cosas futuras, con efecto en el día en que tenga lugar la separación. Pero, con todo, el negocio jurídico encaminado a la ejecución de una tal detracción sería inválido, por atentar contra la integridad física de la persona, y, por ende, no exigible. Ahora bien, una vez acontecida la separación y dada su nueva calidad de auténtica *res*, nada se opone a su contratación o utilización<sup>33</sup>.

El mismo GÓMEZ-REINO PEDREIRA sostiene:

“Tratándose de partes regenerables del cuerpo humano, como tejidos o sangre, cabe admitir que las cesiones tengan carácter de donación mixta o remuneratoria, en cuantía previamente establecida por el poder público, lo cual viene siendo ya costumbre establecida y está incluso reglamentado, como no atentatorio a la moral, ni a las buenas costumbres...”<sup>34</sup>.

En lo que respecta a la disposición onerosa *post mortem*, consideramos que, jurídicamente, debiera permitirse la disposición hecha en vida de la persona a quien habrán de serle extraídas partes de su propio cadáver, en beneficio de terceras personas o para fines de investigación, puesto que, en el momento en que ha de ejecutarse la disposición, es imposible entender que se está atentando contra el

<sup>31</sup> *Anales del Congreso*, núm 77, noviembre 30 de 1973, pág. 1043.

<sup>32</sup> DIEZ DÍAZ, ob. cit., págs. 703 y 704.

<sup>33</sup> ADRIANO DE CUPIS, *El diritti della personalità*, Dott. A. Guiffirè, Ed., Milán, cita de KUMMEROW, “Perfiles jurídicos...”, cit. pág. 23.

<sup>34</sup> GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 66.

normal funcionamiento de lo que, con la muerte, dejó de ser apto para la consecución, de unos fines definitivamente agotados. Porque, evidentemente, ni los ojos, ni la sangre, como componentes de un todo, continúan cumpliendo sus funciones biológicas, las cuales fenecen con la vida del hombre<sup>35</sup>.

Es claro que esta posición encuentra barreras que se hallan aún impregnadas por motivaciones de neto cariz ideológico que intentan situar los despojos del cuerpo carentes de vida en el rubro de los *res extra commercium*, inidóneos para formar el objeto de derechos patrimoniales.

En la medida en que pueda ser separado el peso específico que en la sociedad actual ejercen las nociones de buenas costumbres, de respeto a la religiosidad de la muerte, o a la "sacralidad" del cuerpo humano, será admisible la cesión a título oneroso del propio cadáver<sup>36</sup>.

En cuanto a la *contraprestación o emolumento*, que pueda existir en la cesión de componentes anatómicos, a título oneroso, tenemos que, aunque suele realizarse mediante el pago de una suma de dinero, puede tomar algunas otras formas: promesa de atención médica gratuita al cedente por espacio de varios años, o por toda su vida, un seguro, etc. En el caso de órganos tomados de un cadáver, el correspondiente puede asumir la fórmula de prioridad, para la esposa e hijos del finado, en la obtención de órganos o piezas anatómicas si llegaren a necesitarlos. Otra forma sería sufragando parte o la totalidad de los gastos del hospital.

JESSE DUKEMINIER afirma que algunas formas de remuneración pueden ser éticamente justificables, aun cuando se concluya que el pago directo en dinero no lo sea<sup>37</sup>.

Algunos países consagran expresamente la gratuidad en la cesión de órganos o componentes anatómicos, así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 5°.*

"Se prohíbe cualquier retribución o compensación por los órganos y materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos. Cualquier cantidad pagada por tal propósito es repeteble"<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 415. LÉON MAZEAUD, asevera que el pacto en virtud del cual, "una persona vende su cadáver, en todo o en parte, parece así mismo válida, puesto que, la utilización del cadáver que se realice, trátase de una disección o de un injerto, no causa ningún daño a la persona al desaparecer esta al mismo tiempo que la vida", en "Los contratos sobre el cuerpo humano", publicado en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, España, 1953, cita de RICO LARA ob. cit., pág. 73.

<sup>36</sup> ANTONIO BORREL MACIÁ, estima admisible la cesión a título oneroso "en razón de que la finalidad a que el convenio conduce es completamente lícita, y el hecho de que el cedente reciba una suma de dinero —como indemnización de carácter moral— por ser excluido en todo o en parte su cadáver de la sepultura o porque se avenga a prestarlo o no, por sí solo no incluye ninguna inmoralidad", en *La Persona Humana*, Barcelona, España, Bosch, Editorial, 1954, pág. 130.

<sup>37</sup> DUKEMINIER, ob. cit., pág. 849. La retribución, señala DUKEMINIER, en los casos de trasplantes entre seres vivientes, revestiría la fórmula de promesa de atención médica gratuita al dador por espacio de varios años, o por toda su vida, o la de un seguro de vida... para los casos de órganos tomados del cadáver el correspondiente puede asumir la fórmula de prioridad, para la esposa e hijos del finado, en la obtención de órganos o piezas anatómicas si llegaren a necesitarlos (pág. 848).

<sup>38</sup> *Vide supra*, nota 14. La legislación venezolana prevé la aplicación de medidas privativas de libertad (presidio de cuatro a ocho años), a "quienes medien con propósitos de lucro en la obtención

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 1°.*

"La disposición gratuita de una o varias partes del cuerpo, «post mortem», para fines terapéuticos es permitida en la forma señalada en la presente ley"<sup>39</sup>.

PERÚ: *Decreto-ley núm. 17505 de 1969, art. 42, párrafo.*

"La donación (de órganos) se efectuará sin ninguna condición".

"Queda absolutamente prohibido el comercio de cadáver" (ibidem, art. 99)<sup>40</sup>.

En Italia la ley núm. 458 de junio 26 de 1976, sobre "Trasplantes del riñón entre personas vivientes", en su art. 6°, declara nulos "y sin ningún efecto" los pactos privados que prevean compensación pecuniaria o dineraria u otra utilidad para el dador, con el propósito de inducirlo al acto de disposición<sup>41</sup>.

La nueva ley española de trasplantes de órganos del 27 de octubre de 1979, excluye toda posible comercialización de órganos<sup>42</sup>.

En México, el "Reglamento Federal para la Disposición de Órganos", expedido en 1976, dispone en el art. 26:

"Para efectos de este reglamento se entiende por donación la cesión gratuita, voluntaria y revocable por quien la hizo del órgano o tejido hecha por persona física..."<sup>43</sup>.

En lo que respecta a los Estados Federales de los Estados Unidos, se sabe que en Delaware, Hawaii, Nevada, New York y Oklahoma, se estipula la no remuneración al *deceased*, pero no prohíben la venta de componentes anatómicos por parte de los parientes próximos del difunto (*next of kin*)<sup>44</sup>.

En Georgia, es "delito menor", recibir remuneración por la cesión de un ojo, o tomar posesión de uno de ellos, cuando una persona ha recibido compensación. El Estado de Mississippi, tiene un estatuto que permite a una persona contratar, con o sin consideración monetaria, la donación de partes de su cuerpo luego de su muerte; se estipula, además, que si el cedente revoca el contrato deberá indemnizar, devolviendo el dinero con un seis por ciento de interés.

La "Uniform anatomical Gift Act", aprobada en el verano de 1968, y recomendada por la "National Conference of Commissioners on Uniform States Laws", no contiene reglas que vedan la venta de componentes anatómicos<sup>45</sup>.

de órganos o materiales anatómicos con fines terapéuticos" (art. 6° ibidem); otra norma que instaura consecuencias patrimoniales desfavorables, establece que cualquier cantidad pagada con objeto de obtener la cesión de órganos o materiales anatómicos, está sujeta a repetición (art. 5° ibidem).

<sup>39</sup> *Vide supra*, nota 15.

<sup>40</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>41</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit. pág. 35.

<sup>42</sup> JAVIER GAFO, "Problemática social y ética de los trasplantes de órganos", en *Razón y Fe* (Revista Hispanoamericana de Cultura). Madrid, España, núm. 996, marzo 1981, págs. 237 a 249.

<sup>43</sup> *Anales del Congreso*, núm. 27, septiembre 11 de 1978.

<sup>44</sup> DUKEMINIER, ob. cit., pág. 861.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 861, notas 199, 200 y 201. Aparte del Estado de Georgia que estatuye la aplicación de penas, en los demás Estados de la Unión la única sanción se materializa en la carencia de toda

## 8. CONDICIONES DEL ÓRGANO TRASPLANTABLE

Los cuerpos legislativos que se han detenido a reglamentar el trasplante de componentes anatómicos, han sido cuidadosos en el análisis de los requisitos o condiciones que estos han de reunir al momento de ser utilizados terapéuticamente.

“El trasplante de órganos únicos, esenciales para mejorar las posibilidades de conservar la vida de las personas, solo podrá hacerse obteniéndolos de un cadáver” (decr. 2642 de 1980, art. 12)<sup>46</sup>.

“Solo será permitida la donación de uno de los órganos simétricos o pares<sup>47</sup>, cuyo retiro no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo, tenga por objeto un trasplante necesario desde el punto de vista terapéutico y sea indispensable para el receptor” (ibidem, art. 24).

“...Tratándose del trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales” (ibidem, art. 18, lit. c.)<sup>48</sup>.

En algunos países americanos, este principio se regula así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 7°.*

“Se prohíbe el trasplante de órganos únicos o vitales, o de piezas o materiales anatómicos cuya separación pueda causar la muerte o la incapacidad total y permanente del donante.

“El ejecutivo nacional, oído el parecer de la Academia Nacional de Medicina, determinará los órganos y materiales anatómicos susceptibles de ser objeto de trasplante entre seres vivientes”<sup>49</sup>.

BRASIL: *Ley 5479 de 1968, art. 10, num. 2°.*

“Solamente es posible el retiro a que se refiere el presente artículo, cuando se trate de órganos duplos o tejidos, o partes del cuerpo, que no implique un perjuicio o mutilación grave para el donante y corresponda a una necesidad terapéuticamente comprobada, para el paciente receptor”<sup>50</sup>.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, art. 2°, lit. c.*

acción para lograr el cumplimiento del convenio, frente a la negativa del dador. La venta de materiales anatómicos por los particulares o parientes cercanos solo está prohibida por los estados de Massachusetts y de Georgia. Ibidem, pág. 864. En Francia, el donante de sangre tiene derecho a una retribución por el tiempo invertido y la pérdida de fuerza que comporta la liberalidad (ley 21 de julio de 1952, incorporada a los arts. 666 a 667 del Código de la Salud Pública), mas tal indemnización no es entendida como correspondiente por el tejido retirado con fines terapéuticos. La ley italiana 458 de 1967, en su art. 7°, prescribe penas de reclusión de tres meses a un año y multa de 100.000 a 2'000.000 de liras para quienes medien, con fines de lucro, en la donación de un riñón.

<sup>46</sup> Vide supra, nota 7.

<sup>47</sup> “Denominanse órganos simétricos o pares, aquellos con funciones idénticas, situados a ambos lados del plano sagital del cuerpo humano” (decr. 2642 de 1980, art. 7°).

<sup>48</sup> Vide supra, nota 7.

<sup>49</sup> Vide supra, nota 14.

<sup>50</sup> Vide supra, nota 15.

“El injerto o trasplante puede efectuarse:...

c) Con órganos vitales o indispensables que, por su naturaleza y la función que desempeñan, se requiere la muerte del sujeto que los poseía en vida”<sup>51</sup>.

MÉXICO: *Reglamento Federal... de 1976, art. 27.*

“El trasplante de órgano único, esencial para la conservación de la vida, solo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver”<sup>52</sup>.

## 9. CONCEPTO DE MUERTE CEREBRAL

“Entiéndese por muerte cerebral el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se observan en ella los siguientes signos: a) ausencia de respiración espontánea; b) ausencia de reflejos superficiales y profundos; c) carencia de tono muscular, y d) desaparición de todas las señales electroencefalográficas (electroencefalograma plano), sin estar sometida a estados artificiales de hipotermia, ni encontrarse bajo los efectos de sedantes.

“Parágrafo: Cuando la persona presente las señales a que se refiere el presente artículo, se podrá diagnosticar la muerte cerebral, registrando el hecho en la historia clínica”<sup>53</sup>.

Es este uno de los temas de mayor controversia, que ha suscitado infinidad de planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales. A través de él, el hombre ha debatido por milenios, los lineamientos éticos y filosóficos de su propia existencia.

Algunos autores han criticado la adopción del concepto de muerte cerebral en los estatutos reguladores de los trasplantes de componentes anatómicos, ya que este concepto, dicen ellos, ha sido consagrado pura y exclusivamente a los fines del trasplante, es decir, para facilitar las operaciones de trasplante con el mayor margen posible de probabilidad de éxito.

“Ningún país ha adoptado dicho concepto —dice LUCIO EDUARDO HERRERA— a los únicos fines de la inhumación o de la transmisión de la herencia, con lo cual se reconoce

<sup>51</sup> Vide supra, nota 16.

<sup>52</sup> Vide supra, nota 43.

<sup>53</sup> Arts. 9° y 12 de los decrs. 2642 de 1980 y 0003 de 1982.

En proposición aprobada unánimemente por la Honorable Academia de Medicina de Medellín (Colombia), en su sesión ordinaria del 14 de marzo de 1973, se dijo al respecto:

“En pacientes sostenidos por medios artificiales como respiradores mecánicos u otros aparatos de sostén cardiovasculares, se acepta que la persona muere cuando la función cerebral está ausente y con base en una experiencia médica razonable no hay esperanza de recuperación. En estos casos se deben llenar los siguientes requisitos, indicativos de cambios irreversibles en el sistema nervioso y que caracterizan a la *muerte cerebral*: a) historia clínica compatible; b) ausencia de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos superficiales y profundos; d) carencia de tono muscular; e) desaparición de todas las señales electroencefalográficas (electroencefalograma plano) en un paciente normotérmico al cual no se le han suministrado sedantes ...”. (JAIME BORRERO, DAVID ARANGO, JORGE ARANGO, ERNESTO BUSTAMANTE, CÉSAR AUGUSTO GIRALDO y GUSTAVO PELÁEZ. *El concepto de muerte: La muerte cerebral y sus implicaciones éticas y médico-legales*”. Simposio celebrado en la Academia de Medicina de Medellín, el 14 de marzo de 1973, Impresiones “ASI”, Medellín, Colombia.

que la única muerte que sufre el ser humano es la real. Es que jurídicamente no puede existir dos conceptos diferentes para una única realidad material...<sup>54</sup>.

De esta manera se ha polarizado el tema en la doctrina, entre los sostenedores de la muerte clínica o cerebral, y quienes creen que la muerte se produce en un instante, esto es, la muerte real.

En el derecho comparado, se ha consagrado legislativamente este concepto de muerte cerebral o clínica, veamos:

PERÚ: Decreto 17505 de 1969, art. 41.

“Para los efectos del injerto o trasplante de un órgano vital, se considera muerte el paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro método científico más moderno empleado en el momento de la declaración”<sup>55</sup>.

ITALIA: Ley 644 del 2 de diciembre de 1975, art. 3°.

“...la determinación de la muerte debe ser efectuada, salvo los casos mencionados en el artículo 4°, mediante el examen continuo del electrocardiograma prolongado por lo menos de veinte (20) minutos y la determinación de ausencia de respiración espontánea, después de la suspensión, durante dos (2) minutos, de la respiración artificial y de la ausencia de actividad eléctrica cerebral espontánea y provocada”<sup>56</sup>.

ARGENTINA: Ley 21541 de 1977, art. 21.

“...comprobaciones idóneas que evidencien el cese total e irreversible de las funciones cerebrales”<sup>57</sup>.

ESPAÑA: Ley 30 del 27 de octubre de 1979.

“...la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida”.

El decreto reglamentario núm. 426 del 22 de febrero de 1980 exige:

“...la comprobación de la muerte cerebral basada en la constatación y concurrencia, durante treinta (30) minutos, al menos, y la persistencia seis (6) horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; 2) ausencia de respiración espontánea; 3) ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis; 4) electroencefalograma ‘plano’, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de la administración de drogas depresoras del sistema nervioso central”<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> LUCIO EDUARDO HERRERA, “Justificación legal de la muerte a los fines del trasplante de órganos”, en *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Colombia, núm. 19, 1983, pág. 72.

<sup>55</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>56</sup> *Gazzeta Ufficiale*, núm. 334 de diciembre 19 de 1975. Cita de HERRERA, ob. cit., pág. 70.

<sup>57</sup> HERRERA, ob. cit., pág. 73. Dicha ley ha establecido la posibilidad de efectuar trasplantes de órganos provenientes de personas con vida siempre que se trate de uno de los dos órganos pares o materiales anatómicos (tejidos pertenecientes a órganos) cuya remoción no implique riesgo razonablemente previsible de muerte o incapacidad total y permanente del dador (art. 12). También ha regulado el trasplante de órganos provenientes de personas fallecidas (art. 17).

<sup>58</sup> HERRERA, ob. cit., pág. 70.

Estatutos reguladores de trasplantes de componentes anatómicos, en tres países, no se acogen al concepto de muerte cerebral, exigiendo por el contrario la prueba indubitable de la muerte real; ellos son:

FRANCIA: Ley 76-1181 del 22 de diciembre de 1976, reglamentada por el decreto 78-501 del 31 de marzo de 1978<sup>59</sup>.

VENEZUELA: Ley del 10 de agosto de 1972, art. 12.

“Cuando los órganos y materiales anatómicos vayan a ser trasplantados, la muerte de la persona deberá ser comprobada por tres médicos distintos de los facultativos que integren el equipo de trasplante. La determinación de la realidad de la muerte se hará mediante el juicio clínico complementado con los procedimientos instrumentales idóneos...”<sup>60</sup>.

BRASIL: Ley núm. 5479 de 1968, art. 2°.

“El retiro para los fines a que se refiere el artículo anterior, deberá estar precedido de la prueba indubitable de la muerte”<sup>61</sup>.

### III

#### DISPOSICIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS POR LA PROPIA PERSONA

#### 10. INTRODUCCIÓN

Doctrinariamente, y así lo han entendido algunos cuerpos legislativos, suelen distinguirse los trasplantes de componentes anatómicos realizados entre personas vivas, de los efectuados con órganos retirados de cadáveres<sup>62</sup>. Enfocaremos el tema

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 71.

<sup>60</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>61</sup> *Vide supra*, nota 15. Algún sector doctrinario se opone a que el Derecho elabore una definición del momento de la muerte, ya que definiciones de este tipo tienen el vicio de asfixiar parte de la múltiple realidad que intentan abarcar. Así, la muerte es y será lo que siempre fue: un hecho real que pertenece al mundo del ser y no enmarcado en una definición jurídica y remitido al mundo del deber ser. HUMBERTO VIDAL, “Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al derecho penal”, en *Cuadernos de los Institutos*, Córdoba, Argentina, núm. 107, 1970, págs. 129 y 130.

En Colombia, el Dr. CÉSAR AUGUSTO GIRALDO G., ha dicho: “La definición de la muerte en base a la pérdida de la función cerebral, sin esperanza de recuperación, ha tenido amplia aceptación ética en todos los credos religiosos y políticos... numerosos Estados en el mundo se han acogido a la definición médico-legal de la muerte, fundamentándose en la muerte cerebral”. (*Medicina forense*. Bogotá, Colombia, Ed. Impresora Ranco Ltda., 1982, pág. 131. Véase también: “Trasplantes: Aspectos médico-legales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 7, julio/agosto/septiembre 1980, págs. 58 a 60).

<sup>62</sup> ANTONIO CAMAÑO ROSA, “Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, Uruguay, núm. 1, septiembre de 1969, págs. 21 a 24.

estudiando primeramente la cesión de órganos hecha por el propio donante, distinguiendo si la eficacia de la misma ha de producirse en vida del cedente (*ante mortem*), o cuando este haya fallecido (*post mortem*).

#### 11. CESIÓN HECHA EN VIDA CON EFICACIA "ANTE MORTEM"

Es inobjetable que las condiciones o presupuestos que han de tenerse en cuenta en la disposición de componentes anatómicos para trasplantes, varían si aquella ha de tener eficacia durante la vida del cedente, como si fuese a tenerla luego de fallecido.

Positivamente nuestros estatutos no hacen tal distinción, pero nosotros trataremos de delimitar sus características más importantes, apoyándonos en los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982.

De conformidad con los anteriores, los presupuestos o requisitos de la cesión *ante mortem*, pueden resumirse, así:

a) Que el cedente "*Haya sido advertido previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que conlleva el procedimiento por razón de la eventual presentación de situaciones no previsibles*"<sup>63</sup>.

b) "*Que tratándose de trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales*"<sup>64</sup>.

c) "*Que el donante haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, síquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre la vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor*"<sup>65</sup>.

d) Que la donación o cesión de uno de los órganos simétricos o pares, solo sea permitida, cuando su retiro "*no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo*"<sup>66</sup>.

e) "*Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente*" (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. b).

Los cuatro primeros literales, atienden lo que respecta a la integridad física y síquica del donante o cedente. De ahí que se considere como jurídicamente inadmisibles todo convenio o acto unilateral por el cual se ceda lo que, extraído en vida, por insignificante que sea, implique un *efectivo* peligro de extinción de la persona o la simple puesta en riesgo de que se extinga<sup>67</sup>.

11-a) *Consentimiento. Generalidades.*—El quinto y último literal merece un análisis especial, en virtud de la importancia que reviste para la validez del negocio dispositivo. Nos referimos al consentimiento que habrá de prestar el cedente.

<sup>63</sup> Vide supra, núm. 6.

<sup>64</sup> Vide supra, núm. 8.

<sup>65</sup> Vide supra, núm. 6.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> La justificación a los atentados que puedan derivarse de la extracción del órgano cedido, ha sido motivada recurriendo a la llamada teoría de los *intereses proporcionados*, invocada como fundamen-

Los cuerpos legislativos reclaman, tanto en las intervenciones hoy establecidas como de escasa peligrosidad, como en los trasplantes, que el médico obtenga el consentimiento del paciente o de las personas que legítimamente puedan emitir por él un acto decisorio de esa naturaleza. La responsabilidad del médico, quedaría comprometida si el consentimiento ha sido dolosamente obtenido.

En consecuencia, el consentimiento está vedado cuando el atentado ocasione una disminución permanente de la integridad física, y está vedado asimismo cuando es contrario, de cualquier manera, a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Lo anterior, por cuanto el consentimiento no podrá ser prestado en forma ilimitada, es decir, el radio de los derechos disponibles se prolonga hasta los límites impuestos a la libertad negocial. Aplicando un juicio puramente negativo, por derechos indisponibles se entendería, entonces, aquel sector en que las prohibiciones legales, las buenas costumbres o el orden público vedan al titular la actuación que comporte la pérdida o la disminución, o el riesgo de pérdida o de disminución del derecho.

El derecho a la integridad personal, encuadra en los derechos disponibles cuando no se trata de supresión, sino de disminución de esta, siempre que se sume el consentimiento del derecho-habiente y no resulte el individuo inidóneo al cumplimiento de sus deberes para con la familia y el Estado.

En los Estados Unidos de Norteamérica se han acuñado los términos "*consent*" e "*informed consent*", para definir la voluntariedad, libertad y consciencia. En el año de 1962, "The Kefauver-Harris amendments to the food, drug and cosmet act", definió aquellos términos de la siguiente manera:

"*Consent*" o "*informed consent*", significa que la persona tiene capacidad legal para consentir y facultad para poder ejercer libremente su poder de elección<sup>68</sup>.

Las condiciones exigidas por nuestros estatutos jurídicos, para la eficacia y validez del consentimiento emitido por el donante o cedente, pueden clasificarse en dos grupos. Uno comprensivo de los presupuestos de carácter *personal*; y otro que reúne los *materiales*. Veámoslos:

11-b) *Condiciones personales.*—Llamadas así por cuanto tienen que ver con los presupuestos síquicos y físicos que ha de reunir el donante o cedente como ser humano, para que su consentimiento no adolezca de nulidad.

Los decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982 regulan estas condiciones, con algunas deficiencias técnico-legislativas, que conducen necesariamente a interpretaciones incongruentes, deshilvanadas y contradictorias.

to de validez de las convenciones cuya ejecución (voluntaria) acarrearía una disminución de la integridad física. Su formulación está revestida de marcada simplicidad: el daño inferido al dador del tejido no es legítimo sino, cuando en razón de él, pueda ser evitado un perjuicio mayor en otra persona. KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit. pág. 32. Para REYES MONTERREAL, el atentado "solo puede estar justificado cuando el mal que con ello se cause... resulte mínimo y siempre de menor entidad que el beneficio que con la cesión se produzca...". Ob. cit. pág. 410.

<sup>68</sup> E. BLYTHE STASON, "The role of law in medical progress", en *Law and contemporary problems*, 1967, pág. 590.

El decreto 2642 de 1980, en su capítulo III ("Los trasplantes entre personas vivas"), art. 18, lits. e) y g), estipula:

"El trasplante de componentes anatómicos entre personas vivas requiere:

"e) Que de conformidad con el dictamen de la Junta Médica de trasplante, el donante no presente *trastornos mentales*. (Subrayado nuestro).

"g) Que el donante en el momento de expresar su voluntad no esté *privado de libertad*, no se encuentre en estado de inconsciencia, sea mayor de edad y siendo mujer no esté en estado de embarazo;...". (Subrayado nuestro)<sup>69</sup>.

El decreto 0003 de 1982, en su capítulo III ("De la donación y sus requisitos"), art. 52, consagra:

"Para los efectos de la donación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos por parte de seres vivos o sus deudos, con destino a los bancos de órganos regulados en el presente decreto, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- "a) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *sean mayores de edad*;
- "b) Que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente;
- "c) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *no estén privados de la libertad*;
- "d) Que el *donante* o los deudos responsables de la donación *no presenten trastornos mentales*;...". (Sub. nuestro)<sup>70</sup>.

Luego de la transcripción de las anteriores disposiciones, se nos ocurre un interrogante: ¿En qué instante se le debe exigir al donante el cumplimiento de los reseñados requisitos?

Según el decreto 2642 de 1980, "*en el momento de expresar su voluntad*"; pero de acuerdo con el 0003 de 1982, en el momento de efectuar la donación, que puede coincidir con el momento de la ablación o extracción del órgano.

De tal manera que para el primer decreto, es requisito *sine qua non*, para la efectividad del consentimiento, que este haya sido expresado cuando el *donante* no hubiere estado privado de la libertad o en estado de inconsciencia, ni fuere menor de edad; y siendo mujer, no se encontrare embarazada, aunque para el momento de la extracción del órgano el donante se encuentre en alguna de tales circunstancias.

En cambio, para el decreto 0003 de 1982, es indispensable que para el momento de la ablación o extracción del órgano el donante sea mayor de edad, no esté privado de la libertad, ni presente trastornos mentales. He ahí una incongruencia más, de dos estatutos que intentan reglamentar un mismo fenómeno médico-quirúrgico, como son los trasplantes de componentes anatómicos.

Seguidamente estudiaremos cada uno de estos requisitos:

11-c) *Ausencia de trastornos mentales*.—Requisito consagrado por los literales e) del art. 18, del decreto 2642 de 1980, y d) del art. 22, del decreto 0003 de 1982<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Vide supra, nota 7.

<sup>70</sup> Vide supra, nota 9.

<sup>71</sup> Este requisito fue previsto en anteriores proyectos de ley, así:

Proyecto de ley núm. 128 de 1973, art. 6°: "Queda prohibida la extracción de órganos o tejidos

El trastornado o enfermo mental es aquella persona cuya voluntad se halla destruida o viciada. Nuestros estatutos jurídicos no permiten que sean utilizados como cedentes o donantes de componentes anatómicos, los individuos que se encuentren en estado de perturbación síquica, el cual excluya o imposibilite la libre determinación de la voluntad.

En dictamen que la Academia Nacional de Medicina de México, rindiera al Secretario de Salubridad y Asistencia de ese país, en el año de 1969, se decía:

"...Es necesario insistir en que el donador debe ser sometido a estudio siquiátrico, para evaluar su madurez emocional, calificar los móviles de su determinación y precisar la firmeza de su decisión".

Se sugirió así mismo, que

"los prisioneros, los enfermos mentales, los individuos en estado de inconsciencia y los menores de edad, así como cualquier otro sujeto privado de libre albedrío no podrán ser aceptados como donantes"<sup>72</sup>.

GERT KUMMEROW considera que todo acto

"de disposición solo podrá ser autorizado si el donante está en pleno goce de sus facultades mentales conforme a valoración siquiátrica del Departamento respectivo del Instituto, Establecimiento o Centro Hospitalario donde se practicará la operación..."<sup>73</sup>.

En algunos países se tipifica esta exigencia, así:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 9°*.

"La donación solo podrá ser autorizada a condición de que el donante esté en pleno goce de sus facultades mentales conforme a valoración siquiátrica del Departamento respectivo del Instituto..."<sup>74</sup>.

PERÚ: *Decreto 98-71-SA de 1971, art. 11*.

"Todo establecimiento de salud que esté capacitado técnicamente para ejecutar injertos o trasplantes de órganos o tejidos, deberá contar con un siquiátra y un sicólogo que efectúen la evaluación síquica del paciente previa a la operación. Así como la evaluación psicológica post operatoria para determinar posibles reacciones al injerto o trasplante"<sup>75</sup>.

anatómicos a los menores de edad y en general, a los incapaces...". Art. 10: "La donación solo podrá ser autorizada cuando el donante se encuentre en pleno goce de sus facultades mentales, según concepto de un siquiátra designado para este efecto". Igualmente el art. 5° del proyecto de ley núm. 32 de 1975. El proyecto 101 de 1978, art. 4°, num. 3°: "El transplante de órgano par de un ser vivo a otro requiere... 3) Que el donante manifieste libremente su voluntad sin coacción alguna física o moral, y que no sea débil mental...".

<sup>72</sup> En Revista *Criminalia*, citada, pág. 94. LUZ DE LOURDES SOLORZANO, manifiesta que "la elección del donante... no debe realizarse únicamente con base en aspectos biológicos, sino realizar un estudio completo, psiquiátrico, psicológico y social, al igual que se hace en el receptor..." ("Manifestaciones siquiátricas en el trasplante renal"). *Boletín Médico del Hospital Infantil*, México, febrero de 1970. pág. 93.

<sup>73</sup> KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit., pág. 184.

<sup>74</sup> Vide supra, nota 14.

<sup>75</sup> Vide supra, nota 16.

En Italia la ley 458 de 1967 (art. 3°) estipula que únicamente podrá ser autorizada la donación de riñón, si el donante es mayor de edad, posee capacidad de entender y de querer<sup>76</sup>.

En España la nueva Ley de Trasplantes de Órganos, de 27 de octubre de 1979, exige que el donante se halle en pleno uso de sus facultades mentales<sup>77</sup>.

En contra de lo aceptado por un amplio sector doctrinario, la legislación colombiana descarta la posibilidad de que las personas incapaces de consentir válidamente como cedentes de órganos sean representadas por sus parientes próximos o guardadores, para efecto de emitir dicho consentimiento.

El profesor K. ENGISCH, ha dicho que para las personas incapaces de prestar su consentimiento podría aceptarse la competencia del encargado de cuidarlos (padres, guardador)<sup>78</sup>.

GÓMEZ-REINO PEDREIRA, acepta que si el donante no "puede" consentir, serán sus parientes próximos quienes lo hagan. "Sin embargo, en estado de necesidad, el médico no está obligado a esto último..."<sup>79</sup>.

Sin embargo, hay quienes se oponen a esta "delegación".

REYES MONTERREAL observa que no cabe autorizar a un tercero ni delegar en él para que, llegado el caso, decida sobre la extracción, consinténdola o negándola. "Nos parece que las facultades legales de representación no pueden abarcar acto tan trascendente cuando, en ningún caso, la persona a quien se represente está personalmente obligada o sea su cuerpo precisamente el que se haya de entregar..."<sup>80</sup>.

11-d) *No estar privado de la libertad*.—Requisito regulado por el decreto 0003 de 1982, literal c), del art. 22; y decreto 2642 de 1980, literal g), del art. 18. En Colombia se prohíbe que las personas privadas de la libertad donen o cedan componentes anatómicos.

No podemos olvidar que los trasplantes de órganos son considerados aún como una práctica con propósitos de investigación científica. Esto nos motivó a confrontar las anteriores disposiciones, con otra de rango superior, cual es el art. 54 de la ley 23 de 1981, que estipula:

"Las personas que se encuentren privadas de la libertad no podrán ser utilizadas con propósitos de investigación científica, en *contra de su voluntad*" (Sub. nuestro)<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 35, nota 67. R. DIERKENS, reclama la conjugación de la capacidad jurídica y de la capacidad de entender y de querer. Para este autor, el ejercicio del derecho sobre el cuerpo supone la madurez suficiente para calibrar los riesgos inherentes a la ablación (*Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, Ed., Paris, 1966, núm. 65, cita de KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit. pág. 183, nota 24).

<sup>77</sup> GAFO, ob. cit., pág. 238.

<sup>78</sup> K. ENGISCH, ob. cit., pág. 8.

<sup>79</sup> GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 77.

<sup>80</sup> REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408.

<sup>81</sup> *Anales del Congreso*, núm. 44, marzo 16 de 1981, pág. 543.

La interpretación lógica de estas disposiciones, nos llevó a concluir que con la expedición de los arts. 22, lit. c) y 18 lit. g) de los decretos 0003 y 2642, de 1982 y 1980 respectivamente, se violó el art. 54 de la ley 23 de 1981.

Lo anterior nos indujo a plantear ante el Honorable Consejo de Estado esta inquietud, solicitando la nulidad de las normas pertinentes.

Decíamos:

"En nuestro modesto parecer, el decreto 0003 de 1982 no podía, legalmente, restringir el derecho otorgado por la ley 23 de 1981 a las personas privadas de la libertad a ser utilizadas con fines de investigación científica.

"Una de las formas como una persona puede ser utilizada «con propósitos de investigación científica», es a través de los trasplantes de órganos o componentes anatómicos, ya sea que se actúe como donante o como receptor de los mismos...

"Nótese que mientras que el decreto 2642 de 1980, lo importante es que al momento de expresar su voluntad o de consentir, el donante, no esté privado de libertad, así lo esté para el momento de la operación o intervención quirúrgica, con lo cual no se opone a lo estipulado por la ley 23 de 1981, para el 0003 de 1982, solo se exige que el donante no esté privado de la libertad, al momento de efectuar la donación, impidiendo de esta manera, a los que se hallan en dicha circunstancia ser utilizados con propósitos de investigación científica... Con base en las alegaciones expuestas, solicito con el debido respeto... se declare nulo el literal c), del artículo 22 del decreto 0003 de 1982, por encontrarse en evidente oposición con el artículo 54 de la ley 23 de 1981..."<sup>82</sup>.

11-e) *No encontrarse inconsciente*.—Regulado por el literal b), del art. 22 del decreto 0003 de 1982. La inconsciencia puede ser producida por la embriaguez, anestesia (éter, cloroformo), narcóticos, estupefacientes (marihuana, cocaína, morfina, heroína, opio, etc.), hipnosis, sonambulismo, sueño, etc.

Creemos que los "trastornos mentales" y el "estado de inconsciencia", bien hubieran podido encasillarse en un solo literal o numeral, con una redacción que los abarcara en una forma general y más técnica, v. gr., "que el donante se encuentre disfrutando de plenas facultades mentales y volitivas, según concepto de la Junta Médica de Trasplantes".

11-f) *Ser mayor de edad*.—Tipificado por los literales a) del art. 22 del decreto 0003 de 1982, y g) del art. 18 del decreto 2642 de 1980. En Colombia la mayoría de edad, se adquiere al cumplirse los dieciocho años, según lo dispone la ley 22 de 1977<sup>83</sup>.

Los doctrinantes se hallan divididos en cuanto a la exigencia de edad para consentir la donación o cesión. MANUEL RICO LARA ("dieciocho años o más"), REYES MONTERREAL ("basta con tener catorce años cumplidos"), GÓMEZ-REINO PEDREIRA ("a los veintiún años... en las cesiones *post mortem*... la edad de catorce años... a partir de la cual se puede testar conforme a lo dispuesto por el Código Civil...")<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Apartes de la demanda de nulidad que incoáramos ante el Consejo de Estado, en la cual invocamos "se declare nulo el ordinal c) del art. 22 del decr. 0003 de 1982, por encontrarse en evidente contradicción con el artículo 54 de la ley 23 de 1981".

<sup>83</sup> El art. 1° de esta ley, dispone: "Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho años (18)".

<sup>84</sup> RICO LARA, ob. cit., pág. 76. REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., págs. 67 y 71.

En los Estados Unidos de Norteamérica, donde el planteamiento aún se discute apasionadamente, la opinión mayoritaria coincide en aceptar que el menor no puede emitir válidamente su consentimiento para una operación que no ha de repercutir en su beneficio. Como se ha visto, algunos sectores de la doctrina —de modo transaccional— reclaman, además del consentimiento del menor, capaz de entender y de querer, el de sus padres.

Tres decisiones de los organismos jurisdiccionales norteamericanos de Massachusetts, aprobaron la remoción del riñón de un menor para trasplantarlo a un hermano gemelo, con el argumento de que el donante entendía perfectamente las secuelas de la ablación para su equilibrio funcional, aparte del hecho de que recibía un beneficio potencial al catalizar el impacto síquico que hubiera representado para él la muerte de su hermano<sup>85</sup>.

Los jueces que conocieron del caso fundamentaron sus decisiones en tres puntos:

- a) que los padres hayan consentido;
- b) que el donante-menor haya entendido la naturaleza de la operación y sus posibles consecuencias, y las haya consentido; y
- c) para evitar el grave impacto emocional que sufriría el menor, si su hermano gemelo fallece<sup>86</sup>.

En Colombia no se exige que los receptores de órganos guarden determinado grado de parentesco con el donante o cedente tal como sí sucede en otros países, por ejemplo en Italia, que admite como donantes a padres o hermanos del paciente, dándose cabida a otros “parientes, y aun a terceros extraños al círculo familiar, cuando el paciente no tenga tales consanguíneos o ninguno de ellos sea idóneo o disponible” (ley 458 de 1967, art. 1º)<sup>87</sup>.

En Venezuela se admite como donantes a “los padres, los hijos mayores de edad y los hermanos mayores de edad del receptor” (ley del 10 de agosto de 1972, art. 8º)<sup>88</sup>.

11-g) *Que siendo mujer, no se encuentre embarazada.*—Requisito que trae el literal g) del art. 18 del decreto 2642 de 1980.

Según esta disposición (*vide*, 11-b) *solo* interesa que la mujer al momento de consentir la donación *no* se encuentre en “estado de embarazo”. Lo que indica que habiendo consentido en estas condiciones, no importa que al momento de ejecutarse la extracción del órgano, se halle efectivamente embarazada.

¿Qué quiso el legislador proteger con este requisito? No fue la existencia o supervivencia del *nasciturus* o concebido, quien podría resultar lesionado en su integridad con la intervención quirúrgica; tampoco a la futura madre, quien, por su mismo estado de gravidez, pondría en peligro su salud y la de su futuro hijo.

<sup>85</sup> La literatura médica revela que el rechazo inmunológico es ostensiblemente mayor entre parientes colocados en grados más lejanos y entre personas desvinculadas de todo tipo de nexo familiar.

<sup>86</sup> DUKEMINIER, ob. cit., pág. 851.

<sup>87</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 35.

<sup>88</sup> *Vide supra*, nota 14.

¿Qué importa que al momento de “expresar su voluntad” la mujer se encuentre o no “en estado de embarazo”? Lo que sí interesa es que esa voluntad no se materialice o se ejecute, encontrándose en dicho estado, por las razones ya anotadas.

11-h) *Condiciones materiales.*—Estudiados los presupuestos de índole personal, que tienen que ver con la voluntariedad, libertad y consciencia con que debe expresarse el consentimiento, corresponde ahora analizar la manera como este *debe* ser materializado. Según el art. 28 del decreto 2642 de 1980, la *voluntad* manifestada por el cedente de permitir la extracción de un órgano o componente anatómico con fines terapéuticos, *deberá expresarse*:

- a) por medio de documento público, o
- b) por medio de documento privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles.

El art. 28 del decreto 0003 de 1982, alude a los mismos medios probatorios, pero en vez de decir *deberá*, dice *podrá* ser expresada.

De la interpretación de las anteriores disposiciones, surgen algunos interrogantes: ¿Podrá una persona ceder algún órgano o componente anatómico, utilizando un medio o mecanismo distinto de los reseñados en las disposiciones citadas, como vehículo para *expresar* su voluntad? Según el decreto 2642, la enumeración es taxativa, pero atendiendo al 0003, que es posterior, son viables otros mecanismos.

También se hace necesario distinguir el medio utilizado cuando la facultad dispositiva del cedente va a tener efectos *ante mortem* o *post mortem*.

Creemos que, además de los medios señalados por el art. 28 del decreto 0003 de 1982, el cual debe primar sobre el 2642 de 1980, según conocidas reglas de interpretación (ley 153 de 1887, art. 2º), es evidente que también puede hacerse en forma verbal, “ante la institución o centro hospitalario autorizado por el Ministerio de Salud para la práctica del trasplante”. Es así como una persona, mayor de edad y consciente, puede hacer disposición *ante mortem* de órganos o componentes anatómicos, con destino a los bancos de órganos autorizados por la ley, ya sea utilizando alguno de los documentos señalados en el art. 28 del decreto 0003 de 1982 (público, privado autenticado o suscrito ante dos testigos hábiles), verbalmente, cuando el cedente no supiere o no pudiese firmar, a través de grabaciones magnetofónicas en discos, cintas o similares.

En el Estado de Delaware (USA), el donante puede firmar en presencia de dos testigos y puede reconocer su firma delante de un notario público. (Del Code Ann. ch. 24-1781 supp. 1969)<sup>89</sup>.

En el Estado de Massachusetts, la donación ha de constar en documento escrito y firmado por tres personas, ninguna de las cuales puede ser un agente, criado o empleado del hospital donatario; ha de llevar, además, adherido un certificado expedido por médico registrado, en el cual se manifieste que el donante, al momento de elaborar el documento, se encontraba en plenas facultades mentales y no se hallaba bajo la influencia de narcóticos. (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 113, 7-10 1967)<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> DUKEMINIER, ob. cit.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

El profesor K. ENGISCH, sostiene que "el (consentimiento) no está sujeto a formalidades. No es necesario que sea prestado por escrito"<sup>91</sup>.

La tesis que pregonamos parece ser la seguida por la ley venezolana sobre trasplantes de órganos de 1972, al consagrar:

"...el consentimiento para el retiro de órganos y materiales anatómicos *será comunicado* por el donante... al establecimiento o centro hospitalario donde se practicará la operación de trasplante y se dejará constancia por escrito del acto en la historia clínica del donante..." (art. 9º, inciso 2º)<sup>92</sup>.

Por otra parte en la República del Perú, el Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, en su art. 15, inciso 1º, se aparta de nuestra tesis, al disponer:

"...el consentimiento (del disponente y receptor)..., debe constar en documento que haga indudable la manifestación de voluntad del disponente y del receptor, o quien los represente"<sup>93</sup>.

## 12. CESIÓN HECHA EN VIDA CON EFICACIA "POST MORTEM"

De los literales señalados como requisitos en la cesión *ante mortem*, solamente el último es valedero en la *post mortem*, es decir, la exigencia de que la donación o cesión haya sido hecha en forma voluntaria, libre y consciente. Las anotaciones hechas en cuanto al consentimiento, condiciones personales del cedente, son válidas para el tipo de cesión que nos proponemos analizar.

En cuanto a los presupuestos o condiciones que hemos denominado materiales, cabe hacer algunas distinciones. Aquí no es el cedente quien personalmente manifiesta su voluntad de donar: es una tercera persona, quien es portadora de dicha voluntad. Si abogáramos porque al cedente no se le restringieran los medios mediante los cuales quisiera hacer valer su intención, ahora nos situamos en el plano opuesto. Los documentos o medios utilizados en vida por el cedente, han de ser analizados e interpretados cuidadosa y rigurosamente, buscamos en todo momento que su voluntad no sea o haya sido tergiversada.

JESSE DUKEMINIER, considera que ante las eventualidades y por la necesidad de extraer prontamente los órganos vitales, una persona puede llevar consigo un instrumento de donación, de tal modo que podría disponerse rápidamente de él; pero, para muchas personas, llevar una tarjeta en la cual se dijera: "en mi muerte, mis órganos se los dono a fulano de tal", es psicológicamente imposible. El recuerdo permanente de su propia muerte podría acarrear espantosas ansiedades<sup>94</sup>.

Para RICO LARA la cesión del cadáver ha de ser hecha bajo forma testamentaria, dada la importancia de dicho acto dispositivo<sup>95</sup>.

DIERKENS cree que las formas de realizar la donación son: por testamento (alcanzando efectividad con la muerte del testador), en cuyo caso es válida, aunque el testamento se impugne por otros motivos, y finalmente mediante documento suscrito ante dos testigos<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> ENGISCH, ob. cit., pág. 9.

<sup>92</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>93</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>94</sup> DUKEMINIER, ob. cit., pág. 827.

<sup>95</sup> RICO LARA, ob. cit., pág. 73.

<sup>96</sup> Cita de RICO LARA, ob. cit., pág. 73.

Por su parte, DÍEZ DÍAZ no considera necesaria la escritura notarial. Bastaría el simple documento privado ante testigos y, cualificadamente, ante el director del establecimiento<sup>97</sup>.

En el derecho comparado, se ha establecido al respecto:

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, art. 26.*

Para la utilización de un órgano o tejido aprovechable de un muerto se requiere: (a). Consentimiento del sujeto antes de morir...". Consentimiento que "debe constar por documento que pruebe en forma indudable la voluntad manifestada, quedando prohibido por lo tanto, el consentimiento verbal para realizar el injerto o trasplante de todo órgano o tejido". (Art. 27, *ibidem*)<sup>98</sup>.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 3º.*

"El permiso para el aprovechamiento, a que se refiere el artículo 1º (disposición *post mortem*), podrá hacerse efectivo, si se da cumplimiento a una de las siguientes condiciones:

"I- Por manifestación expresa del disponente;

"II- Por la manifestación de voluntad, expresada a través de instrumento público, cuando se trate de disponente relativamente incapaz o de analfabeto;

"III- Por la autorización escrita, otorgada por el cónyuge no separado, o en subsidio, por los descendientes, ascendientes o colaterales, o por las corporaciones religiosas o civiles responsables por el destino de los despojos..."<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ MANLIO considera "que el donante puede prestar su consentimiento mediante testamento, o bien en la cláusula adicional de otro contrato, como por ejemplo, el seguro de vida. Y así sería plausible autorizar al beneficiario del capital asegurado, a disponer del cadáver o de sus órganos, de la manera más conveniente. Según este autor, en Norteamérica se ha sugerido que "cada posible donante lleve consigo una pequeña tarjeta, al igual que el grupo sanguíneo, autorizando la extracción de sus órganos para el caso de su muerte. Con el fin de contribuir al progreso de la ciencia, son muchos los medios que se propugnan" (ob. cit., pág. 49).

El Dr. MARIO ARBELAEZ, del Grupo de Trasplantes Renales del Hospital Universitario San Vicente de Paúl, nos ha suministrado un formato que se utiliza en el Estado de Missouri (USA), para la cesión de órganos:

Mediante la presente, hago <i>voluntaria</i> donación anatómica, para después de mi muerte:	
<input type="text"/>	Cualquier órgano <input type="text"/> Específicamente
Firma del donante _____	Tipo de sangre donante _____
Primer testigo _____	
Segundo testigo _____	
Observación médica _____	Autorizado por la Ley Estatal 194240 de 1975

Este formato va adherido a documentos de permanente utilización, como los pases de conducción, documentos de identidad, tarjetas de crédito, etc.

<sup>98</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>99</sup> *Vide supra*, nota 15.

En VENEZUELA, la ley de 10 de agosto de 1972, art. 11, exige que la voluntad *post mortem* del donante se manifieste siempre "por escrito" al centro hospitalario debidamente autorizado<sup>100</sup>.

La jurisprudencia italiana (sent. cas. 20 de marzo de 1944, núm. 211) considera que las disposiciones referentes a la destinación del propio cadáver, aunque no estén contenidas necesariamente en testamento, "deben resultar de un acto escrito, siendo por tanto inadmisibles la prueba testimonial"<sup>101</sup>.

### 13. REVOCABILIDAD

Se entiende por revocación, el acto unilateral por el cual una persona, no ligada por acto alguno con otra, deja sin valor un acto jurídico propio, como un testamento o un legado.

En cuanto a los procedimientos de trasplantes de componentes anatómicos, el art. 29 del decreto 2642 de 1980, reza:

"El donante podrá revocar el acto por el cual dona parte de su cuerpo"<sup>102</sup>.

El decreto 0003 de 1982, art. 28, parágrafo 2º, dispone en similares términos:

"El donante podrá revocar en cualquier momento el acto mediante el cual hace donación parcial o total de su cuerpo"<sup>103</sup>.

En otro aparte de este estudio afirmábamos que nuestro ordenamiento jurídico solo admite la disposición de órganos o componentes anatómicos a título gratuito, y, por ello, el donante puede en cualquier momento revocar lo que voluntaria, libre y conscientemente quiso donar, sin que dicho comportamiento pueda dar lugar al surgimiento de derechos en contra de este y a favor del donatario o de terceras personas. Aunque esta última premisa no está expresamente codificada, ya en anteriores proyectos de ley se hacía alusión a la misma, como una derivación implícita de la facultad de disposición y de revocación<sup>104</sup>.

GERT KUMMEROW, ha dicho al respecto:

"...el acto dispositivo *ante mortem* es un acto unilateral, de última voluntad y esencialmente revocable hasta la muerte aun en forma verbal"<sup>105</sup>.

"La revocabilidad del consentimiento operará con plena eficacia liberatoria en el sector de los atentados susceptibles de producir una disminución permanente de la integridad física,

<sup>100</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>101</sup> En "*Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*", 1944, v. xv, págs. 570 y 571. Cita de KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 60, 134.

<sup>102</sup> *Vide supra*, nota 7.

<sup>103</sup> *Vide supra*, nota 9.

<sup>104</sup> La revocabilidad fue prevista en anteriores proyectos de ley, así: Los arts. 12 del proyecto núm. 128 de 1973 y 6º del proyecto núm. 32 de 1975, consagraban esta facultad, añadiendo que la misma no "da lugar a los derechos en contra del donante". El artículo 7º del proyecto núm. 101 de 1978, disponía que "es revocable el acto por el cual una persona dispone de parte de su cuerpo, sea que tal acto deba recibir ejecución durante la vida o después de la muerte del disponente o donante. La revocación no da lugar a derechos en contra del donante".

<sup>105</sup> KUMMEROW, *Proyecto de ley...*, cit., pág. 189.

pero similar consecuencia quedaría descartada cuando la actuación del pretensor —conforme al contenido del acto negocial— no conduzca a una disminución o minimización tal de la integridad"<sup>106</sup>.

¿Cómo se efectúa la revocación del acto por el cual una persona dispone en todo (cesión *post mortem*) o en parte (cesión *ante mortem*) de su cuerpo? La fórmula más sencilla sería elaborando un nuevo documento de donación, en el cual se dijera: "revoco cualquier disposición de órganos hecha en anterior o anteriores documentos", o algo similar.

*The uniform anatomical gift act*, permite la revocación por destrucción, cancelación o mutilación (núm. 6 b). Pero por otra parte, no es claro el lenguaje, en cuanto a la significación de estos términos.

Supóngase que la tarjeta de donación se carga doblada en un maletín, por espacio de varios años; y al morir, la tarjeta se encuentra dividida o doblada en dos pedazos. ¿Se halla la tarjeta revocada por mutilación? Si el donante dividió la tarjeta con la intención de revocar, se entenderá revocada la donación; si la división ocurre sin su consentimiento, o con su consentimiento pero sin la intención de revocar, se entenderá como no revocada su voluntad de donar<sup>107</sup>.

Un documento de donación no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. Los documentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en estos, las disposiciones que no sean incompatibles con los posteriores o contrarios a ellos. Términos utilizados por el art. 1237 del Código Civil colombiano, al regular la revocación de los testamentos, documentos que pueden ser utilizados para disponer del cadáver o de órganos tal como lo acepta un amplio sector doctrinario, corriendo con el peligro de que alguno de estos órganos o componentes anatómicos, se pierdan por su pronto deterioro, entre el momento de la muerte y el de la apertura del testamento<sup>108</sup>.

## IV

### DISPOSICIÓN DE COMPONENTES ANATÓMICOS POR TERCEROS

#### 14. AUTORIZACIÓN DADA POR LOS DEUDOS

"Si la persona fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus deudos podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver" (decr. 2642 de 1980, art. 28)<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 40. En Venezuela, "el acto de donación de órganos y materiales anatómicos es siempre revocable hasta el momento de la intervención quirúrgica..." (ley de 10 de agosto de 1972, art. 10).

En Perú, "es revocable el acto por el cual una persona dispone de todo o parte de su cuerpo, sea que el acto deba recibir ejecución durante la vida o después de la muerte del disponente" (decreto-ley núm. 17.505 de 1969, art. 45).

<sup>107</sup> DUKEMINIER, ob. cit., pág. 826.

<sup>108</sup> BORREL MACIÁ, ob. cit., pág. 126. KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 60.

<sup>109</sup> *Vide supra*, nota 7.

14-a) ¿Cuáles deudos pueden disponer de los componentes anatómicos de un cadáver?—Los decretos 2642 de 1980, art. 8º y 0003 de 1982, art. 11, señalan como deudos:

“...el cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, de una persona fallecida”<sup>110</sup>.

Ahora bien, los parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad de una persona fallecida, según el art. 27 del Código Civil colombiano, son:

- a) *primer grado*: padres - hijos
  - b) *segundo grado*: hermanos - abuelos - nietos
  - c) *tercer grado*: sobrinos - tíos - bisabuelos - bisnietos
  - d) *cuarto grado*: primos - tatarabuelos - tataranietos - hijos de los sobrinos.
- Pero resulta que el art. 29 del decreto 0003 de 1982, “clasifica” a los deudos “teniendo en cuenta el siguiente *orden* de parentesco, prioritario y excluyente”:
- a) cónyuge;
  - b) hijos mayores de edad, legítimos o naturales reconocidos legalmente;
  - c) padres legítimos o naturales;
  - d) hermanos mayores de edad, legítimos o naturales legalmente reconocidos;
  - e) abuelos y nietos;
  - f) parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive (sobrinos, tíos, hijos de sobrinos, hermanos de abuelos, primos), y
  - g) parientes de afinidad, hasta el segundo grado.

En el mismo artículo, se dispone:

“Cuandoquiera que parientes del mismo grado expresen su voluntad, la *oposición* de uno de estos elimina la posibilidad de disponer del cadáver...”<sup>111</sup>.

¿A qué oposición alude este artículo? ¿A la que pueda existir entre padres e hijos o entre hermanos, abuelos y nietos del fallecido por pertenecer a un mismo *grado*? (C. C., art. 27) ¿O a la que pueda existir entre hermanos, abuelos y nietos por pertenecer a distintos *órdenes* prioritarios y excluyentes, que el mismo artículo ha señalado? O, por último, ¿a la que pueda existir entre hijos, entre padres, entre los hermanos mayores, etc? Creemos que a esta última. La intención del legislador fue la de buscar que se respetaran los *órdenes*, enumerados en forma prioritaria y excluyente. De ahí que no ha debido hablarse de parientes de un mismo *grado*, sino de parientes de un mismo *orden*; además, el cónyuge, situado en el primer orden, no guarda ningún grado de parentesco con su similar fallecido.

En el derecho comparado, se tiene establecido:

VENEZUELA: *Ley del 10 de agosto de 1972, art. 11.*

“Si no constare la voluntad contraria de la persona fallecida o la determinación de que se dé a su cadáver un destino específico distinto del retiro de sus órganos con fines terapéuticos, la decisión a que se refiere este artículo podrá ser adoptada previa autorización,

dada por escrito, de los familiares con quienes haya convivido el difunto. En caso de oposición en relación al destino que haya de dársele al cadáver prevalecerá la opinión del cónyuge y, a falta de este o si no pudiere dar su autorización, se requerirá la de sus hijos mayores, o de sus descendientes o de sus hermanos mayores de edad, en este último orden. La voluntad dada en vida por el finado prevalecerá sobre cualquier parecer contrario de las personas señaladas...”<sup>112</sup>.

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA de 1971, art. 26.*

“Para la utilización de un órgano o tejido aprovechable de un muerto se requiere:...

(b). Consentimiento del familiar más próximo...”<sup>113</sup>.

BRASIL: *Ley núm. 5479 de 1968, art. 3º.*

“El permiso para el aprovechamiento, a que se refiere el artículo 1º (disposición *post mortem*), podrá hacerse, si se da cumplimiento a una de las siguientes condiciones:

”...

”III- Por la autorización escrita, otorgada por el cónyuge no separado, o en subsidio, por los descendientes, ascendientes o colaterales, o por las corporaciones religiosas o civiles responsables por el destino de los despojos...”<sup>114</sup>.

En ESPAÑA, una Orden del 17 de febrero de 1955, dispone que en los casos de muerte violenta los jueces de instrucción podrán autorizar la obtención de piezas anatómicas del cadáver, con fines de injerto, cuando las necesidades lo exijan<sup>115</sup>.

La doctrina en torno al tema que nos ocupa, se ha interesado en delimitar el grupo de personas, que llegado el caso, pueden disponer de componentes anatómicos de los cadáveres de sus parientes fallecidos, cuando no hubiesen dispuesto lo contrario en vida<sup>116</sup>.

Tal como lo hicimos con el cedente o donante, clasificaremos los requisitos que han de cumplir los deudos, en los de índole personal y material, según se refieran a las exigencias síquicas o físicas de la persona-deudo, o a la forma como ha de manifestarse su facultad dispositiva.

14-b) *Condiciones personales*.—a) que “los deudos responsables de la donación sean mayores de edad” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. a); b) que “los deudos responsables de la donación no estén privados de la libertad” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. c.); c) que “los deudos responsables de la donación no presenten trastornos mentales” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. d).

<sup>112</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>113</sup> *Vide supra*, nota 16.

<sup>114</sup> *Vide supra*, nota 15.

<sup>115</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 69.

<sup>116</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 57. JEAN SAVATIER, “El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver”, en *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de Zulia), Maracaibo, Venezuela, núm. 28, enero/abril 1970, pág. 153. DE SOLA, ob. cit., pág. 67. JOSÉ ABELLAN “La disposición *post mortem* del cuerpo humano”, en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núm. 35, julio/septiembre 1968, págs. 46 y 48. RICO LARA, ob. cit., pág. 74. GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., págs. 72 y ss.

<sup>110</sup> *Ibidem* nota 9.

<sup>111</sup> *Vide supra*, nota 9.

En otros términos, “que la donación se haga en forma voluntaria, libre y consciente” (decr. 0003 de 1982, art. 22, lit. b)<sup>117</sup>.

14-c) *Condiciones materiales.*—Dispone el decreto 2642 de 1980 (art. 28, inc. 2º):

“...si la persona fallecida no hubiere expresado su voluntad, sus *deudos* podrán autorizar la ablación de componentes anatómicos del cadáver en la misma forma establecida en este artículo”<sup>118</sup>.

Es decir, por medio de “documento público o documento privado autenticado o suscrito ante dos testigos...”<sup>119</sup>.

14-d) *Término dentro del cual debe hacerse la donación.*—Debido a la pronta descomposición que sufren los órganos cuando el cuerpo humano queda sin vida, es recomendable que la ablación de los componentes anatómicos se haga lo más pronto posible.

“Cuandoquiera que la donación corresponda a la voluntad de los deudos de una persona, deberá hacerse dentro de las seis (6) horas siguientes al diagnóstico de muerte cerebral y previa expedición del certificado médico de defunción” (decr. 0003 de 1982, art. 23)<sup>120</sup>.

## 15. AUTORIZACIÓN OTORGADA POR TERCEROS (NO DEUDOS)

¿Tendrán facultad en Colombia personas distintas de los deudos para disponer de los componentes anatómicos de un cadáver? *No.* En nuestro país, *solamente* puede ser donante o cedente de componentes anatómicos, la persona que, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su expresa voluntad o por la de sus deudos, permita la extralimitación de aquellos, con fines de trasplante o terapéuticos (decrs. 2642 de 1980, art. 4º y 0003 de 1982, art. 9º).

Resumiendo, el ordenamiento jurídico colombiano, prevé las siguientes posibilidades de donación de componentes anatómicos:

a) Si la persona, en vida, ha manifestado su voluntad favorable al retiro de sus órganos o componentes anatómicos, con fines terapéuticos o de investigación científica, su decisión “*prevalecerá sobre el parecer contrario de sus deudos y de cualquier otra persona*”.

b) Si el interesado *nada* hubiere expresado en vida, *solamente sus deudos*, “*podrán autorizar la extracción de sus órganos, componentes anatómicos o líquidos orgánicos, en forma total o parcial u oponerse a ella*”<sup>121</sup>.

Situación diferente se presenta en Francia, donde el decreto 2057 de 20 de octubre de 1947, faculta a los establecimientos hospitalarios que figuran en una

lista elaborada por el Ministerio de Salud Pública para el retiro de piezas anatómicas sin plazo alguno, *aun en ausencia de autorización de la familia*, si el médico jefe de servicio juzga que así lo amerita un interés científico o terapéutico<sup>122</sup>.

En Portugal, según orden núm. 47, de junio 13 de 1966, del Ministerio de Salud, cuando en vida una persona no haya ni prohibido ni autorizado la extracción *post mortem* de órganos de su cadáver, ni haya habido objeción por parte de sus parientes, dentro de las cuatro horas siguientes a su muerte sus órganos podrán ser removidos con destino a trasplantes<sup>123</sup>.

En Checoslovaquia (Ministry of Health Instruction núm. 5, march 1, 1968), la extracción de órganos de los cadáveres se considera como actividad rutinaria, a menos que las personas en vida, hayan declarado su objeción mediante escrito<sup>124</sup>.

En España, se considera como donante potencial a toda persona fallecida, que no haya expresado en vida su objeción a que se le extirpen sus órganos después de su muerte (nueva Ley de Trasplantes de Órganos, del 27 de octubre de 1979). En marzo de 1980, un real decreto del Ministerio de Salubridad y Seguridad Social, reguló la ley española de trasplantes (Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 1980). En su art. 5º, 2. dispone:

“la extirpación podrá realizarse con fines terapéuticos y científicos en el caso de que estos (fallecidos) no hubieren dejado constancia expresa de su oposición”.

El enfermo puede hacer constar, en su ficha de ingreso, su oposición a que se le extirpen sus órganos en caso de fallecimiento<sup>125</sup>.

En Chile, según la ley núm. 15.262, de 6 de septiembre de 1963 (D. O. núm. 25653, de 30 de septiembre de 1963), se permite la extracción de órganos (tejidos oculares, trozos de huesos, cartílagos, arterias o cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para realizar injertos), en los cadáveres, sin consentimiento previo del fallecido, ni, en caso, permiso de los familiares, para trasplantarlos a otras personas<sup>126</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico descarta la denominada “*tesis de la nacionalización del cadáver*”<sup>127</sup>, lo mismo que su declaratoria como bienes de utilidad pública, insinuada por JORGE KAPLAN, en un foro celebrado en 1969 en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Tesis que han hallado resonancia en el movimiento favorable a la remoción compulsiva de órganos del cadáver, basada en la primacía de la vida humana, y que propugnan el retiro de todos los órganos utilizables del cuerpo sin vida de una persona<sup>128</sup>.

<sup>122</sup> KUMMEROW, *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 67.

<sup>123</sup> KUMMEROW, *Un proyecto de ley...*, cit., pág. 190.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> GAFO, ob. cit., pág. 245.

<sup>126</sup> RIVACOBIA RIVACOBIA, ob. cit., pág. 41.

<sup>127</sup> En Italia el profesor GIOVANNI LEONE, en su intervención ante el ISLE, adhirió a la idea de la “nacionalización del cadáver” en el sentido de que el Estado es una organización futura que debe gozar del poder de disposición de cualquier cadáver para retirar fragmentos necesarios para salvar vidas humanas.

<sup>128</sup> RICARDO ROYO-VILLANOVA Y MORALES, en su obra *Injertos y trasplantes del cadáver*, afirma que “tal vez llegue el día en que los súbditos de un Estado, no ya libremente, sino con la obligatoriedad,

<sup>117</sup> *Vide supra*, nota 9.

<sup>118</sup> *Vide supra*, nota 7.

<sup>119</sup> La autorización dada por los familiares, según KUMMEROW, ha de constar por escrito (*Proyecto de ley...*, cit., pág. 190).

<sup>120</sup> *Vide supra*, nota 9.

<sup>121</sup> Art. 28 del decr. 2642 de 1980.

Algunos autores, sin arribar a este extremo, propugnan la creación de un núcleo de normas que torne rutinaria la remoción de órganos aprovechables del cadáver, salvo que los descendientes o los parientes cercanos se opongan.

GÓMEZ-REINO PEDREIRA, considera que debe introducirse:

“...como norma general y ordinaria, de manera que, en todos los casos que falte disposición *post mortem*, sea la autoridad jurisdiccional a instancia de parte interesada, con las audiencias y formalidades que se estimen necesarias, la que, muy sumariamente, resuelva sobre si procede o no autorizar el uso de un cadáver para la obtención y trasplante de órganos que se hubiera solicitado”<sup>129</sup>.

Sin que lo anterior se entienda como expropiación del cadáver.

Contrariamente, REYES MONTERREAL considera “*inoperante* el simple acreditamiento de la *no oposición* por parte del sujeto”, cuando se trate de consentir la extracción de órganos para trasplantes<sup>130</sup>.

## V

### EL RECEPTOR

#### 16. INTRODUCCIÓN

Así como se han señalado requisitos de índole personal y material a los cuales ha de someterse el cedente o donante de componentes anatómicos, también se ha reglamentado la forma como el receptor<sup>131</sup> ha de intervenir en “los procedimientos de trasplante de órganos en seres humanos”, que regula el decreto 2642 de 1980.

La intervención del *receptor*, está enmarcada desde dos ángulos: la pasiva estructurada por el deber de información sobre los riesgos que conlleva el procedimiento de trasplante, y la activa, estrechamente vinculada con la anterior, que denominaremos necesidad del consentimiento.

#### 17. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO

En otro aparte de este trabajo hicimos una breve introducción sobre el consentimiento, aplicado al donante o cedente, que adquiere validez al enfocarlo desde el punto de vista del receptor.

contribuyan después de su óbito con la cesión de su cadáver para injertos, trasplantes, transfusiones y otros aprovechamientos terapéuticos, como también para aplicaciones de carácter docente y hasta de pura investigación científica en cumplimiento de sagradas normas de solidaridad, de póstumos deberes de auxilio, ayuda y socorro, directo o indirecto, a los semejantes” (cita de RICO LARA, ob. cit., pág. 77).

<sup>129</sup> GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ob. cit., pág. 74.

<sup>130</sup> REYES MONTERREAL, ob. cit., pág. 408.

<sup>131</sup> “Denomínase *receptor*, a la persona en cuyo cuerpo se implantan componentes anatómicos procedentes de otro organismo” (decr. 2642 de 1980, art. 5°).

“El trasplante de componentes anatómicos entre personas vivas requiere:...

”i) Que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de una persona mayor de edad. Tratándose de un menor, el consentimiento deberán expresarlo, también por escrito, sus padres o tutores.

”En caso de manifiesta imposibilidad física o psíquica del receptor para expresar su consentimiento, este podrá ser dado por el cónyuge o por sus parientes más cercanos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”<sup>132</sup>.

Mientras el legislador empleó varios decretos en reglamentar con alguna minuciosidad los aspectos relevantes que tienen que ver con el donante, solo utilizó un literal para referirse al receptor. De esta “economía legislativa”, se desprende la existencia de lagunas e incongruencias en su redacción, que repercuten como es lógico, en la interpretación sana y racional que ha de orientar el desenvolvimiento doctrinario y legislativo del fenómeno médico-terapéutico que hemos venido estudiando.

Según el literal aludido y transcrito más arriba, los receptores de componentes anatómicos, pueden ser de tres clases:

1ª) *Persona mayor de edad*: Cuando al receptor fuere mayor de edad, en plenitud de sus facultades físicas y síquicas, podrá consentir el implante de un órgano en su organismo, si lo hiciera “*por escrito*”.

¿Tendría en mente el legislador exigir la condición de *alfabeta* a los receptores mayores de edad? Creemos que no, por lo absurdo que se nos presenta este planteamiento. Esta primera parte, ha de entenderse, en el sentido de exigir que se otorgue el consentimiento en forma libre y expresa, siempre que el medio utilizado presente indubitablemente la manifestación de voluntad querida por el receptor.

2ª) *Persona menor de edad*: Cuando el receptor fuere un menor de edad, el consentimiento habrá de ser expresado tanto por el menor (¿en qué forma?), como por sus padres o tutores. Entonces, ¿qué sucederá si el menor, al momento del implante, careciere de padres y de tutores, o si existiendo estos, no supiesen o no pudiesen escribir? Si el menor de edad tiene cónyuge, ¿no podrá este corroborar ese consentimiento expresado por aquel? La disposición ha de entenderse en el sentido de que, si el receptor fuere un menor de edad, su consentimiento habrá de ser complementado con el de su cónyuge o el de sus parientes más cercanos.

3ª) *Persona que se halla imposibilitada física o síquicamente para expresar su consentimiento*: El artículo clasifica a los incapaces en dos grupos: de un lado los menores de edad; y de otro los imposibilitados física o síquicamente. Si el receptor fuere un incapaz físico (imposibilitado físicamente, v. gr. mancos, mudos que no saben escribir), o síquico (p. ej. enfermos mentales, inconscientes por embriaguez, anestesia, narcóticos, estupefacientes, hipnosis), el consentimiento podrá ser otorgado por el cónyuge, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No indica el artículo qué orden de prioridad ha de otorgarse a los parientes, ni tampoco cómo habrán de solucionarse las controversias que se presenten cuando

<sup>132</sup> Decr. 2642 de 1980, art. 18, ord. i).

existan oposiciones entre estos. Creemos que es posible recurrir a una norma posterior, al art. 29 del decreto 0003 de 1982, que fuera referenciado más arriba.

¿Qué sucede cuando el receptor se encuentra en imposibilidad física o síquica de consentir y no se conocen o no aparecen sus parientes? Creemos que, aunque las normas específicas no lo permiten, disposiciones de rango superior al autorizar "intervenciones quirúrgicas (¿acaso no lo es el trasplante de órganos?) sin la previa autorización de sus padres, tutores, allegados", cuando "la urgencia del caso exija una intervención inmediata"<sup>133</sup>, están facilitando la adopción del llamado consentimiento presuntivo, en aquellos casos en que la urgencia y gravedad de la operación no dejen otra alternativa.

En el derecho comparado, se tiene establecido al respecto:

VENEZUELA: *Ley de 10 de agosto de 1972, art. 4°.*

"...el consentimiento del receptor o, en su caso, de sus representantes legales o de las personas que con él convivan, deben constar por escrito. Si los interesados no supieren o no pudieren firmar, así se hará constar"<sup>134</sup>.

PERÚ: *Decreto Supremo núm. 98-71-SA, art. 4°.*

"...pueden, sí, ser receptores de órganos o tejidos los menores e incapaces, previo consentimiento de sus padres o tutores".

El artículo 15, ibídem, dispone: "El consentimiento del receptor... debe constar en documento que haga indudable la manifestación de voluntad del disponente y del receptor, o quien los represente. Dicho consentimiento debe ser certificado por el director del establecimiento de salud en que deberá ejecutarse la extracción y el injerto o trasplante"<sup>135</sup>.

## 18. "POST SCRIPTUM"

Sin otra pretensión que la de crear inquietudes que permitan análisis más profundos sobre el tema que nos propusimos estudiar en el presente, creemos haber dejado planteado un cúmulo de interrogantes, que seguramente hallarán sus respuestas en las plumas de nuestros estudiosos del derecho.

Sin desconocer la importancia de muchos temas que quedaron sin analizar, creemos haber tocado al menos los de mayor incidencia desde el punto de vista personal que interesan al donante o cedente y al receptor, como son las disposiciones generales que gobiernan doctrinaria y positivamente los procedimientos de trasplante y los presupuestos de índole personal y material que inciden en la manifestación de voluntad en orden a permitir la extracción o ablación de los componentes anatómicos objeto de trasplante.

Reseñaremos algunos de esos temas, los cuales serán de posterior estudio.

El decreto 2642 de 1980, en su capítulo VI regula la forma como se integrarán y las funciones más importantes de la "junta médica", que en lo sucesivo funcio-

<sup>133</sup> El art. 14 de la ley 23 de 1981 (posterior al de cr. 2642 de 1980), dispone que "el médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata" (*Diario Oficial*, núm. 35.711).

<sup>134</sup> *Vide supra*, nota 14.

<sup>135</sup> *Vide supra*, nota 16.

narán "en cada centro hospitalario o institución en donde se practiquen procedimientos de trasplantes".

El siguiente capítulo, atiende a las "licencias" que expedirá el Ministerio de Salud, a los centros hospitalarios o instituciones oficiales o privadas, que deseen practicar operaciones de trasplantes.

El capítulo VII, prevé las sanciones al incumplimiento o violación que irán desde la amonestación escrita hasta la cancelación de la licencia para realizar prácticas de trasplantes, sin que se exima a los infractores de la responsabilidad civil, penal o de otro orden a que haya lugar.

En lo que respecta al decreto 0003 de 1982, tenemos que el capítulo II, está dedicado a regular el funcionamiento de los "Bancos de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos", los mismos que se hallan clasificados en dos categorías:

"*Categoría A:* Conformada por los bancos que hayan obtenido licencia del Ministerio de Salud para la obtención, preservación, almacenamiento, transporte y distribución de diferentes clases de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos, bien sea que funcionen como una unidad física integrada, o como secciones o dependencias de un centro asistencial u hospitalario.

"*Categoría B:* Conformada por los bancos que hayan obtenido licencia del Ministerio de Salud para la obtención, preservación, almacenamiento, transporte y distribución de una sola clase o tipo de órgano, componente anatómico o líquido orgánico" (art. 16)<sup>136</sup>.

El capítulo V estudia la "ablación, extracción y conservación de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos", estipulando la forma de obtener los órganos de:

"a) Personas que en vida hayan hecho donación total o parcial de su cuerpo, para después de su muerte;

"b) Los cadáveres que hayan sido donados por los deudos, siempre y cuando no exista por parte de la persona fallecida manifestación alguna en contrario" (art. 33)<sup>137</sup>.

El art. 34 considera como técnica corriente las siguientes prácticas médico-quirúrgicas:

"a) Ablación de corazón, vasos y estructuras valvulares;

"b) Ablación de pulmón;

"c) Ablación de hígado;

"d) Ablación de páncreas;

"e) Ablación de intestino;

"f) Ablación de riñón o ureter;

"g) Ablación del sistema osteoarticular;

"h) Ablación de piel;

"i) Ablación de córnea y demás tejidos constitutivos del ojo;

"j) Ablación de tejidos constitutivos del oído medio y externo;

"k) Ablación de duramadre;

"l) Ablación de órganos dentarios erupcionados o no erupcionados;

"m) Ablación de elementos del sistema nervioso periférico;

<sup>136</sup> *Vide supra*, nota 9.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

"n) Obtención de tejido hematopoyético, distinto de la sangre.

"Parágrafo: El Ministerio de Salud podrá autorizar prácticas médico-quirúrgicas de ablación e implantación, distintas de las señaladas en el presente artículo, cuando la viabilidad de las mismas en los seres humanos haya sido acreditada fehacientemente"<sup>138</sup>.

El capítulo VI dedica su atención al "registro e información" de:

"a) De donaciones para después de su muerte, hechas por personas vivas sin que medie internación hospitalaria previa;

"b) De donaciones para después de su muerte, hechas por personas vivas al momento de una internación hospitalaria;

"c) De donaciones hechas por los deudos de personas fallecidas;

"d) De ablaciones y extracciones de líquidos;

"e) De distribución de órganos" (art. 41)<sup>139</sup>.

El capítulo VII se encarga de regular "la distribución de órganos, componentes anatómicos y líquidos orgánicos". Distribución que se hará para fines terapéuticos, de estudio o docencia y de investigación científica. El art. 48, estatuye la forma como han de practicarse las provisiones de componentes anatómicos "para fines terapéuticos", teniendo en cuenta el siguiente orden de prioridades:

"a) Los casos de urgencia;

"b) Los casos de histocompatibilidad;

"c) El tipo de patología que se vaya a tratar;

"d) En igualdad de circunstancias frente a casos de urgencia, histocompatibilidad o tipos de patología, se tendrán en cuenta el orden u oportunidad de la solicitud.

"e) Cuando se trate de la solicitud destinada a la atención del caso que requiera una persona que tenga la condición de donante ante el banco correspondiente, o de sus beneficiarios de conformidad con las normas del presente decreto, se le dará prioridad dejando a salvo los casos de urgencia o histocompatibilidad;

"f) En igualdad de circunstancias frente a personas que tengan la condición de donante ante el banco correspondiente, o de sus beneficiarios de conformidad con las normas del presente decreto, siempre y cuando no se trate de casos de urgencia o histocompatibilidad, se tendrá en cuenta el orden u oportunidad de la solicitud.

"La distribución de componentes anatómicos y líquidos orgánicos deberá hacerse manteniendo un estricto secreto de los nombres del donante y sus deudos" (art. 50)<sup>140</sup>

El capítulo VIII trata de la "clasificación, derechos y obligaciones de los donantes", en:

"a) Donantes ordinarios totales. Las personas que durante su vida donan con destino a un banco de órganos la totalidad de su cuerpo, para ser utilizado después de su muerte.

"b) Donantes ordinarios parciales. ...

"c) Donantes extraordinarios totales. Los deudos de una persona fallecida que donan la totalidad del cuerpo de esta... de conformidad con el orden de parentesco establecido en el artículo 29 del presente decreto.

"d) Donantes extraordinarios parciales. ...

<sup>138</sup> Ibidem.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Ibidem.

"Parágrafo: Las personas que no se encuentren dentro de las clasificaciones a que se refiere el presente artículo se denominarán «no donantes»" (art. 54)<sup>141</sup>.

El capítulo IX, regula los carnés que expedirán los bancos, a los donantes, con la identificación completa de aquel y anotación de las características y derechos de estos (art. 72).

#### BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, JOSÉ: "La disposición 'post mortem' del cuerpo". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año IX, núm. 35, julio/septiembre 1968.

ANALES DEL CONGRESO núms. 77(1973), 58(1974), 37(1975), 30(1979), 78(1978) y 87(1979).

BORREL MACIÁ, ANTONIO: *La persona humana (derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres)*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954.

BORRERO, JAIME; ARANGO, DAVID; ARANGO, JORGE; BUSTAMANTE, ERNESTO; GIRALDO G., CÉSAR AUGUSTO y PELÁEZ, GUSTAVO: *El concepto de muerte: La muerte cerebral y sus implicaciones éticas y médico-legales*. Medellín, Impresiones "ASI", 1973.

CAMAÑO ROSA, ANTONIO: "Trasplantes de órganos frente al Derecho Penal". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, Uruguay, tomo 68, núm. 1, septiembre 1969.

CURRAN, WILLIAM J.: "A problem of consent: Kidney Transplantation in minors". *New York University Law Review*, v. 34, may 1959.

CHAVES, ANTONIO: "Direitos a vida, ao próprio corpo e as partes do mesmo (Transplantes). Esterilizacao e operacoes cirúrgicas para mudanca de sexo. Direitos ao cadáver e as partes do mesmo". *Revista da Faculdade de Direito* (Universidade de São Paulo), São Paulo, volumen LXXII, 1º Fasc., 1977.

DELGADO BACHMANN, CÉSAR: "Aspectos jurídicos del trasplante de órganos". *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima). Lima, Perú, año LVIII, núms. 1/2/3, enero/diciembre de 1971.

DE SOLA, RENÉ: "Es un crimen el trasplante de corazones?". *Revista del Ministerio de Justicia*. Madrid, España, año XXV, núms. 95/96, enero/junio de 1977.

DICTAMEN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA A LA SECRETARÍA DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA DE MÉXICO, *Criminalia*. México, núm. 2, febrero 28 de 1969.

DIARIO OFICIAL núms. 35308(1979), 35631(1980), 35729(1981), 35936(1981).

DÍEZ DÍAZ, JOAQUÍN: "El derecho a la disposición del cuerpo". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, v. LIV núm. 4, abril de 1971.

DUKEMINIER, JESSE: "Supplying organs for transplantation". *Michigan Law Review*. V. 68, núm. 5, abril de 1970.

ENGISCH, K.: "Sobre problemas jurídicos en casos de trasplante homólogo de órganos". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de Concepción), Concepción, Argentina, año XXXVI-VII, núms. 146/147 octubre/diciembre 1968, enero/marzo 1969.

FREIDENBERG, ALICIA BEATRIZ: "Trasplantes e injertos en el cuerpo humano desde el punto de vista jurídico". *Revista Jurídica* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán), San Vicente de Tucumán, Argentina, núm. 23, 1972.

<sup>141</sup> Ibidem.

- GAFO, JAVIER: "Problemática social y ética de los trasplantes de órganos". *Razón y Fe*. (Revista Hispanoamericana de Cultura), Madrid España, tomo 203, núm. 996, marzo 1981.
- GÓMEZ-REINO PEDREIRA, ANTONIO: "Aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año XII, núm. 48, octubre/diciembre de 1971.
- HERRERA, LUCIO EDUARDO: "Justificación legal de la muerte a los fines de trasplante de órganos". *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia), Bogotá, Colombia, núm. 19, 1983.
- KUMMEROW, GERT: *Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos* (Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes), Mérida, Venezuela, 1969.
- KUMMEROW, GERT: "Un proyecto de ley sobre trasplantes en seres humanos". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Universidad Autónoma de México), México, año IV, núms. 10/11, enero/agosto 1971.
- LEGISLACIÓN PERUANA SOBRE INJERTOS O TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y PARTES DEL ORGANISMO, *Derecho Colombiano*, Bogotá, Colombia, año X, tomo XXV, núm. 121, enero 1972.
- Lei núm. 5.479, de 10 de agosto de 1968 (Dispoe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgaos e partes de cadáver para finalidade terapeutica e científica, e dá outras providencias), *Justicia* (Orgao do Ministério Publico de São Paulo), São Paulo, Brasil, año XXX, v. 62, 1968.
- LUNA BISBAL, MAURICIO: *Trasplantes*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1974.
- NORIEGA, ALFONSO: "Trasplante de órganos". *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: "Los problemas jurídico-sociales del trasplante de corazón". *Revista Jurídica Veracruzana* (Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz), tomo XXIII, núm. 1 enero/febrero/marzo de 1972.
- PALACIOS MACEDO, XAVIER: "Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México". *Criminalia*, México, núm. 2, febrero 28 de 1969.
- REYES MONTERREAL, JOSÉ MARÍA: "Problemática jurídica de los trasplantes de órganos". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, España, año CXVIII, v. LVIII núm. 3, marzo 1969.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL: "Los trasplantes de órganos humanos ante el Derecho Penal". *Revista Mexicana de Derecho Penal* (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal), México, núm. 20 abril/junio 1970.
- RICO LARA, MANUEL: "Trasplante de órganos en cuerpo humano". *Revista de Derecho Judicial*. Madrid, España, año XI, núm. 41, enero/marzo 1970.
- SAVATIER, JEAN: "El problema de los trasplantes de órganos de un cadáver". *Revista de la Facultad de Derecho*. (Universidad del Zulia) Maracaibo, Venezuela, año X, núm. 28, enero/abril 1970.
- STASON, E. BLYTHE: "The role of law in medical progress". *Law and Contemporary Problems*. 1967.
- Trasplantes Renales* (Grupo de Trasplantes Renales Hospital Universitario San Vicente de Paúl. Facultad de Medicina Universidad de Antioquia), Medellín, Ed. Bedout, 1977.
- VIDAL HUMBERTO S.: "Los trasplantes de corazón y el momento de la muerte frente al Derecho Penal". *Cuadernos de los Institutos*. Córdoba, Argentina, núm. 107, 1970.

## SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

## LA CRIMINOLOGÍA Y LAS PASIONES\*

Dr. ROBERTO BERGALLI\*\*

El tema de las pasiones, visto criminológicamente, arraiga sin duda en la literatura especializada desde que el positivismo de cuño italiano le atribuye calidad distintiva en relación con otros componentes etiológicos de la criminalidad.

Puede comprobarse ya en un somero repaso de la producción bibliográfica de la triunfante "Scuola Positiva", hasta qué punto el tema de las pasiones, como causa del comportamiento criminal, acucia el interés de la investigación criminológica.

Esto ocurría en las postrimerías del siglo XIX y en los primeros veinte años del corriente. Sin embargo, ya a comienzos de la década del treinta, con mayor vigencia en la segunda posguerra mundial y con absoluta preeminencia en la actualidad, el análisis de las pasiones como factor determinante de la criminalidad ha dejado de ser objeto de estudio. Quizá en algunos ámbitos culturales donde el influjo del positivismo criminológico ha perdurado, todavía hasta los años cincuenta pueden encontrarse investigaciones sobre este aspecto. La legislación penal, en cambio, resultado final de una simbiosis entre derecho penal y criminología, modelo particular de ciencia penal integrada, muestra aún en muchos países las conclusiones de aquel interés individualizado en las causas del delito, acogiendo el móvil pasional —o emocional, como luego se verá— como atenuante de la responsabilidad criminal.

Pero, ¿qué ha ocurrido para que la criminología —disciplina tradicionalmente ligada, como se ha visto, al estudio de las causas del delito— haya abandonado el examen de este tema? El mismo constituye, precisamente, uno de los fines de la presente intervención, cual es poner de manifiesto la transformación del contenido de análisis que ha sufrido el conocimiento científico en torno a la cuestión criminal. Esa transformación no solo ha acaecido en los propios fundamentos de dicho conocimiento, sino que ha incidido notoriamente en sus métodos. Es decir, que la epistemología de la disciplina ha variado, y lo ha hecho tan profundamente hasta provocar el abandono de temas de estudio que antaño se presentaban como cruciales para desentrañar la naturaleza del comportamiento criminal. Esto último ha ocurrido con el tema de las pasiones, al cual, por cierto, dedicaré atención en relación con sus orígenes y tratamiento.

\* El presente trabajo es el texto de la conferencia que el autor dictara en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en el curso sobre "Los Crímenes Pasionales", el 17 de agosto de 1983, y ha sido cedido originalmente para la Revista por el Dr. Bergalli.

\*\* Profesor de la Universidad de Barcelona. Miembro del Grupo Internacional de Criminología Crítica.

En España, un jurista acaba de manifestarse sobre las dificultades conceptuales en torno a la criminología y las diferentes visiones de su contenido, como, asimismo, acerca de los objetivos de las corrientes que pugnan en ella. Sin pretender dar una definición material de la disciplina, el autor se limita a precisar su contenido actual, diciendo que es “el estudio de la criminalidad y el control considerados como un solo proceso social surgido dentro de los mecanismos de definición políticos y jurídicos de una organización social determinada” (v. BUSTOS RAMÍREZ, 1983, vol. 1, 23).

Este acercamiento al contenido actual de lo que se entiende por criminología, revela unos elementos que aparecen en cada una de las teorías que han predominado en la disciplina. Esos elementos permiten ordenar dichas teorías en relación con lo que PAVARINI (1980, 73) ha denominado las diversas hipótesis que se pueden dar de las relaciones entre individuo y autoridad. En función de la hipótesis que se asume de esa relación entre individuo y autoridad, diversa será la interpretación de la desobediencia del individuo a la ley y, por lo tanto, diversa será la consideración del violador de la norma (delincuente o desviado), como diversa será, asimismo, la interpretación de la reacción de la autoridad respecto de los individuos infractores (política criminal). De tal manera, la cuestión criminal (y, por lo tanto, el problema del orden social) no podrá más que ponerse en términos diversos según el modelo de sociedad al cual se adhiere; esto es, según las ideologías, puesto que entre teoría criminológica e ideología existe una relación estrecha.

Mas lo cierto es que las hipótesis en que se pueden agrupar las formas de entender la relación entre individuo y autoridad (modelos de sociedad) no son más que tres: la consensual, la pluralista y la conflictual. Y en ese orden se presenta la aparición cronológica de las diferentes teorías criminológicas, todas las cuales, según su modo de abordar los problemas y proponer soluciones a la cuestión criminal, han respondido básicamente a también tres paradigmas de análisis.

Los aludidos paradigmas se resuelven por lo que constituyen los ejes problemáticos de sus análisis y así es posible afirmar un paradigma *etiológico* que gira en torno al delincuente, otro del *control* que se centra en las instancias de dicho control, y un tercero *crítico* que hace de la cuestión criminal uno de los aspectos de una teoría global de la sociedad. Cada uno de dichos paradigmas responde a fundamentos y métodos distintos y se corresponde con los modelos de sociedad consensual, pluralista y conflictual referidos.

Las distintas épocas del desarrollo del pensamiento criminológico han mostrado el predominio tanto de un modelo de sociedad en la ciencia social, como de un paradigma de análisis en la criminología, ambos en estrecha relación con las ideologías hegemónicas. Es así como modelos de sociedad y paradigmas científicos han determinado el contenido epistemológico de la disciplina criminológica, a través de su desarrollo histórico.

Por todo lo dicho, es posible entonces hacer un repaso de ese desarrollo en sus grandes fases, para luego ubicar epistemológicamente el estudio de las pasiones.

A) Sabido es que durante el Iluminismo como sistema de pensamiento, bajo el influjo de HOWARD, BENTHAM, y, fundamentalmente, de BECCARIA, se echan las bases de un derecho y de un sistema penal construidos sobre el principio de organización del Estado que se conoce como *contrato social*. Si el consentimiento para ceder una cuota-parte de libertad natural resulta violado (delito), entonces la consecuencia que se prevé (pena) ha de procurar las condiciones para mantener el vínculo entre los hombres. Para reafirmar lo dicho conviene aquí recordar que la razón y el sentido común son las armas intelectuales con las cuales los iluministas construyen el nuevo orden frente al “*ancien régime*”; por eso el delito constituye una elección irracional (un producto de las pasiones) o puede ser el resultado de factores que atentan contra el libre ejercicio de una elección racional (cfr. TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1977, 24).

Del modo indicado, delito y pena se convierten en los problemas centrales del primer conocimiento criminológico y sobre ellos concentran sus análisis tanto quienes piensan que la retribución es el fundamento y el fin de la réplica punitiva, como aquellos que creen que la prevención general, sobre la base de la coacción psicológica, justifica y racionaliza la intervención estatal sobre el infractor. En consecuencia, si con la escuela clásica de derecho penal nace el primer sistema de control social oficial, entonces puede hablarse ya de conocimiento criminológico.

B) Luego, el Positivismo, sistema de ideas, introduce una visión del mundo y del hombre, de la cual emerge la naturaleza determinada del comportamiento humano. Esta conducta no es otra cosa que el resultado de relaciones de causa-efecto entre los individuos y algunos aspectos de su ambiente; relaciones que se manifiestan con la constancia de propias y verdaderas leyes. Semejantes leyes han de ser válidas para todos, puesto que las personas que han tenido experiencias similares tenderán a manifestarse de manera parecida. Y por cierto que, una vez identificadas dichas leyes, entonces será siempre posible prever en qué condiciones ha de revelarse la conducta criminal, de forma tal que su control será más fácil.

La fe en el método científico proclamado por el positivismo va unida al concepto de neutralidad de la ciencia. El método mediante el cual se han descubierto las leyes que gobiernan el mundo físico es el mismo aplicable al estudio del comportamiento humano que se analiza como otro dato empírico más. Por lo tanto, solo lo que cae bajo los sentidos del observador es reconocido como real; las impresiones subjetivas de este, sus opiniones personales, no pueden mezclarse con la investigación científica. Esto constituye la esencia del paradigma positivista; es decir, la separación absoluta entre científico y objeto de conocimiento, o sea que el fenómeno estudiado se transforma en una realidad ontológica que queda fuera de la interpretación del observador.

En el campo de análisis de la cuestión criminal, si se afirma que el delito es una realidad fenoménica que tiene por tanto su dimensión ontológica, la búsqueda de las causas del comportamiento criminal —o sea la etiología criminal— lleva necesariamente a interesarse por el delincuente como objeto exclusivo de conocimiento. De tal modo, de esta afirmación se extrae la prueba de la relación existente entre enfoque positivista y modelo consensual de sociedad, puesto que mediante este

último es posible definir a los delincuentes como minoría que no acepta comportarse de acuerdo con los valores compartidos por la mayoría. En consecuencia, si el delincuente se convierte en objeto de conocimiento para la criminología positivista, la cuestión central que se ha de investigar es la de saber cuáles son las características diferenciales de los delincuentes como minoría.

Vistas así las cosas, el orden legal que se presenta como aceptado por la mayoría y para la supuesta protección de sus intereses, deja de constituir un interrogante científico para una perspectiva positivista. Concebida de esta manera la realidad social que estudia la criminología positivista, el interés por una etiología criminal de tipo individual (la búsqueda de factores criminógenos individuales vinculados a la biografía personal del delincuente, tales como las causas biológicas, antropológicas, psicológicas y sociales) no es una consecuencia necesaria del paradigma etiológico en sí mismo, cuanto más bien de su dependencia de la ideología consensual.

C) Más tarde, el interés por el estudio del concepto de *función* que promueve el estructural-funcionalismo facilita la nueva búsqueda de orden en la cual la sociedad capitalista de entreguerras se ve empeñada al quedar roto el consenso que garantizaban los anteriores sistemas de ideas. La creencia de que la criminalidad constituye un hecho social de características normales, aunque atente contra la conciencia común sobre la cual se funda la sociedad integrada, había cautivado a DURKHEIM ya al final del siglo XIX.

De aquí parte la idea de que el delito es *anómico*, o sea, no aceptación por el sujeto del rol social, de su colocación en la jerarquía de funciones sociales. Esto significa que en la sociedad industrializada la criminalidad constituye una forma particular mediante la cual se manifiesta la no aceptación de la organización social, perdiendo así el delincuente toda caracterización patológica aunque con su comportamiento ponga en discusión un orden basado en la diversidad, en la diferenciación de oportunidades o de gratificaciones.

De tal modo, la perspectiva estructural-funcionalista al par que permite la hegemonía de una orientación sociológica en el análisis de la criminalidad, también se adecua perfectamente al modelo de la sociedad pluralista en la medida en que reconoce la existencia de una variedad de códigos normativos. De este modo nace la sociología de la desviación, de la cual el delito viene a constituir una parcela más de estudio.

D) Dentro del mismo marco del modelo pluralista de sociedad se desarrolla un nuevo enfoque sociológico de las relaciones entre los individuos. Pero entre las causas de su gestación debe ahora contarse la búsqueda de una nueva legitimación del sistema de control social en una sociedad opulenta y consumista como la norteamericana de comienzos de los sesenta, en la cual las gratificaciones y las desventajas sociales no responden ya siquiera a principios ideológicos de mérito alguno —con base en los cuales los individuos son premiados o punidos por lo que realmente valen—, sino que tienden a referirse al único parámetro de cómo las personas logran presentarse o parecer como los demás. Tal como el valor de cambio de las mercaderías domina en un mercado que se rige únicamente sobre la práctica del *marketing* y de la publicidad, así también el sistema social tiende a reproducir una estratifica-

ción que no se sustenta más en el mérito, en las capacidades o en las virtudes de los hombres sino en la aptitud de estos para saberse vender al mejor precio en el mercado de las relaciones sociales.

En consecuencia, el conocimiento de esas relaciones, de la interacción entre sujetos individuales, desplaza el análisis macro-sociológico. Las formas de dicha comunicación interindividual y la interpretación de sus símbolos constituyen el campo de investigación del *interaccionismo simbólico* que así privilegia lo individual frente a lo estructural. Esos procesos interactivos se construyen con base en las definiciones recíprocas que los individuos emiten en relación con sus respectivos comportamientos y de tal manera se van conformando las imágenes e identidades sociales. Este método de análisis es empleado sobre todo en el estudio de los mecanismos a través de los cuales se define el comportamiento criminal (*labelling-approach*), lo cual posibilita la aparición del paradigma del control en la criminología.

E) Pero al modelo consensual de sociedad se le opone otro de carácter conflictual. También dentro de este se afirma la existencia de una pluralidad de intereses que ahora se presentan antagónicamente, en conflicto. Empero, es manifiesta la tendencia expresada por la sociología conflictual (DAHRENDORF, COSER) orientada a reducir el ámbito de su conocimiento a aquellos conflictos que pueden resolverse con la mediación político-institucional; de esta forma queda implícitamente afirmado que la única salida posible para las tensiones sociales ha de encontrarse en el ámbito de las estructuras jurídico-administrativas del Estado monopolista. Y, por lo tanto, las otras formas de conflictividad que reconocen su esencia en los sujetos reales del proceso económico (capital y trabajo asalariado), pero que carecen de representatividad político-institucional, quedan excluidas del esquema propuesto.

Es obvio, entonces, que la criminología del conflicto no se ocupa de la mayor parte de aquellos comportamientos criminales basados en este último tipo de conflictividad, los cuales generan un elevado grado de lesividad social (delitos ecológicos, contra la salud pública, contra la seguridad en los puestos de trabajo y de los puestos de trabajo, etc.), aunque debe reconocerse que ha dirigido su atención a lo que se conoce como procesos de criminalización, que siempre, por cierto, aparecen como influidos por quienes detentan el poder político.

F) Por último, es de toda evidencia que la revisión de las estructuras del sistema social del capitalismo solo puede emprenderse desde los presupuestos marxistas. Ello se realiza por medio del empleo de los elementos centrales de la teoría marxiana, tales como el de clases sociales, el de relaciones entre estructura y superestructura y el de transición a una sociedad justa y liberadora (MARSAL, 1977, 77).

La relativa profundización del análisis marxista en el plano superestructural, con escasos aportes sobre el Estado y el derecho, dio como resultado una ausencia casi absoluta de investigación criminológica con esa orientación, habida cuenta de la dependencia que este tipo de conocimiento reconoce con aquellas instancias superestructurales. Empero, la riqueza de la reflexión crítica de los pensadores de la Escuela de Frankfurt y los acontecimientos sócioculturales que conmovieron al mundo industrializado de Occidente al final de los años sesenta, provocaron una eclosión del pensamiento criminológico de índole materialista. La inclusión de la

desviación social, de la criminalidad y de su control como fenómenos propios de un sistema social en cuestión, ha permitido la aparición de distintas tendencias que propician la construcción de una economía política del delito y de la pena, encuadradas por el marco de un nuevo modelo de ciencia penal integrada en el que la criminología —ahora, crítica o radical— no siga cumpliendo un papel subalterno del derecho penal y, por el contrario, sirva para recrear a este desde los presupuestos de una teoría global de la sociedad (v. por todos, BARATTA, 1982).

## —II—

Si el esquemático esbozo ofrecido —que pretende encerrar el cuadro de las relaciones entre modelos de sociedad y paradigmas criminológicos— es válido, entonces es posible reafirmar el adelanto formulado al comienzo de esta intervención, cual fue el de que, partiendo de que la criminología positivista se afana por establecer las características diferenciales entre los delincuentes, se hace imprescindible para ella medir, cuantificar y clasificar dichos datos empíricos. Con ello se confirma el tercer rasgo propio del método positivo que de las ciencias naturales se transfiere a las ciencias sociales: objetividad, determinación del comportamiento humano y cuantificación de lo experimentado.

Un repaso que se haga de los estudios de los primeros criminólogos italianos permite verificar el ímpetu clasificatorio de los tipos de delincuentes a través de criterios científicos, mediante la reunión de ciertas características suyas, sobre todo aquellas biológicas, antropológicas y psicológicas. Ya antes, sin embargo, los llamados “estadísticos morales” (QUETELET y GUERRY) y toda la denominada “Escuela de Lyon” se empeñaban por medir y cuantificar tanto la producción delictiva como otros hechos demográficos. Pero aún anteriormente, aunque con criterios casi intuitivos, muchos médicos higienistas, aplicando el método positivista, se ocuparon de establecer categorías de delincuentes dando importancia a sus datos de temperamento.

El frenólogo GALL fue en verdad quien, en 1825, estableció una primera distinción entre los criminales arrastrados por la pasión y los que obedecen a instintos innatos. TOULMOUCHE, en 1836, habla de los delincuentes empujados por la miseria, la ignorancia y los malos consejos o las pasiones violentas y de los otros que son originariamente viciosos, empujados por una especie de instinto a cometer delitos. LAUVERGNE, ocupándose de las muertes violentas y de las violaciones, distingue en 1841 algunas categorías según el delito hubiese sido cometido por arrebatado o por voluntad deliberada o a consecuencia de instintos brutales e innatos.

Por último, debe aludirse a aquellas clasificaciones mediante las cuales se llega a la distinción entre delincuentes accidentales y de ocasión y delincuentes verdaderos y por hábito; entre estas puede citarse las de FERRUS (1850), DESPINE (1868), THOMSON (1870), NICHOLSON (1872) y MAUDSLEY (1875). Esta clase de distinción es posteriormente observada por una pléyade de investigaciones-clasificaciones realizadas en el ámbito propio de las prisiones en diversos países europeos y en Argentina, sobre todo por obra de JOSÉ INGENIEROS.

Todo ese bagaje de datos estaba asimismo dirigido a establecer las relaciones causales entre estigmas físicos o síquicos de los delincuentes y su producción delictiva. Pero es solo a partir de la tercera edición de *L'uomo delinquente* de CESARE LOMBROSO, y por mérito de las observaciones de ENRICO FERRI, cuando las clasificaciones de delincuentes asumen las características de atribuir las anomalías antropológicas y síquicas a únicamente una parte de los delincuentes, corrigiéndose así la inicial atribución indistinta a toda clase de delincuentes de la suma entera de los caracteres anormales observados.

Es muy interesante ahondar en la discusión que se promueve en el mismo seno de la “Scuola Positiva” en torno a la utilidad práctica de una clasificación de delincuentes, como también acerca de cuáles son los datos que deben prevalecer en semejante clasificación; es decir, si se debe tomar como criterio directivo la anatomía del delincuente, o si se debe observarlo principalmente desde el punto de vista psicológico o del sociológico. En este sentido es emblemática la disputa entre FERRI (v. 1908) y NAPOLEONE COLAJANNI (1889), que el primero zanja imputándole al segundo una evidente contradicción cuando este —COLAJANNI—, con apoyo de las opiniones de MANTEGAZZA, LAOUDE y otros, considera al delito como un fenómeno de atavismo síquico (1889, párrafo 65, 476 y ss.), mientras en todo el resto de su libro critica como erróneas y sin valor, sin aceptar una sola, todas las conclusiones parciales de la antropología criminal, en el dominio orgánico y psicológico, para escoger finalmente esta hipótesis del atavismo que —según FERRI (1908, 128)— es la síntesis más antigua y la más vivamente combatida de tales conclusiones de hecho.

Mas la discusión acerca de los criterios que deben orientar las clasificaciones, a que se ha hecho referencia, termina en el ámbito del positivismo criminológico italiano cuando se acoge definitivamente el aserto fundamental de FERRI que, según él, debe presidir “no solo la antropología criminal sino todas las inducciones de la sociología criminal” y que consiste en que “el delito (como cualquiera otra acción humana) es un fenómeno de origen complejo, biológico y físico-social, con modalidades y grados diferentes según las circunstancias diversas de personas y cosas, de tiempo y lugar” (1908, 145). Este concepto supone, entonces, la consideración pareja de aquellos tres componentes de la naturaleza del delito a la hora de construir los tipos delincuentes que darán la base para establecer la clasificación. Por lo tanto, entran en juego los datos aportados ya desde antes del nacimiento de la criminología científica.

En ese sentido es ahora entonces admisible analizar la cuestión de las pasiones como uno de los motivos determinantes del comportamiento criminal.

## —III—

Haber individualizado el tipo del delincuente pasional es un mérito que se atribuye ordinariamente a CESARE LOMBROSO (así, por ej., ROJAS, 1951, 168), quien lo identifica con la denominación de “delincuente por ímpetu”. Sin embargo,

según FERRI (v. 1908, 180), lo que hizo LOMBROSO fue dar una lista que se consideró "verdaderamente completa de tales delincuentes", continuando la labor de DESPINE (1868) y de BITTINGER (1872).

No obstante, las pasiones como tema de estudio tienen, como es sabido, una larga tradición en la filosofía y en la propia religión. La cuestión nace con la división del alma en dos partes, que PITÁGORAS y PLATÓN formularon: una fuerte y tranquila, asentada en el cerebro; otra, débil y feroz, agitada por las pasiones. Es la lucha incesante que se observa entre los instintos y la razón. Es la división de la naturaleza del hombre en racional e irracional, adoptada también por SAN PABLO, SAN AGUSTÍN y otros padres de la Iglesia. Algunos filósofos antiguos no se limitaron a distinguir en el hombre dos almas, una superior y otra inferior, sino que admitían aun una tercera, todas localizadas del modo siguiente: el alma racional en el cerebro, el alma animal o concupiscible en el hígado y la vital o irascible en el corazón.

Según los estoicos las pasiones derivan de la *opinión* (discernimiento) que se construye con dos aspectos buenos y dos malos. Y de ahí cuatro pasiones primitivas, a saber: el deseo y la alegría, la tristeza y el temor, que a su vez se subdividían en treinta y dos pasiones secundarias.

Los epicúreos reducían todas las pasiones a tres: alegría, dolor y deseo.

Los peripatéticos, muy en boga en el Medioevo, clasificaban las pasiones según el orden de su generación, establecido por ARISTÓTELES: 1) amor y odio, 2) deseo y aversión, 3) esperanza y desesperación, 4) miedo y audacia, 5) cólera, 6) alegría y tristeza.

SANTO TOMÁS, en la *Summa Theologica*, admite once pasiones, que clasifica por el orden siguiente: amor, odio, deseo, aversión, gozo o deleitación, dolor o tristeza, esperanza, desesperación, temor, audacia y cólera. Las seis primeras, para ser excitadas requieren tan solo la mera presencia o ausencia de su objeto, son referidas al apetito concupiscible, por que en ellas domina el deseo (*concupiscentia*). Las otras cinco, que añaden la dificultad a la ausencia o a la presencia de su objeto, son referidas al *apetito irascible* por que la cólera (ira) o el coraje, encuentra siempre en ellas algún obstáculo que vencer. Los griegos, que fueron los primeros en establecer esta distinción de *apetitos*, expresaban la cólera y el valor con la misma palabra —*θυμός*— por que en los animales la cólera es ordinariamente el manantial y pábulo del valor.

En fin, sería muy largo y tedioso referir cuantas reflexiones provocaron a la filosofía el tema de las pasiones, lo cual puede parecer antitético como últimamente lo ha hecho notar CARLOS GURMÉNDEZ (1983), habida cuenta que la filosofía "es pensamiento reflexivo, eje diamantino de paz, y la pasión, desorden, furor sensorial". Ese mismo autor, sin embargo, subraya cómo los racionalistas, tales SPINOZA, DESCARTES y HUME, conocieron y analizaron las pasiones, tratando de encauzarlas para el bienestar del hombre. En *Tratado de las pasiones* —recuerda GURMÉNDEZ— DESCARTES admite que son impulsos brutales y repentinos que nos asaltan, pero no aconseja eliminarlas sino entenderlas para poder vivirlas con medida y pausada intensidad. Las otras opiniones son coincidentes, pues para SPINOZA

las pasiones son afecciones que nos mantienen vivos, voluntarios, tensos y nos hacen perseverar en nuestra existencia, de lo cual se desprende que el hombre está necesariamente sometido a ellas. Habría unas buenas, que aumentan la potencia de nuestro ser, y otras malas que amenguan nuestra capacidad física. De todas formas, ambas deben estar sometidas a la vigilancia de la razón. No obstante, para HUME, no puede hablarse filosóficamente en serio de combate entre pasiones y razón y, por el contrario, la última debe servir y obedecer a las primeras. Luego aparecería lo que se denomina la concepción abstracta de las pasiones elaborada por HEGEL y MARX, otorgándoles el primero el impulso para la realización de los fines últimos del espíritu y dándoles el segundo la naturaleza de energía suprema del hombre, lo cual les convierte en el motor de la historia y el cambio, en las protagonistas decisivas e inflamadas de las revoluciones. En la filosofía de HUSSERL y KIERKEGAARD retorna la consideración de las pasiones; uno sumergiéndose en el yo puro de la conciencia, otro en los tormentos de la existencia. SARTRE las examina desde su sí mismo y sin escapar jamás a la soledad de la conciencia; paralelamente, WALTER BENJAMÍN, desde su marxismo las analiza como derivación del modo de producción capitalista (la tristeza, la melancolía, el *snobismo*, la pereza, la ambición, la soledad y el tedio).

No puede dejarse de aludir, aunque sea muy de paso, al influjo que las pasiones han tenido en la dramaturgia y la literatura. *Electra*, de SÓFOCLES; *Orestes*, de EURÍPIDES; *Otelo*, de SHAKESPEARE con sus personajes apasionados. Las obras clásicas basadas sobre la cuestión pasional y novelistas descollantes como BALZAC, STENDHAL y PROUST, sirven suficientemente para ilustrar la alusión<sup>1</sup>.

Ya en plena época positivista, es la obra de VINCENZO MELLUSI (v. versión en castellano 1914) la que resulta ser la más completa, analizando la influencia de las pasiones desde el más riguroso positivismo científico y experimental, así en los aspectos psicológicos como antropológicos, aunque particularizando su estudio sobre el tema del amor y los celos. La tesis de esta obra es que ningún hecho síquico-patológico puede ser comprendido positivamente sin recurrir a explicaciones anatomofisiológicas (Prefacio a la edición italiana, págs. XII y XIV). Esto constituye corolario de la doctrina ilustrada magistralmente por ROBERTO ARDIGÓ (v. 1879), según la cual, el espíritu y la materia, los actos físicos y los fisiológicos, se consideran como expresiones diversas de una misma realidad sicofísica. También en los hechos pasionales, en los que hasta entonces no se conocían sus mecanismos de producción, se intenta una interpretación fisiológica. Para los positivistas es indiferente que se espiritualice la materia o se materialice el espíritu; lo importante es que se llegue a la unificación de las energías neurosíquicas.

Para la psicología científica todas las acciones del individuo dependen constantemente de su organización sicofísica, la cual debe reaccionar de un modo determinado ante ciertos estímulos externos. De tal suerte, el ligamen entre la psicología y las ciencias biológicas se estrecha para los positivistas. Por ello, MELLUSI, lejos de apar-

<sup>1</sup> Uno de los estudios que más tuvieron trascendencia en relación a las pasiones fue el de J. B. F. DESCURET, en su traducción al castellano (1857).

tarse del fundamento mecánico, se acerca a la sicología celular de HACHEL y a la anatomía psicológica de SOURY, traduciendo los fenómenos psicopatológicos en términos neuropatológicos, porque, como decía KRAFFT-EBING, "las enfermedades llamadas del espíritu son las afecciones del cerebro, en el que dominan los desarreglos de las funciones síquicas". La conclusión conduce a que no es posible atribuir los delitos pasionales a una perturbación imaginaria del espíritu, ni a una enfermedad del alma, pues si se nace predispuesto a los desórdenes críticos o se llega a ser erotómano, es porque determinados órganos del cuerpo humano se desarrollan mal o están lesionados, se intoxican o deterioran, o están atacados de atrofia.

Como se advierte, la tesis de MELLUSI es un alegato en favor de introducir los conocimientos psicopatológicos rigurosamente positivistas en la investigación criminológica y en el propio procedimiento penal. Recurre para ello a ejemplos famosos —que califica como "errores"— de la crónica judicial de su época: la decapitación del infanticida Papavoine pese a que GEORGET lo reputaba un impulsivo; la condena a trabajos forzados de Bauton, contra las aserciones de PEZZASA; el fusilamiento del soldado Misdea, no obstante los peritajes de LOMBROSO y BIANCHI, que lo demostraban como un epiléptico (de donde nació el concepto de *misdeismo*); la condena del infanticida Grandi, contra las pruebas de imbecilidad aportadas por MORSELLI; etc.

Ciertamente, entonces, toda esta exaltación de la naciente psicopatología tendía al objetivo por excelencia de la primera criminología, cual era descubrir las leyes de las íntimas realidades individuales, de los motivos patológicos que producen el fenómeno social del delito que los positivistas calificaban como morboso.

Pero es necesario concretar, ¿cómo interesa realmente la cuestión pasional a la criminología positivista y qué servicio ha prestado para la determinación primitiva del comportamiento criminal?

Sicológicamente, todo delincuente movido por una pasión es un delincuente pasional; pero, criminológicamente, o sea en una clasificación de delincuentes, únicamente lo son aquellos movidos por pasiones nobles, por pasiones sociales según la expresión de FERRI (v. 1908, 181, nota 1). Esto supone que todas las pasiones, absolutamente todas, pueden llevar al delito, ser *motivo* de delito. El odio, la venganza, la lujuria, el sentido del honor, la justicia social, la ambición, la codicia, el amor, los celos, el miedo, el interés. Pero, en realidad, la pasión por sí sola —dicen los positivistas—, en su fuerza ética y psicológica, muy excepcionalmente conduce al crimen (cfr. ROJAS 1951, 174). La pasión necesitaría algo más para eso, y ese algo más está formado por elementos de maldad, de perversidad, de desequilibrio constitucional que será necesario estudiar en cada caso particular. La pasión *noble* no es criminógena, nuevo aserto positivista sobre el cual PUGLIA (1897), BONANNO (1896) y ZUCCARELLI (1894) habían dado pie a FERRI (1908, vol. 2, cap. III) para otorgar una disminución en la responsabilidad social de estos autores punibles.

Estas consideraciones acerca de las pasiones han servido para construir el último tipo criminológico de delincuentes que se incorpora a la definitiva clasificación de FERRI, como una variedad más definida de los delincuentes de ocasión y en neta distinción de los criminales locos, los criminales natos y los habituales o por hábito adquirido, todos los cuales en total constituyen las cinco categorías aceptadas por la criminología positivista.

Sabido es, sin embargo, que el positivismo criminológico tuvo una acogida relativa en las grandes legislaciones penales de este siglo. Situaciones de índole político-jurídica y principalmente ideológicas influyen para que sea el movimiento de política criminal —ciertamente de raíz positivista— el que orienta la construcción de los códigos penales, y no hace falta insistir en decir que el modelo de ciencia penal que guía esta tarea (*Gesamte strafrechtswissenschaft*) se apoyaba sobre la base de que la criminología fuera una disciplina subalterna del derecho penal al cual suministraba sus datos empíricos extraídos del material que el sistema penal establecido le proporcionaba (estudio de los individuos reclusos en cárceles y manicomios). Esto suponía un alejamiento de la realidad social que está empujando la producción criminal y, en consecuencia, un menosprecio del conocimiento que proporcionan las ciencias antropológicas y sociológicas *sí* dedicadas al análisis de esa realidad. Estas son las razones del limitado aporte de la criminología positivista a la legislación penal —si se excluye la recepción de la tipología de autores punibles acogida por el Código penal italiano de 1930 (v. CALVI, 1967)— y no las que hubieran correspondido ser también señaladas, cuales son las de resaltar la imposibilidad de conocer la realidad del fenómeno criminal con la aplicación del método científico de las ciencias naturales, dejando sin cuestionar el orden legal y social.

Pero lo concreto es que, por un motivo o por otro, la consideración del elemento pasional para la determinación del comportamiento criminal ha tenido en las legislaciones penales el escaso valor que de inmediato se señalará.

JIMÉNEZ DE ASÚA dijo (1947, 299) que el crimen por pasión tiene su más agudo y característico ejemplo en el denominado crimen por amor, y que los juristas transmutaron el nombre de crimen pasional por el de homicidio emocional no solo sin pensar en la técnica que acoge por primera vez el Proyecto de Código Penal suizo de 1916 para diferenciar la pasión de la emoción, sino que hasta quisieron desterrar de una manera tremendamente intelectualista ese crimen consistente en matar por amor. Eran los años en que el intelectualismo y el deseo de transformar la realidad conforme a lo pautado se imponía en la mentalidad de la época.

La diferencia entre emoción y pasión se remonta a KANT, pero, según MELLUSI (1914, 17), es desde la construcción de la *doctrina somática de las emociones* por el anatómo-patólogo danés LANGE y el filósofo norteamericano WILLIAM JAMES, cuando la psicología experimental distingue entre ambas. De cualquier forma, esta distinción nada fácil ha sido generalmente reconocida en la duración del fenómeno, puesto que se dice que la pasión es crónica cuando la emoción es aguda, cuya sorpresa en la aparición perturba la consciencia en un grado mayor o menor y descarga el automatismo. Las emociones son reconocibles por ciertas alteraciones, como la febril palpitación o la suspensión cardíaca que hace desvanecer, el enrojecer o el ponerse pálido, la respiración apresurada o el suspiro profundo, el escalofrío o el fluir de las lágrimas, la vacilación o el espasmo, la voz temblorosa, el lenguaje entrecortado, en suma el conjunto entero de acontecimientos fisiológicos —a flor de

la piel o dentro del cuerpo— considerados como proyecciones *secundarias* de un singular estado interno, que para los positivistas constituían la primera raíz de las emociones. Por eso HUXLEY consideraba los fenómenos de la vida síquica como expresión de los cambios moleculares de la materia de la vida, frente a los demás fenómenos vitales.

Mas entonces es cuando se produce la revolución en el análisis de la vida síquica. Respecto de la enfermedad mental se pierde el límite orgánico entre lo “normal” y lo patológico y se ensaya el camino sicodinámico abierto fundamentalmente por FREUD al señalar los restringidos alcances de la neurología de su tiempo y lanzarse a la investigación del inconsciente. Paralelamente también se produjo el desarrollo de la sociología y tampoco pasó por alto a nadie la importancia de los factores sociales en la etiología y la delimitación de la patología mental.

Los códigos penales se van enfrentando con la crisis que corroe a todos los conceptos jurídicos que se nutrían del saber positivista. Un caso paradigmático es el de la fórmula de la inimputabilidad o capacidad restringida de capacidad criminal. Es muy interesante —pero fuera del alcance de esta intervención— la elaboración juridico-penal en torno a las fórmulas que introducen las circunstancias provenientes del mundo síquico para modificar esa responsabilidad en los códigos penales contemporáneos desde el ya citado Proyecto suizo de 1916. Los legisladores rechazan cualquier referencia concreta o entidad alguna de la nosotaxia siquiátrica, para no quedar atrapados por las limitaciones que suponen el cuestionamiento a la siquiatria tradicional. Hay ciertos casos en que el uso de las expresiones “insuficiencia de las facultades” o “alteración morbosa de las mismas” (C. P. argentino, art. 34, inc. 1°), que a los efectos de la inimputabilidad quiere significar lo mismo que “perturbación de la consciencia”, aunque trajo serias polémicas atadas al entendimiento tradicional de la *consciencia*, han servido sin embargo para eliminar la exigibilidad juridico-penal de la comprensión de la antijuridicidad del acto (cfr. ZAFFARONI, IV, 1983, 132). En cambio, el recurso a la fórmula del trastorno mental transitorio en muchos códigos penales latinoamericanos y en el español (art. 8°, núm. 1, párrafo 1°), ha generado situaciones conflictivas para la jurisprudencia desde que esta ha manifestado giros en la formulación del concepto de enajenación, sobre todo cuando las expresiones utilizadas por el código penal respectivo sí tienen contenido médico-siquiátrico, como el caso del Código Penal español (art. 8°, 1 referido). Un aspecto fundamental de la problemática del trastorno mental transitorio está dado por ciertos estados emocionales que pueden perturbar la consciencia hasta provocar una inimputabilidad y aun una más profunda incapacidad para el delito los que en ciertas jurisprudencias suramericanas han sido acogidos como eximentes de responsabilidad (v. GÓMEZ LÓPEZ, 1981); no es este el caso de la jurisprudencia española que, constreñida por el empleo del término “enajenación” del art. 8 (Cod. Penal referido) y pese al giro bio-sicológico que ella dio a la fórmula biológica pura de ese concepto, todavía excluye los estados emocionales del trastorno mental transitorio, pues se insiste en que este requiere una base patológica (v. RODRÍGUEZ DEVESA, 1979, 569 y 578, con jurisprudencia).

El caso específico de la “emoción violenta” es acogido por el Código Penal argentino como un claro supuesto de culpabilidad disminuída (cuya fórmula general

no admite el Código) para el homicidio (art. 81, inc. 1°) y las lesiones (art. 93), pero de todos modos ha de ser un estado de perturbación que, precisamente, no debe alcanzar el grado de inimputabilidad. La diferencia que media entre la emoción violenta y el trastorno mental transitorio para la correcta dogmática argentina, es la que hay entre una causa de atenuación de la culpabilidad y una causa de inculpabilidad: en la primera aún hay exigibilidad, en el segundo no la hay (ZAFFARONI, *op. cit.*, 146).

Por el contrario, el Código Penal español comprende como circunstancias generales atenuantes de la responsabilidad criminal los llamados estados emotivos o pasionales. Ellos eran la provocación, la vindicación próxima de una ofensa grave y finalmente, obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación (art. 9°, 5°, 6° y 8°). La reciente reforma de dicho código (ley orgánica 8 de 25 de junio de 1983) ha suprimido la vindicación y la provocación por presumir que son manifestaciones o ejemplos y ha dejado así el artículo 9°, 8°: “la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de semejanza”. La primera impresión que esta reforma provoca, de interés para esta intervención, es que la ya clásica distinción entre emociones y pasiones ha de perder interés en la construcción jurisprudencial futura en España y en cambio puede regenerar un nuevo auge de la cuestión pasional. Por supuesto todo está por verse y, además, ahora están presentes los resultados de los distintos movimientos de la siquiatria alternativa que si en el campo de consideración de la inimputabilidad han sido ya comenzados a tener en cuenta por la dogmática penal crítica (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, 1982, 87 y ss.) no menos podrían serlo en el terreno de atenuación de la culpabilidad.

El tema daría para mucho más, sobre todo si se profundiza en el campo de lo juridico-penal. Pero, la verdad es que se escaparía al objeto de la presente intervención.

—V—

Para concluir, entonces, ha de dejarse en claro que la cuestión pasional queda ligada al conocimiento criminológico en el marco de análisis del paradigma etiológico-positivista de cuño italiano que supone la búsqueda de las causas o factores en la génesis del comportamiento criminal.

Empero, si la cuestión pasional no aparece ya como capítulo relevante de la investigación criminológica no vaya a creerse que semejante forma de encarar los problemas y proponer soluciones ha desaparecido. Se persiste aún en la continuación de una línea de investigación, desde los impulsos dados con la teoría de los tipos somáticos construída por ERNST KRETSCHMER (1921) y continuada por WILLIAM SHELDON (1940) con la teoría de la combinación cromosómica XYY o “síndrome de Klinefelter”, y con la obra de sicólogos positivistas como H. EYSENCK (v. por toda su obra 1970) y GORDON TRASLER (1962), etc. De toda esta zaga positivista emerge la caracterización de un comportamiento desviado o criminal no problemático para la criminología que se hace sobre todo desde la administración o para

las administraciones oficiales (aquella cuyas conclusiones se suponen válidas para el restringido campo de las estadísticas judiciales y policiales o para el conocimiento y gobierno de la cuestión penitenciaria). Para esa criminología, el consenso define lo que es conducta normal o desviada y la tarea del científico (antropólogo, biólogo, sicólogo o sociólogo) consiste únicamente en proporcionar medios eficaces de tratamiento de esos sujetos que indudablemente han de ser "readaptados" (ideologías del tratamiento y de la defensa social). Pero la concepción positivista de la ciencia social que considera carente de significado toda acción efectuada al margen del consenso y, por ende, al margen del orden social establecido, ha perdido ya toda legitimidad de cara al ostensible y desfachatado estado de injusticia social que dicha concepción ha facilitado. Por consiguiente, el paradigma crítico encuentra las puertas abiertas en el terreno de conocimiento de lo social y dentro de esa perspectiva se legitima la criminología que pretenda primero desenmascarar lo hecho por el positivismo y, luego, desentrañar y desmitificar la realidad de la criminalidad y el comportamiento desviado, sugiriendo formas de control acordes con los principios democráticos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARDIGÓ, R. (1879): *La psicología come scienza positiva*, s/edit. Torino.
- BARATTA, A. (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, quaderno della rivista "La Questione Criminale", núm. 5, Il Mulino, Bologna.
- BITTINGER, CH. (1872): *Crimes of passion*, s/edit. London.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1982): *La imputabilidad en un Estado de derecho* (Su revisión crítica desde la teoría de las subculturas y la siquiatria alternativa), en: J. BUSTOS RAMÍREZ *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Temis, Bogotá, págs. 86-114.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1983): *La criminología 2. Concepto y discusión sobre su contenido*, en: R. BERGALLI-J. BUSTOS RAMÍREZ y TERESA MIRALLES, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Homo Sociologicus-28, Ed. Península, Barcelona, págs. 15-23.
- BONANNO, G. (1896): *Il delinquente per passione*, s/edit. Torino.
- CALVI, A. (1967): *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*- I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana, Cedam, Padova.
- COLAJANNI, N. (1889): *Sociologia criminale*, vols. I y II, Filippo Tropea editore, Catania.
- DESCURET, J. B. F. (1857): *La medicina de las pasiones o Las pasiones consideradas con respecto á las enfermedades, á las leyes y á religión* (trad. del francés Dr. D. Pedro Felipe Monlau), seg. edición, Imprenta y Librería de Pablo Riera, Barcelona.
- DESPINE, P. (1868): *Psychologie naturelle*, vols. I y II, s/edit. Paris. V. págs. 278 vol. I y 215 y ss. vol. II.
- EYSENCK, H. (1970): *Crime and Personality*, Paladin, London.
- FERRI, E. (1908), *Sociologia criminal*, tomos I y II (versión española por Antonio Soto y Hernández), Nueva Biblioteca Universal, sección jurídica, Centro Editorial de Góngora, Madrid.
- GÓMEZ LÓPEZ O. (1981): *El delito emocional*, Temis, Bogotá.

- GURMÉNDEZ, C. (1983): *La filosofía y las pasiones*, en "El País", día 16 de julio, Madrid, pág. 10.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1947): *El crimen pasional*, en L. JIMÉNEZ DE ASÚA, "El Criminalista", t. VII, Editorial La Ley, quinto estudio, Buenos Aires, págs. 297-318.
- KRETSCHMER, E. (1921): *Körperbau und Charakter*, Springer, Berlín. Hay versión en castellano, *Constitución y carácter*, Labor, Barcelona.
- MARSAL, J. F. (1977): *La crisis de la sociología norteamericana*, Homo Sociologicus-16, Ed. Península, Barcelona.
- MELLUSI, V. (1914), *Del amor al delito. Delinquentes por erotomanía psico-sexual*, tomos primero y segundo, versión castellana por la redacción de la "Revista de los Tribunales y de Legislación Universal", Nueva Biblioteca Universal (sección jurídica), Centro Editorial de Góngora, Madrid.
- PAVARINI, M. (1980): *La criminología*, collana Introduzione a... dirigida por Sergio Moravia, Le Monnier, Firenze. Hay versión en castellano (trad. I. Muñagorri con epílogo R. BERGALLI. "La cuestión criminal en América Latina"), Colección Criminología Crítica y Derecho, Siglo XXI editores, México 1983, con el título: "Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico".
- PUGLIA, F. (1897): *In torno ai delinquenti per passione*, en "Rivista Carceraria", mayo.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1979): *Derecho penal español - Parte general*, 7ª edición del autor, Madrid.
- ROJAS N. (1951): *El delito pasional*, en N. Rojas, "El diablo y la locura y otros ensayos", cap. XII, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, págs. 167-185.
- SHELDON, W. (1940): *Varieties of human physique*, Harper & Row, New York. Hay versión en castellano: *Las variedades del temperamento*, Paidós, Buenos Aires.
- TAYLOR, I., WALTON, P., YOUNG, J. (1977): *La nueva criminología* (contribución a una teoría social de la conducta desviada), (trad. A. Crosa), Amorrortu, Buenos Aires. Versión original inglesa: "The new criminology: for a social theory of deviance", Routledge & Kegan Paul, London, 1ª ed., 1973, 2ª ed. revisada 1975.
- TRASLER, G. (1962): *The explanation of criminality*, Routledge & Kegan Paul, London.
- ZAFFARONI, E. R. (1982): *Tratado de derecho penal - Parte general*, t. IV, Ediar, Buenos Aires.
- ZUCCARELLI, R. (1894): *I passionati del bene*, en "Scuola Positiva", del 15 de agosto.

**SECCIÓN  
DE  
LEGISLACIÓN**

DECRETO LEGISLATIVO 0615 DE 1984

(marzo 14)

Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de los Departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, oído el concepto previo y favorable del Consejo de Estado, y

CONSIDERANDO:

Que en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, han venido operando grupos armados que atentan contra el régimen constitucional, mediante frecuentes hechos de perturbación del orden público;

Que el gobierno ha expedido diversas providencias, en cumplimiento de su obligación de conservar el orden público donde fuere turbado, con arreglo al numeral 7° del artículo 120 de la Constitución, sin que la situación se haya normalizado;

Que en el Departamento del Caquetá se ha presentado un estado grave de conmoción, y en la mañana de hoy, uno de los grupos armados irrumpió en su capital, Florencia,

alterando de esa manera todas las actividades y causando intensa zozobra en los habitantes;

Que por los motivos contemplados anteriormente el gobierno nacional se ve precisado a emplear transitoriamente las medidas de excepción que consagra la Carta,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Declárase turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca.

*Art. 2°.*—Este decreto rige desde la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 14 de marzo de 1984.

DECRETO LEGISLATIVO 0666 DE 1984

(marzo 21)

Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre reuniones públicas, en los Departamentos del Caquetá, Cauca, Huila y Meta

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del decreto número 615 del 14 de marzo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca,

quedan prohibidas las reuniones de carácter político, las manifestaciones públicas, concentraciones de carácter estudiantil o laboral, los

espectáculos públicos que puedan originar situaciones que afecten o entrapen el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, salvo que preceda expresa y previa autorización de los respectivos gobernadores.

*Art. 2°.*—Para que los gobernadores puedan conferir las autorizaciones a que se refiere el artículo anterior, se deberá presentar por los interesados o por los organizadores, solicitud escrita con siete (7) días de anticipación, indicando el motivo de la reunión, manifestación o concentración y el lugar, fecha y hora de su ocurrencia.

*Art. 3°.*—La solicitud que reúna los requisitos señalados en el artículo anterior se resolverá de plano, con una anticipación no menor a la de cuarenta y ocho (48) horas de aquella en que se pretenda efectuar la reunión.

La providencia que resuelva la solicitud podrá, por razones de orden público señalar hora y sitios de reunión diferentes a los indicados por los interesados.

*Art. 4°.*—En los despachos de los gobernadores, se llevará un registro de solicitudes, en el cual deberá constar el día y la hora de su presentación, los nombres de las personas que las suscriben y presentan, registro en el cual deberá dejarse constancia de las decisiones que se tomen.

*Parágrafo.*—A todos los interesados, en el acto de la presentación se les hará conocer el texto del presente decreto.

*Art. 5°.*—Se prohíbe autorizar la celebración de manifestaciones simultáneas dentro de un municipio.

*Art. 6°.*—Las reuniones públicas no podrán efectuarse, por ningún motivo, antes de las seis (6) de la mañana ni después de las seis (6) de la tarde. Las en recinto cerrado deberán concluirse antes de las diez (10) de la noche, salvo que esté rigiendo toque de queda.

*Art. 7°.*—Las reuniones de que trata el presente decreto solo podrán efectuarse en el día, hora y lugar para los cuales se autoricen.

*Art. 8°.*—Quienes desarrollen acciones tendientes a efectuar reuniones, concentraciones, manifestaciones o espectáculos sin permiso previo, o varíen sin autorización de la autoridad competente, la hora, el lugar o el día de una ya autorizada, incurrirán en multa de diez mil pesos (\$ 10.000.00) a cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00), a favor del tesoro nacional, convertibles en arresto a razón de un día por cada mil pesos (\$1.000.00), multa que impondrá el alcalde municipal respectivo, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 228 del decreto 1355 de 1970.

Las respectivas providencias serán apelables en el efecto devolutivo ante el respectivo gobernador.

Las apelaciones deberán ser resueltas dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo en el despacho del superior.

*Art. 9°.*—Para los efectos del artículo 309 del Código Penal, se consideran acciones tendientes a impedir o perturbar una reunión lícita, las agresiones a participantes en ella, el obstaculizar el acceso al lugar de su realización, los ataques a vehículos, así como las incitaciones verbales, radiodifundidas, escritas o impresas para impedir su libre desarrollo, y las demás de naturaleza similar.

*Art. 10.*—Los oradores que en una reunión pública inciten a la violencia, al desconocimiento de las autoridades, o al delito, serán arrestados policívicamente por un término de cuarenta y ocho (48) horas inconvertibles, sin perjuicio de la correspondiente sanción penal y la autoridad procederá a disolver la reunión.

*Art. 11.*—Los gobernadores no podrán delegar las facultades que por este decreto se les otorgan.

*Art. 12.*—El presente decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 21 de marzo de 1984.

## DECRETO LEGISLATIVO 0667 DE 1984

(marzo 21)

Por el cual se suspenden los salvoconductos para el porte de armas en los Departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto 615 del 14 de marzo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras subsista el estado de sitio en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, quedan suspendidos los salvoconductos ordinarios para portar armas, en esas jurisdicciones.

*Parágrafo.*—Los comandantes de brigada podrán expedir permisos especiales para porte de armas, cuando lo consideren necesario.

*Art. 2°.*—El porte de armas sin permiso especial, será sancionado con decomiso del arma, y con pena de arresto hasta por un

(1) año que impondrá la primera autoridad política del lugar.

*Art. 3°.*—Con arreglo a lo estatuido por el artículo 121 de la Constitución Política quedan suspendidas las normas contrarias al presente decreto.

*Art. 4°.*—Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 21 de marzo de 1984.

## DECRETO LEGISLATIVO 0668 DE 1984

(marzo 21)

Por el cual se dictan medidas de orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto 615 de 14 de marzo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras se mantenga el estado de sitio en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca, los respectivos gobernadores podrán aplicar las siguientes medidas:

- a) Reglamentar el control del transporte terrestre y fluvial en sus respectivas jurisdicciones seccionales;
- b) Restringir y vigilar la circulación de las personas por las vías y lugares públicos;
- c) Decretar el toque de queda;

d) Restringir o prohibir el expendio de bebidas alcohólicas en establecimientos y lugares abiertos al público.

*Art. 2°.*—Las infracciones a las medidas que se adopten con sujeción al presente decreto, serán sancionadas por los gobernadores respectivos con multa de sesenta mil pesos (\$60.000.00), cuando se tratara de personas jurídicas y con pena de arresto de sesenta (60) días conmutables a razón de un mil pesos

(\$1.000.00) por día, cuando se tratare de personas naturales.

*Art. 3°.*—Los gobernadores procederán mediante resolución escrita y motivada la que se producirá después de oír los descargos del contraventor y de examinar las pruebas que este quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el despacho del gobernador. Contra las providencias dictadas por los gobernadores procede el recurso de reposición, el cual se tramitará en el efecto devolutivo.

### DECRETO LEGISLATIVO 0669 DE 1984

(marzo 21)

Por el cual se establecen unas contravenciones.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto número 615 del 14 de marzo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Incurrir en contravención y arresto inmutable hasta por un (1) año, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar, las personas que:

a) Sin justificación porten o usen máscaras o capuchas o mallas o antifaces o cualquier otro elemento o ingrediente que sirva para ocultar o dificultar la verdadera identidad;

b) Quien comercie, porte o almacene sin justificación, gasolina, explosivos o elementos químicos tales como acetona, éter, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, solventes, disolventes, carbonato liviano y otros similares empleados en la fabricación de sustancias susceptibles de producir adicción síquica o física.

*Art. 2°.*—La sanción que corresponda por la violación del ordinal a) del artículo ante-

*Art. 4°.*—Suspéndense transitoriamente las normas que sean contrarias a lo dispuesto en el presente decreto, en los términos del artículo 121 de la Constitución Política.

*Art. 5°.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 21 de marzo de 1984.

rior, será aplicada por los alcaldes e inspectores de policía; la que corresponda por la violación del ordinal b) por los gobernadores, asimilándose en ambos casos el procedimiento señalado en el artículo 228 del decreto 1355 de 1970.

*Parágrafo.*—Contra la decisión que imponga la sanción, no procede recurso alguno.

*Art. 3°.*—Quedan suspendidas las normas que sean contrarias a lo dispuesto en este decreto, en los términos previstos en el artículo 121 de la Constitución Política.

*Art. 4°.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 21 de marzo de 1984.

### DECRETO LEGISLATIVO 0670 DE 1984

(marzo 21)

Por el cual se dictan normas sobre competencia y procedimiento en materia penal.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del decreto número 615 del 14 de marzo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Los jueces de instrucción criminal de los departamentos del Caquetá, Cauca, Huila y Meta, conocerán en primera instancia de los delitos de rebelión, sedición, asonada, secuestro, terrorismo, de los delitos tipificados en los artículos 201 y 202 del Código Penal, y de las infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes (artículos 37, 38 inciso 1°, 40, 41, 42, 43 y 45 del decreto 1188 de 1974).

*Art. 2°.*—Para la instrucción y fallo se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 14 a 30, 32 a 35 de la ley 2ª de 1984.

*Art. 3°.*—De los procesos iniciados antes de la vigencia de este decreto seguirán cono-

ciendo las actuales autoridades competentes, pero si tales procesos se encontraren en estado de sumario aplicarán las disposiciones de la ley 2ª de 1984 indicadas en el artículo anterior.

*Art. 4°.*—En todos los casos establecidos en este decreto, las apelaciones se surtirán ante los respectivos tribunales superiores de distrito judicial.

*Art. 5°.*—El presente decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las normas que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 21 de marzo de 1984.

### DECRETO LEGISLATIVO 1038 DE 1984

(mayo 1°)

Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, oído el concepto previo y favorable de Consejo de Estado, y

CONSIDERANDO:

Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el régimen constitucional, mediante lamentables hechos de

perturbación del orden público y suscitando ostensible alarma en los habitantes;

Que para conjurar la grave situación especialmente en los departamentos de Ca-

quetá, Huila, Meta y Cauca el gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de dichos departamentos por medio del decreto 615 de 14 de marzo anterior;

Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad;

Que con posterioridad a la expedición del decreto 615 de 1984, han tenido lugar asaltos a poblaciones por obra de grupos armados entre ellos los ocurridos sobre Acevedo, en el Departamento del Huila; Corinto, en el Departamento del Cauca; Sucre y Jordán Bajo, en el Departamento de Santander; Giraldo, en el Departamento de Antioquia y Miraflores, en la Comisaría del Guaviare;

Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salubridad públicas y en la economía nacional;

Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de Medellín, Cali y Bogotá, causantes de la destrucción de numerosos vehículos de transporte colectivo;

Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla;

Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las fuerzas militares y de la policía, lo mismo que víctimas en la población civil;

Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Declárase turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

*Art. 2°.*—Este decreto rige desde la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 1° de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1039 DE 1984

(mayo 1°)

Por el cual se dictan medidas de orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto 1038 del 1° de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras se mantenga el estado de sitio en el territorio de la República, los gobernadores podrán aplicar las siguientes medidas:

a) Reglamentar el control del transporte terrestre y fluvial en sus respectivas jurisdicciones seccionales;

b) Restringir y vigilar la circulación de las personas por las vías y lugares públicos;

c) Decretar el toque de queda;

d) Restringir o prohibir el expendio de bebidas alcohólicas en establecimientos y lugares abiertos al público.

*Art. 2°.*—Las infracciones a las medidas que se adopten con sujeción al presente decreto, serán sancionadas por los gobernadores respectivos con multa de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00), cuando se tratare de personas jurídicas y con pena de arresto de sesenta (60) días conmutables a razón de un mil pesos (\$ 1.000.00) por día, cuando se tratare de personas naturales. [Modificado por el decreto 1208 de 1984, art. 1°].

*Art. 3°.*—Los gobernadores procederán mediante resolución escrita y motivada la que se producirá después de oír los descargos del contraventor y de examinar las pruebas que

este quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el despacho del gobernador. Contra las providencias dictadas por los gobernadores procede el recurso de reposición. [Modificado por el decreto 1055 de 1984, art. 2°].

*Art. 4°.*—Suspéndense transitoriamente las normas que sean contrarias a lo dispuesto en el presente decreto, en los términos del artículo 121 de la Constitución Política.

*Art. 5°.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 1° de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1040 DE 1984

(mayo 1°)

Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre reuniones públicas en todo el territorio de la República.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del decreto número 1038 del 1° de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República, quedan prohibidas las reuniones de carácter político, las manifestaciones públicas, concentraciones de carácter estudiantil o laboral, los espectáculos públicos que puedan originar situaciones que afecten o entorpezcan el normal desarrollo de las actividades ciudadanas, salvo que preceda expresa y previa autorización de los respectivos gobernadores.

*Art. 2°.*—Para que los gobernadores puedan conferir las autorizaciones a que se refiere el artículo anterior, se deberá presentar por los interesados o por los organizadores, solicitud escrita con siete (7) días de anticipación, indicando el motivo de la reunión, manifestación o concentración y el lugar, fecha y hora de su ocurrencia.

*Art. 3°.*—La solicitud que reúna los requisitos señalados en el artículo anterior se resolverá de plano, con una anticipación no menor a la de cuarenta y ocho (48) horas de aquella en que se pretenda efectuar la reunión.

La providencia que resuelva la solicitud podrá, por razones de orden público señalar hora y sitios de reunión diferentes a los indicados por los interesados.

*Art. 4°.*—En los despachos de los gobernadores, se llevará un registro de solicitudes, en el cual deberá constar el día y la hora de su presentación, los nombres de las personas que las suscriben y presentan, registro en el cual deberá dejarse constancia de las decisiones que se tomen.

*Art. 5°.*—Se prohíbe autorizar la celebración de manifestaciones simultáneas dentro de un municipio.

*Art. 6°.*—Las reuniones públicas no podrán efectuarse, por ningún motivo, antes de las seis (6) de la mañana ni después de las seis (6) de la tarde. Las en recinto cerrado deberán concluirse antes de las diez (10) de la noche, salvo que esté rigiendo toque de queda.

*Art. 7°.*—Las reuniones de que trata el presente decreto solo podrán efectuarse en el día, hora y lugar para las cuales se autoricen.

*Art. 8°.*—Quienes desarrollen acciones tendientes a efectuar reuniones, concentraciones, manifestaciones o espectáculos sin previo permiso, o varíen sin autorización de la autoridad competente, la hora, el lugar o el día de una ya autorizada, incurrirán en multa de cien mil pesos (\$ 100.000) a quinientos mil pesos (\$ 500.000), a favor del Tesoro Nacional, convertibles en arresto a razón de un día por cada diez mil pesos (\$ 10.000), multa que impondrá el alcalde municipal respectivo, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 228 del decreto 1355 de 1970.

Las respectivas providencias serán apelables en el efecto devolutivo ante el respectivo gobernador.

Las apelaciones deberán ser resueltas dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo en el despacho del superior.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1041 DE 1984

(mayo 1°)

Por el cual se establecen unas contravenciones.

*El presidente de la República de Colombia,*

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto número 1038 de 1° de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Incurrir en contravención y arresto inmutable hasta por un (1) año, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar, las personas que:

a) Sin justificación porten o usen máscaras o capuchas o mallas o antifaces o cual-

*Art. 9°.*—Para los efectos del artículo 292 del Código Penal, se consideran acciones tendientes a impedir o perturbar una reunión lícita, las agresiones a participantes en ella, el obstaculizar el acceso al lugar de su realización, los ataques a vehículos, así como las incitaciones verbales, radiodifundidas, escritas o impresas para impedir su libre desarrollo, y las demás de naturaleza similar.

*Art. 10.*—Los oradores que en una reunión política inciten a la violencia, al desconocimiento de las autoridades, o al delito, serán arrestados policivamente por un término de cuarenta y ocho (48) horas inmutables, sin perjuicio de la correspondiente sanción penal y la autoridad procederá a disolver la reunión.

*Art. 11.*—Los gobernadores no podrán delegar las facultades que por este decreto se les otorgan.

*Art. 12.*—Este decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 1° de mayo de 1984.

quier otro elemento o ingrediente que sirva para ocultar o dificultar la verdadera identidad.

b) Quien comercie, porte, o almacene sin justificación, gasolina, explosivos o elementos químicos tales como acetona, éter, ácido

sulfúrico, ácido clorhídrico, solventes, disolventes, carbonato liviano y otros similares empleados en la fabricación de sustancias susceptibles de producir adicción síquica o física.

*Art. 2°.*—La sanción que corresponda por la violación del ordinal a) del artículo anterior, será aplicada por los alcaldes o inspectores de policía; la que corresponda por la violación del ordinal b) por los gobernadores, asimilándose en ambos casos el procedimiento señalado en el artículo 228 del decreto 1355 de 1970.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1042 DE 1984

(mayo 2)

Por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto 1038 del 1° de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—El conocimiento de los delitos a que se refieren los artículos 37, 38, inciso 1°; 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50 y 51 del decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), corresponde a la justicia penal militar, la cual los juzgará por el procedimiento de los consejos de guerra verbales consagrados en el libro cuarto, título sexto, capítulo segundo del Código de Justicia Penal Militar (artículos 566 y siguientes).

*Art. 2°.*—La competencia y el procedimiento establecidos en el artículo anterior, se extenderán a los delitos conexos con las infracciones señaladas en él.

*Art. 3°.*—La captura y detención preventiva se regirán por las normas pertinentes del Código de Justicia Penal militar. Ningun-

*Parágrafo.*—Contra la decisión que imponga la sanción, no procederá recurso alguno.

*Art. 3°.*—Quedan suspendidas las normas que sean contrarias a lo dispuesto en este decreto, en los términos previstos en el artículo 121 del la Constitución Política.

*Art. 4°.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 1° de mayo de 1984.

no de los delitos enumerados en el artículo 1°, tendrá derecho a excarcelación. [Adicionado por el decreto 1042 de 1984, art. 1°].

*Art. 4°.*—La competencia y el procedimiento establecidos en este decreto, regirán para los hechos respecto de los cuales no se haya iniciado investigación.

Respecto de los procesos ya iniciados, continuarán conociendo las autoridades establecidas por disposiciones anteriores y con los procedimientos en ellos indicados (C. de P. P.: decrs. 1188/74, y 760/84).

*Art. 5°.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 2 de mayo de 1984.

DECRETO LEGISLATIVO 1055 DE 1984

(mayo 4)

Por el cual se dictan medidas de orden público y se modifica una disposición.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política, y en desarrollo del decreto 1038 del 1º de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1º.*—Las facultades conferidas a los gobernadores, en los decretos 1039, 1040 y 1041 de 1984, serán ejercidas por el alcalde mayor en el Distrito Especial de Bogotá y por los intendentes y comisarios en los territorios de sus correspondientes jurisdicciones.

Respecto de las conductas y sanciones establecidas en el artículo 8º del decreto 1040 y en el decreto 1041 de 1984 serán competentes los inspectores de policía en Bogotá, Distrito Especial. Las apelaciones se surtirán ante el alcalde mayor. En las intendencias y comisarias, para estos mismos casos, la competencia corresponde a los intendentes y comisarios.

*Art. 2º.*—El artículo 3º del decreto 1039 de 1984, quedará así:

“Los alcaldes procederán mediante resolución escrita y motivada la que se producirá después de oír los descargos del contraventor y de examinar las pruebas que este quisiere aducir durante el interrogatorio, celebrado en el despacho del alcalde. Contra las providencias dictadas por los alcaldes procede el recurso de reposición”.

*Art. 3º.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 4 de mayo de 1984.

DECRETO LEGISLATIVO 1056 DE 1984

(mayo 4)

Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del decreto legislativo 1038 de 1984,

DECRETA:

*Art. 1º.*—El que sin permiso de autoridad competente fabrique, almacene, distribuya, venda, transporte, suministre, adquiera, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en

arresto de uno a dos años y en el decomiso de dichos elementos.

*Art. 2º.*—La sanción de que trata el artículo anterior será aplicada por los comandantes de brigada, fuerza naval o base aérea,

de conformidad con el siguiente procedimiento:

Se oírán en descargos al contraventor dentro de las veinticuatro horas siguientes al conocimiento de los hechos, diligencia para la cual deberá estar asistido por un apoderado.

A partir del día siguiente al de esta diligencia, empezará a correr un término de cinco días para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el contraventor o su apoderado u ordenadas por el funcionario de instrucción respectivo, designado para el efecto.

Si dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al conocimiento de los hechos, no hubiere sido posible oír en diligencia de descargos al contraventor, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado por dos días en la ayudantía del comando de la respectiva brigada, fuerza naval o base aérea, según el caso.

Si vencido este plazo no compareciere el contraventor se le declarará ausente y se le nombrará defensor de oficio para que actúe hasta la terminación de la investigación.

*Art. 3º.*—Transcurridos los anteriores términos, se dictará la correspondiente resolución motivada, en la cual se harán constar: la identificación del contraventor, el hecho que se le imputa, y la sanción que se le impone si se le declara responsable; si es absuelto, será puesto inmediatamente en libertad.

*Art. 4º.*—En caso de ser declarado responsable un contraventor que estuviere capturado, será recluso en la cárcel del lugar, con la obligación de remitir copia de la res-

pectiva resolución a la Dirección General de Prisiones, autoridad que en definitiva fijará el lugar de reclusión.

*Art. 5º.*—Los términos fijados en este decreto se ampliarán hasta el doble, si los contraventores fueren cinco o más personas.

*Art. 6º.*—La resolución a que se refieren los artículos anteriores será notificada personalmente al contraventor o al defensor de oficio, y al fiscal permanente de la respectiva brigada, fuerza naval o base aérea, y contra ella solamente procederá el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación, y resuelto dentro de las subsiguientes cuarenta y ocho horas.

*Art. 7º.*—La captura, en las actuaciones a que dé lugar la aplicación del presente decreto, se regirá por las normas pertinentes del Código Nacional de Policía (decreto 1355 de 1970).

*Art. 8º.*—Los comandantes de brigada, unidad táctica, base naval o aérea y unidades destacadas, podrán suspender los salvoconductos ordinarios, otorgados para portar armas de defensa personal a quienes considere necesario.

*Art. 9º.*—Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los hechos respecto de los cuales no se hubiere iniciado investigación.

*Art. 10.*—Este decreto rige desde su expedición y suspende el artículo 201 del Código Penal y demás disposiciones legales que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 4 de mayo de 1984.

DECRETO LEGISLATIVO 1057 DE 1984

(mayo 4)

Por el cual se establecen normas relativas a delitos cometidos por militares y personal de competencia de la justicia penal militar.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades legales que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del decreto número 1038 de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los delitos de competencia de la justicia penal militar, cometidos por militares y personal civil al servicio de las fuerzas armadas, se juzgarán por el procedimiento de los consejos de guerra verbales consagrados en el libro cuarto, título VI, capítulo II, del Código de Justicia Penal Militar (artículo 566 y siguientes).

*Art. 2°.*—Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior los delitos de abandono del puesto, desertión y abandono del servicio, los cuales se tramitarán y faltarán por

el procedimiento especial indicado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

En estos casos no tendrá lugar el grado de consulta.

*Art. 3°.*—Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los hechos respecto de los cuales no se hubiere iniciado investigación.

*Art. 4°.*—El presente decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 4 de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1058 DE 1984

(mayo 4)

Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del decreto legislativo número 1038 de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los comandantes de brigada, fuerza naval o base aérea, conocerán de las infracciones previstas en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el artículo 7° de la ley 35 de 1982.

*Art. 2°.*—El procedimiento para la investigación y fallo de las infracciones previstas en el artículo anterior, será el previsto por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

En estos casos tendrá lugar el grado de consulta.

*Art. 3°.*—Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los hechos respecto de los cuales no se hubiere iniciado investigación.

*Art. 4°.*—Este decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las normas que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 4 de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1060 DE 1984

(mayo 5)

Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del decreto 1038 del 1° de mayo de 1984,

—382—

DECRETA:

*Art. 1°.*—El artículo 37 del decreto 1188 de 1974, quedará así:

“El que sin permiso de la autoridad competente cultive o conserve planta de marihuana, o de la que pueda extraerse cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, o semillas que generen dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y en multa de cien mil a cinco millones de pesos”.

*Art. 2°.*—Las penas mínimas establecidas en los artículos 38, inciso 1, 40, 41, 42, 45 y 46 del decreto 1188 de 1974, se aumentan al doble y las multas allí previstas quedarán así: La del artículo 38 de cien mil a diez millones de pesos y la del artículo 40 de cien mil a un millón.

*Art. 3°.*—Cuando se obre en concierto para delinquir con el fin de relizar conductas de las descritas en los artículos antes citados, la pena será de seis (6) a doce (12) años de prisión y se impondrá multa de cien mil a un millón de pesos.

*Art. 4°.*—Al autor o participe del hecho punible que colabore eficazmente en el descubrimiento de otros autores o partícipes diferentes a los ya vinculados a la investigación y en el establecimiento de la responsabilidad penal, se le disminuirá la pena en la mitad.

*Art. 5°.*—El artículo 52 del decreto 1188 de 1974, quedará así:

“Los muebles, equipos y demás cosas donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, lo mismo que los vehículos y demás medios de transporte utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, serán decomisados y el gobierno, por resolución ejecutiva, podrá destinarlos al servicio de una entidad oficial, según criterio del Consejo Nacional de Estupefacientes, o rematarlos. Bajo el control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes, los beneficios obtenidos se aplicarán a la represión del tráfico de ta-

les drogas o sustancias y a la rehabilitación de los farmacodependientes”.

Excepcionalmente podrá ordenarse la devolución de los vehículos y demás medios de transporte a terceras personas que, mediante plena prueba, acrediten que a pesar de la suma diligencia y cuidado por ellas puestos, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes.

*Art. 6°.*—El propietario, poseedor o tenedor de inmuebles, en los que se cultiven las plantas a que se refiere el artículo 1° de este decreto 1188 de 1974, incurrirá en multa que no podrá ser inferior al avalúo catastral del inmueble, a menos que demuestre que a pesar de haber puesto suma diligencia y cuidado en la vigilancia del inmueble no pudo saber del uso ilícito del mismo.

Si el responsable de las conductas descritas en las normas mencionadas en el inciso anterior de este artículo fuere propietario del inmueble, la multa no podrá ser inferior al valor del avalúo catastral del inmueble, elevado al doble.

*Art. 7°.*—Para hacer efectivas las sanciones previstas en el decreto 1188 de 1974 y en el presente decreto, los inmuebles donde se realicen estas conductas permanecerán fuera del comercio y se procederá a su embargo y secuestro a partir de la iniciación de las diligencias investigativas; en la misma forma, para garantizar el pago de las multas se embargarán y secuestrarán otros bienes del procesado en la cantidad que se estime suficiente.

Mientras se allegan todos los datos requeridos para inscribir el embargo, el juez oficiará al respectivo registrador de instrumentos públicos para que se abstenga de registrar cualquier escritura por medio de la cual se pretenda enajenar o hipotecar bienes raíces del procesado. Esta prohibición la ordenará el juez en el auto cabeza de proceso.

No se levantarán las medidas cautelares mientras el dueño del inmueble aparezca como sindicado. Si no está vinculado al proceso, el embargo se levantará cuando aparezca plenamente comprobado que no obstante haber puesto suma diligencia y cuidado en la

—383—

vigilancia de su inmueble, no pudo tener conocimiento de la destinación ilícita del mismo.

*Art. 8°.*—En firme la sentencia condenatoria, los bienes embargados y secuestrados dentro del proceso serán rematados por el juez del conocimiento y para este efecto se tendrán en cuenta los trámites prescritos en el Código de Procedimiento Civil; satisfecha la multa con el producto del remate, si quedare algún remanente se devolverá al sentenciado; si este pagare la multa el embargo y secuestro serán levantados.

*Art. 9°.*—El artículo 86 del decreto 1188 de 1974, quedará así:

“El Consejo podrá citar a sus reuniones a los funcionarios que considere del caso oír y las autoridades deberán prestarle la colaboración que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

*“Parágrafo.*—Los temas tratados en el Consejo Nacional de Estupefacientes, son reservados. Sus actas tendrán el mismo carácter y, por tanto, solamente podrán ser conocidas por el señor Presidente de la República y por sus ministros”.

*Art. 10.*—Las aeronaves que a la fecha de expedición del presente decreto estén suspendidas y las que en adelante se suspendan, en actividades de vuelo, a petición del Consejo Nacional de Estupefacientes, y las que en el futuro se incauten, deberán ser trasla-

dadas a la base militar que indique el Ministerio de Defensa.

*Art. 11.*—Adiciónase el artículo 83 del decreto 1188 de 1974, con el siguiente literal:

“f) Disponer, de acuerdo con las informaciones que posea sobre actividades de personas y aeronaves y uso de aeródromos o pistas, vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, certificados de aeronavegabilidad o permisos de operación. Para el efecto, impartirá al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil las instrucciones a que haya lugar”.

*Art. 12.*—A partir de la fecha de expedición de este decreto, las compañías de seguros no podrán amparar las aeronaves de uso privado, ejecutivo, de instrucción, especial o comercial, en el riesgo de utilización de pistas “aptas pero no autorizadas” por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

*Art. 13.*—Quedan modificados los artículos 49 y 50 del decreto 1188 de 1974 y suspendidas todas las normas que sean contrarias a las disposiciones de este decreto.

*Art. 14.*—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 5 de mayo de 1984.

## DECRETO LEGISLATIVO 1061 DE 1984

(mayo 5)

Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del decreto 1038 del 1° de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1°.*—Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, incurre en contravenciones de carácter penal y por consiguiente será responsable:

a) La tripulación y el dueño, tenedor o explotador de aeronave de servicio privado o comercial que:

1. Aterrice en aeropuerto o pistas no autorizadas por el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, o que opere en aeropuertos autorizados fuera de los horarios establecidos para tal fin.

2. Opere aeronave sin llevar a bordo los documentos que acrediten su nacionalidad

y la autorización del plan de vuelo correspondiente.

3. La interne en el país o la conduzca al exterior sin cumplir los requisitos exigidos en las leyes y reglamentos.

4. Emprenda vuelo o lo varíe sin autorización o sin el plan de vuelo correspondiente, sin notificar tal decisión a una torre de control.

5. No presente, después de aterrizar, plan de vuelo cuando fuere el caso y las licencias técnica y médica a las autoridades, en los eventos en que fuere requerido para el efecto.

6. Demore injustificadamente el tránsito entre dos o más aeropuertos especificados en el plan de vuelo.

7. Use indicativos, letras o números distintos a los que correspondan a la matrícula legal de la aeronave.

b) La tripulación de aeronave de servicio privado o comercial, en vuelo o en tierra, que incumpla las órdenes de las autoridades militares, de policía, o de la Aeronáutica Civil, relativas a su ruta, patrones de vuelo, decolaje, aterrizaje;

c) El dueño, poseedor o arrendatario de predios donde:

1. Existan o se construyan pistas de aterrizaje sin autorización del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil.

2. Aterricen aeronaves, sin autorización de la Aeronáutica Civil o sin causa justificada o no dé inmediato aviso a las autoridades civiles, militares o de policía más cercanas.

3. Existan pistas o campos de aterrizaje con licencia otorgada por la Aeronáutica Civil que no dé inmediato aviso del decolaje o aterrizaje de aeronaves en las circunstancias previstas en el literal a) del presente artículo, a las autoridades de que trata el numeral anterior.

d) El comandante, capitán, patrón, armador o propietario de una embarcación marítima o fluvial; o quien la haya tomado en arriendo o fletamento, que:

1. No cumpla con las disposiciones de las autoridades competentes, en lo relacionado con zarpes o arribo a puertos.

2. Atraque en muelles o sectores de playa o riberas no autorizados.

3. Cambie injustificadamente el puerto de destino.

4. Demore injustificadamente el tránsito entre dos puertos.

5. Durante la navegación incumpla órdenes de las autoridades militares, navales, de policía, aduaneras o portuarias, marítimas y fluviales.

e) El dueño, conductor, tenedor o arrendatario de vehículos terrestres que: transporte mercancía de comercio ilícito o de uso prohibido.

*Art. 2°.*—En los casos de que tratan los numerales 1, 2 y 3 del literal c) del artículo anterior, el gobernador, intendente o comisionario, o el alcalde mayor de Bogotá que conozca de la investigación solicitará concepto del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, para determinar si la pista puede ser incorporada a la infraestructura aeroportuaria del país. De no serlo ordenará su inutilización en la providencia que ponga fin al proceso contravencional.

*Art. 3°.*—Las contravenciones a que se refiere el artículo 1° de este decreto darán lugar a las siguientes sanciones:

a) Multa de quinientos mil (500.000) a diez millones de pesos (\$ 10.000.000), a favor de los tesoros departamental, intendencial o comisaral respectivo, o del Distrito Especial de Bogotá, convertibles en arresto a razón de mil pesos (\$ 1.000.00) por día, sin pasar de cinco (5) años;

b) Decomiso de la aeronave, embarcación o vehículo utilizado para realizarlas;

c) Cancelación de las licencias de pilotaje, navegación o conducción, cuando se trate de tripulación de aeronaves, embarcación o conductor de vehículos terrestres;

d) Cancelación de los permisos o licencias de operación de aeropuertos, empresas explotadoras de la aeronave, embarcación o vehículo automotor;

Las sanciones establecidas en los literales c) y d), serán comunicadas a las autoridades competentes del ramo, para su ejecución.

Las sanciones de que trata el presente artículo no se excluyen entre sí y, por lo tanto, se aplicarán conjuntamente cuando las circunstancias así lo permitan.

*Parágrafo.*—El que incite a otro a realizar cualquier contravención prevista en este decreto incurrirá en la pena prevista para la respectiva infracción.

El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior

incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida en una tercera parte.

*Art. 4.º.*—Sin perjuicio de las funciones asignadas a otras autoridades, las fuerzas militares y de policía nacional, efectuarán operaciones de control y patrullaje, tendientes a la vigilancia de las actividades enunciasdas en el artículo 1º de este decreto.

Las autoridades civiles, militares o de policía que de cualquier forma tengan conocimiento de hechos establecidos como contravención en este decreto procederán a inmovilizar los medios de transporte y a capturar a los posibles infractores.

*Art. 5.º.*—Las personas aprehendidas, así como las mercancías y demás elementos que sean decomisados en las circunstancias previstas en este decreto, serán puestos a órdenes del gobernador, intendente o comisario, o del alcalde del Distrito Especial de Bogotá, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su aprehensión.

Las armas, municiones y explosivos se entregarán al Comando General de las Fuerzas Militares, desde su aprehensión.

Los medios de transporte serán puestos en depósito por el gobernador, intendente o comisario, o por el alcalde mayor de Bogotá, en el comando de la brigada, de la fuerza aérea, de la fuerza naval o de la policía que estime conveniente, para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza y seguridad de tales medios.

*Art. 6.º.*—El que teniendo la calidad de empleado oficial en los términos del artículo 63 del Código Penal, ejecute o tome parte en alguna de las contravenciones previstas en este decreto, estará sujeto a la sanción respectiva aumentada en la mitad, a la pérdida del empleo y además quedará inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos o de elección popular por un término de diez (10) años.

*Art. 7.º.*—Las contravenciones establecidas en este decreto serán investigadas y juzgadas conforme al siguiente procedimiento:

a) El gobernador, intendente o comisario, o el alcalde mayor de Bogotá, adelantará la investigación o podrá comisionar a funcionarios de la Secretaría de Gobierno o de la que haga sus veces, a la Oficina Jurídica o División Legal de la respectiva Gobernación, Intendencia o Comisaría, o de la Al-

caldía Mayor de Bogotá, para que actúen como funcionarios de instrucción:

b) Se oírán en descargos al contraventor, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a aquella en que haya sido puesto a su disposición, diligencia para la cual estará asistido por un apoderado.

Si fueren cinco (5) o más los contraventores, el término anterior se ampliará a setenta y dos (72) horas.

c) A partir del día siguiente al de la diligencia descrita en el literal anterior, empezará a correr un término de cinco (5) días hábiles para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado, su apoderado o decretadas de oficio;

d) Si dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor por no haber comparecido, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante dos (2) días en la Secretaría de la Gobernación, Intendencia o Comisaría o de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Si vencido este plazo no compareciere, se le declarará contraventor ausente y se le nombrará defensor de oficio para que actúe hasta la terminación del diligenciamiento.

e) Transcurridos los anteriores términos, el gobernador, intendente o comisario, o el alcalde mayor de Bogotá, dictará la correspondiente resolución motivada, en la que se hará constar la identidad del contraventor, el hecho que se le imputa y las penas correspondientes, en los casos en que las explicaciones no hubieren desvirtuado satisfactoriamente los cargos. Igualmente se determinará el decomiso definitivo, de los medios de transporte indicando su destinación así: las aeronaves al servicio de la Fuerza Aérea, las embarcaciones al servicio de la Armada Nacional y los automotores al servicio del Ejército, de la Policía Nacional o de cualquier otra entidad oficial, salvo cuando los vehículos hayan sido utilizados para el tráfico de estupefacientes, caso en el cual la adjudicación definitiva será hecha de conformidad con lo previsto en el decreto 1060 de mayo 5 de 1984.

*Art. 8.º.*—En caso de absolución se ordenará la libertad inmediata del contraventor, si estuviere privado de libertad y la devolu-

ción de los elementos que le hayan sido incautados, si fuere el caso.

Si se trata de aeronaves, embarcaciones o vehículos terrestres particulares de matrícula extranjera, se pondrán en todo caso a disposición de la justicia penal aduanera.

*Art. 9.º.*—Cuando de las diligencias aparezca la posible comisión de un delito, la autoridad que haya efectuado la aprehensión, dará además aviso inmediato al juez competente para el adelantamiento de la investigación correspondiente. Si se inicia la acción penal, el juez deberá comunicarlo así inmediatamente al gobernador, intendente o comisario respectivo o al alcalde mayor de Bogotá.

*Art. 10.*—Finalizado el proceso contravencional, si se hubiere iniciado acción penal por los mismos hechos, el sindicado deberá ser puesto a disposición del juez, con los vehículos, elementos o mercancías decomisados.

*Art. 11.*—Cuando no se pudiere establecer la identidad del contraventor y en la realización del hecho abandonare los medios de transporte utilizados, mediante resolución se ordenará el decomiso definitivo de los mismos.

*Art. 12.*—Contra las resoluciones que dicten los gobernadores, intendentes o comisarios o el alcalde mayor de Bogotá, solamente procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto dentro de los dos (2) días siguientes a su notificación y resuelto dentro de los cinco (5) días siguientes a su interposición.

*Art. 13.*—Una vez impuestas las multas contempladas en este decreto los contraventores tendrán un término de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución condenatoria para cancelarlas. Si lo hicieron serán puestos en libertad, previa diligencia en que se les amoneste sobre su conducta antisocial. Si las multas no fueren pagadas dentro de este término, el gobernador, intendente o comisario o el alcalde mayor de Bogotá, las conmutará por arresto en la forma señalada en el literal a) del artículo 3º del presente decreto.

*Art. 14.*—Las personas que aparezcan comprometidas en alguna de las contravenciones establecidas en este decreto, una vez capturadas permanecerán privadas de libertad a órdenes del respectivo gobernador, intendente o comisario o del alcalde mayor de Bogotá, mientras no cancelen el valor de las multas que les sean impuestas o se demuestre su inocencia en cualquier estado del proceso.

*Art. 15.*—En caso de que se resolviera en favor del imputado la solicitud de reposición de que trata el artículo 12 de este decreto y consecuentemente se ordenare su libertad o la devolución de los medios de transporte que le fueron incautados, estos se restituirán en el estado en que se encuentren.

*Art. 16.*—El presente decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 5 de mayo de 1984.

## DECRETO LEGISLATIVO 1071 DE 1984

(mayo 7)

Por el cual se adiciona el artículo 3º del decreto 1042 de 1984.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto 1038 de 1º de mayo de 1984,

DECRETA:

*Art. 1.º.*—El artículo 3º del decreto 1042 de 1984 quedará así:

“Artículo 3º. La captura y detención preventiva se regirán por las normas pertinentes

del Código de Justicia Penal Militar. Ninguno de los delitos enumerados en el artículo 1° tendrá derecho a excarcelación.

"El término establecido en el artículo 521 del Código de Justicia Penal Militar será de diez (10) días si fuere uno solo el indagado,

y si hubiere dos o más en el mismo proceso, el término será de veinte (20) días".

Art. 2°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, a 7 de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1118 DE 1984

(mayo 15)

Por el cual se dictan medidas conducentes al restablecimiento del orden público.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Política y en desarrollo del decreto legislativo 1038 de 1984,

#### CONSIDERANDO:

Que se ha tenido conocimiento que personas vinculadas al narcotráfico, al secuestro y la extorsión, falsifican documentos públicos o hacen uso de documentos falsos,

#### DECRETA:

Art. 1°.—Auméntanse al doble las penas señaladas en los artículos 220, 222, 226 y 227 del Código Penal respecto a los delitos

relacionados con pasaportes, cédulas de ciudadanía, tarjetas de identidad y libretas militares.

Art. 2°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 15 de mayo de 1984.

#### DECRETO LEGISLATIVO 1450 DE 1984

(junio 14)

Por medio del cual se modifica la competencia de los jueces penales municipales y de dan facultades de instrucción a las autoridades de policía.

*El Presidente de la República de Colombia,*

en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del decreto 1038 del 1° de mayo de 1984, y

#### CONSIDERANDO:

Que la honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo del 31 de mayo de 1984, decla-

ró parcialmente inexecutable los artículos 1°, 2° y 3° de la ley 2ª de 1984, en los cuales

\* Debe observarse que el gobierno nacional también expidió los decretos 1209 de mayo 22 de 1984 (por el cual atribuye funciones de policía judicial a oficiales de las fuerzas militares); 1290 de mayo 29 de 1984 (por el cual se dictan medidas sobre competencia en materia penal y se modifican y aclaran los arts. 4° del decreto 1042 y 9° del decreto 1058); así como el decreto 1480 de junio 14 de 1984 (por medio del cual se reglamenta el art. 221 del decreto-ley 444 de 1967), decretos que por razón de espacio no alcanzamos a incluir. [Nota del coordinador de la Revista].

se dio competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales, cuando la incapacidad no fuera superior a 30 días y no se produjeran otras consecuencias y de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no excediera de treinta mil pesos (\$ 30.000.00);

Que, como consecuencia del fallo mencionado, la competencia para conocer de estos delitos debe pasar a los jueces penales y promiscuos del circuito;

Que, de acuerdo con la división territorial judicial del país, solo existen 395 juzgados penales y promiscuos del circuito, los cuales, por hallarse localizados en un reducido número de ciudades, no pueden atender en forma oportuna las denuncias que se presenten, ni investigar directamente hechos punibles que se cometan en la mayoría de los municipios y pequeñas poblaciones que no son cabecera de circuito;

Que la sensación de grave inseguridad que dicha circunstancia ocasionaría entre los habitantes de tales poblaciones, por la desprotección en que verían sus intereses económicos y su integridad física, son causas nuevas o sobrevinientes que se sumarían peligrosamente a las que se tuvieron en cuenta al dictar el decreto 1038 del 1° de mayo de 1984, las cuales, sin duda, agravarían los factores de perturbación del orden público y dificultarían seriamente el restablecimiento de la normalidad institucional;

Que es atribución constitucional del presidente de la República velar porque en todo el territorio nacional se administre pronta y cumplida justicia;

Que la Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, ha considerado ajustado a las prescripciones de la Constitución Nacional el ejercicio de las facultades del artículo 121, con ocasión de hechos perturbatorios sobrevinientes, aunque sean distintos de los invocados al decretar el estado de sitio (sentencia del 10 de octubre de 1979, magistrado ponente, Luis Carlos Sáchica, entre otras);

Que mientras el Congreso aprueba una ley que normalice el funcionamiento de la administración de justicia en los lugares a que se refieren los considerandos anteriores, ley que será presentada por el gobierno en las próximas sesiones ordinarias, es indis-

pensable tomar medidas excepcionales y urgentes que eviten las graves consecuencias señaladas,

#### DECRETA:

Art. 1°.—Mientras dure el Estado de sitio, los jueces penales y promiscuos municipales serán competentes para conocer, en primera instancia, además de los delitos que les señalan las disposiciones vigentes, de los siguientes:

1. De los delitos de lesiones personales, en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzcan otras consecuencias.

2. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00).

Art. 2°.—Competencia para instruir. Corresponde a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspectores penales de policía:

2. Cumplir las comisiones que les ordenen los jueces penales y promiscuos municipales dentro de los mismos procesos.

Art. 3°.—Procedimiento. El procedimiento para la investigación y juzgamiento de los delitos de que trata el artículo 1° será el previsto en el decreto 522 de 1971, y se aplicará a los hechos punibles cometidos a partir de su vigencia. Los procesos actualmente en curso se tramitarán conforme al procedimiento aquí señalado, excepto cuando se haya fijado día y hora para la celebración de la audiencia pública, según lo dispuesto en el artículo 5° de la ley 2ª de 1984, caso en el cual continuarán sujetos al procedimiento previsto en dicha ley.

Art. 4°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. E., a 14 de junio de 1984.

**SECCIÓN  
DE  
JURISPRUDENCIA**

# Corte Suprema de Justicia

—SALA PLENA—

## INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1º ORDS. 2) Y 3), 2º Y 3º DE LA LEY 2ª DE 1984\*

La Corte, reivindicando el significado politológico y jurídico del principio de la separación de poderes, el derecho a la Constitución, el Estado por la libertad, la autonomía de la rama judicial y la imparcialidad e independencia de los jueces, sostiene que al legislador le está prohibido, a riesgo de ser declarada inexecutable su decisión en contrario, no solo otorgar competencias de juzgamiento penal a quienes no tengan la calidad de jueces ordinarios, sino también cambiar la organización judicial común.

Magistrado ponente: Dr. MANUEL GAONA CRUZ

..... El texto de las normas demandadas, junto con el encabezamiento de la ley, es como sigue:

1) *Transcripción de las disposiciones acusadas*

“LEY 2ª DE 1984  
(enero 16)

”por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía: se fija el respectivo procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo,

\* El proceso que dio origen a esta decisión fue el N° 1129 del cual fue actor el *Dr. Héctor Rodríguez Cruz*. El fallo aprobado por acta N° 23 de mayo 31 de 1984. Normas acusadas: arts. 1º, 2º, 3º, 24 y 57 de la ley 2ª de 1984. Debe destacarse cómo se han tramitado otros procesos en los cuales se ha solicitado la inexecutable de diversas disposiciones de la misma ley:

El *proceso 1128*, en el cual se tramitó la acusación de los arts. 1º, 2º, 3º y 24, actuando como mag. ponente el *Dr. Alfonso Patiño Roselli*, y que con fecha 31 de mayo de 1984 remitió a lo decidido en el proceso 1129.

El *proceso 1133*, que resolvió la acusación de los arts. 49 inc. 3º, 64, 65, 66 y 68, sobre sanción a agentes del ministerio público, creación de distritos judiciales y autorizaciones para organizar nuevos tribunales; el cual, con ponencia del mag. *Dr. Gaona Cruz*, con fecha 29 de mayo, declaró *inexecutable* la parte del art. 49 inc. 3º que dice: “para que con base en el solo informe se imponga sanción de multa equivalente a cinco (5) días de sueldo”, la parte del art. 66 que dice: “...y para organizar y determinar su jurisdicción territorial”, y en su totalidad el art. 68.

El *proceso 1138*, con ponencia del mag. *Dr. Carlos Medellín*, ante acusación parcial del art. 68, terminó remitiendo a lo decidido en el proceso 1133, con fecha mayo 29 del año en curso.

El *proceso 1142*, con ponencia del mag. *Dr. Carlos Medellín*, quien conoció de la demanda contra los arts. 64, 65, 66, 67, 78 y 69, declarando *inexecutable* en su totalidad los arts. 67 y 69 y remitiendo al proceso 1133 en lo tocante con las demás normas acusadas, con fecha mayo 29 del año en curso (*nota del Coordinador*).

extorsión y terrorismo; se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación; se fijan competencias en materia civil, penal y laboral y se dictan otras disposiciones.

"El Congreso de Colombia

"DECRETA:

"Art. 1º.—El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"«Competencia de las autoridades de policía.—La policía conoce:

"»1. De las contravenciones.

"»2. De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias.

"»3. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000)».

"Art. 2º.—Sanciones. A los condenados por los delitos contra el patrimonio económico y las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto número 522 de 1971, de que conocen las autoridades de policía, se impondrán las sanciones establecidas en la respectiva disposición legal y su cumplimiento tendrá lugar en el establecimiento dispuesto al efecto por el Ministerio de Justicia.

"Art. 3º.—Competencia. Corresponde a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspectores penales de policía, conocer en primera instancia de los hechos punibles de que trata el artículo 1º de esta ley.

"De la segunda instancia de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía sea superior a diez mil pesos (\$ 10.000.00), conocerán los jueces penales municipales. De la segunda instancia de las demás infracciones de que trata el artículo 1º de esta ley, conocerán los gobernadores de Departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá y los intendentes o comisarios, según el caso.

"Art. 24.—Durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en ningún caso.

"Art. 57.—Quien interponga el recurso de apelación en el proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho".

II) Fundamentos de la demanda

En criterio del demandante las disposiciones que acusa contravienen los arts. 2º, 16, 26, 58 y 164 de la Constitución, conforme a los siguientes razonamientos:

1. Los arts. 24 y 57 recortan el derecho de defensa y del debido proceso reconocidos en el art. 26 de la Constitución, al impedir la diligencia de careo y al exigir necesariamente la sustentación del recurso de apelación, so pena de declararlo desierto. Además tales preceptos legales violan el art. 16 de la Carta, en el cual se consagra el principio de igualdad de las personas ante la ley, al discriminar para unos un procedimiento distinto más riguroso que el que rige para los demás según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Halla también el actor que los mentados artículos de la ley 2ª son contrarios a lo ordenado en las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, mediante las que se incorporan tratados públicos en los que se garantiza la segunda instancia sin limitación alguna.

2. Y los arts. 1º, 2º y 3º acusados de la misma ley son contrarios, según el actor, a lo prescrito en los arts. 2º, 55, 58 y 164 de la Constitución. Infringen el 2º y el 55 porque en estos se consagra como principio esencial el de la separación de los poderes y conforme al último no se permite que autoridades de policía, que pertenecen a la rama ejecutiva, ejerzan funciones que solo corres-

ponden a los jueces; violan el 58 ya que en este se dispone que el legislador puede crear juzgados para administrar justicia pero no que por ley se puedan otorgar competencias judiciales a autoridades no jurisdiccionales; por último, en el art. 164 de la Carta tampoco se atribuyen al legislador facultades para conferir a autoridades de policía la función de conocer y fallar sobre hechos punibles.

III) El procurador

El jefe del ministerio público solicita declarar inexecutable los ords. 2 y 3 del art. 1º de la ley 2ª de 1984, así como los arts. 2º, 3º y 24 de la misma, y exequibles el ord. 1º del art. 1º y el art. 57. De su extenso y denso concepto se extrae lo siguiente:

1. Aunque como consecuencia de una declaración de inexecutable de los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 2ª de 1984, "miles de expedientes que actualmente se tramitan por las autoridades de policía, deberán remitirse a las autoridades judiciales", su despacho no prohijará la peligrosa tesis tradicional de que las autoridades de policía puedan asumir el juzgamiento de conductas delictivas e imponer prolongadas penas privativas de libertad (hasta de 8 y 10 años de prisión). Ello es "extraño a un verdadero Estado de Derecho" y contrario al principio de la separación de poderes, piedra angular de las democracias liberales.

2. No es lo mismo poder punitivo que poder de policía. Hay que reparar, contra lo afirmado en el fallo de la Corte, de 27 de septiembre de 1969, en el que se sostuvo que el juzgamiento de los "ilícitos leves" y de las "infracciones menores" podía ser confiado a autoridades de policía, que aquellos tienen sanciones muy graves (1 a 8 y 10 años de prisión), las cuales son impuestas por autoridades de policía solo en los estados de policía, pero en los de derecho únicamente pueden ser aplicadas por los jueces. Otra cosa son las "contravenciones", que ya no se llaman delitos y esta distinción facilita la distribución constitucional de competencias para que los jueces ejerzan el poder punitivo en concreto y las autoridades administrativas, la función de policía.

3. El juzgamiento de conductas delictivas es competencia constitucionalmente reservada a la rama jurisdiccional: el art. 24 de la Constitución prescribe que el *delincuente cogido inflagranti* podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. El num. 3º del art. 119 establece que en relación con la administración de justicia corresponde al presidente de la República "mandar acusar ante el *tribunal competente*,... por otros delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones". Se consagra en la Constitución, nitidamente, el nexo funcional "delito-juez". Dicha hipótesis se repite en el inciso primero del art. 26 de la Carta.

4. El principio de reserva constitucional de juzgamiento exclusivo de las conductas delictivas por parte de los jueces se consagra en numerosas Constituciones (que él relaciona), y al mismo postulado responden múltiples declaraciones universales de derechos humanos.

5. El procurador sugiere a la Corte que no renuncie "a elucidar criterios de diferenciación entre delitos y contravenciones", con el fin de evitar que con el simple "cambio de rótulo" de contravención en lugar de delito, se propicie por parte del legislador una burla a la distribución constitucional entre la rama judicial y la ejecutiva. Con todo, a su juicio, el ord. 1º del art. 1º de la ley 2ª de 1984, objeto de acusación, no tiene ese alcance, sino solo el de radicar en funcionarios administrativos el conocimiento de conductas contravencionales, lo cual es desarrollo del ordenamiento superior y de la función de policía, como atribución administrativa, según lo advirtió la Corte en fallo de abril 21 de 1982.

Como lo expresó la Corte en sentencia de 29 de marzo de 1982, ciertas actuaciones de policía suponen jurisdicción en su órbita propia, y en consecuencia capacidad para conocer y decidir sobre ellas, y según providencia de la misma corporación, de abril 9 de 1970, en la función de policía (no en el poder de policía), la administración cumple innegablemente una especie de atribuciones jurisdiccionales diferentes pero próximas a las que competen a los jueces.

6. Estima que con el art. 24 demandado, al suprimir el careo durante la investigación,

se cercena el derecho a controvertir las pruebas en desmedro de la garantía constitucional de defensa consagrada en los arts. 23, 26 y 28 de la Carta, conforme a la cual nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, y se desconoce además el art. 14-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ley 74 de 1968), que ordena que el acusado tiene derecho a interrogar y hacer interrogar testigos de cargo y de descargo.

7. El art. 57, en cambio, se ajusta a la Constitución, pues según fallo de 15 de diciembre de 1969, aunque el principio de las dos instancias es desarrollo de la garantía constitucional de defensa, lo evidente es que corresponde al legislador precisar las condiciones, requisitos y formalidades dentro de las cuales debe ejercerse el recurso de apelación. No obstante, advierte el procurador que conforme al art. 14-5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arriba citado, "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley".

#### IV) Consideraciones de la Corte

Primera.— *La competencia.* Por tratarse de acción ciudadana contra varios preceptos de una ley, es competente la Corte para conocer y decidir sobre ella conforme al art. 214 de la Constitución. Como la demanda cumple los requisitos esenciales para su consideración, el fallo será de mérito.

Segunda.— *El principio de la separación de los poderes. Su significado politológico y jurídico. El derecho a la Constitución y el Estado para la libertad.* 1. De acuerdo con la teoría constitucional y la teoría política contemporáneas, la expresión "separación de poderes" es equiparable a otras como, de "órganos" o de "ramas", pues el "poder", en cuanto facultad jurídica o instituida de actuar (*possum*, o posibilidad permisiva), es distinto del mando, que es la potestad política, prejurídica y monolítica de otorgar facultad para poder actuar (*potestas*). Por lo tanto, aquel es por esencia separable en varias competencias, atribuciones, jurisdicciones e instituciones. No es por lo mis-

mo inexacto afirmar que el poder se puede dividir.

Adviértese que la criticada "desuetud" de lenguaje sobre la noción del poder, paradójicamente tildada de anacrónica, revela ante todo falta de aproximación a su verdadero significado. Tiénesse hoy que según la terminología científica de catalogación de lo político, es distinta la *potestad constitutiva político-doctrinaria del Estado* (a la que se le denomina "Constitución Política" y "Constitución Ideológica o Ideocrática", según su contenido), esta sí originaria, supra-jurídica y monolítica e indivisible, razón y fuente del poder, pero diferente, repítese, del *poder constituyente o instituido de la Constitución normada o declarativa del mismo Estado* (que recibe la denominación clásica de "Constitución Jurídica"), el cual, de suyo, en cuanto poder otorgado de competencia para reformar normas jurídicas por quien tiene la potestad de atribuirlo, no es por lo mismo potestad y es por ende derivado. Y si derivado por lo instituido es el constituyente de revisión, con igual razón derivados y además divisibles han de ser los "poderes públicos" que le deben a quel sujeción en su organización y funcionamiento. Es por ello entonces comprensible su "ramificación".

Además, según los lineamientos de la Constitución, aunque en el art. 55 se consagra el aparentemente renovado principio de la separación de las "ramas del poder público", sin embargo en el art. 2º de la misma se instituye que de la Nación soberana "emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

2. El postulado inicialmente doctrinario y luego jurídico-positivo de la separación de los poderes, que corresponde todavía a uno de los elementos configurativos del Estado de derecho, como presupuesto institucional de la libertad, es la expresión estructural del pluralismo ideológico, que aquí se denomina "pluralismo orgánico", con el que se ha identificado uno de los pilares del constitucionalismo como filosofía racional del reparto y manejo del poder al servicio de la libertad.

3. Históricamente, la fórmula de la separación de los poderes se enarbó en la lucha contra el absolutismo monárquico y se qui-

so decantar como fundamento ideológico de la libertad de los gobernados frente a la potestad ilimitada y omnimoda del gobernante. MONTESQUIEU, en su obra *El espíritu de las leyes*, publicada en 1748, trata sobre la separación de los poderes en el capítulo 6 del libro IX, señalando el modelo teórico que él acuñó al analizar el tema de "la Constitución de Inglaterra".

La parte conocida de su texto constituye aún un presupuesto de la ciencia política. Pues aunque sin duda esta tiende cada vez más a analizar los fenómenos del mando, del poder y de las instituciones políticas, primordialmente a través de elementos socio-históricos y políticos, y últimamente económicos más que jurídicos, sin embargo dicha ciencia no se ha liberado aún de estos últimos ni de la comprensión del derecho constitucional. Busca simplemente integrarlo dentro de un conjunto estructural más extenso y complejo, pero no desconocerlo.

4. Actualmente la teoría de la separación de los poderes, que no equivale a afirmar la rotunda especialización funcional, con la que en forma equívoca y precipitada se ha querido identificar, a pesar de su aparente y pretendida obsolescencia, sigue vigente y se ha vigorizado como un mecanismo necesario en las democracias representativas más avanzadas, precisamente para contrarrestar las tendencias de la búsqueda "tecnocrática" o del "Estado eficaz", que entre nosotros, por lo demás, no es todavía realidad, dadas las rudimentarias condiciones tecnológicas, presupuestales y humanas de las sociedades subindustriales. Contra lo que se preconiza a la ligera, la sociología y la filosofía política en el Estado "occidental" se sustenta más que antes en el principio de la separación ontológica del poder.

5. Ciertamente, hoy el "poder legislativo" ya no legisla de manera exclusiva, ni siquiera predominante, y no solo en Colombia sino en el orbe, y cuando legisla y actúa ya no decide sino que fundamentalmente controla al que decide; es por esto por lo que se afirma entonces que actualmente el poder jerárquico supremo de la ley es relativo y que el poder de decisión se desplazó del parlamento al congreso hacia el ejecutivo primordialmente. En cambio, no hay duda

de que el "poder ejecutivo" se exorbitó de su reducido campo tradicional, y hoy es el que decide, impulsa, orienta y hace luego posible la gestión política y económica; legisla, gobierna, administra, planifica, dirige la acción del Estado, y la ejecuta. Nadie discute tampoco que el judicial, además de sus tareas esenciales de juzgar y sentenciar, ha venido siendo reforzado y controla los actos jurídicos de los otros dos, y también desempeña tareas de naturaleza administrativa en lo que atañe a su propia y autónoma organización. Ni se puede desconocer que fuera de las funciones tradicionales redistribuidas y más complejas que se acaban de describir, hay otras que han sido otorgadas también a otros órganos, como las relativas al control de la función pública, a la supervisión y defensa de la legalidad, de las decisiones judiciales y de los intereses patrimoniales de la Nación y demás entidades públicas, asignadas al ministerio público, o las que se refieren a la vigilancia de la gestión fiscal o presupuestal pública, ejercidas por la Contraloría General de la República.

*Sin embargo, de todo lo anterior resulta apenas que son las funciones de los poderes las que se han aumentado y algunos nuevos los instituidos al efecto, y que diversas funciones tradicionales se ejercen en "colaboración armónica" (Const. Nal., art. 55) entre varios de los poderes tradicionales y nuevos, pero que la condición de identificación de la órbita de competencia y acción de cada uno de tales poderes se mantiene, y que entonces estos, por implícita aunque axiomática razón ontológica, atinente por ende a su propio "ser", por el mero hecho de existir, se distinguen, y no están confundidos, y para poder cumplir a cabalidad sus funciones son orgánicamente autónomos, pues de nada serviría frente al deber estatal de garantía de la libertad reconocer al congreso la función de control del ejecutivo, si ella fuese ejercida por un parlamento instituido como apéndice orgánico suyo. Ni es garantía institucional de debido juzgamiento punible que el legislador desplace al juez constitucional y otorgue la competencia judicial a funcionarios pertenecientes a la rama ejecutiva, o sea al poder encargado al mismo tiempo de hacer cumplir la ley penal*

y de tomar medidas y ejercer actividades materiales tendientes a precaver su transgresión, o a asegurar su represión una vez transcurridas.

6. En consecuencia, no puede afirmarse todavía válidamente que nuestro derecho constitucional signifique únicamente una técnica formalista y racionalizadora de reparto estático y eficiente del poder, ni un mero avance tecnocrático de adecuación hacia la colaboración funcional entendida como hipertrofia orgánica de uno de los poderes, sino además y ante todo, una afirmación del principio ideocrático de autonomía institucional de los que armónicamente colaboran y una doctrina filosófica y normativa al servicio de la libertad. Dentro de tales linderos es como han de entenderse los arts. 2º y 55 de la Constitución Política y la vigencia del art. 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", proclamado por la Asamblea Nacional francesa de 1789, en el que se expresó:

"Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución".

7. Por lo tanto, las superadas tendencias autocráticas que tratan de reivindicarse al amparo de la moderna eficiencia tecnocrática del poder ejecutivo, para recubrir un nuevo absolutismo, aparte de estar proscritas del Estado de derecho contemporáneo por antitécnicas en cuanto pretenden concentrar en forma rudimentaria tanto la estructuración como la acción de las instituciones políticas, en contra del elemental criterio del debido reparto racional de la gestión pública, son además contrarias a la filosofía o doctrina constitutiva y normativa de dicho Estado, el cual se sustenta por el aspecto que se examina en la protección de la penología judicial de la libertad, en el derecho a la Constitución como garantía de aquella y en la autonomía y autarquía orgánica de la rama judicial encargada de resguardarla. El nuestro es un Estado para la libertad: el pluralismo institucional u orgánico como presupuesto constitutivo de la unidad político-jurídica del mismo no ha sido sustituido aún en nuestra Constitución, ante la cual el juez de constitucionalidad debe su razón y la guarda de su integridad. Sin más.

Tercera.—*La autonomía de la rama judicial.* 1. Por explicable contraste evolutivo, derivado precisamente de la necesidad institucional de morigerar los excesivos atributos de los poderes gubernamentales, administrativos y de legislación, tanto ordinarios como extraordinarios y excepcionales, el Estado de derecho contemporáneo ha buscado para los jueces no solo robustecer su tradicional autonomía orgánica frente a aquellos sino preservar incólume su función y competencia esencial de juzgamiento de delitos, independientemente de la interferencia de los otros poderes y agentes públicos.

2. Pátese del presupuesto ideocrático de que en la Constitución está instituida la cláusula general de competencia de juzgamiento de los delitos en el poder judicial, para resguardar a los gobernados contra las penas arbitrarias o discrecionales de privación de su libertad, y de que por lo tanto la atribución en contrario solo es admisible cuando quiera que de manera expresa, inequívoca y, obviamente, restringida, se halle definida en la misma Carta. El axioma constitucional de la autonomía orgánica del poder judicial y de la función de juzgamiento por parte del juez ordinario, se halla fundamentalmente determinado, tanto de manera afirmativa como por exclusión, en los arts. 23, 24, 26, 28, 55, 58, 61, 141, 151, 152, 154, 156, 157, 158, 160, 161, 163, 164 y 170 de aquella.

Según el precedente registro normativo trazado bajo el imperio de la propia Constitución, en ella se consagra la independencia orgánica del poder judicial, el origen y el régimen disciplinario y de responsabilidad autárquicos de sus integrantes; se deja clara la especialización funcional de juzgamiento de delitos en manos de los jueces, y se establece nítidamente la arraigada institución de la competencia penológica del juez constitucional o juez natural.

3. Resulta inconstitucional cualquiera disposición, así sea legal, y debe ser declarada inexecutable por la Corte, que se sustraiga de sus mandatos o que los contradiga. Sin duda, es el legislador el que señala y precisa las referidas competencias, pues es la ley la fuente jurídica legítima de garantía del ejercicio de la libertad y de su constitucional limitación, pero, obviamente, aquel no puede hacerlo contra las disposiciones mismas

de la Carta, o en excepción extensiva de sus mandatos, pues la garantía se convierte en riesgos contra la libertad.

La Constitución no solo no autoriza sino que proscribire los jueces penales dependientes de autoridades administrativas o integrantes de la rama ejecutiva, los juzgadores punitivos no judiciales, las jurisdicciones delictivas permanentes *sui generis* o mixtas o administrativas de carácter general y las excepciones implícitas o extensivas respecto de los principios arriba enunciados.

El constituyente solo admite de manera restringidísima, ocasional, específica y explícita, por excepción, que el legislador pueda otorgar competencias judiciales de naturaleza delictiva a entidades o funcionarios no judiciales en los siguientes casos: penas militares *in contumacia* para mantener el orden y la disciplina militar (art. 27-2); represión de delitos por parte de los capitanes de buque, no estando en puerto (art. 27-3); expresas facultades de colaboración judicial del Senado (arts. 58 y 97) y acusatoria fiscal de la Cámara (art. 102); ejercicio restrictivo y provisional de la simultánea competencia judicial junto con la civil o política, en tiempo de no paz (art. 61); concesión de amnistía e indulto por delitos políticos (arts. 76-19 y 119-4); la institución específica y delimitada de los jurados por causas criminales (art. 164); y la de juzgamiento de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, por parte de tribunales militares o cortes marciales (art. 170). Nada más.

No le está entonces constitucionalmente permitido sino prohibido al legislador, conferir, como lo hizo mediante lo dispuesto en los num. 2) y 3) del art. 1º de la ley 2ª de 1984, competencia de juzgamiento de delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico a las autoridades de policía, en lugar de atribuírsela a los jueces, así como la facultad para aquellas de sanción por vía remisoría sobre algunos delitos, como lo dispuso en el art. 2º de la misma ley, o distribuir competencias entre autoridades policivas y judiciales sobre los mismos como lo consagró en el art. 3º de la citada ley. Todo ello, en lo correspondiente, es inconstitucional.

4. De otra parte, en relación con los mismos preceptos legales, estos son incompati-

bles con el mandato del artículo 61 de la Carta, al tenor del cual:

"Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar".

Sin embargo, en los num. 2) y 3) del art. 1º, así como en la parte ya referida del art. 2º, y en lo correspondiente del 3º de la ley 2ª de 1984, se dispone que del juzgamiento de ciertos delitos, que por lo sustentado antes suponen competencia de "autoridad judicial", conocen las "autoridades de policía", que son autoridades de naturaleza "política" (de *polis*) o "civil" (de *civitas*), por cuanto pertenecen al poder civil y administrativo de la República y ejercen funciones administrativas y no judiciales, teniendo algunas de ellas la categoría legal de "primera autoridad política del lugar".

Resulta entonces que en los preceptos legales se ordena lo que en el constitucionalmente se prohíbe, puesto que según aquellos no solo no está permitido sino que es obligación de los funcionarios investidos, ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la investidura pública política o civil de autoridades de policía en sus calidades correspondientes de "alcaldes, o inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá (de) inspectores penales de policía" así como de "gobernadores de Departamento", o de integrantes del "Consejo Distrital de Justicia de Bogotá", y de "intendentes y comisarios" (art. 3º), de una parte, y, de la otra, la función común y superpuesta a todos ellos, de autoridades judiciales con competencia para juzgar delitos.

5. Y cuando la Constitución se refiere a competencia para juzgar delitos, fuera de las siete excepciones expresas mencionadas antes, deja en claro que su mandato es para otorgársela a los jueces y no a las autoridades de policía.

Así, como lo hace ver el procurador, según el art. 24 de la Carta, "el delincuente cogido *in flagranti* podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona". Además, según el mismo precepto, "los agentes de la autoridad" son para perseguir y no para juzgar al delincuente. De acuerdo con el art. 26 de la Constitución, para "ser

juzgado" conforme a la ley preexistente se requiere de *tribunal competente*, que en materia criminal supone como ley "permissiva o favorable" la que reconoce la competencia del juez constitucional-penal y no la del juzgador administrativo o policivo. Conforme al art. superior 119-2, una de las funciones del presidente de la República en relación con la administración de justicia, es la de "mandar acusar ante el *tribunal competente*... por... delitos en el ejercicio de... funciones".

Hace ver la Corte que además de los preceptos constitucionales precedentes que señala la Procuraduría sobre la competencia judicial en materia delictiva, se establece en implícita correlación en el inciso segundo del art. 23 de la Constitución que "el arraigo judicial", que supone pena privativa de la libertad, es de competencia del juez y no de la autoridad de policía, y que los juicios criminales que se asignen a los altos asignatarios del Estado, son de competencia de la Corte Suprema (arts. 97, 102 y 151).

Cuarta.—*La imparcialidad e independencia de los jueces*. 1. Uno de los pilares de nuestro derecho constitucional se funda en el principio de "imparcialidad o independencia de los jueces", centrado esencialmente en el artículo 160 que instituye la autonomía judicial, conforme al cual los jueces no pueden ser removidos sino por sus superiores jerárquicos, también pertenecientes al poder judicial, y solo por razones penales o disciplinarias, y cimentado además en los arts. 156, 157 y 168 en los que se instituye la inamovilidad durante periodos fijos para los magistrados de tribunal y para los jueces, fuera de la prospección constitucional hacia una carrera judicial señalada en el art. 162, lo cual impide que los integrantes del Congreso o del ejecutivo pueda influir o presionar sus decisiones.

2. Pero ese postulado constitucional se resquebraja ante el mandato de las disposiciones legales en examen, mediante las cuales se hace entrega a funcionarios administrativos investidos como "autoridades de policía", de competencias y funciones adicionales a las de su investidura, y simultáneas, de naturaleza judicial penal.

Sabido es que estas garantías están aseguradas en la Constitución Nacional, ya que

según su mandato deben atenderse por parte del legislador los siguientes postulados:

1°) "Los magistrados y los jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causas de infracciones penales sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior" que también pertenece al poder judicial (art. 160, inc. 1°);

2°) La Corte elige para un período fijo a los magistrados de tribunal y estos eligen por dos años a los jueces (arts. 156, 157 y 158), y unos y otros solo están sujetos a sanciones disciplinarias impuestas por el respectivo superior (art. 160, inc. 2°);

3°) "Los magistrados y los jueces no podrán ser trasladados a otros empleos de distinta rama" (art. 160, inc. 3°);

4°) "Los cargos de la rama jurisdiccional no son acumulables, y son incompatibles con el ejercicio de cualquier otro empleo retribuido" (art. 160, inc. 4°); y

5°) Tampoco podrán ser desplazados ni sustituidos los jueces en sus competencias de juzgamiento punitivo ordinario por parte de autoridades administrativas o de policía, ni políticas o civiles (art. 61).

En consecuencia, como los num. 2) y 3) del art. 1°, la parte referida del art. 2°, y el art. 3° de la ley 2ª de 1984, desconocen todos estos mandatos de imparcialidad e independencia de los jueces, son también por estos aspectos inconstitucionales.

Quinta.—*Antecedentes jurisprudenciales*.—Esta corporación declarará por ende inexequibles en lo pertinente aquellos tres primeros preceptos de la ley 2ª de 1984, no solo por lo hasta ahora sustentado en axiomas de imperativo mandato constitucional, que no se pueden soslayar, sino además recorriendo sus propios pasos jurisprudenciales ya dados antes, ante lo cual tendrá sin duda que rectificar, delimitándola, la parte motiva en que se apoyó el fallo de septiembre 9 de 1966, con el que se declararon inexequibles disposiciones de similar contenido a las que ahora se juzgan.

En efecto:

1. *La sentencia de exequibilidad de septiembre 9 de 1966*. No desatiende la Corte que mediante el fallo referido fueron declarados "exequibles los ordinales b) y c) del

art. 65 del decreto-ley núm. 1358 de 1964", en los que se otorgaba a "la policía" competencia para conocer "de los delitos contra la propiedad" reprimidos con arresto o prisión cuando la cuantía no excediera de trescientos pesos (ordinal b), así como "de los delitos de lesiones personales" cuando la incapacidad no excediera de quince días y no dejara consecuencia permanente al ofendido (ordinal b).

En la motivación de aquella sentencia se parte del triple supuesto, superado por la jurisprudencia ulterior de la Corte: de que la jurisdicción de policía era una simple manifestación del poder de policía, de que conforme al modelo norteamericano seguido por nuestro constituyente "en tanto que el poder de policía no es ejercido arbitraria o irrazonablemente, y no es violatorio de ninguna disposición constitucional, los tribunales no pueden interferir..." y de que con las normas juzgadas, en cuanto formaban parte de un decreto-ley, no se extralimitaban las facultades que se subentendían conferidas en la ley 27 de 1963, sin que se pudiera confundir la "precisión" exigida con la expresión "concreta" de los casos singulares de su otorgamiento (V. "G.J.", t. CXVII, núm. 2282, págs. 100 a 103; magistrado ponente, doctor IGNACIO GÓMEZ POSSE).

Pero en la misma providencia también sostuvo la Corte las siguientes premisas cuya conclusión reclamaba un fallo de inexequibilidad en lugar del que se produjo:

"...El poder legislativo carece de competencia para, a pretexto de establecer regulaciones de policía, invadir arbitrariamente y sin justificación por la índole de aquellas regulaciones, los derechos personales, la libertad de los ciudadanos, sus actividades lícitas, el derecho de propiedad..." (ibidem, pág. 103).

Y para concluir aquel fallo, citando algún autor, expresó entonces la Corte:

"Cuando a juicio del legislador un hecho es grave porque lesiona o pone en peligro intereses sociales importantes y debe, por lo mismo, sancionarse en forma severa, *lo configura como delictuoso*; cuando, en cambio, considera que los intereses que puede lesionar o poner en peligro son menos importantes y que bastan para su punición san-

ciones de menor gravedad, *lo erige en contravención*" (ibíd. pág. 104).

De lo hasta aquí extractado, sin alterar contexto alguno, lo que se saca en claro desde entonces y ahora para la Corte es que cuando el legislador califica de contravencional una conducta, no es de suyo inconstitucional la disposición; pero jamás, ni entonces ni ahora, puede colegirse de aquella afirmación que cuando el legislador califique de delito una conducta, pueda sin embargo la Corte interpretarla como contravencional o como "infracción menor", disimulándole su naturaleza, o, aún menos, cambiándosela. Esa atribución no se la otorga la Constitución al juez de constitucionalidad. Así las cosas, este, tomando como fundamento no solo afirmaciones y principios nuevos, sino aun algunos de los de aquel fallo, concluye hoy, rectificándolo, en la inexequibilidad de los preceptos similares que ahora juzga.

2. *La institución constitucional del juez natural o juez propio*. Téngase en cuenta además que con posterioridad a la sentencia precedentemente relatada la Corte ha venido sosteniendo en forma nítida y reiterada el principio incólume de la competencia judicial ordinaria en materia delictiva y que además con antelación a aquella ya había dejado establecido el origen y rango constitucional y no simplemente legal del juez constitucional-penal.

1°) En primer término, con el propósito de reafirmar el principio constitucional de que la cláusula general de competencia punitiva corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, conforme a lo expresado antes, se destacan los siguientes fallos de la Corte, con los que a las claras se denota que ella no está asumiendo ahora una insólita doctrina sino reiterando principios consolidados de su jurisprudencia:

a) Mediante sentencia de Sala Plena de junio 24 de 1961, esta corporación encontró contrarios a la Constitución varios preceptos del decreto legislativo 12 de 1959, en los que se reconocía competencia de juzgamiento y fallo a jueces de instrucción impropios, en cuanto pertenecían entonces a la rama ejecutiva y no a la rama judicial del poder público. Dijo al respecto lo que sigue:

"Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple po-

licia, se conceden en el referido decreto legislativo a los jueces de instrucción criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de *competencia privativa de los jueces verdaderos*". ("G. J.", t. XCVI, núms. 2242, 2243 y 2244, pág. 19; magistrado ponente, doctor JOSÉ HERNÁNDEZ ARBELÁEZ).

b) Por medio de fallo de septiembre 27 de 1969, también en Sala Plena, fueron declarados inexecutable los arts. 56 y 57 del decreto-ley 1698 de 1964 y el 19 de la ley 16 de 1968, con las que se habían creado bajo la dependencia del ministerio público los "fiscales instructores" con competencia investigativa de delitos. Expresó entonces la Corte: "...el enfrentamiento del Estado con los particulares, ante una norma penal, se ha encomendado a la rama jurisdiccional para su decisión exclusiva, a fin de que el ejecutivo no sea al mismo tiempo parte y juez en la más genuina realización de sus fines que es reprimir a quien viola la ley.

"...no cabe la idea de que el ministerio público pueda ejercer también una función que, según lo expuesto, corresponde exclusivamente a la rama jurisdiccional.

"Es decir, que tampoco bajo la dirección del gobierno, como se dice en el art. 142 de la Carta, puede el ministerio público ejercer una función atribuida exclusivamente a los jueces, como es la de instrucción criminal, según el art. 157 de la misma Carta, pues que la función presidencial de 'velar por una recta y pronta administración de justicia dista mucho de constituir una verdadera participación en las funciones jurisdiccionales'. ("G. J.", t. CXXXVII, núm. 2338, págs. 373, 374, 375; magistrado ponente, doctor LUIS SARMIENTO BUITRAGO).

c) Según sentencia de Sala Plena de 17 de febrero de 1971, conforme a la cual se declaró inexecutable la parte inicial del art. 45 del decreto-ley 955 de 1970, que obligaba al juez a acoger la acusación del fiscal en procesos penales sobre régimen de aduanas, ratificó la Corte su jurisprudencia en relación con la autonomía y exclusividad judicial penal al afirmar:

"El art. 55 de la Carta consagró en forma atenuada la separación de las ramas del

poder público y otros textos de la misma, como son los arts. 58, 157 y 158, determinan a qué entidades corresponde la administración de justicia, en forma ordinaria.

"En desarrollo de estos principios se puede concluir que en Colombia la administración de justicia en el ramo penal se ejerce de manera permanente y exclusiva por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito judicial y de aduanas, los jueces superiores de distrito judicial y de aduanas, de circuito en lo penal, de instrucción criminal, de menores, municipales y demás que establezca la ley". ("G. J.", t. CXXXVIII, núms. 2340, 2341 y 2342; magistrado ponente, doctor LUIS SARMIENTO BUITRAGO).

2º) Además, mediante fallo de Sala Plena de junio 28 de 1965, al hacerse referencia a la categoría constitucional y no simplemente legal de los jueces ordinarios, fueron declaradas inexecutable disposiciones legales que habían suprimido los jueces de circuito. Se definió desde entonces que:

"La reforma de 1945, a diferencia de la Carta de 1886, no se limitó a dejar el encargo de administrar justicia en los grados inferiores de la jerarquía jurisdiccional a los juzgados 'que establezca la ley' sino que complementó el ordenamiento instituyendo determinadas categorías de jueces, como los de Circuito, que el legislador está obligado a respetar en la organización del servicio de justicia...".

Y que:

"Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el legislador no tiene facultades para eliminar las categorías específicas de jueces a que se refieren los arts. 155, 157 y 158 de la reforma constitucional de 1945, establecidas por ellos: sus poderes se limitan a aumentar o disminuir el número de los existentes, a variar el territorio de su jurisdicción o modificar su competencia, y aun a crear nuevos juzgados o tribunales, si así lo exigen las necesidades del servicio público..." ("G. J.", ts. CXI y CXII, núms. 2276 a 2277, pág. 20; magistrado ponente, doctor LUIS ALBERTO BRAVO).

3º) Con todo lo que se lleva sustentado en esta consideración quinta, saca en claro la Corte que al legislador le está prohibido,

a riesgo de ser declarada inexecutable su decisión en contrario, no solo otorgar competencias de juzgamiento penal a quienes no tengan la calidad de jueces ordinarios, sino también cambiar la organización judicial común, bien sea suprimiendo las categorías de jueces instituidos en la propia Constitución, o aun creando otras (como acontece precisamente en los casos regulados en los núms. 2] y 3] del art. 1º de la ley 2ª de 1984, y desarrollados en lo pertinente en los arts. 2º y 3º de la misma), que fuera de no formar parte del poder judicial sino del ejecutivo, pues son "autoridades de policía", tampoco están expresamente reconocidas en ella como competentes con jurisdicción excepcional o especial, ni mucho menos general y ordinaria, para conocer y juzgar delitos de ninguna naturaleza.

3. "Los delitos menores". Destácase en todo caso que no obstante la pretensión de calificar esos delitos como "infracciones leves", con fundamento en la cuantificación accidental de los días de incapacidad o de las consecuencias que se deriven para los lesionados, o del monto del patrimonio afectado, esos hechos punibles jamás perderán su naturaleza ni entidad, sino que siguen siendo delitos, y son necesariamente más graves que las conductas contravencionales y por ende distintos de estas, tanto más cuanto que, en el caso *sub examine*, pertenecen a los denominados "delitos por definición", es decir, a aquella categoría de hechos punibles que no pueden ser regulados como infracciones menores, dados los esenciales atributos humanos que protegen, y que precisamente forman parte fundamental de la tutela especial que el Estado les debe a los habitantes respecto de su "vida... y bienes", a la luz de lo prescrito en el artículo 16 del Estatuto Superior.

Sexta.—*Las contravenciones*. 1. Cosa diferente acontece sin embargo respecto del num. 1º del art. 1º acusado de la ley 2ª de 1984, conforme al cual la competencia de las autoridades de policía se contrae únicamente a conocer "de las contravenciones", así como frente a lo dispuesto en los arts. 2º y 3º de la misma en lo correspondiente a las sanciones y atribuciones señaladas en relación con aquellas, pues tales apartes así

entendidos son constitucionales y serán declarados exequibles.

2. Naturalmente, la Corte precisa el alcance limitado y los derroteros dentro de los cuales debe interpretarse como constitucional dicha competencia, de una parte, conforme a principios que ella misma ha definido en anteriores jurisprudencias y, de la otra, según los propios mandatos legales que ahora juzga, y que la corporación deja de nuevo sentados de la siguiente manera;

1º) *En tiempo de paz, las contravenciones son de conocimiento exclusivo de las autoridades administrativas de policía y no de las autoridades militares, ya que estas, según tradición jurisprudencial derivada de la Constitución, no son autoridades administrativas ni civiles. Dicha jurisprudencia está definida, entre otras, en las sentencias de diciembre 12 de 1946 ("G. J.", núms. 2038 y 2039, pág. 651) y de septiembre 20 de 1973 ("G. J.", ts. CXLIX-CL, núms. 2390 y 2391, pág. 195).*

2º) *Adviértese además que las autoridades administrativas de policía no ejercen poder alguno de policía, o sea poder de legislación contravencional ni reglamentario de la ley, sino apenas función de policía, esto es, facultad aplicativa de su mandato en tales materias.*

Conforme lo dejó ya establecido la Corte mediante sentencia de abril 21 de 1982 (proceso núm. 893), en materia que fue acogida por ella de manera unánime (cfr. punto sexto del salvamento de voto):

"La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de policía.

"La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por este a las autoridades administrativas de policía..." (magistrado ponente, MANUEL GAONA CRUZ).

3°) Por lo demás, las autoridades administrativas de policía que conocen de las contravenciones a que se refiere el punto precedente son las de naturaleza exclusivamente civil señaladas en el art. 3° de la ley 2ª de 1984, a saber: "los alcaldes o... los inspectores que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá los inspectores penales de policía", así como "los gobernadores de Departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá y los intendentes o comisarios...". Como se ve, entonces ninguna de ellas forma parte de los cuerpos uniformados de la policía, los cuales agrupan personal y ejercen funciones diferentes a los de juzgamiento contravencional referidos en los arts. 1°, 2° y 3° de la ley acusada.

Según lo había dejado también ya definido la Corte:

"...los oficiales, suboficiales y agentes de policía, no son jefes de policía, ya que estos son civiles; por lo tanto, aquellos no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía... mandan obedeciendo y hacen cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionarios de policía.

".....  
"La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía..." (Sentencia de abril 21 de 1983, proceso núm. 983. Subrayada desde entonces por la Corte; magistrado ponente, MANUEL GAONA CRUZ).

4°) Respecto de la jurisdicción policiva civil de juzgamiento contravencional reconocida en los apartes correspondientes de los tres primeros artículos de la ley 2ª de 1984, pone de presente la Corte que en ellos no hay criterio alguno de definición o clasificación sobre los hechos punibles que tengan el carácter de contravenciones o los que correspondan a la naturaleza de los delitos. Resulta entonces fuera de su alcance pretender para el caso *sub examine* hacer distinción o catalogación genérica y definitiva alguna al respecto, la cual sin duda tendrá que ser efectuada por ella para cada caso

en que se le avoque y en el que por la naturaleza o modalidad de la disposición que deba juzgar sea indispensable determinar el carácter contravencional o delictivo del hecho atribuido eventualmente a una autoridad administrativa de policía.

Así, sin llegar al extremo de prohijar como delito el arrojar un papel fuera del lugar indicado o como contravención el homicidio, casos en los que sería fácil para el juez de constitucionalidad enmendar el exceso del legislador, aquel solo podrá esclarecer la constitucionalidad de las normas que se refieran a uno o a otra de manera concreta y específica y no en forma general. Atendida la naturaleza básicamente preventiva o aun correctiva y no represiva de la regulación sobre contravenciones, que permite otorgar competencia a autoridad administrativa en sustitución de la judicial, carece de solidez desconocer de suyo la facultad legislativa de atribución de jurisdicción contravencional a las autoridades de policía, con el mero argumento de que declarándola exequible la Corte estaría dando pie a la posible arbitrariedad nominal derivada del cambio de comportamientos delictivos por el rótulo de contravencionales.

Nada de esto asume aquí la Corte.

5°) Pero es ineludible para esta corporación registrar que aquella distinción no es solo legal sino aun constitucional y que por lo tanto debe tener sus consecuencias. Pues en el art. 143 se dejó instituida de manera clara la intención del constituyente de diferenciar "delitos y contravenciones que turben el orden social". Además, en el art. 187-9 de la misma se establece que corresponde a las asambleas departamentales "reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal", y admitido se tiene por la Corte que dicha función comporta las facultades de expedir códigos departamentales de policía, de regular conductas contravencionales y de atribuir sobre estas competencias de juzgamiento policivo a las autoridades administrativas locales en lo que no esté regulado y otorgado por la ley a las autoridades nacionales judiciales o administrativas en ese campo. Obviamente, en cambio, nunca podrán las asambleas bajo la égida de aquella atribución erigir delitos ni conferir el conocimiento de los vigentes a las autoridades locales administrativas o de policía.

Séptima.—*Conclusión sobre las normas relativas al juzgamiento policivo.* En consecuencia, son inconstitucionales los ords. 2) y 3) del art. 1° acusado de la ley 2ª de 1984, al conferir competencia ordinaria de juzgamiento de delitos contra la integridad personal y contra el patrimonio económico a las autoridades de policía y no a las judiciales, así como el aparte del art. 2° que reza lo mismo: "los delitos contra el patrimonio económico", y el art. 3° en cuanto solo reconoce segunda instancia judicial respecto de algunos de tales delitos, así como la primera sobre estos y la segunda restante sobre los demás a las mismas autoridades de policía, sin estar estas reconocidas explícitamente en la Carta para desempeñar esas funciones, estándolo en cambio las judiciales, y perteneciendo aquellas a la rama ejecutiva y no a la jurisdiccional del poder público. Tales disposiciones legales, de la manera vista, han infringido los mandatos de los arts. 2°, 26, 55 y 58 de la Constitución, y son incompatibles con lo ordenado en los arts. 61, 152, 157, 158, 160, 162 y 164 de la misma.

Por lo tanto, la Corte declarará inexecutable los arts. 1°, 2° y 3° de la ley 2ª de 1984, solamente en las partes atinentes al reconocimiento de competencia, atribución de sanción y regulación de instancias a las autoridades administrativas o civiles de policía respecto de delitos, pero exequibles esos mismos preceptos en los apartes correspondientes al otorgamiento de jurisdicción, sanción e instancias a esas mismas autoridades en lo relativo a contravenciones.

De consiguiente, la Corte se aparta del criterio de la vista fiscal de considerar inconstitucionales en su totalidad los arts. 2° y 3° de la citada ley.

Queda como único argumento de convalidación de competencias delictivas en manos de autoridades de policía el de la inveterada costumbre de legislar sobre tales materias. Pero la indeclinable obligación de la Corte no es la de declarar la ilegalidad de la Constitución sino la inconstitucionalidad de la ley.

Octava.—*La supresión de la diligencia de careo en los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo.* 1. No acoge la Corte la propuesta de la Procuraduría de declarar inexecutable el art. 24 acusado de la ley 2ª. Según este, "durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en nin-

gún caso" (respecto de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, conforme a lo ordenado en el art. 12, inc. 3°, de la misma ley). Pues a juicio de esta corporación la mera omisión del careo, que sobre los restantes delitos respecto de los cuales se mantiene tampoco es facultativo para el sindicado sino de potestad discrecional del juez, no niega ni suprime de suyo el derecho de controvertir la prueba por otros medios, ni implica la restricción de estos, ni con su vigencia se desconoce el derecho de defensa, ya que su falta no produce fatalmente la declaración de responsabilidad del sindicado. Con su supresión sobre los aludidos delitos tampoco se está consagrando presunción alguna contra el inculpaado, ni dando a suponer, como erróneamente se sugiere en la vista fiscal, que se puede "ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio".

2. La diligencia de careo, sin duda, en no pocas veces puede contribuir a establecer otras responsabilidades o a desincriminar al sindicado, como en otras a lo contrario, sin que por sí sola sea garantía insustituible o instrumento exclusivo de prueba en favor ni en contra del derecho de defensa, del de contradicción, del debido proceso o de la presunción de inocencia del inculpaado, sino apenas uno de los tantos mecanismos de aproximación judicial a la verdad, como cualquier otro sustitutivo o adicional. El procedimiento del careo no es pieza ineludible de las garantías constitucionales reconocidas en la Carta.

Además, su omisión durante la investigación no equivale a la abolición del derecho del sindicado a que se interrogue y contrainterrogue a los testigos por otros medios que de todos modos permiten que sus declaraciones sean tenidas como piezas probatorias sustanciales dentro del proceso, conforme al derecho de contradicción y de defensa protegido en la Constitución. Por lo tanto, el art. 24 de la ley 2ª de 1984 será declarado exequible.

Novena.—*Las dos instancias.* 1. Según el art. 57 de la ley 2ª, también acusado, no basta interponer dentro del término y por escrito el recurso de apelación en procesos de naturaleza civil, laboral o penal para concederle, sino que es además necesario sustentar en tiempo la apelación interpues-

ta, a riesgo de que si no se hace esto, se declarará desierto el recurso, salvo eventual reposición en contrario.

2. Halla la Corte en primer término que dicho precepto no niega sino que apenas encauza el derecho a la segunda instancia, es decir, a que un juez de mayor jerarquía y garantía, generalmente de carácter plural y más experimentado, tenga la oportunidad de volver a examinar el proceso del inferior y de reiterar o de rectificar la decisión tomada. Así se reitera sin contradicción alguna en el art. 14-5 del artículo único de la ley 74 de 1968, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento, entre otros, el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

3. Obsérvese además que de conformidad con el actual régimen jurídico procesal penal no puede darse el caso de un sindicado que carezca de defensa o de apoderado de oficio, el cual es cargo de obligatoria aceptación (C. de P. P., art. 117). Y en cuanto a los procesos judiciales de naturaleza civil o laboral se tiene establecida también la indefectible asistencia de apoderado. Adviértese que según la Corte (Sala Penal) la falta de defensa efectiva genera nulidad del proceso; agrégase que con la norma acusada se busca también que los abogados cumplan a cabalidad con su deber de defender sus poderdantes y de interponer los recursos reconocidos en favor de sus clientes. Por último, no es sostenible que siempre que se exija en cualquier procedimiento la necesidad de sustentar o justificar un recurso, se esté desconociendo el derecho de defensa.

Dado que lo predicable del proceso penal lo es también de los procesos civil y laboral, no hay reparo alguno adicional a su respecto.

Por lo tanto, para la Corte este precepto es también constitucional.

#### V) Decisión

Con fundamento en lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, previo el examen de la Sala Constitucional, con audiencia del procurador general de la Nación, y en ejercicio de la atribución segunda del art. 214 de la Constitución,

#### RESUELVE:

*Primero.*—Declarar *inexequibles*, por ser contrarios a la Constitución, los siguientes apartes de los arts. 1º, 2º y 3º acusados de la ley 2ª de 1984:

a) El num. 2) del art. 1º, que dice:

"De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias".

b) El num. 3 del art. 1º, que dice:

"De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000)".

c) La parte del art. 2º, en la que se expresa:

"...los delitos contra el patrimonio económico y...".

d) El aparte inicial del inciso segundo del art. 3º, que dice:

"De la segunda instancia de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía sea superior a diez mil pesos (\$ 10.000.00), conocerán los jueces penales municipales...".

*Segundo.*—Declarar *exequibles*, por no encontrarlos contrarios a la Constitución, las partes restantes de los mismos arts. 1º, 2º y 3º de la ley 2ª de 1984, que dicen:

"Art. 1º.—El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"«Competencia de las autoridades de policía.—La policía conoce: 1. De las *contravenciones*».

"Art. 2º.—*Sanciones.* A los condenados por las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto número 522 de 1971, de que conocen las autoridades de policía, se impondrán las sanciones establecidas en la respectiva disposición legal y su cumplimiento tendrá lugar en el establecimiento dispuesto al efecto por el Ministerio de Justicia.

"Art. 3º.—*Competencia.* Corresponde a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspectores penales de policía, conocer en primera instancia de los hechos punibles de que trata el artículo 1º de esta ley (con las restricciones y supresiones derivadas de la parte motiva y del punto primero de esta resolutive).

"...De la segunda instancia de las demás infracciones de que trata el artículo 1º de esta ley (con las mismas restricciones y supresiones) conocerán los gobernadores de Departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, y los intendentes o comisarios, según el caso".

*Tercero.*—Declarar *exequible*, por no encontrarlo contrario a la Constitución, el art. 24 de la ley 2ª de 1984, que dice:

"Art. 24.—Durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en ningún caso".

*Cuarto.*—Declarar *exequible*, por no encontrarlo contrario a la Constitución, el art. 57 de la ley 2ª de 1984, que dice:

"Art. 57.—Quien interponga recurso de

apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante la parte interesada podrá recurrir de hecho.

"Sustentado oportunamente, se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento".

Cópiese, comuníquese, publíquese, infórmese al Congreso y al Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso núm. 1129.

Normas acusadas: arts. 1º, 2º y 3º, 24 y 57 de la ley 2ª de 1984.

Estamos de acuerdo con los pronunciamientos sobre constitucionalidad que hace la Sala Plena respecto de algunas de las disposiciones de la ley que fueron demandadas.

Disentimos, en cambio, con todo respeto, de su decisión sobre *inexequibilidad* de las normas de la ley acusada que otorgaban competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales cuando la única consecuencia se traduce en incapacidad que no exceda de treinta días y de los que atentan contra el patrimonio económico cuando la cuantía no sobrepase de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), así como de las otras disposiciones complementarias igualmente demandadas y también afectadas por el fallo de inconstitucionalidad.

Los motivos que tenemos para separarnos del pronunciamiento de la mayoría, son los siguientes:

1) *No existen fronteras claras, precisas, incontrovertibles entre el delito y la contravención.*—Ambos tienen de común el ser violaciones de normas que amparan bienes jurídicos tutelables, de diferente significación jurídico-penal.

Desde ese punto de vista no repugna jurídicamente ubicar a la contravención dentro de la noción genérica que se da del delito, como "acción típicamente antijurídica y culpable".

Por eso el nuevo Código Penal, al introducir la noción de *hecho punible* que, al decir de la exposición de motivos del anteproyecto de 1974, equivale a "conducta humana descrita en la ley penal y susceptible de sanción", dispone que los *hechos punibles* se dividen en *delitos* y *contravenciones* y que unos y otras pueden realizarse por acción o por omisión (arts. 18 y 19), y para que sean mercedores del reproche penal establece para ambos los presupuestos de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (art. 2º).

Por modo que, frente a nuestro ordenamiento penal, no hay diferencia sustancial en cuanto a la estructura del tipo delictivo o del contravencional, pues ambos se traducen en acciones socialmente reprochables y mercedoras de sanción.

2) *Clasificaciones de las infracciones de la ley penal.*—Las que tradicionalmente ha

aportado la doctrina, a saber: la *tripartita* (crímenes, delitos y contravenciones), la *bi-partita* (delitos y contravenciones) y la *cuartipartita* que recientemente se insinúa (crímenes, delitos, contravenciones y faltas), están todas concebidas sobre diferencias de grado entre las diversas acciones reprochables, esto es, comportamientos atroces, conductas graves, actos leves, pudiéndose reducir todas ellas, en la práctica, a dos: delitos mayores y delitos menores.

3) *Criterios diferenciadores entre el delito y la contravención.*—Los que ha ideado la doctrina no han logrado su cometido. En efecto, y para no aludir sino a los principales, los que se fundamentan en el origen de la ilicitud y en la importancia del bien jurídico amparado se reducen a una diferencia de grado entre el delito y la contravención, pues de todas maneras predicaban la reprochabilidad de ambos comportamientos y reclaman una sanción para ellos. El primero afirma que el delito es acción que lleva en sí misma su ilicitud (*vetitur quia mala*) y que la contravención la deriva de su prohibición (*mala quia vetitur*). El segundo asevera que el delito ofende condiciones básicas de la vida en sociedad, en tanto que la contravención atenta contra requerimientos secundarios de la misma, o sea que sin ellos podría subsistir la sociedad como tal (normas relacionadas con el ornato, la higiene, la tranquilidad).

El criterio diseñado sobre la naturaleza del daño que generan el delito y la contravención tampoco logró el fin que se proponía, pues tanto en el campo delictivo como en el contravencional se dan las formas de peligro y las de resultado. De acuerdo con este criterio, son delitos las acciones que arrojan una lesión del bien jurídico protegido por la norma, en tanto que las contravenciones únicamente lo ponen en peligro.

Desde el punto de vista de la entidad de la pena, que es otro de los conceptos diferenciadores, no se obtiene tampoco claridad en el punto que se analiza, al menos en presencia de nuestro ordenamiento punitivo, pues así como hay delitos sancionados benignamente (abusos de autoridad—multa, interdicción de derechos y funciones públicas, pérdida del empleo, arts. 152 y 153 del Código

Penal—. Intervención en política—interdicción de derechos y funciones públicas, art. 158 ibídem—. Ejercicio arbitrario de las propias razones—multa—, art. 183 ibídem), hay contravenciones reprimidas con severidad (tenencia de cosa mueble que hubiere sido objeto de infracción penal—arresto de tres meses a un año, art. 53 del decr. 522 de 1971, incorporado al Código de Policía—. Alteración de marca que acredite propiedad de semoviente ajeno—arresto de seis a doce meses, art. 54 ibídem—. Tenencia de llave falsa o deformada, gonzúas o similares—arresto de seis a doce meses, art. 55 ibídem—. Sorprendimiento dentro de habitación o de lugar destinado a la guarda o custodia de animales u otros bienes—arresto de seis a doce meses, art. 56 ibídem—. Abuso con ánimo de lucro de la ignorancia, superstición o credulidad ajenas—arresto de uno a doce meses, art. 57 ibídem—).

Finalmente, el criterio referido a la diferenciación del delito y la contravención sobre la presencia o ausencia del elemento subjetivo no se entra a analizarlo, pues, entre nosotros, la doctrina lo ha exigido siempre para ambos comportamientos, y el nuevo Código lo reclama de manera expresa, pues, como ya se dijo, para que una conducta sea punible, trátase de delito o contravención, debe ser realizada con culpabilidad (C. P., art. 2°).

En presencia de la falta de capacidad diferenciadora de los diversos criterios ideados con esa finalidad, y en consideración a que si el legislador conmina las contravenciones con una pena, así sea benigna, es porque entrañan una ilicitud, porque afectan o ponen en peligro bienes jurídicos tutelables y condiciones de vida en sociedad, se recurrió, por último, a un criterio *pragmático y objetivo* para distinguir el delito de la contravención, consistente en la *voluntad o expresa manifestación del legislador*.

De acuerdo con este enfoque de la cuestión, serán contravenciones aquellas conductas que el legislador, *tenga por tales*, y esto puede hacerlo, a nuestro juicio, bien porque las denomine expresamente de esa manera, o también porque las asigne a la competencia de

las autoridades de policía, puesto que el legislador no ignora que estas no conocen de delitos.

4) *Tradición colombiana.*—Ha habido en nuestro país, de parte del legislador ordinario y del ejecutivo habilitado como tal en virtud de facultades extraordinarias, la permanente e inmodificable actitud de considerar como contravenciones, o como hechos juzgables por las autoridades de policía, las *formas benignas* de los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico.

A este respecto, y en lo que lleva de vigencia la Constitución Nacional que nos rige, ofrece nuestra legislación positiva la elocuente confirmación de ese aserto que se desprende de los siguientes textos:

a) *Código Penal de 1890*

Art. 122. "Son atribuciones de los jueces municipales:

"...

"4ª Conocer en primera, o en única instancia, según los casos, de las causas criminales que se sigan por extracción o apertura indebida de la correspondencia por particulares; por heridas, golpes o malos tratamientos de obra, *cuando la incapacidad no exceda de ocho días*; por daños en propiedades ajenas, exceptuando los que provengan de incendio, y los que se castiguen con pena corporal; por despojo violento, o perturbación de posesión, salvo los casos que tengan señalada pena corporal; o por uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño.

"5ª. Castigar correccionalmente con multas que no excedan de cinco pesos o arresto que no pase de veinticuatro horas, a los que les desobedezcan o falten al debido respeto".

Ley 72 de 1890, art. 14. "El ordinal 4º, artículo 122 del Código de Organización Judicial, quedará así:

"4º. Conocer en primera o en única instancia, según los casos, de las causas criminales que se sigan por extracción o apertura indebida de la correspondencia por particulares; por heridas, golpes o malos tratamientos de obra, *cuando la incapacidad no pase de ocho días*; por el delito de riña; *por el de hurto de cosa cuyo valor exceda de*

*diez pesos y no pase de veinte; por los de estafa y abuso de confianza cuando la cuantía no exceda de veinte pesos*; por daños en propiedades ajenas, exceptuando los que provengan de incendio y los que se castiguen con pena de presidio o reclusión; salvo los casos que tengan señalada pena de presidio o reclusión y por uso de propiedades ajenas, sin el consentimiento del dueño.

"De los hurtos menores de diez pesos conocerá la policía".

Ley 72 de 1890, art. 2º. "De los delitos contra la propiedad, cualquiera que sea su denominación jurídica, conocen:

"Los jueces municipales, cuando la cuantía exceda de veinte pesos, sin pasar de cincuenta.

"Parágrafo.—La policía conocerá de los mismos delitos, siempre que la cuantía no exceda de veinte pesos".

b) *Código de Procedimiento Penal de 1938* (ley 94 de 1938).

Art. 49. "Salvo disposición en contrario, la policía conoce en primera y segunda instancia:

"1º) De las contravenciones.

"2º) De los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto, cuando la cuantía no exceda de veinte pesos.

"3º) De los procesos por lesiones personales que produzcan una enfermedad o incapacidad que no exceda de cinco días y que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico.

c) *Ley 4ª de 1943*

Art. 35. "El numeral segundo del art. 49 del Código de Procedimiento Penal, quedará así: «De los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión cuando la cuantía no exceda de veinte pesos (§ 20.00)»".

d) *Decreto 23 de 1957* (legislativo)

Artículo primero: "El artículo 49 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"«Salvo disposición en contrario, la policía conoce en primera y segunda instancia:

"»1º) De las contravenciones.

"»2º) De los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión,

cuando la cuantía no exceda de cien pesos (\$ 100.00).

”»3º) De los procesos por lesiones personales que produzcan una enfermedad o incapacidad que no exceda de cinco (5) días y que no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico”.

e) *Decreto 1358 de 1964* (expedido en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 27 de 1963)

*Art. 65.* “No obstante lo dispuesto en el artículo primero del decreto 528 de 1964, la policía conocerá en primera y segunda instancia:

”a) De las contravenciones;

”b) De los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de trescientos pesos (\$ 300.00);

”c) De los delitos de lesiones personales cuando la incapacidad no exceda de quince días y no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico”.

f) *Ley 16 de 1968*

*Art. 6º.* “Las autoridades de policía investigarán y conocerán en primera y segunda instancia de:

”1º) Las contravenciones.

”2º) Los delitos de lesiones personales, en los casos del artículo 372 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de cinco días.

”3º) Los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto cuya cuantía sea menor de \$ 500.00”.

g) *Ley 16 de 1969*

*Art. 4º.* “El artículo 6º de la ley 16 de 1968 quedará así;

”«La policía conoce:

”»a) De las contravenciones.

”»b) De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 372 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de quince días y no produzcan otras consecuencias.

”»c) De los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o prisión, cuando la cuantía no sea superior a quinientos pesos.

”»d) *De las conductas antisociales definidas en la ley*”.

h) *Decreto 409 de 1971* (actual Código de Procedimiento Penal)

*Art. 38.*—“Competencia de las autoridades de policía. La policía conoce:

”1) De las contravenciones;

”2) De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 372 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de quince días y no produzcan otras consecuencias, y

”3) De los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o prisión, cuando la cuantía no sea superior a quinientos pesos”.

i) *Ley 17 de 1975*

*Art. 6º.* “El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”«Artículo 38.—Competencia de las autoridades de policía.

”»La policía conoce:

”»1º) De las contravenciones.

”»2º) De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 372 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de quince días y no produzcan otras consecuencias.

”»3º) De los delitos contra la propiedad sancionados con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de mil pesos”.

j) *Ley 22 de 1977*

*Art. 8º.* “El numeral 3º del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

”«3º) De los delitos contra la propiedad sancionados con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de tres mil pesos (\$ 3.000.00)”.

k) *Ley 2ª de 1984* (norma demandada)

*Art. 1º.* “El artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

”«Competencia de las autoridades de policía. La policía conoce:

”»1. De las contravenciones.

”»2. De los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias.

”»3. De los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)” (Las subrayas no pertenecen a los textos).

Por modo que se registra una constante histórica orientada hacia la distribución de la competencia entre jueces municipales y autoridades de policía respecto de las infracciones contra el patrimonio económico, de acuerdo con la mayor o menor cuantía. El aumento de esta que en cada ocasión se ha presentado no ha obedecido al deseo de ampliar la órbita de conocimiento de las autoridades policivas en ese campo, sino a la necesidad de actualizarla debido a la pérdida de valor de la moneda. Los diez pesos del año de 1890, cuantía asignada entonces a la policía, seguramente equivalen a los treinta mil que establece la ley ahora demandada.

Y en cuanto a la elevación de quince a treinta días de incapacidad en las lesiones que consigna el artículo de la ley 2ª demandada, cabe observar que, aun en ese caso, la norma no hizo cosa diferente de armonizarse con el nuevo Código Penal, pues en este la forma más benigna de la lesión personal es la que deja incapacidad de uno a treinta días.

En efecto. El Código Penal anterior (ley 95 de 1936) establecía, respecto del delito de lesiones personales que dejaba solamente incapacidad como secuela, las siguientes escalas de graduación, de acuerdo con la gravedad de los mismos:

*Art. 372.*—“Si la lesión produjere una enfermedad o incapacidad para trabajar que no pase de quince días, la pena será de dos a dieciocho meses de arresto y multa de diez a quinientos pesos.

”Si la enfermedad o la incapacidad pasare de quince días sin exceder de treinta, la pena será de seis meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a mil pesos.

”Si la enfermedad o la incapacidad pasare de treinta días, la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de ciento a dos mil pesos”.

Así, pues, la lesión de menor entidad, la asignada en su competencia a las autoridades de policía, era la que ocasionaba incapacidad menor de quince días.

El nuevo Código Penal (decreto 100 de 1980), el cual está rigiendo a partir del 29 de enero de 1981, varió esas escalas de graduación y fijó las siguientes:

*Art. 332.* “Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en inca-

pacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, la pena será arresto de dos meses a dos años y multa de cien a un mil pesos.

”Si pasare de treinta días sin exceder de noventa, la pena será de seis meses a tres años de prisión y multa de un mil a cinco mil pesos.

”Si pasare de noventa días, la pena será de dieciocho meses a cinco años de prisión y multa de un mil a diez mil pesos”. (Subrayas fuera de textos).

Entonces, hoy la forma más benigna del delito de lesiones personales es aquella en la que se produce, como única secuela, incapacidad inferior a treinta días, y esa es la que la ley 2ª de 1984 atribuye a la competencia de la policía.

Sigue, por tanto, conservándose la política criminal de asignar a las autoridades policivas el conocimiento únicamente en las formas más benignas o leves de las lesiones personales y de los atentados contra el patrimonio económico.

Esa ininterrumpida tradición, antes que significar, como lo entiende la opinión mayoritaria de la Corte, una reiterada violación de los cánones constitucionales, entraña, en nuestro concepto, la permanente voluntad del legislador de tener como contravenciones, y por lo mismo juzgables por las autoridades de policía, las formas leves de los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico.

Si no las ha llamado o denominado expresamente de esa manera (contravenciones), no es porque no las considere como tales, sino para no desvertebrar el ente jurídico correspondiente a esos delitos, teniendo que decir, por vía de ejemplo, las lesiones personales constituyen contravención y su pena será... si la incapacidad que dejan como única consecuencia no pasa de treinta días. Serán delitos si sobrepasan de ese monto y tendrán diferente sanción, y lo mismo respecto del delito contra el patrimonio económico, según que la cuantía supere o no el límite de los treinta mil pesos.

Esta tendencia de tipificar el delito a partir de determinada cuantía, y dejar la parte inferior de la misma librada al campo contravencional, no es extraña a nuestro dere-

cho penal. Así, el art. 229 del Código Penal vigente sanciona como delito el acaparamiento, pero solamente si opera en cuantía superior a *quinientos mil pesos*, con lo cual deja constituida en contravención, sancionable por las autoridades administrativas, la infracción en cuantía inferior.

Indudablemente que ese constituye un sano y atendible criterio en tratándose de delitos que admiten mensurabilidad o cuantificación, como también lo son los que atentan contra la integridad personal y contra el patrimonio económico, ya que en la raíz de los mismos se encuentran hipótesis de menor gravedad o entidad.

Esa política del legislador consulta, de otro lado, la realidad colombiana. En un país como el nuestro, tan incomunicado y, además, con escasos recursos presupuestales para la rama jurisdiccional, no puede aspirarse a tener en cada núcleo de población un juez de la República, pero en cambio no puede prescindirse de contar en cada alejado rincón del territorio patrio con la presencia de la autoridad de policía que, a la vez que encarna la vivencia de la nacionalidad, constituye la única manifestación tangible de la aplicación de la justicia en esas remotas latitudes.

Esa delincuencia menor que golpea tan fuertemente al ciudadano común y corriente, para quien treinta mil pesos pueden constituir todo su patrimonio y una incapacidad de treinta días puede acarrearle muy serias consecuencias de carácter laboral, debe tener un tratamiento rápido y expedito como tal vez no puede dársele el funcionario judicial, quien, al lado de esa delincuencia menuda va a tener la de mayor significación, que a lo mejor va a embargarle toda su atención, con desmedro de la otra.

Y no puede apelarse, para sustentar la tesis contraria, a los riesgos que se corren al dejar en manos de funcionarios no judiciales la decisión de esas controversias penales; pues la ley ha arbitrado resguardos para corregir posibles desaciertos. Es así como el decreto 522 de 1971, que forma parte integrante del Código de Policía y se refiere a las contravenciones de mayor significación, establece la segunda instancia ante las gobernaciones de Departamento, las cuales han

organizado secciones especiales para ese efecto, y, además, crea el recurso de revisión ante los tribunales superiores de distrito (arts. 70 y 103).

Fuera de esto, y para el caso que nos ocupa, la propia ley 2ª de 1984 consagra para ante el juez penal municipal la segunda instancia en el caso de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía sea superior a diez mil pesos; y encomienda esa misión, en los demás casos que ella contempla, a los gobernadores de Departamento, al Consejo Distrital de Justicia de Bogotá y a los intendentes o comisarios, según el caso (art. 3º, inc. 2º).

Además, el procedimiento, que es el establecido en el decreto 522 de 1971 (arts. 71 a 104), como lo dispone expresamente el art. 105 del mismo, si bien es simplificado y ágil, no conculca el derecho de defensa.

De tal manera que, consultando el pensamiento jurídico penal del país en un lapso que se acerca a los cien años, debe deducirse que, sin excepción ha prevaletido, frente a cada reforma que han sufrido las disposiciones que atribuyen competencia a la policía respecto de la delincuencia menor, la tesis de mantenerse. Y esto ha contado con el respaldo de lo más granado de los cultivadores del derecho penal en nuestro medio, pues basta observar la composición de esas comisiones revisoras de códigos para advertir que en ellas estuvieron representados los más sobresalientes penalistas, pertenecientes a la selecta órbita de los tratadistas, profesores, magistrados de la Corte Suprema de Justicia y legisladores.

5) *Cosa juzgada en cuanto a la doctrina o el principio.*—Es cierto que la norma que atribuía competencia a la policía en la delincuencia menor y que fue demandada y declarada constitucional por la Corte no es rigurosamente igual a la actual, pues se trataba de otra disposición legal y en ese caso la cuantía era inferior (\$ 300.00) y la incapacidad no superaba los quince días, pero no lo es menos que lo que entonces se discutía, al igual que ahora, fue el principio de si la policía podía o no conocer de delitos, así fueran menores.

Nos estamos refiriendo al art. 65 del decreto 1358 de 1964, que decía:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 1º del decreto 528 de 1964, la policía conocerá en primera y segunda instancia:

”a) De las contravenciones;

”b) De los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de trescientos pesos (\$ 300.00);

”c) De los delitos de lesiones personales, cuando la incapacidad no exceda de quince días y no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico”.

Y esa norma la declaró *exequible* la Corte en sentencia de 9 de septiembre de 1966 en la que, entre otras cosas, dijo:

“Es indudable, y así lo anota el colaborador de la Corte, que la competencia la determina la ley, como sucede en el caso presente en que adscribió a las autoridades de policía el conocimiento de las contravenciones y de ilícitos de pequeña gravedad que no atentan de manera fundamental contra las condiciones de existencia de la sociedad como estado de derecho y que aunque se señalan como delitos en las normas acusadas, no dejan de tener el carácter de infracciones menores que el legislador en diversas oportunidades ha confiado a la policía para su juzgamiento y sanción; tanto más cuanto que el propio Código de Procedimiento Penal en el capítulo III, título v, del libro III prescribe el procedimiento a seguir «cuando el juez municipal o la autoridad de policía en su caso inicie la investigación de un asunto que le corresponde fallar...». *Procedimiento expreso para definir la responsabilidad de estos ilícitos que las disposiciones acusadas implícitamente asimilan a contravenciones al atribuir su conocimiento a la policía, dado el mínimo daño público y privado que ocasionan*, determinando en el art. 632 del citado Código que «la segunda instancia de estos juicios se ventilará en la forma ordinaria, pero reduciéndose los términos a la mitad». Es decir, la ley no solamente fija la competencia sino que indica el procedimiento que se debe seguir, todo dentro de los límites precisos señalados por la respectiva disposición.

”Por el poder de atribución de competencias que tiene el legislador derivado implícitamente de la misma Constitución, les fue atribuido a los jueces municipales, el conocimiento en primera instancia de las conductas antisociales a que se refiere el decreto 1699 de 1964, cuando tales conductas constituyen de modo general, contravenciones cuya represión le correspondería a la policía según el mandato del art. 2º del Código Penal. El ejecutivo en uso de la facultad que le confirió la ley 27 de 1963 consideró necesario cambiar la competencia para la sanción de estas contravenciones.

”Por lo demás, si las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, como lo consigna el art. 16 de la Carta; si el determinar la competencia es atribución del legislador, salvo los casos en que la Constitución la determina y si es necesario que las infracciones penales de mínima gravedad sean sancionadas con prontitud y eficacia, no se violan los preceptos invocados por el actor, cuando precisamente, en desarrollo de la competencia, la ley confiere a las autoridades de policía, dentro de los límites precisos y adecuados procedimientos que tutelan la defensa de los imputados, la facultad para reprimir esas infracciones como las a que se contraen las especificadas en los numerales b) y c) del art. 65 del decreto-ley objeto de acusación.

”Por otra parte, no se alcanza a precisar la violación del art. 61 de la Carta a que hace referencia el demandante, porque, como se ha visto, las normas acusadas se refieren al desarrollo de la competencia, como consecuencia legal para el juzgamiento por las autoridades de policía de ilícitos de mínima gravedad.

”Y se considera que las infracciones a que se refieren los ordinales b) y c) objeto de la acusación, bien pueden estimarse como infracciones de menor gravedad dada su naturaleza, la cuantía y la incapacidad señalada en esos ordinales, por lo infimo de la lesión irrogada al interés jurídico que en tales casos se tutela, no se alcanza a ver cómo fueron violados los arts. 55 y 58 de la Carta, porque, vuelve a insistirse, la me-

nor gravedad de tales hechos, su constante ocurrencia no constituyen propiamente la figura típica de delito que según el doctrinante FERRI «consiste en la acción determinada por móviles individuales antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo en un momento determinado». De acuerdo con este principio un profesor colombiano de derecho penal, ha expuesto en sus conferencias universitarias que: «Cuando a juicio del legislador un hecho es grave porque lesiona o pone en peligro intereses sociales importantes y debe, por lo mismo, sancionarse en forma severa, lo configura como delictuoso; cuando, en cambio, considera que los intereses que puede lesionar o poner en peligro son menos importantes y que bastan para su punición sanciones de menor gravedad, lo erige en contravención». Y esos hechos delictuosos que perturban las condiciones de vida de una sociedad organizada en derecho, por su esencial gravedad son de competencia exclusiva para su juzgamiento y sanción de los órganos jurisdiccionales del poder público, en obediencia de las pertinentes normas constitucionales».

Y el fallo concluye de la siguiente manera: «En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional que consagra el art. 214 de la Carta, y de acuerdo con el señor procurador general de la Nación, declara que son excequibles los ordinales b) y c) del art. 65 del decreto-ley número 1358 de 1964» (subrayas fuera de texto).

Por modo que la Corte consideró, en esa oportunidad, frente a la demanda de una norma similar en su contenido sustancial, que no atentaba contra la Constitución el que el legislador les atribuyese a las autoridades de policía competencia respecto de las formas benignas de los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico, por cuanto las disposiciones acusadas «*implícitamente asimilaban a contravenciones*» esos ilícitos «*al atribuir su conocimiento a la policía, dado el mínimo daño público y privado que ocasionan*» (subrayas fuera de texto).

Vino después el fallo de 27 de septiembre de 1969, por medio del cual se declaró la

inexequibilidad de los arts. 56 y 57 del decreto 1698 de 1964 y 19 de la ley 16 de 1968, mediante los cuales fueron creados los fiscales instructores dependientes de la Procuraduría General de la Nación y se les otorgó la facultad instructora, con la limitación introducida por la última de las normas de que no se tratase de delitos de conocimiento privativo de los jueces municipales o de las autoridades de policía.

En él se reafirma la tesis del anterior pronunciamiento de la Corte en cuanto al conocimiento de la policía de delitos de escasa significación jurídico-penal, pues se dice:

«La labor inquisitiva o de instrucción que se cumple en la primera fase del proceso penal, en la etapa sumaria o preparatoria del juicio requiere para su éxito la armónica colaboración de la rama ejecutiva, que puede cumplirse eficazmente por medio de la policía o de otras entidades dependientes de la administración pública, sin llegar al extremo de arrebatar la investigación a los jueces correspondientes. *Con este criterio de colaboración armónica se ha asignado a la policía el conocimiento y represión de las contravenciones y de aquellos ilícitos leves que no atentan de manera fundamental contra las condiciones de existencia de la sociedad y que, no obstante estar señalados como delitos, no pasan de tener el carácter de infracciones menores*» (las subrayas no pertenecen a la transcripción).

Y examinado cuidadosamente su contexto se observa que la verdadera razón de la inexequibilidad de las normas que crearon los fiscales instructores la hizo radicar la Corte en el hecho de que, por esa vía, se había sustituido con estos funcionarios una categoría específica de jueces, institucionalizada en la Constitución Nacional (art. 157), que es la de los jueces de instrucción criminal.

Sobre este punto se expresó en la sentencia, después de transcribir apartes del fallo de 28 de junio de 1965 que versó sobre disposiciones que habían suprimido los jueces de circuito y los habían reemplazado por los jueces municipales de plena competencia:

«Estos postulados pronunciados con motivo de la demanda sobre supresión de los juzgados de circuito, son reiterados ahora por la Corte pues los encuentra justamente aplicables a los jueces de instrucción crimi-

nal, también instituidos dentro de la jerarquía jurisdiccional en la Constitución Política.

»Al disponer el art. 19 de la ley 16 de 1968, norma acusada, que los funcionarios de instrucción criminal, dependientes de la Procuraduría General de la Nación por prescripción del art. 56 del decreto 1698 de 1964, igualmente acusado, «tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia para instruir los procesos penales en todos los delitos que no sean de conocimiento privativo de los jueces municipales, o de la policía», sustrajo esa función de formación de los sumarios respecto de los delitos de mayor gravedad, y que es indispensable para la administración de justicia en el ramo penal, puesto que el sumario es presupuesto del juicio y forma con este el todo del proceso, a los funcionarios que conforme a la Constitución Nacional «administran justicia» (arts. 58 y 157) y la confió a agentes del ministerio público de libre nombramiento y remoción, quienes, en razón de las disposiciones legales cuya inexequibilidad se reclama por el actor, *sustituyen en la instrucción penal, con distinta denominación, a los jueces constituidos por la Carta como integrantes de una rama especial del poder público, particularmente a los denominados por aquella «jueces de instrucción criminal», institucionalizados dentro de la rama jurisdiccional en los términos establecidos en el art. 257 de la Carta, con la finalidad primordial de dar vigencia y operancia a las normas-consagradas en el Código de Procedimiento Penal sobre jueces de instrucción criminal.*

»En consecuencia, dada la actividad que conforme a la disposición acusada están llamados a cumplir los «funcionarios de instrucción criminal», es claro para la Corte que a estos funcionarios, ajenos a la jerarquía jurisdiccional se les ha adscrito una función que la Constitución Política ha reservado a los jueces, con evidente quebranto de sus arts. 55, 58 y 157» (subrayas fuera de texto).

Pero ocurre que, en el caso que ahora analizamos, las autoridades de policía no sustituyen en su integridad a categoría alguna de jueces, pues los municipales y los del

circuito de la rama penal continúan investigando y fallando los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico en todos los aspectos no atribuidos a la competencia de aquellas.

Pero hay algo más. La Corte, en reciente sentencia, encontró constitucional la competencia de las autoridades de policía para conocer de delitos contra el patrimonio económico en cuantía hasta de tres mil pesos. Así lo hemos venido a observar con posterioridad a los debates del proyecto de sentencia al dedicarnos sosegadamente a la redacción del salvamento de voto.

Nos referimos al fallo de diez de mayo de 1984 (proceso núm. 1130), mediante el cual se declaró exequible en su totalidad el art. 63 de la ley 2ª de 1984, que dice: «Los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose *de acuerdo con las competencias establecidas en las leyes 21 y 22 de 1977*» (subrayas fuera de texto).

Y la ley 22 de 1977, en el punto que interesa, prescribe:

Art. 8º. «El numeral 3º del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, quedará así: (3º) De los delitos contra la propiedad sancionados con arresto o prisión, cuando la cuantía no exceda de tres mil pesos (\$ 3.000.00)».

El aludido art. 38 del Código de Procedimiento Penal es el que atribuye a las autoridades de policía competencia para conocer de las contravenciones (num. 1º), de los delitos de lesiones personales cuando produzcan como única consecuencia incapacidad que no exceda de quince días (núm. 2º), y, en su num. 3º, de los delitos contra la propiedad (hoy contra el patrimonio económico), en cuantía que, hasta entrar en vigencia la ley 22 de 1977, era de mil pesos (ley 17 de 1975).

El fallo de la Corte en Sala Plena a que nos venimos refiriendo, dijo en relación con el art. 63 de la ley 2ª de 1984:

«Cuando el art. 63 acusado preceptúa que a los procesos iniciados antes de la vigencia de la ley 2ª de 1984 se les dé trámite de acuerdo con las competencias establecidas en las leyes 21 y 22 de 1977, con ello simplemente se está cumpliendo lo del art. 26 de la Carta, y no al contrario, pues de tal mane-

ra aquellos juicios seguirán por lo general, conforme a las leyes preexistentes y *ante los funcionarios competentes, que son, precisamente, los que de ellos venían conociendo en razón de las competencias indicadas para esos casos por las referidas leyes 21 y 22* (subrayas fuera de texto).

Como no podemos entender que la exequibilidad o inexecuibilidad de una norma dependa de su transitoriedad o permanencia, sino de su contradicción con la Constitución, estimamos que en punto a competencia de la policía para conocer de delitos menores contra el patrimonio económico hubo reciente pronunciamiento de constitucionalidad que debió haber tenido la incidencia de cosa juzgada frente al caso que ahora se decidió.

6) *Consecuencias del pronunciamiento de inexecuibilidad.*—Aunque la misión de la Corte se circunscribe a confrontar la norma acusada con las disposiciones de la Carta Fundamental prescindiendo de consideraciones de naturaleza diferente, en el evento presente si debieron haber sido tenidos en cuenta para decidir los graves efectos de la invalidación de la norma, pues se estaba en presencia de un caso que, por hallarse respaldado en una respetable tradición, permitía colegir razonablemente la voluntad del legislador, así no se hubiera expresado con la precisión deseada.

Como resultado del fallo de la Corte, la justicia ordinaria, que hoy tiene a su cargo considerable número de procesos, recibirá buena parte de los que venían adelantando las autoridades de policía por delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico en sus formas benignas (art. 63 de la ley 2ª de 1984), y todos los que se inicien a partir de ahora por esa clase de ilícitos serán de su conocimiento.

Los jueces municipales, por ejemplo, sumarán este recargo al que de por sí les proporciona la propia ley 2ª, pues ella les había ampliado grandemente la competencia a estos funcionarios, extendiéndoselas a un número apreciable de delitos diferentes de las lesiones personales y contra el patrimonio económico (art. 58, num. 4º).

Dada la forma excluyente como en ese mismo artículo se precisa la competencia de los jueces municipales en delitos de lesiones y contra el patrimonio económico, todo indica que, en relación con procesos iniciados a partir de la vigencia de la ley 2ª de 1984 por delitos de lesiones que dejen como única consecuencia incapacidad que no supere los treinta días y por delitos contra el patrimonio económico en cuantía que no sobrepase de los treinta mil pesos, serán los jueces del circuito los que conozcan en primera instancia de tales casos, en virtud de la cláusula general de competencia y los tribunales en segunda, con el obvio quebrantamiento del principio de jerarquización judicial, pues los jueces municipales, a quienes aquellos les revisan en segunda instancia, quedan con una competencia más amplia, esto es, cuantía superior a treinta mil pesos e inferior a trescientos mil, y lesiones con incapacidad mayor de treinta días. Respecto de los delitos contra el patrimonio económico en cuantía superior a trescientos mil pesos conocerán de ellos los jueces de circuito en primera instancia y los tribunales en segunda.

A lo anterior se agregarán los obvios conflictos de competencia que seguramente se presentarán y los obligados retardados en la normal tramitación de los procesos afectados con el cambio de funcionario del conocimiento.

En conclusión, estimamos que si en último término la diferencia entre el delito y la contravención emana de la ley, *tanto vale denominar o llamar contravenciones a esas formas benignas de los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico, como atribuirles en su conocimiento a las autoridades de policía*, y en esa forma debió haberse desentrañado, a nuestro juicio, el verdadero sentido de las normas acusadas para mantener su vigencia.

Son estas las razones de nuestro respetuoso disenso.

HÉCTOR GÓMEZ URIBE, FERNANDO URIBE RESTREPO, DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA.

## SALVAMENTO DE VOTO

(SALA PLENA)

Proceso núm. 1129.

Normas acusadas: arts. 1º, 2º y 3º, 24 y 57 de la ley 2ª de 1984.

Me aparto de la decisión mayoritaria por las razones expuestas en el salvamento de voto elaborado por el magistrado Dr. Darío Velásquez Gaviria, que he tenido el honor de suscribir. Al cual me permito agregar ahora algunas consideraciones de orden semántico, que considero concluyentes.

Delito y contravención, lejos de ser términos antónimos, contrarios o excluyentes entre sí, son palabras *hypónimas*, que por definición no se oponen y que pueden por tanto ser utilizadas indistintamente. Y ello es así porque el contenido de rasgos semánticos que por igual caracterizan a uno y otro término (hecho punible, antijuridicidad, culpabilidad) son los mismos, pues están comprendidos en ambos. Como cuando se dice “perro bravo” y “animal peligroso”. Los dos términos presentan ciertamente una distinta denotación formal, pero ello no afecta la esencia pues es de simple naturaleza sintáctica, ya que existe identidad de sentido semántico y pragmático.

Se trata pues de una clasificación de las infracciones penales esencialmente ambigua, que tan solo indica una diferencia convencional de grado, pues no hay límite cierto entre una contravención grave y un delito leve. Siendo esto así, debe entenderse que el legislador, en los numerales 2º y 3º del art. 1º de la ley 2ª de 1984, incurre en un

típico *quid-pro-quo*, al utilizar esto (“delito”) por aquello (“contravención”), cuando es nítida su intención de tratar como contravenciones las infracciones penales a las cuales se refiere, y que equivocadamente llama “delitos”.

Estamos entonces ante un simple *lapsus*, por falta de precisión y técnica lexicales, en ausencia de una delimitación sustantiva, que no existe. Pero tal equívoco —que de otra parte es fácilmente comprensible por evidentes razones de armonía y concordancia verbal con el Código Penal—, no puede ser suficiente para que las normas citadas resulten inconstitucionales. Corresponde al juez de la Constitución despejar el equívoco, antes de analizar el fondo, dándoles a los términos su verdadero alcance, sin olvidar que la clasificación formal y convencional entre delitos y contravenciones es de la competencia exclusiva del legislador.

Como entre términos equívocos no es aplicable el principio lógico de contradicción, el juez de constitucionalidad al interpretar la referida norma ha debido encontrarla exequible, una vez dilucidado y superado el sofisma de dicción o falacia de ambigüedad que se ha indicado, y en que sin duda incurrió el legislador.

Fecha *ut supra*

FERNANDO URIBE RESTREPO.

## SALVEDAD DEL MAGISTRADO JORGE SALCEDO SEGURA RESPECTO A LA PARTE MOTIVA

Referencia: Proceso constitucional núm. 1129.

Ley 2ª de 1984.

“El objeto del control constitucional por los jueces no es mantener petrificados los tex-

tos de la ley fundamental sino, al contrario, vivificarlos, ampliarlos, extenderlos a las nue-

vas circunstancias de la vida real. La Corte debe guardar la Constitución, pero no como un cadáver momificado, sino como un organismo vivo que, por lo mismo que es vivo, cambia sin cesar. Su oficio es, pues, hacer flexibles los textos, acoplarlos a la situaciones nuevas, imprevistas o imprevisibles. Pero ¿cuál es el criterio que debe orientar esta adaptación? La dificultad resulta de la antinomia que consiste en esta doble y simultánea necesidad: la de conciliar el orden jurídico y la vida social, por una parte, y la de mantener, por otra parte, a la regla del derecho, su carácter firme, preciso e imperativo”.

Sitúo por delante este párrafo escrito por el maestro Echandía en el prólogo a la obra *Defensa del orden jurídico* de CÉSAR CASTRO PERDOMO (1974), porque fue sencillamente premonitorio de la evidente contradicción entre la realidad social y el apego al frío texto normativo que se echa de ver como resultas de la sentencia de cuya parte motiva discuerdo. Porque ciertamente la norma declarada inexecutable, con variantes cuantitativas, venía rigiendo desde el siglo pasado sin causar ningún traumatismo social; por el contrario, siendo factor de orden cuandoquiera que era aplicada; al paso que al declararla inconstitucional crea un tal vacío, una tan grande laguna en materia penal, que paradójicamente el trastorno social se produce precisamente cuando se intenta guardar la integridad de la Constitución y no durante la centuria en que la norma supuestamente inconstitucional estuvo rigiendo. ¿Cuál de los dos extremos de la dicotomía echandiana debía prevalecer? ¿El orden social? ¿La norma superior? Ninguno. O, mejor, ambos, conciliándolos, armonizándolos. Tal fue lo que propuse.

A mi modo de ver, la norma legal que les otorgó competencia a las autoridades de policía para conocer del delito de lesiones personales hasta con incapacidad de 30 días y de los delitos contra el patrimonio que no excedan de \$ 30.000.00 es inconstitucional, pero no como consecuencia de la teoría de la separación de los poderes, que la Corte invocó, sino por razones muy otras. Primeramente explicaré por qué no comparto la motivación de la sentencia y luego daré los fundamentos sobre los cuales apoyo la de-

cretada inexecutable, que de haber sido acogidos hubiesen evitado el caos actual.

1) *Revaluar la teoría de la división de los poderes, un retorno al siglo XVII.* NICOLAS MAQUIAVELO con *El príncipe*, TOMAS HOBBS con *Leviatán*, JUAN BODINO con *La república* y JACQUES BOSSUET con *La política*, son los cuatro evangelistas del absolutismo. JOHN LOCKE con su *Ensayo*, el CONDE DE MONTESQUIEU con *El espíritu de las leyes*, JUAN JACOB ROUSSEAU con *El contrato social* y el ABATE SIEYÉS con el *Tercer Estado* lo son del estado de derecho. El primero de los cuatro últimos escribe en su destierro holandés su “Ensayo sobre el gobierno civil”, que vendría luego a servir como panacea contra los recónditos remordimientos del pueblo inglés que había derrocado a Jacobo II y con él a los Estuardos para entronizar a Guillermo de Orange, en cuyas banderas estaba inscrito: “Por el Parlamento”.

En esa obra defiende la tesis del consentimiento de los hombres libres como origen del gobierno legítimo y sobre ese tronco injerta ingeniosamente la distinción de los poderes, que en ese momento histórico —finales del siglo XVII— están representados en las fuerzas antagónicas del rey y del Parlamento, vale decir, en el poder ejecutivo y el poder legislativo, al cual agrega LOCKE un tercero, el poder federativo, encargado de regular las relaciones entre naciones, la paz y la guerra, que normalmente está ligado al ejecutivo. En un gobierno bien regulado los dos poderes principales deben estar en diferentes manos. La tentación de abusar del poder se apodera inexorablemente de quien por cualquier razón detenta los dos. LOCKE escribió su obra antes de la revolución de 1688 y la publicó después del derrocamiento de Jacobo II, para consolidar el triunfo armado de Guillermo de Orange, cuyo pregonado respeto al Parlamento implicaba todo un cambio fundamental, una verdadera revolución. Su texto sirvió, pues, para darles piso doctrinal a los hechos cumplidos. Un siglo después MONTESQUIEU escribe su extensa obra *El espíritu de las leyes* en condiciones bien diferentes. Sus planteamientos tienen por objeto poner cimientos a los por venir. MONTESQUIEU vive bajo el

reinado de Luis XIV, la máxima expresión del absolutismo derivado del poder divino. Especialmente en el capítulo VI del libro XI el autor expone su doctrina en abstracto y luego examina la forma como está operando en Inglaterra. “Las reminiscencias de LOCKE en la presentación de la teoría llamada de la separación de los poderes son evidentes. Pero MONTESQUIEU hace del judicial un poder distinto, el tercero, mientras que LOCKE parece no ver en él más que una rama del ejecutivo”. Advierte entonces que no puede existir la libertad individual cuando el poder de juzgar está en las mismas manos de quien detenta el legislativo y el ejecutivo. LOCKE y MONTESQUIEU nos presentan unos poderes antagónicos entre sí, en lucha, enfrentados unos a otros, de todo lo cual surge como consecuencia la libertad del gobernado. Así enfocados los poderes, o, mejor, la lucha entre los poderes, se debe aceptar que tal enfoque enriqueció la doctrina constitucional y estimuló la conciencia y la mente de los hombres hacia la conquista del estado de derecho, como supremo ideal humano. Pero, ¿tiene la teoría de la separación de los poderes hoy en día, en Colombia, país en donde vivimos bajo un estado de derecho, la misma denotación que tuvo cuando se ideó? En modo alguno. La separación de los poderes como teoría sirve para combatir y destruir el absolutismo, cuando existe; pero superado, esa concepción es inoperante para la buena marcha del estado de derecho.

Por manera que la Corte, revaluando la teoría de la división de los poderes como causa de la inexecutable de la ley 2ª de 1984, retornó ideológicamente al siglo XVII.

2) *La teoría de la división de los poderes incompatible con el funcionamiento de un estado de derecho.* Una vez organizado el Estado de derecho no es concebible hablar de la lucha de los poderes como prenda de garantía de la libertad. Ahora es menester la colaboración armónica para cumplir adecuadamente los fines del Estado moderno. Pero no lo digamos con nuestras palabras: “Dentro del Estado intervencionista en que vivimos es imposible pretender la existencia de la separación total de los poderes” (CO-

PETE LIZARRALDE, pág. 134). “Pero si esta separación es necesaria para la convivencia social y para no pervertir los fines del Estado, la exageración de ese principio, como la llevaron a la práctica los discípulos de MONTESQUIEU, resulta desastrosa” (*Estudios sobre la Constitución Política de Colombia*, de EDUARDO FERNÁNDEZ BOTERO, 1974, pág. 203). Qué tan desastrosa resulta la exageración del principio se advierte con el fallo de que hemos venido discrepando, porque al suprimirle la competencia a la policía sobre delitos leves de que venía conociendo desde hace una centuria creó un caos en la organización de la rama jurisdiccional, pues esos delitos leves pasarán al conocimiento de los ya de por sí recargados juzgados del circuito, con lo cual resulta el absurdo de que de unas lesiones personales que produzcan dos días de incapacidad conocerán en primera instancia los circuitos y en segunda los tribunales, al paso que unas lesiones que produzcan 40 días serán del conocimiento de jueces inferiores.

Por lo demás, el fallo adolece de falta de lógica. En efecto, ¿por qué la policía sí puede conocer de contravenciones y no de delitos leves? ¿Qué es una contravención? Pues un delito leve. Entonces ¿quiere ello decir que todo queda sujeto a un juego de palabras, es decir, que si el legislador le atribuye competencia a la policía para conocer de un delito y lo declara contravención, la norma es constitucional, pero si no hace esa conversión sería inexecutable? Yo no puedo imaginar un sistema normativo que derive la constitucionalidad de las leyes de un criterio exclusivamente semántico.

Obsérvese que la consideración quinta de la parte motiva, que trata sobre la constitucionalidad del conocimiento de la policía de las contravenciones, se funda sustancialmente en un criterio de tradición. En el párrafo 1 hace una afirmación en el sentido indicado, pero no da ninguna razón. Simplemente pontifica. En el 2, con sus subdivisiones, entre a dar una explicación de cómo la policía no es autoridad militar, de cómo la policía no ejerce poder de policía sino apenas facultad aplicativa de su mandato, de cómo las autoridades administrativas de policía

a las que se les atribuyó la competencia cuestionada son las de naturaleza exclusivamente civil, y de cómo en la ley examinada no hay criterio alguno de definición o clasificación de los hechos punibles que sean delito o contravención, de donde se deduce que resulta fuera del alcance de la Corte pretender establecerlo. Finalmente en el apartado 3 reafirma sus conclusiones. Ciertamente, hecho un examen muy cuidadoso, no se encuentra una razón clara en virtud de la cual sea posible inferir que cuando el legislador atribuye competencia a la policía civil para conocer de un delito leve viola la Constitución, pero cuando la atribuye para conocer de una contravención se ajusta a ella. Si el fundamento para derivar inexequibilidad frente a aquellos fue la separación de los poderes, la misma razón debería aplicarse al caso de estas, toda vez que delitos y contravenciones al fin no son cosa distinta de dos variantes del género, que es la infracción penal. Dentro de este orden de ideas tendría que prohiar la salvedad de voto que sobre este punto anunció el magistrado REYES ECHANDÍA, para quien la policía no puede conocer ni de delitos ni de contravenciones, es decir, de infracciones penales.

Retomando el hilo de la exposición, se dijo al principio de este acápite que la teoría de la división de los poderes es incompatible con la existencia normal de un Estado de derecho intervencionista. Para demostrarlo basta advertir cómo en el siglo XIX nuestra Constitución se refería precisamente a los poderes. Empero, en la enmienda de 1936 se suprimió esa expresión que resultaba anacrónica, por lo ya dicho, cuyo principal abandonado fue DUGUIT y se habló entonces de los órganos del poder público. Finalmente en la enmienda de 1945, vigente, se habla de las ramas del poder público, una de las cuales es la jurisdiccional. No parece acorde con la técnica que la Corte haya empleado en la ponencia, en forma repetida, la expresión poder judicial, entelequia que ya no existe. La supresión de la palabra "poder" tiene el sentido ya expresado. La sustitución de la palabra "judicial" por "jurisdiccional", cuyo significado etimológico es "decir el derecho", hace referencia a que lo importante hoy en día no es el funcionario, el juez, a que se refería el poder judicial, sino la función.

Y dentro de ese contexto, es de advertir que los funcionarios administrativos también "dicen el derecho", al punto que según conspícuos tratadistas la diferencia entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional está en la cosa juzgada que se predica exclusivamente de este y se excluye de aquel.

3) *La atribución de competencias cuestionada de ley y no de la Constitución.* Dice la ponencia: "Sin duda, es el legislador el que señala y precisa las referidas competencias, pero, obviamente, este no puede hacerlo contra las disposiciones mismas de la Carta, o en excepción extensiva de sus mandatos".

Pues bien, si es el legislador el que distribuye las competencias, ¿en dónde está la predicada inconstitucionalidad cuando hace uso de esa facultad? Obsérvese cómo el art. 23 de la Constitución expresa que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de *autoridad competente*, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes". Si el artículo dijera: "...autoridad judicial...", la tesis de la Corte sería valedera. Pero si la propia Corte acepta que la competencia la atribuye la ley, y la Constitución habla de autoridad competente, ¿cómo puede predicarse inconstitucionalidad cuando hay alguna atribución de competencia?

De igual modo el fundamental art. 26 reza así: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante *tribunal competente* y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". ¿Cuál es el tribunal competente? El que diga la ley.

Por manera que aun aceptando la tesis revivida de la separación de los poderes, tal como lo planteó la Corte, en el momento de ir a confrontar la ley acusada con las disposiciones constitucionales no existiría ninguna que le prohíba al legislador distribuir las competencias dentro de un espíritu de armónica colaboración de las ramas del poder público (Const. Nal., art. 55).

4) *La falta de unidad normativa completa y otro pecado contra la lógica en que*

*incurre la sentencia.* La Corte ha venido sosteniendo que cuando no existe unidad normativa completa debe abstenerse de fallar. Y predica que existe tan insólita figura cuando hay una norma idéntica o parecida que también estaría afectada de inconstitucionalidad, por las mismas razones, que no fue objeto de censura en la demanda, pues si se declarase inconstitucional una, quedaría como exequible la otra, la no demandada; de donde se concluye en la necesidad de declarar inconstitucional, sin entrar al fondo del asunto, para no dejar como válidas normas que obviamente serían inconstitucionales a la luz de la doctrina contenida en una sentencia. Es simplemente el desarrollo del aforismo según el cual donde existe la misma razón debe haber la misma solución. Ello es cierto. Empero, nada impide, en criterio del suscrito magistrado, que la Corte haga la *declaratoria de inexequibilidad* de las normas idénticas, aunque no demandadas, ya que siendo la suprema guardiana de la Constitución puede hacer tales pronunciamientos, tanto más que cualquier otra autoridad, por bajo que sea su rango, está facultada para dejar de aplicar la norma inconstitucional en desarrollo de la excepción, uno de los mecanismos para garantizar la integridad de la Carta que esta misma consagra. Pues bien, el art. 63 de la misma ley 2ª establece que los procesos iniciados antes de dicha ley continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en leyes anteriores. Entonces, obsérvese el pecado contra la lógica: La competencia de la policía para conocer de delitos leves es inconstitucional cuando el delito se cometió después de la vigencia de la ley 2ª; si se cometió antes es exequible. ¿Podrá alguien explicar cómo lo que ayer fue y es constitucional deja de serlo hoy, sin que se haya cambiado la Constitución?

Planteado por mí este tema durante el debate no tuve la fortuna de ser refutado ni acogido en mis planteamientos.

5) *El verdadero motivo de inconstitucionalidad de la ley 2ª en punto a competencias de la policía.* Todo lo hasta aquí expuesto conduciría a votar negativamente la ponencia en cuanto a la inexequibilidad de los artículos que le atribuyen competencia a la policía para conocer de delitos leves. Empero, no es así.

Voté afirmativamente la parte resolutive pero por motivos diferentes, que paso a explicar.

Parto de una base, es a saber que el legislador sí puede otorgarle competencia a la policía para conocer de contravenciones o delitos leves; lo primero porque es propio de la ley otorgarla; lo segundo, porque el conocimiento de esos delitos leves en nada interfiere con el funcionamiento de las distintas ramas del poder público; por el contrario, contribuye a la armónica colaboración que deben prestarse entre sí; lo tercero, porque no hay ninguna norma constitucional que lo impida. Empero, surge este interrogante: ¿Qué es el delito leve, o qué es la contravención? ¿Hay autonomía del legislador para calificar este aspecto tan fundamental? La respuesta no puede ser otra que la que dicta el sentido común. No puede haber, no hay, un parámetro que alinde con precisión lo que es leve o grave, lo que es delito o contravención. Así, por ejemplo, existen infracciones que antaño eran contravenciones y hoy son delito, como el contrabando, y antiguos delitos que hogaño son contravenciones, como el consumo de estupefacientes; los cambios los ha ordenado autónomamente el legislador. Son cuestiones de hecho. Es necesario respetar hasta cierto punto el sano criterio del legislador. Empero, no se puede abusar de esta prerrogativa, como ha venido ocurriendo con la competencia a la policía para conocer de delitos de lesiones personales. Inicialmente fueron cinco días, luego diez y finalmente quince días de incapacidad. Cuando ello ocurrió la norma fue acusada de inconstitucionalidad y la Corte hubo de declarar su exequibilidad, constituyendo una evidente cosa juzgada, sobre la cual la Corte no puede entrar a variar de criterio. Pero posteriormente, en virtud de la ley 2ª ahora acusada, se dobló esa incapacidad y se señaló competencia policiva hasta para lesiones que produjeran treinta días de incapacidad. He ahí un evidente movimiento legislativo que en forma progresiva va tomando la competencia normal de los jueces para trasladarla a la policía. Es esa conducta la que considero *refida* con la Constitución. Cuando se dobló el término de la incapacidad observo una extralimitación que juzgo contraria a la Constitu-

ción y por tal razón voté afirmativamente la parte resolutive de la sentencia de cuya parte motiva he venido discrepando.

Habría, a manera de ejemplo y como argumento *ab absurdo*, un caso en que la inconstitucionalidad saltaría de bulto; si el legislador declarara que el homicidio es una contravención o un delito leve y a tal título su competencia se le adscribiera a la policía, ¿quién sería osado de afirmar que tal disposición se enmarcaría dentro de la norma superior? No estamos ciertamente en un caso extremo como el del ejemplo, pero sí se advierte el deseo paulatino del legislador de mermarle competencia a la justicia ordinaria para trasladarla a la policía, y ese procedimiento debe necesariamente tener un límite. Tal frontera es la que ha debido trazar la Corte declarando la inexequibilidad de la disposición legal que le otorga competencia a la policía para conocer de lesiones causantes de incapacidad hasta de treinta días; pero no de toda la competencia, como resultó ahora, creando los absurdos a que precedentemente se hizo referencia. ¿Cuál sería el límite máximo? Lo ya decidido por la Corte en la sentencia de 9 de septiembre de 1966, es decir, hasta quince días. Esa situación, que se mantuvo por muchos años, fue tácitamente aceptada por el constituyente primario, por la gente, y esa tradición no puede desconocerla la Corte, aun cuando la nuestra sea una Constitución escrita y rígida; los hechos son a veces superiores a las normas. Lo que se dice de las lesiones personales puede igualmente predicarse de los delitos contra la propiedad, limitando la competencia de la policía en los parámetros en que fueron encontrados exequibles en el citado fallo, sin perjuicio de que la Corte, por vía de interpretación, hubiese podido hacer un ajuste racional de las cuantías atendido el fenómeno notorio de la desvalorización de los signos puramente monetarios. ¿Que con lo anterior la Corte se convierte de fallador en jurisfaciente? Sí. Es cierto. Pero así debe proceder, como lo predica el maestro Echandía en el prólogo citado. Veámoslo: “Es posible que no falten contradictores pero me parece claro que la llamada guarda de la Constitución atribuida a la Corte Suprema de Justicia, comprende mucho más

que la pasiva y literal aplicación de un texto; tiene, además, el alcance de realizar ese texto; es decir, de desarrollarlo aplicándolo a las concretas realidades ambientales, adaptándolo a una concepción de lo que debe ser la vida social y económica del país, en cuanto dicha concepción se conforme con la que domina la total estructura constitucional, pero también en cuanto no resulte incoherente con los hechos reales y concretos a que aquella se aplica”.

Más adelante agrega el maestro: “La vida —ya lo había dicho Spencer— no es sino una continua adaptación de las relaciones internas a las externas, todos nuestros actos corresponden a otros tantos problemas; son una tentativa de resolverlos, que nunca alcanza la plenitud total. ¿Qué es en derecho lo que se adapta continuamente y a qué se adapta? Lo que se adapta es la norma y aquello a que se adapta es una noción o sentimiento de justicia. Cuando el legislador crea la norma precisándola en el texto escrito, busca la realización de la justicia; cuando el juez aplica esa norma en un caso real, concreto y determinado, busca también la justicia. Pero como la realidad cambia incesantemente nunca se logrará aquella definitiva adaptación. Pero hay más: no solo los hechos de la realidad ambiente cambian, sino que uno de esos hechos cambiantes es el sentimiento mismo de la justicia. Lo que significa que el derecho escrito —expresión en la cual deben comprenderse no solo las leyes producidas por el órgano o los órganos legisferantes, sino también la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina— es insuficiente para reflejar la realidad siempre renovada y encontrar soluciones aptas para todas las nuevas, imprevistas emergencias de la vida social. Solo que, en nuestro tiempo, en el mundo moderno, gracias al cambio rápido e incesante de las condiciones de la vida por la aparición de nuevas formas de actividades que producen, de continuo, nuevos problemas y contrastes, se necesita que el jurista haga un esfuerzo más grande para interpretar cabalmente las leyes, es decir, para adaptar su sentido a las nuevas relaciones sociales. Es necesario —dicho de otra manera— que preste una ma-

yor contribución al progreso del derecho, a su continua renovación”.

En síntesis, declarando la inexequibilidad de la norma acusada únicamente en cuanto aumentó de quince a treinta días de incapacidad la competencia de la policía se hubiesen evitado los trastornos que ha producido la incompetencia total; se hubiese convertido la Corte en verdadera colaboradora armónica de la rama legislativa, dándole un contenido conveniente a las normas; las cosas hubiesen

quedado en el estado en que estaban antes de la extralimitación de sus facultades por parte del legislador; en síntesis, con tal solución, la Corte, convertida como es su deber, cuando se necesita, en verdadera jurisfaciente, hubiese sido factor de sosiego y armonía social. Solución con la cual, de paso, se hubiese respetado la cosa juzgada creada por la sentencia de la Corte de 9 de septiembre de 1966.

Bogotá, junio 7 de 1984.

JORGE SALCEDO SEGURA

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso núm. 1129.

Normas acusadas: arts. 1º, 2º y 3º, 24 y 57 de la ley 2ª de 1984.  
M. P. Dr. MANUEL GAONA CRUZ.

1. Estoy de acuerdo con la decisión tomada por la Corte en el presente caso, salvo en el punto segundo de su parte resolutive, pues considero que es también inconstitucional la competencia que se asigna a las autoridades de policía para conocer de contravenciones (como las que el decr. 522 de 1971 denomina “especiales”), por las mismas razones que atinadamente llevaron a la corporación a igual pronunciamiento en relación con los hechos delictivos señalados en los nums. 2º y 3º del art. 1º de la ley demandada.

2. Me parece que las dificultades insalvables con que ha tropezado hasta ahora la doctrina para diferenciar nítidamente los delitos de las llamadas contravenciones radica esencialmente en que bajo esta denominación se agrupan simplemente delitos que el legislador ha considerado de menor entidad, con criterios no siempre ajustados a la realidad, pero que en todo caso evidencian una reacción punitiva del Estado concretada en la imposición de pena ordinariamente referida a la privación del derecho fundamental e inalienable de la libertad personal. En este orden de ideas no es posible establecer separaciones ontológicas entre una y otra categorías de hechos punibles, pues es finalmen-

te el arbitrio soberano del legislador el que decide ubicar un determinado comportamiento humano dentro de un tipo delictivo o contravencional, o trasladarlo de aquella sede normativa a esta o viceversa, por consideraciones sociales, económicas, éticas, y por sobre todo políticas.

3. Cuando el art. 18 del Código Penal vigente establece que los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones, se está refiriendo indudablemente a aquella especie de contravenciones (la misma que menciona la norma demandada), en relación con la cual, además, la deducción de responsabilidad exige plena demostración de que se ha realizado conducta típica, antijurídica y culpable (C. P., arts. 2º, 5º, 35 y 39), e imposición de pena por juez de la República como culminación de un rito procesal pre-determinado (Const. Nal., art. 26). Ante esta insoslayable realidad jurídica se impone ineludiblemente la conclusión de que los mismos argumentos que llevaron a la Corte a declarar inconstitucional la competencia de las autoridades administrativas de policía para conocer de los hechos punibles delictivos mencionados en el art. 1º de la ley 2ª de 1984 son aplicables por plena validez a la competencia asignada a estas mismas auto-

ridades para juzgar a responsables de hechos punibles contravencionales.

4. El problema no es, ciertamente, de carácter nominal, como parece desprenderse de la sentencia de la Corte, pues bastaría entonces (y es esa una peligrosa contingencia) que lo que hoy se designa con el rótulo de delito (y lo son ahora las lesiones con incapacidad menor de 30 días y los hechos punibles contra el patrimonio económico en cuantía menor de \$30.000.00) sea cambiado legislativamente por el de contravención para que gobierno y Congreso se ajusten formalmente a este fallo de la Corte, sin que sustancial ni constitucionalmente se hubiese producido variación alguna, pues que en uno y otro casos se estaría ante hechos punibles cuya responsabilidad precisa para su autor o cómplice adelantamiento de proceso con demostración plena de adecuación típica de la conducta, antijuridicidad y culpabilidad y con imposición de pena por autoridad judicial.

5. Lo que sí es posible y necesario diferenciar son los *hechos punibles* (delitos y contravenciones) de las faltas, entendiendo por estas aquellas acciones u omisiones de indisciplina social que afectan el armonioso desarrollo de las actividades interpersonales y de la convivencia ciudadana, y que no generan respuesta punitiva sino medidas correctivas orientadas a fortalecer el sentido de responsabilidad social de los infractores; los primeros (hechos punibles) suscitan reacción estatal sancionadora que se concreta

en la imposición de pena extintiva o privativa de la libertad, o de carácter pecuniario, en tanto que las segundas generan respuesta oficial meramente correctiva con medidas que no suprimen ni coartan sensiblemente los derechos fundamentales de la persona. La represión de aquellas compete constitucionalmente a las autoridades judiciales, con las excepciones que la propia Carta taxativa y limitadamente establece; el conocimiento de estas es propio de la función administrativa policial como tuteladora del orden público interno y de la armónica convivencia social. Así lo previó con acierto el legislador de 1971 al expedir el Estatuto Nacional de Policía, cuyos títulos primero, segundo y tercero del libro III se ocupan de esta materia.

6. Quisiera, finalmente, señalar que las dificultades consecuenciales a este fallo de la Corte podrían fácilmente superarse con una ley que les diese competencia para conocer de aquellas contravenciones (especie de los hechos punibles) a los jueces penales y promiscuos municipales con un procedimiento oral semejante al que establece el Código Nacional de Policía en sus arts. 295 a 327, procedimiento que sería aconsejable extender a ciertas formas delictivas de menor entidad como las previstas en los nums. 2° y 3° del art. 1° de la ley demandada.

ALFONSO REYES ECHANDÍA.

Adhiero.

NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA

Fecha *ut supra*.

## Tribunal Superior de Medellín

### MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA ENFERMO MENTAL PERMANENTE

La interpretación literal del art. 94 del Código Penal conduce a las medidas de seguridad "vitalicias"; una solución viable para evitar la perpetuidad, es la aplicación por analogía del art. 96 del mismo Código, que alude a la "adaptabilidad al medio social" en que se desenvolverá la vida del procesado.

Magistrado ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Octubre 19 de 1983.

Al presentarse la inimputabilidad del art. 31 del C. P. tanto por inmadurez psicológica como por trastorno mental, concurren asimismo las medidas de seguridad aplicables (C. P., arts. 94 y 96), debiendo entonces aplicarse la más severa de ellas por ser la que mejor se adecua a la personalidad del agente y la que en mejor forma puede llegar a cumplir los fines de curación, tutela y rehabilitación prefijados por el artículo 12. El señor juez superior obró correctamente al escoger la medida de internación psiquiátrica de que trata el art. 94 para los enfermos mentales permanentes. Lo que no determinó bien es el período máximo que la medida puede llegar a durar, dejándolo en absoluto indeterminado. Sabiéndose, como se sabe, que los padecimientos mentales de D. C. son de aquellos que muy seguramente no admiten curación, el señor juez ha impuesto una medida asegurativa vitalicia, perpetua o irredimible, pues ha condicionado la suspensión condicional de la misma a la recuperación de la salud mental por parte del convicto, atendiendo al mero tenor literal de la citada disposición penal. Empero, dicha norma requiere de una interpretación sistemática, racional y teleológica, pues de otra manera debe considerarse contraria a

la Constitución Nacional, ya que esta no tolera las penas perpetuas ni las obligaciones o cargas irredimibles. Cuando la enfermedad mental es incurable, la medida no puede tener como fin la curación, pues el derecho no puede imponer objetivos de imposible cumplimiento. La norma que pretendiera imponer un objetivo así no sería norma por carecer del sentido normativo consistente en el vínculo obligacional, pues ninguna norma puede imponer a nadie lo imposible. De ahí que, al someter la suspensión condicional de la medida de internamiento a una condición de imposible cumplimiento, el *a quo* ha pagado un exagerado tributo al tenor literal (infortunadamente) del art. 94 e imponiendo en la práctica una reclusión psiquiátrica a perpetuidad, como tal contraria al principio de racionalidad de las reacciones penales propias de la organización republicana y de las formas democráticas de gobierno. Como en tal supuesto la medida de internamiento no puede, entonces, perseguir fines distintos a los de tutela y rehabilitación, entendiendo por esta última, no la curación, sino el restablecimiento de la capacidad para una convivencia ordenada y pacífica, no queda otra alternativa que aplicar por analogía *in bonam*

*partem* el criterio del art. 96 y aclarar, por tanto, que la medida de que se trata podrá ser suspendida condicionalmente cuando el interno recupere su normalidad síquica, al menos cuando, por virtud del tratamiento a que será sometido y lo está siendo ya, adquiera suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida, es decir, deje de ser un peligro para sí y para otros. Con esta modificación se confirmará, pues, el fallo revisado.

Así, entonces, en parcial acuerdo con el fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el fallo de fecha, origen y contenido indicados, que se ha revisado por vía de consulta, pero con la reforma de que su parte resolutive quedará así: Con base en los arts. 323, 324-1, 334, 341, 31, 94 y 96 del C. P., *condénase* al procesa-

do D. C. A. de notas civiles conocidas, a la medida de seguridad de internación en el establecimiento siquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial que determine la Dirección General de Prisiones, por un mínimo de dos años y un máximo indeterminado que se suspenderá condicionalmente cuando el interno recupere su normalidad síquica o adquiera suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida, es decir, deje de ser un peligro para sí o para otros. Se efectuarán los abonos determinados por el *a quo*, cuyo fallo rige en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Fernández Carrasquilla (magistrado), Fernando Gómez Gómez (magistrado), José Luis Gómez Pérez (magistrado), Alberto García Quintero (secretario).

## Juzgado Sexto Superior de Medellín

### EL CRITERIO DE NECESIDAD COMO BASE PARA APLICAR LA MEDIDA DE SEGURIDAD

Es innecesaria la aplicación de medidas de seguridad, en el caso de un grave anómalo síquico condenado a un año de colonia agrícola especial, bajo la vigencia de la anterior legislación penal, no solo por haber transcurrido cerca de diez años desde la comisión del hecho sin que se haya practicado tratamiento alguno, sino porque la pericia siquiátrica demuestra un correcto funcionamiento de las facultades mentales. Además, de conformidad con el art. 12 del Código Penal, la medida de seguridad tiene funciones de curación, tutela y rehabilitación.

Dr. CARLOS MEJÍA ESCOBAR

Octubre 3 de 1983.

#### HECHOS:

L. R., indagatorio por homicidio en la persona de su hermano S, fue absuelto en primera instancia al estimarse que su comportamiento se adecuaba a la situación de legítima defensa, obteniendo desde entonces su libertad, mediante caución por cincuenta pesos que depositó en diciembre 3 de 1975, cinco días después de proferido el fallo. Al someterse a consulta la decisión, el H. Tribunal Superior revocó el proveído y lo condenó a purgar medida de seguridad de reclusión en colonia agrícola, por término mínimo de un año, conforme lo disponían los arts. 61 y 64 del C. P. de 1936.

Desde la época de esa decisión, marzo de 1976, fue imposible obtener la comparencia del asesorado; la Dirección General de Prisiones, con fundamento en copias de los respectivos fallos, expidió la resolución 3409

de mayo 14 de 1976, asignando al destinatario de la medida la Penitenciaría Central de Colombia, anexo siquiátrico, como lugar en el cual habría del cumplir la sanción impuesta.

No se sabe a causa de qué, el procesado fue encarcelado posteriormente. Empero, el 17 de febrero de 1983 se le dejó a disposición del despacho, en procedimiento y decisión administrativas acremente censuradas ya, motivo por el cual se dispuso, ante la imprescriptibilidad de las medidas de seguridad, nueva valoración siquiátrica con el fin de adecuar su tratamiento a las prescripciones del nuevo estatuto (decr. 100 de 1980), como de asimilar su mal en términos del mismo. Para ello se obtuvo nuevo examen siquiátrico. En virtud de sus resultados, se procede a decidir con fundamento en las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

Catalogada como una grave anomalía síquica la situación siquiátrica que explicaba el comportamiento del procesado L. R., consistente en haber dado muerte injusta a su propio hermano cuando se hallaba en avanzado estado de beodez, L. R. fue declarado responsable de dicho homicidio y condenado a medida de colonia agrícola especial (internamiento) por período no menor de un año, y en términos de lo dispuesto por los arts. 61, 64 y concordantes de la derogada codificación.

El estatuto aludido no contenía ninguna declaración de principios, ningún capítulo destinado a consagrar sus principios rectores, ningún instrumento propio de hermenéutica como no fuera su sistema mismo, o lo que pudiese deducirse de las palabras de los comisionados para su redacción, en las distintas actas.

Nuestro actual estatuto, en cambio, contiene un primer título que dirige y orienta el contexto de su articulado. Y así como el primer artículo consagra el principio de legalidad o de reserva, tanto en torno a la tipicidad como a la punibilidad y a las medidas de seguridad, el artículo 12 hace una declaración acerca de la función de la pena y de la medida de seguridad, destacando, como propios de la segunda, los fines de curación, tutela y rehabilitación.

Se establece así un fundamento de necesidad, para que se legitime la imposición de la medida asegurativa. Tanto por la declaración contenida en el art. 12, como por el desarrollo que a la institución misma le da el estatuto en el capítulo o acápite único que se constituye en título V del libro primero. En efecto, entre los arts. 93 y 102 se enmarca dentro del criterio de necesidad, la aplicación, suspensión, cesación, sustitución, prórroga y extinción de las medidas de seguridad. Y el mismo instituto de la revocación de la suspensión condicional de aquella confirma tal aserto. Pero quizá su más íntegro reconocimiento radica en el inc. 2° del art. 33 del Código, según el cual no siendo necesaria la medida no hay lugar a

imponerla o, dicho en sus textuales términos, "si la inimputabilidad proviniera exclusivamente de trastorno mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar".

La previsión hecha en la norma citada se corresponde exactamente con lo sucedido en el *sub judice*. En efecto, desde los primeros pasos de la averiguación se oteó la posibilidad de circunstancias extrañas a lo normal, como desencadenantes del hecho, en la síquis del procesado. Así se corroboró con la probanza pericial de octubre 31 de 1974, en la cual se reconocía al procesado situación de normalidad, no empeece lo cual la presencia de un terreno orgánico especial propició que el alcohol ingerido por L. R. produjera en él una ebriedad "que se sale de los linderos de la borrachera común alcohólica", tal como lo señalaba su actuación "extraordinaria e inmotivada exteriormente" (fl. 48).

Este diagnóstico se confirma con el examen que al recapturado L. R. se hace en la capital, a donde fue enviado contra expresa decisión de este despacho, causa ello de la mora en la tramitación de la incidencia a que se refería el auto de marzo 21 del año en curso, y que hoy concluye con este proveído, al menos en nuestra instancia. El siquiatra Patricio Villalba Bustillo señala, con síntesis pero suficiencia y claridad que la judicatura de esta ciudad envidia, que el asegurado es hombre cuya capacidad de comprensión no sufre alteraciones de ninguna índole, tanto en lo ontológico como en lo valorativo, y cuyas respuestas a la observación (examen clínico) permiten pregonar que no existe fundamento clínico para pensar en la existencia de secuelas síquicas, como consecuencia del trastorno sufrido por la época de la ocurrencia de los hechos, haciendo alguna salvedad en cuanto a reacciones que no devendrían ni del hecho, ni del sujeto en sus condiciones presentes, sino, acaso, de los antecedentes familiares y alguna crisis por él padecida.

Que H. L. R. actualmente no presenta manifestaciones clínicas propias de un trastorno

mental ni de inmadurez psicológica, y que no se hallaron en él huellas, signos o indicios de secuelas síquicas como consecuencia del trastorno que propició los hechos que originaron este proceso, es la conclusión a que llega el experto forense (fls. 148 a 150).

La situación, entonces, ha sido legislada de modo diverso por el nuevo Código Penal. No se puede predicar descriminalización del hecho, porque el homicidio sigue siendo típico. Menos aún que con fundamento en su novedoso tratamiento pueda pregonarse que el nuevo estatuto envuelve indulto, puesto que este se predica de la pena, que no de la medida de seguridad (art. 78). Empero, hay ausencia de responsabilidad ante la jurisdicción penal, y por lo que atañe a ella. La situación de L. R., aunque típica y antijurídica, no generaría actualmente medida de seguridad. Y aun en el evento que la hubiese podido originar, habida consideración de la actual situación del asegurado resultaría innecesaria y contrariaría los fines para los cuales fue creada por el legislador, esto es, los principios rectores de legalidad (de linaje constitucional) y función (arts. 1° y 12 C. P.). Ello se ade-

cua, entonces, a la situación prevista en el art. 45 de la ley 153 de 1887: "Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna".

Es del caso declarar, entonces, que con arreglo al nuevo C. P. es innecesaria la medida de seguridad impuesta a L. R. y por ende debe cesar. De ahí que se ordene la libertad inmediata e incondicional del asegurado.

En mérito de lo expuesto, el *Juzgado Sexto Superior de Medellín*,

#### RESUELVE:

*Declárase* que con arreglo al nuevo C. P. la medida de seguridad impuesta a H. L. R. en fallo de marzo 1° de 1976 por el H. Tribunal Superior de Medellín es *innecesaria*. En consecuencia, ordénase su liberación definitiva e incondicional.

Copia de esta providencia envíese a las autoridades a quienes se remitió de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos E. Mejía Escobar (juez), Felipe Gutiérrez Velásquez (secretario).

## Juzgado Sexto Superior de Medellín

### HOMICIDIO EN SÍNDROME DE CONCUSIÓN: LÍMITE DE APLICACIÓN DEL INC. 2º ART. 33 DEL C. P. AUTO DE CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Debe existir una relación causal psicológica que vincule el trastorno mental con la conducta provocada, hasta el punto de posibilitarse el predicamento de que el hecho típico y dañoso es consecuencia del síndrome patológico vivido por el imputado.

Dr. CARLOS MEJÍA ESCOBAR

Junio 5 de 1984

#### HECHOS:

Discutieron el 23 de abril de 1983, por baladías cuestiones de trabajo, los conductores de la empresa Tax San Pedro, J. A. S. y J. M. O. A. Todo porque el primero respondió en forma desmedida y violenta a un comentario intrascendente del segundo. De allí pasaron a liarse a puños, llevando siempre la iniciativa A. S., quien dio un golpe tan violento en la quijada a su contrincante que lo lanzó al suelo (pese a su tamaño y peso), le partió un labio y le aflojó dos dientes.

Reacción de J. M. O. A. fue la de dirigirse a su automotor; J. A. S. insistió sobre él y le impidió subir al taxi; y, al abandonarlo de huida, todo lo cual se sucede en fracciones de minuto, recibe un balazo en la cabeza que le causa la muerte, de arma que J. M. O. A. llevaba en la pretina y que no usó ni trató de usar antes durante la refriega. El automatismo del procesado le impidió coordinar el encendido de su automóvil después del disparo y esa tardanza propicia

su captura a manos de otros compañeros de trabajo que allí estaban y de un agente de Seguridad y Control que por allí pasaba.

Se tramitó la investigación y clausurada se profirió auto de enjuiciamiento contra J.M.O.A., reconociendo en su favor la atenuante de la ira injustamente provocada, amén de la forma de culpabilidad preterintencional.

#### SE CONSIDERA:

Con posterioridad al enjuiciamiento se aportó a los autos dictamen pericial de breve contenido material y de índole siquiátrica, en el que se daba cuenta de que el justiciable había actuado bajo efectos de un trastorno mental transitorio sin secuelas, concretamente el llamado *síndrome de concusión*. La probanza, no obstante lo tardío de su incorporación al expediente, había sido decretada y practicada válidamente. Empero, el despacho estimó insuficiente el contexto de la pericia para reconocer su estima-

tiva y por ende formuló cuestionario de ampliación que el siquiatra forense respondió con creces, destacando su respaldo en autos y en los contenidos de la ciencia médica (fls. 117, 136, 137 y 138 cdno. original).

Y es que, en verdad, ya desde la pieza enjuiciatoria se habían dado los primeros puntales para admitir el resultado de la prueba de peritos, como que allí, apoyados en la experiencia común —por oposición a la científica— y en los testimonios de quienes presenciaron los hechos como en la propia indagatoria de J. M. O. A. se adecuó su conducta a la forma de culpabilidad de la preterintención y a la atenuante por la ira injustamente provocada. Determinante fue para esta valoración la circunstancia de que, no empece liarse a puños con su contrincante, previa disputa verbal, J. M. O. A. sacó el arma y la utilizó ya cuando había sido vapuleado, lanzado a tierra como consecuencia del severo golpe que recibió en la mandíbula. Así mismo, se entendió que había existido dificultad de reflexión, imposibilidad de exacta medición de las consecuencias de una inmediata reacción, pues que para el instante “del disparamiento del arma la mente del procesado se hallaba alterada, era incapaz de discernir con exactitud, de representarse el proceso causal plena y perfectamente” (fl. 114).

En su *Siquiatría clínica moderna*, los autores citados por el experto forense colocan, dentro de los trastornos mentales provocados por o asociados a traumatismos craneales (cap. 11), los agudos y los crónicos; y, dentro de los primeros, el síndrome de concusión, al lado del coma traumático, del delirio traumático y del síndrome amnésico confabulatorio o síndrome de Korsakoff. En lo atinente a la concusión afirman:

“En la concusión existe una interrupción fisiológica momentánea de los procesos cerebrales, provocada por el traumatismo craneal; pero no hay alteraciones histológicas ni cambios clínicos. La recuperación es rápida y completa. Se presenta amnesia respecto al momento del traumatismo y también respecto a un periodo de segundos o momentos antes del mismo. La concusión es la consecuencia del impacto sobre el cráneo de una fuerza intensa, paralizante desde el punto

de vista funcional, especialmente si se trata de una fuerza que provoca aceleración o detención bruscas. En años recientes se ha sugerido que la concusión puede ser el resultado de un fenómeno de cavitación en los líquidos celulares. Los experimentos muestran que si se aplica un impulso en el cráneo por medio de un intenso golpe mecánico o una explosión bajo el agua, primero se produce una onda momentánea de presión positiva seguida de una onda negativa. Aunque esta solo dura un lapso infinitesimal, aparentemente basta para hacer que se formen burbujas diminutas momentáneas en los líquidos celulares. Este fenómeno de cavitación con su acción desintegradora de las moléculas, produce una descarga eléctrica cortical momentánea que hace al paciente caer en la inconsciencia; la descarga va seguida de una depresión en la función.

Recientemente, al examinar con técnicas muy finas los cerebros de animales sometidos a concusión varios días antes, se han encontrado cambios histológicos en las células nerviosas. Esto sugiere que algunos de los síntomas remotos que se presentan después de la concusión pueden deberse a cambios en la célula nerviosa, pero ocurren cierto tiempo después de la concusión misma. El período de inconsciencia puede ser momentáneo o prolongarse durante horas. Muchos pacientes vomitan al recuperar el conocimiento. Si se toma como medida la duración de inconsciencia, aparentemente no existe relación entre la gravedad de la concusión y la gravedad de las secuelas siquiátricas. Al recuperar la consciencia, el paciente puede despertarse de manera súbita o pasar por una etapa de obnubilación de la consciencia y confusión. En las etapas posteriores, el paciente presentará pérdida de la memoria (amnesia post-traumática) respecto a este período, aun cuando durante él parezca alerta y sea capaz de sostener una conversación. Habitualmente la recuperación es completa en poco tiempo, pero en ocasiones aparece un trastorno crónico de la personalidad.

Los traumatismos que producen contusión y laceración no causan por sí mismos concusión, aunque pueden asociarse a ella. Por otra parte, un traumatismo grave puede tener lugar sin que se produzca concusión.

El diagnóstico de concusión sin complicaciones solo puede hacerse *a posteriori*. El médico solo puede estar seguro de que no habrá secuelas orgánicas cuando el paciente recupera la consciencia. Aunque la concusión cerebral es un síndrome agudo, es frecuente que aparezcan consecuencias de variación variable, a veces prolongada, síntesis postconcusión que se comentarán en la pág. 224” (ARTHUR P. NOYES, y LAWRENCE C. KOLB, *Psiquiatría clínica moderna*, 3ª ed., trad. de la 6ª en inglés, Ed. La Prensa Médica Mexicana, México, 1969, págs. 217 y 218).

En cuanto a la sintomatología posttraumática, afirman los tratadistas que va desde el sentimiento de angustia hasta una franca neurosis, y que en ello resulta verdaderamente difícil distinguir las secuelas de origen orgánico de las propiamente psicógenas, y que siendo o convirtiéndose en trastornos de tipo crónico, deben distinguirse en ellos los que se originan como resultado directo del traumatismo, de los que son resultado secundario del mismo. Los primeros son los trastornos postraumáticos de la personalidad, y que pueden darse tanto en niños como en adultos; y las llamadas “condiciones postraumáticas de defecto mental (que pueden ser del tipo de las encefalopatías traumáticas de los pugilistas o *punch drunk* y del tipo de los trastornos convulsivos traumáticos o epilepsia traumática). Los segundos (o sea los provocados secundariamente por el traumatismo craneal), son las siconeurosis con traumatismo craneal” (*op. cit.*, págs. 221 a 229).

Estas distinciones no se hacen con miras a extenderse en citas inocuas, de vana erudición, sino en la medida que las estimamos necesarias para compaginar dos predicados aparentemente contradictorios, como son la ubicación de la situación mental del procesado en el art. 33, inc. 2 (ley 43/82), por parte del perito siquiatra y la afirmación de la perito psicóloga de que J. M. O. A. “presenta un estado de ansiedad-depresión (neurosis)” (fl. 137 vto., evaluación de percepción temática —test de TAT analizado en su protocolo a fls. 136— y practicado en octubre 20 de 1983, esto es, cuando recién había salido en libertad provisional el procesado). Puesto que surge la inquietante

pregunta alrededor de si ese estado de ansiedad-depresión o neurosis no constituye entonces una secuela que amerite tratamiento siquiátrico, es decir, si basta cualquier tipo de secuela o perturbación para que se imposibilite la aplicación del inciso final del art. 33, o si esta precisa de cierta magnitud, y en caso afirmativo cuál ha de ser su extensión o profundidad.

El profesor REYES ECHANDÍA afirma sobre el fenómeno:

“Es posible que el trastorno mental dentro del cual el sujeto realizó la conducta típica y antijurídica no deje en él consecuencias nocivas de su personalidad, es decir, que se trata de un trastorno mental transitorio, de tal manera que recobrada poco después la normalidad sico-somática, esta situación persiste en el futuro; si esto ocurre —aunque ello es excepcional— dispone el nuevo Código (art. 33) que no habrá lugar a imponer medidas de seguridad a pesar de tratarse de un inimputable, porque carecería de razón someter a tratamiento curativo a una persona que no lo requiere. Hubiera sido deseable, no obstante, que se hubiese previsto libertad vigilada durante cierto tiempo para controlar el estado mental del sujeto y para evitar, en lo posible, la eventualidad del fraude”. (*Código Penal comentado*, Ed. Legis, pág. 39).

De modo que lo importante es la permanencia de las consecuencias nocivas en la personalidad del sujeto, que actuó bajo el impacto de un trastorno momentáneo; pero esta nocividad debe estimarse a la luz de los principios de legalidad de las penas y medidas de seguridad y de función de las mismas (Const. Nal., art. 26, C. P., arts. 1º y 12). Lo primero, por cuanto no puede aplicarse medida de seguridad sino por la realización de un hecho que tiene asignada tal consecuencia, y no es suficiente, por tanto, un estado de enfermedad para legitimar la medida. Lo segundo, por cuanto la medida de seguridad es procedente únicamente en cuanto persiga fines de curación, tutela o rehabilitación, y estos fines se legitiman, a su vez, en cuanto pretenden tutelar la incolumidad del orden jurídico.

Todo ello conduce a predicar la necesidad de que se presente una relación causal psicológica —así sea mínima y en la previsión

de medios y fines que no en lo atinente a la plena consciencia de antijuridicidad de la conducta— que vincule la enfermedad o el trastorno mental y la conducta que él o ella provocan, hasta el punto de posibilitarse el predicamento de que el hecho típico y dañoso es consecuencia del síndrome patológico vivido por el imputado. El caso del morfínmano que estafa para adquirir joyas, mas no para procurarse la droga, es en este sentido clásico.

Por lo mismo, la perturbación mental a que alude el inciso del art. 33 es aquella que impide la adaptación social y que permite pronosticar —en contravía al principio de culpabilidad, obviamente— la probable incursión en nuevos hechos típicos y antijurídicos. En una palabra, para preservar la incolumidad de ese orden jurídico-social ha de existir *necesidad* de tratamiento y no bastaría el criterio de simple conveniencia como sucedería en el *sub iudice* con una “sicoterapia sugestiva y de apoyo”, que es lo recomendable para este tipo de angustia y depresión en palabras de los mismos autores (*op. cit.*, pág. 224).

La prueba de la adaptabilidad al medio por parte del procesado, la da su incorporación a la vida laboral y social sin conflictos que hayan motivado su nueva privación de la libertad o el pedido de informes sobre su situación penal. La entrevista siquiátrica se realizó recién había readquirido la libertad J. M. O. A., y si reflejó conflictos internos que pudiesen catalogar su situación como de neurosis, ello no implica necesariamente, y el perito siquiatra dio tácita fe de ello, que la ausencia de tratamiento lo pueda colocar al borde de una nueva infracción de la ley penal. Precisamente, GAVIRIA TRESPALACIOS (*El trastorno mental, el loco y la justicia*, Señal Editora y Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1982, pág. 67) señala que “no todo trastorno o enfermedad mental, entonces, excusa la imputación, ni todo síntoma o manifestación sicopatológica remite, *avant la lettre*, a una circunstancia de exención. Lo que se demanda del trastorno es su situación devastadora sobre los procesos cognoscitivo y volitivo, procesos en los cuales se involucran casi todas las funciones psíquicas, tomadas aisladamente” (pág. 67). El

fundamento de la categoría de inimputable, como el que propicia la aplicación de medida de seguridad no obstante el trastorno sea transitorio, es el signo de las incapacidades mayores, esto es, las de comprensión de la ilicitud de los actos o de determinación con arreglo a dicha comprensión. Por fuera de estos marcos, toda medida de seguridad judicialmente decretada constituiría un abuso de poder por parte de los órganos estatales y una violación al principio de legalidad de las medidas asegurativas.

En cuanto a la finalización del proceso por la vía del art. 163 transcribimos proveído del magistrado JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, de abril 11 de 1983. Sería necio intentar ahondamientos en situaciones cuya bondad compartimos sin reservas:

“Presentada, en el curso del juicio penal, una causal de exención de la responsabilidad o de la culpabilidad que no pudo ser apreciada en el momento de la calificación de fondo del sumario, corresponde terminar el procedimiento por vía extraordinaria por susstracción de materia juzgable y carencia de causa final (objeto y fin). Si se trata de una causal que, en su momento, hubiera dado lugar al sobreseimiento definitivo, no queda otra vía que reconocerla a través del art. 163 del C. de P. P., pues sería un contrasentido adelantar una causa —cuyo fin es el juzgamiento y por tanto el establecimiento de si el sujeto es o no responsable del hecho que se le imputa— a sabiendas de que por ministerio de la ley misma tendrían necesariamente que terminar en una sentencia absolutoria. Continuar el trámite hasta la sentencia de fondo una vez ocurrida tal circunstancia, es contrario al principio de economía procesal y así mismo al *favor rei* y al *favor libertatis* en su sentido procesal, pues según estos principios el estado jurídico normal de libertad ciudadana que en el proceso penal pone en entredicho, debe recuperarse lo antes posible, por los más breves caminos legales. No es verdad que de tal manera se lesionen los intereses de una parte civil real o virtual, pues al damnificado de todas maneras le queda la vía civil ordinaria, a la que necesariamente habría también de recurrir ante una sentencia absolutoria (pues no

parece posible ni legítimo que el juez penal absuelva penalmente y condene civilmente). En cambio, es indudable que la esencia de la sentencia es la de un acto de juzgamiento, o sea de imparcial balance de los pro o los contra de la absolución o la condena. Pero si el juicio está por la ley predeterminado a la absolución (creemos que nunca podría estarlo a la condena), no habrá sentencia en sentido material aunque se agoten formalmente los trámites para dictarla. De ahí que ante el advenimiento de una circunstancia como la indicada, es procedente el recurso del art. 163 del C. P. P., ya que, frente a ella, el caso ha dejado de considerarse *en concreto* (subrayas del texto) como delito por la ley, aunque abstracta y formalmente continúe la previsión legislativa del correspondiente tipo delictivo. Si el delito es un hecho punible y en el caso concreto está excluida la punibilidad, ha desaparecido lo punible del hecho y por tanto su delictuosidad específica. Solo así se entiende que la jurisprudencia y la doctrina nacionales llegaren a admitir

tal vía procesal para excusas absolutorias tales como la "venganza del honor" del art. 382 del C. P. derogado, el matrimonio con la ofendida en ciertos delitos sexuales, el pago del cheque sin fondos, la oblación, etc."

En mérito de lo expuesto y en acuerdo con la fiscalía, el *Juzgado Sexto Superior de Medellín*,

RESUELVE:

1. Declarar que el hecho cometido por J. M. O. A., y por el cual fue llamado a responder en juicio, no constituye infracción a la ley penal. En consecuencia *ordénase* la cesación de procedimiento en su contra.

2. Hágase devolución del arma aprehendida, puesto que no hay lugar a su decomiso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

No hay lugar a grado jurisdiccional de consulta.

Carlos E. Mejía Escobar (juez), Felipe Gutiérrez Velásquez (secretario).

## SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*. Bogotá, Ed. Temis, 1984, 229, págs.

De sumo interés es la obra que del profesor español FRANCISCO MUÑOZ CONDE acaba de imprimir la Editorial Temis, la cual consta de dieciocho capítulos, en los cuales se refunde la teoría del delito, referida no solo al derecho español sino, y ello es lo más novedoso, al derecho penal latinoamericano, como que al final de cada uno de ellos encontramos remisiones a nuestra codificaciones y a la doctrina. Indudablemente, este último factor, unido a la claridad de la exposición, a la muy bien lograda sistematización y a la brevedad de la misma (notas bien difíciles de reunir en una obra), permitirán su utilización con muy buen provecho en las diversas facultades de derecho que quieran impulsar una cátedra de Penal General actualizada y a tono con los más recientes desarrollos, más allá de ese estancamiento que parece estuviéramos condenados a sufrir, dado el lento avance de gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia.

A continuación reseñaremos los aspectos más sobresalientes, deteniéndonos en cada uno de los capítulos.

El *capítulo 1*, dedicado al concepto de delito; a los elementos y a la estructura del concepto de delito; a la clasificación de los delitos; deja translucir de inmediato la influencia de JESCHECK<sup>1</sup>, lo cual se comprueba cuando nos dice que la teoría general del delito “*se ocupa* de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito” (pág. 1). Así mismo, el *método* por seguir supone partir del

derecho penal positivo, pues “delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”; pero también hace alusión a la *estructura*: “el concepto de delito, sus características comunes, responden a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho” (pág. 3), concepto estratificado que tiene no solo consecuencias teóricas importantes sino también prácticas, como lo pone de manifiesto el autor retomando lo que había expuesto ya en otra de sus obras<sup>2</sup>.

Esta exposición permite, entonces, definir el delito como una “acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”, concepto en el cual debe destacarse la intrusión de la nota de la punibilidad, que entre nosotros acoge también REYES<sup>3</sup>.

El *capítulo 2*, está dedicado al “comportamiento humano base de la teoría del delito”, a las formas de comportamiento humano penalmente relevantes, al estudio de la acción en sentido estricto, al sujeto de la acción, y a los casos de ausencia de la acción.

Aparece, entonces, “la conducta humana”, como el punto de partida de toda reacción jurídico-penal, y el objeto al cual se agregan los predicados de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que son los que convierten una conducta humana en delito. La conducta humana, tiene dos manifestaciones: la acción y la omisión, que el autor se atreve a calificar como “realidades ontológicas”, con lo cual zanja, de entrada, la discusión sobre el carácter jurídico o prejurídico de las mismas, tan debatido en una época en Alemania y que ciertamente “llenó

<sup>1</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde. Barcelona, Edic. Bosch, 1981, págs. 263 y ss.

<sup>2</sup> FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 29.

<sup>3</sup> ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 129 y ss.

bibliotecas enteras”, aunque está por estudiarse entre nosotros.

Luego de haber caracterizado así la conducta humana, y hecha la precisión metodológica de que hablamos, hace un estudio por separado de tales “realidades ontológicas” (págs. 10 y ss.). Esto nos permite vislumbrar ya una toma de partido por el concepto final de acción, que como sabemos proviene de ARISTÓTELES<sup>4</sup> y que WELZEL ha incorporado a su sistemática: “el concepto de acción que se acaba de exponer, dice el autor, es el de la teoría final de la acción...cuyos lineamientos fundamentales seguiremos aquí” (pág. 12 y ss.); esto no le impide presentar, brevemente, la polémica en torno al concepto de acción, destacando los aportes del finalismo.

Al discurrir sobre “el sujeto de la acción” puntualiza que solo puede ser la persona humana, descartando incluso a las personas jurídicas; luego, al abordar los casos de ausencia de la acción retoma la exposición de MAURACH<sup>5</sup>.

La acción y el resultado, la relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva, son los temas que se discuten en el capítulo III, asuntos que son tratados al lado de la acción y no en el tipo objetivo, tal y como lo hacen MAURACH<sup>6</sup> y WELZEL<sup>7</sup>.

Estudia, inicialmente, las tradicionales teorías en materia de causalidad (Teoría de la equivalencia y Teoría de la causación adecuada), para terminar sosteniendo la teoría que él denomina “De la causa jurídicamente relevante o de la imputación objetiva”, arguyendo que “...desde el punto de vista jurídico esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de

la categoría del injusto o antijuricidad típica (pág. 23). Recoge así la tesis que en la dogmática alemana sostuvo MEZGER<sup>8</sup> bajo el nombre de “Teoría de la adecuación completada con la relevancia jurídica” y que hoy sigue sosteniendo BLEI<sup>9</sup>, quien advierte que la tesis de su maestro es hoy denominada de la “Imputación objetiva” (*objektive Zurechnung*).

El capítulo IV, lo destina al problema de la omisión, a su estructura ontológica, a la acción “esperada”, a las clases de omisión penalmente relevantes: omisión propia e impropia. Compadeciéndose con su punto de partida metodológico —al que luego unirá en las otras categorías del esquema, la discutida teoría de la motivación de origen psicoanalítico—, sostiene que acción y omisión hay que entenderlas como “subclases” del comportamiento humano, pues “...no son por tanto, dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final” (pág. 30). Es que, arguye MUÑOZ CONDE, la omisión no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer (cfr. pág. 29), es un delito que estructuralmente consiste en la infracción de un deber.

A la omisión propia e impropia (comisión por omisión) añade, como una tercera forma, los delitos de “omisión y resultado”, destacando la “causalidad hipotética” y el “deber de evitar el resultado” como notas imprescindibles en la segunda forma de omisión (la impropia).

La tipicidad, el tipo penal, la relación tipicidad-tipo, tipo-antijuricidad, el tipo y la adecuación social, así como la estructura

y la composición de los tipos, son las temáticas que trata en el capítulo siguiente.

Al ocuparse de las funciones del tipo (y no de la tipicidad como se cree ordinariamente), vemos los primeros rastros de su “Teoría de la motivación”, pues asigna a este tres funciones: seleccionadora, motivadora y garantizadora.

*Tipo y tipicidad* se distinguen nitidamente, ya que el primero es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal, y la segunda es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho. Así mismo, hace el deslinde entre *tipicidad* y *antijuricidad*, cuestión nada fácil, sobre todo en la actual dogmática empeñada en volver a un esquema bipartito (injusto-culpabilidad), y oscurecida por una teoría bastante discutida, como es la “Teoría de los elementos negativos del tipo”, a veces sostenida.

Como elementos constantes en la estructura de todo tipo penal, destaca tres: el *sujeto activo*, la *acción* y el *bien jurídico*.

Ya en el capítulo VI, aborda el tipo de injusto del delito doloso, los elementos del tipo, el error de tipo y los “elementos subjetivos del injusto”. Como es apenas lógico, hablar del “injusto del delito doloso”, supone ubicar el dolo en el tipo penal, consecuencia inevitable cuando se asume el concepto final de acción, y, por ende, concebir un tipo mixto (objetivo-subjetivo), que ofrece “particularidades dogmáticas propias” en los hechos dolosos y en los imprudentes, amén de la distinta trascendencia social y jurídica de cada uno de ellos. Esto lo lleva a tratar por separado el tipo de los delitos imprudentes, echándose de menos una exposición similar para el tipo omisivo (doloso o culposo), sobre el cual hace breves consideraciones en el capítulo cuarto.

La exposición de estos temas, en nada dista de la que puede encontrarse en cualquier manual de derecho penal alemán, motivo por el cual no nos detendremos más; debemos precisar sí, que se nos hace muy discutible y hasta insostenible, la afirmación del autor en el sentido de que nuestro art. 40-4 consagra el error de hecho (cfr.

pág. 65). En cuanto al tipo de injusto del delito imprudente, se queja MUÑOZ CONDE, del lamentable abandono a que estuvo sometido la teoría de la imprudencia, tal vez porque el proceso de industrialización no se había acelerado tanto como en los últimos años, lo que ha generado un aumento inusitado de este tipo de delincuencia, al paso que “la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba” (pág. 67).

Como elementos que integran el tipo de injusto imprudente, señala los siguientes: 1) la *lesión del deber objetivo de cuidado*, que es un concepto objetivo-normativo; 2) el *resultado*, que es el “componente de azar”, pues solo cuando existe pueden ser castigados los delitos imprudentes, por más que la acción imprudente “sea la misma, se produzca o no se produzca el resultado” (pág. 73); 3) la *relación de causalidad* entre la acción imprudente y el resultado lesivo; 4) la *previsibilidad objetiva*, y 5) la *lesión de la diligencia debida*.

La antijuricidad, la relación antijuricidad-injusto, las clases de antijuricidad, los conceptos de lesión y de peligro, el desvalor de acción y el desvalor de resultado, son cometidos que se desarrollan en el capítulo VIII.

Es bueno destacar aquí la claridad con que distingue *antijuricidad e injusto*. La primera “es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico” (pág. 84); el segundo “es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma” (pág. 84).

En cuanto al *desvalor de acción* y al *desvalor de resultado*, les da un tratamiento opuesto al de WELZEL, quien da primacía al primero sobre el segundo; MUÑOZ CONDE, haciéndose eco de lo que se sostiene actualmente, considera “superflua” la polémica sobre la prioridad de uno o de otro: ambos “...son igualmente importantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados...”, dice (cfr. pág.

<sup>4</sup> HANS WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Felipe González Vicén. Madrid, Edit. Aguilar, 1977, pág. 31.

<sup>5</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda. Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 214.

<sup>6</sup> MAURACH, ob. cit., págs. 219 y ss. Así también en MAURACH/ZIPP: *Strafrecht allgemeiner Teil*, Parte primera. Heidelberg, C. F. Müller, 1983, págs. 205 y ss.

<sup>7</sup> HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, págs. 66 y ss.

<sup>8</sup> EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de J. Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 241.

<sup>9</sup> HERMANN BLEI, *Strafrecht* I. München, C. H. Beck, 1977, pág. 80.

87), coincidiendo con los planteamientos de BUSTOS y ZAFFARONI<sup>10</sup>.

Encontramos en el *capítulo IX*, la "exclusión de la antijuridicidad", abordada a través del estudio de las causas de justificación, su naturaleza y efectos, la sistemática de las mismas, los elementos subjetivos y objetivos, el error sobre las causas de justificación, la justificación incompleta y la atenuación de la pena.

Hace hincapié en que a la hora de estudiar las causas de justificación se deben tener en cuenta, no solo los principios generales comunes a las diversas causas, sino los que en concreto inspiran cada una de ellas, "renunciando a cualquier apriorismo sistemático" (cfr. pág. 94). Precisa, igualmente, cómo deben distinguirse los elementos objetivos de los subjetivos, pues no basta con que objetivamente se dé la justificante, sino que es preciso que el autor conozca esa situación, incluso cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que requiere la ley para justificar la acción. A pesar de ello, debe observarse, el problema atinente a la falta del elemento subjetivo y la presencia del objetivo, no es tan fácil de resolver como aparentemente se cree, pues las dos soluciones propuestas (delito consumado o tentativa) ofrecen serias resistencias, es inventarse una consumación o una tentativa donde ontológicamente no existen; sin embargo, una solución coherente podría buscarse por el lado de la atenuación: "...la falta de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación puede incidir, sin embargo, atenuando el juicio de la antijuridicidad sobre el hecho..." (pág. 97). Esta solución podría ser acogida para resolver los problemas que se presentan en nuestro Código<sup>11</sup>.

Las causas de justificación en particular, son tratadas en el capítulo siguiente, a cuyo

efecto empieza con la *legítima defensa*, a la que el recientemente reformado Código Penal de España da un tratamiento unitario, lo cual no impide hacer la distinción entre la defensa individual y la supraindividual "del orden jurídico y del derecho penal en general" (pág. 102). Adentrándose en los requisitos de la justificante, destaca cómo la *agresión ilegítima* es el núcleo de la misma, sin que deba consistir siempre en un "acometimiento", pues puede ser también "una acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, incluyendo también en ella la omisión"<sup>12</sup>; empero, se nos hace que también ha de haber la *legítima defensa* en eventos de *agresión culposa*, pues mal puede el agente atacado medir la situación puramente interna (de dolo o culpa) en que se encuentra el agresor al momento de proceder a agredir, así MUÑOZ CONDE insiste en que tal evento cabría calificarlo de estado de necesidad<sup>13</sup>.

Ahora bien, esa *agresión ilegítima* debe envolver no solo una antijuridicidad formal, sino una puesta en peligro efectiva del bien jurídico; además debe ser *real*, debe haber una *necesidad racional del medio empleado*, y debe haber *falta de provocación suficiente*. En torno a este último requisito la doctrina y la jurisprudencia españolas señalan a veces que no reconocerte la *legítima defensa* al provocador, podría implicar formas de responsabilidad objetiva; por eso creemos que en nuestro Código Penal nada se opone a que así se proceda, pues no se exige tan ambiguo requisito<sup>14</sup>.

En lo relativo al *estado de necesidad*, las cosas no son tan claras; el autor parece, inicialmente, afiliarse a la teoría monista, que hace del bien una causal de justificación, bien una causal de inculpabilidad en todos los casos; pero posteriormente, después de haber estudiado el estado de necesidad en la

antijuridicidad como una justificante, trata la disculpante (pág. 164). El estado de necesidad putativo, que constituye una forma de error de prohibición indirecto, lo ubica como causal de exculpación si es invencible; si es vencible procede la atenuación; lo mismo, creemos, debería hacerse en nuestro país en este último caso. En cuanto al estado de necesidad configurado objetivamente pero no por el aspecto subjetivo, cree el autor que debe tratarse como una atenuante, solución con la que nos identificamos y que también se podría sostener por vía de interpretación sistemática en nuestro Código.

Al final del capítulo, MUÑOZ CONDE, reclama de *lege ferenda* que se incluya como exigencia del estado de necesidad, la de que este no se haya provocado por imprudencia, pues el Código español solo consagra el evento en el cual se ha provocado "dolosamente". No estamos de acuerdo con esta posición, ni siquiera al tenor del art. 29-5 del C. P. colombiano, pues quien obra por imprudencia generando el estado de necesidad, debe ser beneficiado con la justificante, de la misma manera que lo es en la *legítima defensa* el provocador, y quien ha realizado la *agresión culposamente*<sup>15</sup>.

El *capítulo XI*, está referido a las otras causas de justificación: la obediencia debida, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo; el caso fortuito; el riesgo permitido y el consentimiento.

En cuanto a la "obediencia debida" (que equivale al num. 2 del art. 29 del C. P. colombiano), no duda en ubicarla como justificante, aunque advierte las dificultades que genera la constatación del "carácter antijurídico" de la orden, por parte de quien la recibe.

Con respecto al "cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", no evidencia el autor los peligros que en torno a tal justificante se han puesto de presente entre nosotros; ARCILA ARENAS, acota magistralmente que "nues-

tras inquietudes y temores no las suscita el frío y posiblemente técnico texto del artículo 29 del nuevo Código Penal, en sí mismo pacífico e inofensivo para dichos derechos y libertades, sino el relacionado con la realidad sociopolítica en que va a ser aplicado"<sup>16</sup>, afirmación explicable si se tiene en cuenta que rigió entre nosotros el fatídico decreto 070 de 1978, el cual permitió que se legitimaran muchos homicidios cometidos por la fuerza pública y por organismos de corte policial, no precisamente en ejercicio de la justificante, estatuto que inexplicablemente nuestra Corte Suprema de Justicia declaró constitucional, no sin que mediaran algunos valerosos salvamentos de voto<sup>17</sup>. Por eso, cuando el autor habla de "una arbitrariedad que se potencia" en esta causal de justificación, se queda demasiado corto, inclusive atendiendo a la realidad de su país.

Cuando abordamos la culpabilidad, llegamos al verdadero "Talón de Aquiles" del Derecho Penal, como que este concepto se ha construido sobre bases indemostrables. MUÑOZ CONDE cree obviar las dificultades acudiendo a un concepto material asentado en la *función motivadora de la norma penal*; claro que este socorrido concepto tampoco resuelve las dificultades y logra poner fin a una discusión filosófica que data de milenios.

Lo anterior nos hace pensar que tal vez sea lo más adecuado admitir, de una vez por todas, que nuestra disciplina se debate en una profunda crisis (la cual alcanza también a las disciplinas que se ocupan de la conducta humana) y que amenaza con mudar sus tradicionales cimientos. Sin lugar a dudas las dos alternativas históricas en frente al problema del libre albedrío siguen vigentes, y el penalista tendrá que afrontarlas, bien sea que trabaje con un derecho penal librearbitrista, o bien con un derecho penal determinista. ¡No hay escapatoria!

<sup>10</sup> JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 30; EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1982, pág. 31.

<sup>11</sup> En el Código colombiano encontramos el art. 30, el cual, presidido por esta filosofía, atenúa la pena en casos de exceso, atenuante que perfectamente podría extenderse a los mencionados eventos.

<sup>12</sup> Apreciación perfectamente válida para el Código colombiano (art. 29-4).

<sup>13</sup> En el mismo sentido que nosotros JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (*Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 482), quien retoma a DIEGO MANUEL LUZÓN PENA, en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, Edic. Ariel, 1978, págs. 178 y 179.

<sup>14</sup> Nuestro Código justifica el hecho "por la necesidad de defender un derecho ajeno o propio contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión" (art. 29-4).

<sup>15</sup> Entre nosotros, LUIS CARLOS PÉREZ (*Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981) entiende que la "imprudencia" a que hace alusión el 29-5 solo hace referencia a una de las formas de comisión culposa (cfr. pág. 230).

<sup>16</sup> DARIÓ ARCILA ARENAS, "Las nuevas causales de justificación del hecho y los derechos civiles y las garantías sociales", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 17. Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 21. En el mismo sentido FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 512.

<sup>17</sup> Pueden consultarse en *Jurisprudencia y Doctrina*, t. VII, núm. 78. Bogotá, Edit. Legis, 1978, pág. 380 y ss.

Ciertamente, la norma penal cumple una función motivadora, pero repárese bien, esa es una verdad a medias, pues también cumple otras funciones, y no siempre la función motivadora de la norma alcanza a todos los ciudadanos. Además, la propuesta de MUÑOZ CONDE, la misma que le permite construir su teoría del delito, nos sitúa ante la ineludible aceptación de la teoría sicoanalítica en el campo del Derecho Penal, lo que por sí es ya bastante problemático.

Ahora bien, es cierto que el concepto de culpabilidad (determinista o indeterminista) requiere una limitante material, pero ello tampoco puede resolverse de manera uniforme sino atendiendo al momento histórico y cultural que se viva; tal vez la afirmación de que "no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad con referencia a los demás" (pág. 131), nos permita reflexionar en torno a este intrincado problema desde una perspectiva diferente, pero solo hasta ahí, pues la problemática sigue y seguirá latente.

Los elementos de la culpabilidad: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de un comportamiento distinto, son explicados a la luz de la motivabilidad. La imputabilidad o "capacidad de culpabilidad" es estudiada en el capítulo XIII, comprendiendo las causas que la excluyen: minoría de edad, sordomudez y trastorno mental transitorio; así como la denominada *actio liberae in causa*.

Una de las premisas que sienta el autor es la de que los inimputables no pueden actuar culpablemente y que no son responsables jurídico-penalmente. Esta última aseveración —la de que no son responsables jurídico-penalmente— es peligrosa, pues entraña la afirmación de que están excluidos

del derecho penal, en manos de autoridades administrativas sin que los miembros de la rama jurisdiccional del poder público tengan que ver con ellos, tesis que se viene impulsando por un sector de la doctrina en Colombia, con los peligros políticos que entraña, pues, como pone de presente ANTOLISEI, es dar el primer paso para que los inimputables queden en manos de los funcionarios policiales. ¡Ay de los disidentes!<sup>18</sup>.

La manera como la motivación fundamenta la imputabilidad es explicada por el autor así: "Es, pues, la capacidad de motivación a nivel individual, la capacidad para motivarse por mandatos normativos, la que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad" (cfr. pág. 140). A partir de esto, señala que la imputabilidad no es solo un problema de facultades intelectivas y volitivas, sino algo más complejo que supone la inclusión de factores síquicos y socioculturales<sup>19</sup>; reivindica el carácter meramente jurídico del concepto de imputabilidad, alejando al jurista de ese "mundo confuso y extraño" que es la nosología psiquiátrica, pues "al juez, al legislador, al jurista no les interesa ni la nosología psiquiátrica ni tan siquiera el diagnóstico en sí mismo, sino los efectos que sobre la conducta humana tiene una determinada calificación clínica" (pág. 143).

Destaca cómo la jurisprudencia y la doctrina españolas han logrado hacer del sistema puramente biológico que trae el estatuto penal, una fórmula interpretada a la luz de los parámetros mixtos, en donde juegan su rol el efecto psicológico, las causas y las consecuencias jurídicas, que son ampliamente expuestas en el texto. En cuanto al efecto psicológico, precisa que este no puede reducirse a las perturbaciones de la esfera intelectual y

volitiva, dejando de lado otras manifestaciones del siquismo: las alteraciones psicopatológicas de la percepción, de la memoria, de la afectividad, del pensamiento, de la conciencia, etc. (cfr. pág. 145); todo ello porque "una conducta será culpable, o no, dependiendo del grupo social, y, sobre todo, del modelo cultural donde se realiza" (pág. 148).

Las causas, esto es, el trastorno mental permanente (enajenación) y el trastorno mental transitorio, son dos estados que siendo psicológicamente idénticos, se distinguen "por el carácter permanente del primero y fugaz del segundo" (cfr. pág. 150).

Al ocuparse de las consecuencias jurídicas, luego de hacer una crítica a las medidas de seguridad tradicionales que conllevan siempre el internamiento, destaca que en España, después de la reforma de 1983, se permite que "el tribunal sentenciador, cuando lo estime procedente a la vista de los informes de los facultativos, sustituya el internamiento por otras medidas no privativas de libertad (tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducir, etc.)" (pág. 154).

En lo que respecta a la *actio liberae in causa*, encontramos que la exposición es la tradicional, que es bueno ir pensando en modificar, sobre todo si se tienen en cuenta las agudas observaciones que a tal institución viene haciendo ZAFFARONI<sup>20</sup>.

El capítulo XIV está dedicado a los demás elementos de la culpabilidad: el conocimiento de la antijuridicidad y el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta y el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. También la motivación explica el conocimiento de la antijuridicidad, ya que "solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.), podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuridicidad" (pág. 160). El desconocimiento de la antijuridicidad del hacer genera el error de prohibición, que es clasificado en directo e indirecto a la luz de la Teoría de la culpabilidad, que el autor considera "conduce a

resultados político-criminales más correctos" (pág. 163).

Como casos de no exigibilidad de la conducta, estudia el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes. Justifica la inclusión del estado de necesidad disculpante, pues también hay casos como el de la "Tabla de Carneades, en los cuales los bienes en conflicto son de igual jerarquía, resultando así partidario de la teoría dualista que atrás parecía rechazar" (cfr. págs. 106 y 165). Seguidamente se ocupa de la penalidad, de las condiciones objetivas de penalidad y perseguibilidad, las excusas absolutorias, las causas de extinción de la responsabilidad criminal, haciendo mención de la amnistía, el indulto, la prescripción y el perdón del ofendido. En el capítulo XVI estudia las fases de realización del delito; la consumación formal y material; la tentativa y la frustración; el fundamento del castigo de la tentativa; la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos; la distinción tentativa-frustración, tentativa inidónea-delito imposible; el desistimiento voluntario de consumir el delito, y los casos especiales de tentativa y frustración.

Para fundamentar la punición de las formas imperfectas de ejecución del hecho punible, acoge una teoría mixta, esto es objetivo-subjetiva, entendida como "la puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos en los tipos de la parte especial (criterio objetivo) y la voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada) (criterio subjetivo)" (pág. 183).

Para delimitar actos preparatorios de actos ejecutivos, admite la necesidad de acudir, en principio, a una teoría formal, que sin embargo se ve rebasada por la práctica, motivo por el cual ha de complementarse, acudiendo a un criterio que "respeta el sentido literal posible de los términos empleados por la ley en la descripción de la acción típica" (pág. 186); claro que el problema es determinar cuál es la teoría que "respeta el sentido literal posible", lo cual no puede hacer el autor, aunque advierte los peligros que para la seguridad jurídica se pueden generar en este campo.

<sup>18</sup> FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, trad. de Ángel Torio. Buenos Aires, UTEHA, 1960, pág. 564. En el mismo sentido su *Manuale di Diritto Penale* (edición de Luigi Conti. Milano, Giuffrè, 1982), en el cual sostiene —criticando a PETROCCELLI quien se muestra partidario de dejar las medidas de seguridad en manos de las autoridades de policía, que "aún prescindiendo de destacar que esta proposición supone un retroceso histórico, debe observarse que eliminar la garantía jurisdiccional en sanciones de tan amplio alcance como las medidas de seguridad (¡la privación de la libertad personal puede prolongarse por toda la vida de un hombre!) constituiría una gravísima amenaza para los derechos del individuo" (pág. 696). Destaca como un avance muy notable en esta materia, una decisión de la Corte de Casación de julio 15 de 1960, según la cual "la pena y la medida de seguridad como sanciones criminales, tienen clara naturaleza jurisdiccional". En Colombia se pronuncia en el mismo sentido NODIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá, Edit. Temis, 1984.

<sup>19</sup> En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestro artículo "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 22. Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 717 y 730.

<sup>20</sup> EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. IV. Buenos Aires, Edit. Ediar, 1982, pág. 59.

La distinción tentativa-frustración, la hace a partir de un criterio objetivo-formal. De otro lado, no muy claro es el desarrollo que hace de la tentativa inidónea y del delito imposible, en realidad equivalentes, pero distintos del delito putativo; aunque advierte, con sobrada razón, que "una vez más estamos aquí en un ámbito inseguro que casi siempre puede rellenarse con criterios arbitrarios, plenamente ideologizados" (pág. 190).

El capítulo penúltimo, ha sido consagrado a la autoría y a la participación en sus diversas formas. MUÑOZ CONDE dice afiliarse a un criterio material-objetivo (o del dominio final del hecho) para deslindar autoría y participación, aunque a renglón seguido lo tacha de contradictorio y advierte que "en algunas formas de delito (imprudentes, comisión por omisión, especiales) el dominio del hecho tiene que ser completado o sustituido por otros criterios específicos, como infracción del deber extrapenal, posición de garante" (pág. 200).

Al clasificar la autoría en *directa*, *mediata* y *coautoría*, incluye como caso de autoría mediata el del autor que utiliza como instrumento a otra persona que no actúa jurídicopenalmente por no realizar conducta, caso que es muy discutible, pues en tales eventos se trata de un caso de verdadera autoría directa; así mismo, los casos del autor que se vale de otro que actúa inculpablemente, hay que tenerlos como formas de participación en sentido estricto, pues esta *supone el injusto doloso de otro*, a no ser que se sostenga la teoría de la accesoriadad extrema, pese a lo cual el autor ubica como un caso excepcional de inducción y no de autoría mediata, el de quien se vale de un inimputable para cometer un delito (pág. 202), con lo cual no da un tratamiento unitario al problema.

Muy discutibles son los ejemplos de autoría mediata que señala en la pág. 202, al considerar que "...quien azuza a un perro o induce a un enfermo mental a atacar a otra persona, responde de daños o de homicidio en autoría mediata, si la persona atacada mata al perro o al enfermo mental", con lo cual nos situamos ante formas de responsabilidad objetiva.

De las formas de autoría que ya citamos distingue la *autoría accesoria*, evento en el

que varias personas, independientemente unas de otras, producen el resultado típico, caso frecuente en los delitos imprudentes, y la *participación necesaria impropia*, esto es, aquellos hechos que exigen la participación de varias personas, tales como la rebelión, la sedición, etc. Pero es en la participación en sentido estricto, donde paradójicamente MUÑOZ CONDE se confiesa partidario de la tesis de la accesoriadad limitada (págs. 204 y ss.), lo que es contradictorio si se tiene en cuenta las formas de autoría mediata a que alude, las cuales cobijan inclusive al que se vale de una persona que actúa inculpablemente; es más, había dicho que es autor mediato "el que no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza" (pág. 201), y ya sabemos que "no responsable" es también el inculpable.

El último capítulo está dedicado a los siguientes temas: unidad y pluralidad de delitos, concurso de delitos, unidad de acción y de delito, unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal), pluralidad de acciones y delitos (concurso real), pluralidad de acciones y unidad de delito (delito continuado y delito masa).

Como criterio rector en esta materia, acoge el de la unidad de acción, y no podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que ya había optado por el concepto final de acción: "hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado. Una sola acción, con sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ejemplo, violación intimidatoria, robo con fractura) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explotar —sic— una bomba causando la muerte a varias personas)" (pág. 220).

Ahora bien, ¿cuáles son los criterios para fijar el concepto de unidad de acción? Como tales señala, no solo el *factor final*, sino un *factor normativo* (la estructura del tipo delictivo en particular). Esto le permite concebir el *concurso ideal*, como aquel evento en el cual una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola

acción se cometen varios tipos delictivos *homogéneos* (la bomba del terrorista que mata varias personas), o *heterogéneos* (la bomba mata y produce daños materiales); el *concurso real*, en cambio, se presenta cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo (pág. 221 y ss.).

En cuanto al *delito continuado* y al *delito masa*, acoge una concepción que no se compadece con el concepto de unidad de acción del cual dice partir, y que más bien parece explicarse a partir del factor normativo; en efecto, este se presenta cuando encontramos "dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero análogas ocasiones que infringen la misma norma jurídica" (pág. 225); es decir, sostiene todo lo contrario a la teoría final de la acción en esta materia, la cual nos dice, por boca de WELZEL, que uno de los requisitos de la figura es "un dolo común unitario y de la misma naturaleza, que de antemano ha de abarcar el hecho total concreto (el 'resultado total') a realizarse en varios actos parciales"<sup>21</sup>.

Unido a lo anterior, insiste en que la naturaleza jurídica del delito continuado es la de ser una ficción, teoría que se defiende en la doctrina y jurisprudencia españolas, pero que es insostenible, máxime si se ha sentadado como punto de partida el concepto final de acción; el delito continuado es "una realidad jurídica fundada evidentemente en

una innegable e ineludible realidad existencial"<sup>22</sup>. Con la concepción de MUÑOZ CONDE en esta materia, llegamos prácticamente a confundir el delito continuado con el concurso material, como sucede con gran parte de la doctrina colombiana, la cual, partiendo de la oscura teoría de la ficción, incurre en tal asimilación<sup>23</sup>.

En cuanto al *delito masa*, al igual que en el continuado, encontramos también "un delito, aunque cometido en diversos momentos y a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables unas de otras" (pág. 225); sin embargo, lo que lo diferencia del delito continuado, según el autor, es el no presentar unidad de sujeto pasivo.

Por hoy, queremos poner fin a esta recensión, convencidos de que la obra de la cual nos hemos ocupado, tendrá gran acogida en los círculos especializados; ojalá nuestra judicatura, la enseñanza universitaria y la doctrina, la tengan en cuenta como un valioso instrumento, sobre todo atendiendo a su carácter didáctico. Si bien hemos disenido de algunos de sus enfoques, esto no significa que pierda sus méritos, antes por el contrario los resalta; es que concebimos el trabajo de recensión como una oportunidad de confrontar ideas, que es lo que en definitiva cuenta cuando se estudia una disciplina como el Derecho Penal.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Junio de 1984.

<sup>21</sup> WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., pág. 311.

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 565.

<sup>23</sup> REYES, ob. cit., pág. 191; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*. Bogotá, Librería del Profesional, 1981, pág. 195.

Esta revista se terminó de imprimir en los  
Talleres Litográficos de Editorial Temis,  
S. A., el día 26 de octubre de 1984.

LABORE ET CONSTANTIA

## ÚLTIMAS PUBLICACIONES

AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: <i>Inimputabilidad y responsabilidad penal</i> , XVI + 94 páginas. Rústica .....	\$ 340.00
BECCERRA TORO, RODRIGO: <i>Teoría general de los títulos-valores</i> , XXVI + 260 páginas. Rústica .....	850.00
CAMARGO, PEDRO PABLO: <i>La Convención sobre el Derecho del Mar</i> , XII + 292 páginas. Rústica .....	1.000.00
CARDOSO ISAZA, JORGE: <i>Manual práctico de casación civil</i> , XIV + 130 páginas. Rústica .....	480.00
ESCOBAR GIL, RODRIGO: <i>El contrato de leasing financiero</i> , XIV + 114 páginas. Rústica .....	400.00
ESPINEL BLANCO, VÍCTOR M.: <i>Derecho sucesoral</i> , XX + 266 páginas. Rústica .....	1.000.00
GOESSEL, KARL-HEINZ: <i>Dos estudios sobre la teoría del delito</i> , VIII + 72 páginas. Rústica (M. J. 27) .....	160.00
MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO: <i>Procedimiento penal colombiano</i> , 3ª edición, XXIV + 646 páginas. Pasta .....	2.200.00
ORTEGA, J. RAMÓN: <i>Excepciones previas y de mérito</i> , XII + 196 páginas. Rústica .....	680.00
PACHÓN MUÑOZ, MANUEL: <i>Manual de propiedad industrial</i> , XVIII + 178 páginas. Rústica .....	580.00
SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: <i>Penas pecuniarias</i> , X + 92 páginas. Rústica. (M. J. 36). .....	240.00
VÉSCOVI, ENRIQUE: <i>Teoría general del proceso</i> , XVI + 352 páginas. Rústica .....	1.200.00

Artistisches Seminar  
der Universität  
Göttingen

## DE PRÓXIMA APARICIÓN

- ALIMENA, BERNARDINO: *El delito en el arte*.  
MONTERO AROCA, JUAN: *Evolución y futuro del derecho procesal*.  
ORTEGA TORRES, JORGE: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*.  
(edición de bolsillo).  
ORTEGA TORRES, JORGE: *Código Civil*. Comentado, 17ª edición.  
STUMPF, HERBERT: *El contrato de know-how*.  
VELÁSQUEZ, JUAN GUILLERMO: *Procesos civiles de conocimiento*, 2ª edición.  
VON LISZT, FRANZ: *La idea del fin en el derecho*.  
YOUNES MORENO, DIEGO: *Curso elemental de derecho administrativo*.