

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

COORDINADOR

EDITORIAL

¿Reforma penal = Improvisación?
Fernando Velásquez V.

31

DERECHO PENAL

Sobre la polémica del concurso entre la
falsedad en documento privado y la estafa
Mario Salazar Marín.

Aspectos jurídicos de la experimentación
humana
Carlos María Romeo Casabona.

El delito de extorsión: momento consumativo
y tentativa
Rodolfo Mantilla Jácome

MEDICINA LEGAL

La investigación medicolegal en los accidentes de aviación
César Augusto Giraldo G.

LEGISLACIÓN

Decreto 3811 de 1985
Decreto 56 de 1985
Ley 30 de 1986

JURISPRUDENCIA



¿Existe concurrencia delictual entre la falsificación y uso de
documentos privados y la estafa? Controversia
jurisprudencial.
Alirio Sanguino Madariaga.

TEMIS
1986

ENERO



FEBRERO



MARZO

Director
NODIÉR AGUDELO BETANCUR

Coordinador
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

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

Auxiliares
LINA ADARVE CALLE
JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.

AÑO VIII • Enero • Febrero • Marzo • 1986 N° 31

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1986

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



Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
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.A.

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

¿Reforma penal = Improvisación? Fernando Velásquez V.	1
--	---

DERECHO PENAL

Sobre la polémica del concurso entre la falsedad en documento privado y la estafa. Mario Salazar M.	9
Aspectos jurídicos de la experimentación humana. Carlos María Romeo Casabona	27
El delito de extorsión: momento consumativo y tentativa. Rodolfo Mantilla Jácome	41

MEDICINA LEGAL

La investigación medicolegal en los accidentes de aviación. César Augusto Giraldo C.	49
---	----

LEGISLACIÓN

Decreto 3811 de 1985	61
Decreto 56 de 1986	62
Ley 30 de 1986	63

JURISPRUDENCIA

¿Existe concurrencia delictual entre la falsificación y uso de documentos privados y la estafa? Controversia jurisprudencial. Alirio Sanguino Madariaga	83
---	----

BIBLIOGRAFÍA

FRANCISCO BUENO ARÚS: <i>Lecciones de derecho penitenciario</i> . Sandra Cristina Mora Soto	125
JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS: <i>La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma</i> . Jorge Enrique Vallejo Jaramillo	126
FEDERICO ESTRADA VÉLEZ: <i>Derecho penal. Parte general</i> . Fernando Velásquez V.	128

1. *Phragmites australis* (Cav.) Trin. ex Steud.

DATE: 11/11/2011

[illegible]

Abstract: The purpose of this study was to determine the effect of a 12-week, low-intensity, low-impact, and low-volume exercise program on the physical fitness of sedentary, middle-aged women. The study was a randomized, controlled trial. The subjects were 30 sedentary, middle-aged women who were randomly assigned to either an exercise group or a control group. The exercise group performed a 12-week, low-intensity, low-impact, and low-volume exercise program. The control group did not exercise. The physical fitness of the subjects was measured at baseline and at the end of the 12-week period. The results of the study showed that the exercise group had significantly higher levels of physical fitness than the control group at the end of the 12-week period. The exercise program was effective in improving the physical fitness of sedentary, middle-aged women.

2 N. Foro Penal, N° 31

¿REFORMA PENAL = IMPROVISACIÓN?

Durante los dos últimos años hemos presenciado con sorpresa las reiteradas tentativas de reformar la administración de justicia, con especial énfasis en el ámbito penal; es así como se han expedido diversos estatutos, entre los cuales se destacan la ley 2ª de 1984 y los decretos-leyes 1853 de 1985 y 56 de 1986. Con tales normatividades se ha pretendido implementar modificaciones parciales que no han atacado a fondo los males que afligen nuestro sistema judicial, urgido de radicales transformaciones, que lo saquen de la zozobra y el estancamiento en que hoy se encuentra.

Para lograr el cometido señalado, contrariamente a lo que suele creerse, no basta con legislar más o menos coherentemente sobre materias afines sino que, por el contrario, se requieren abundantes recursos humanos, materiales y técnicos, así como claras y determinadas directrices político-criminales.

Pero, olvidando lo anterior, en Colombia los desaciertos empiezan por lo más elemental, como es el empleo de una adecuada técnica legislativa. Una muestra de ello es la aún parcialmente vigente ley 2ª de 1984 que, como ninguna otra en su género, logró conciliar diversos exabruptos jurídicos iniciando un desorden legislativo de proporciones gigantescas, que se ha tratado de solventar en parte con el decreto 1853.

Esta última regulación ha sido expedida por el presidente de la República con base en la ley 52 de 1984, que solo lo autoriza para "...elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal"; pese a ello, el primer mandatario introdujo modificaciones al régimen procesal actualmente vigente, rebasando "precisas facultades extraordinarias" de las cuales ha sido revestido *pro tempore* (Const. Nal., art. 76, num. 12) por la mencionada ley, contrariando las disposiciones constitucionales.

Obviamente, si se pretende implantar por partes el nuevo Código procesal, ello se podría hacer por medio de varios decretos con vigencia suspendida, concebidos con tal finalidad, como es de usanza en otros países. Pero, contrariamente, entre nosotros se ha acudido a normatividades que se amoldan a las fluctuaciones de la opinión pública y a la actividad de los grupos de presión, como se acaba de comprobar con el decreto-ley 56 de este año, en el que se consagran postulados procesales sorprendentemente contradictorios y se sientan nefastos precedentes reñidos con los cánones que inspiran nuestra Carta Fundamental.

Por lo demás, dejando de lado el cuestionamiento anterior creemos, por lo menos en cuanto a lo formal, que el decreto 1853 quiso regular de manera armónica y sistemática diversos fenómenos vinculados con la captura, detención y excarcelación dentro del proceso penal.

Al efecto se legisló básicamente sobre estas materias: la flagrancia y la cuasiflagrancia, aunque con un relativo éxito, sobre todo tratándose de la segunda de estas figuras, que parece comprometer el Título III de la Constitución Nacional; la captura obligatoria, que se convirtió en la excepción para dar paso a la captura facultativa, como norma general y a la mera citación cuando se tratare de conductas de menor entidad; las medidas de aseguramiento (conminación, caución y detención preventiva); la libertad provisional; el sistema de notificación del auto de proceder; la mayor garantía para el ejercicio del derecho de defensa y, finalmente, el destino de las multas y cauciones judiciales.

Este estatuto transforma en buena medida las materias señaladas, haciendo gala de una filosofía definida, que reivindica las garantías procesales tan venidas a menos entre nosotros, habituados a convivir con la inobservancia, cada vez más creciente en la práctica, de los principios inspiradores del proceso penal en el Estado liberal actual.

Se pretendió reivindicar como postulado rector del proceso penal la presunción de inocencia, estableciendo como norma general el principio de la libertad durante el proceso y la detención preventiva como excepción. Esta tendencia, por lo demás, se observa en los códigos procedimentales más modernos, en la doctrina procesal y, entre nosotros, es una exigencia de rango legal emanada de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 que, como sabemos, vinculan a nuestro país en el concierto de las naciones, por provenir de pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano.

Por primera vez en la historia legislativa contemporánea hemos invertido un principio constante en nuestra política punitiva. Tradicionalmente se han reprimido con inusitada severidad conductas provenientes de los estratos más pobres de la población, casi siempre de poca entidad; mientras que aquellas que ponen en jaque el orden económico social, la tranquilidad y la seguridad públicas, la salubridad colectiva, realizadas en su gran mayoría por delincuentes de cuello blanco, han recibido un tratamiento de mano blanda.

Como expresión de la mencionada filosofía, a partir del decreto 1853, los sindicados por delitos tan graves como el secuestro extorsivo, la extorsión, el terrorismo; como los previstos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes sancionados con pena de prisión mayor de dos años; algunos delitos contra el orden económico social (cap. I del tít. VII del C. P.) y el enriquecimiento ilícito, no son acreedores al beneficio excarcelatorio y la orden de captura es obligatoria.

Ahora bien, es evidente que la efectiva represión de este tipo de delincuencia no depende de la existencia de una regulación legal, por buena que esta sea, sino de la operancia de la persecución penal, cada vez más ineficaz entre nosotros; máxime cuando se trata de lograr que el imperio de la ley cobije conductas tan reprochables.

A esta normatividad, bastante tímida y alejada de la reforma estructural por la que hemos venido clamando, se le han endilgado todas las situaciones generadas por la inseguridad y la impunidad que padecemos, las cuales, contrariamente a lo que creen los detractores, no son producto de un tímido decreto gubernamental, sino el fruto de una sociedad desigualitaria e injusta. Inclusive, se ha llegado a

responsabilizar a sus redactores, entre quienes debe mencionarse al asesinado presidente de la Corte Suprema de Justicia y otros grandes juristas, de antipatriotas y de haber cerrado filas en torno a la delincuencia.

¡Nada más injusto que ocasionales críticos, huérfanos de la formación jurídica básica, quieran mancillar el nombre de personas tan ilustres!

Hasta el presente, ninguno de los contradictores se ha tomado la molestia de hacer el más elemental estudio para fundamentar tan endebles argumentos; por el contrario, se ha acudido a la befa y se han lanzado adjetivos descalificantes contra el decreto, acudiendo a lo que un connotado procesalista denomina como "peligroso terrorismo criminológico", que en nada contribuye a la conducción de las instituciones por cauces de relativa estabilidad.

Lo que los detractores no han querido decirle a la opinión pública es que tras sus argumentos sofisticados se esconde el argumento real: se critica el decreto por el tratamiento estricto que quiere dar a conductas graves y repetidas que han venido sembrando el caos y amenazan con desintegrar el sistema social, las cuales se han generalizado a nivel de todo el aparato productivo del Estado y de la purulenta burocracia estatal. ¡La impunidad y la inseguridad son anzuelos para capturar transeúntes desprevenidos!

Es, justamente, en este ambiente en el cual se expide el decreto 56 de 1986, tan criticable como su predecesor por su origen espurio. Se trata de una raquítica contrarreforma que ha querido dar cabida a principios totalmente contradictorios, opuestos a los que hace unos pocos meses se quería implantar.

Si antes la norma general era la libertad del procesado, ahora se invierte el postulado pues se quiere encarcelar a las personas sorprendidas en situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia, para después juzgarlas. Paradójicamente, la captura no depende ya tanto de la violación de la norma sustantiva, sino de una circunstancia puramente accidental. En adelante será más beneficioso el tratamiento para quien delinca y logre eludir la acción de la autoridad, que para el capturado en las situaciones anotadas.

A lo anterior súmese el absurdo que se propicia cuando el procesado no otorgue en el término legal la caución impuesta, caso en el cual procede la detención preventiva y no hay lugar a la libertad provisional.

Parece que, de la noche a la mañana, el Ejecutivo, apoyado en una ley que solo lo autoriza para expedir un nuevo Código procesal, ha tirado por la borda las garantías procesales de las que hace poco decía partir. De repente, gracias a la desenfrenada actividad de los grupos de presión y de los medios de expresión, aun de funcionarios gubernamentales, el presidente de la República se ha creído autorizado para legislar sobre estas materias sin límite alguno, como si la ley fuera susceptible de transacciones, desvertebrando la filosofía del decreto 1853 y dando curso a la desbocada inflación legislativa.

¡La seguridad jurídica brilla por su ausencia!

Cabe entonces preguntar: ¿En adelante seguiremos sometidos al vaivén de la opinión pública manipulada por oscuros intereses, para introducir modificaciones

amañadas a la legislación procesal penal? ¿Qué va a pasar con el Código que ha venido redactando la Comisión Asesora y cuyo trabajo se miraba con interés por los estudiosos? ¿La política criminal en este campo estará centrada en la represión, el oscurantismo y la deshumanización del derecho penal, para dar cabida a la improvisación que hemos venido observando hasta ahora?

¿Reforma penal es sinónimo de improvisación?

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Enero de 1986

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

SOBRE LA POLÉMICA DEL CONCURSO ENTRE LA FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y LA ESTAFA*

DR. MARIO SALAZAR MARÍN**.

En el derecho penal actual hay múltiples aspectos problemáticos que trascienden con más o menos frecuencia a la jurisprudencia, la cual se convierte algunas veces, en sentido amplio, en un conjunto de criterios encontrados que llevan a la confusión y que a la postre no es instrumento que le sirva a la justicia sino a la desigualdad. Uno de los temas que en este país ha traído más dificultades a jueces y tribunales —con repercusión diaria en la sociedad por la frecuencia de esas conductas— es el de la “falsedad”, unida, bien o mal, a la “estafa”.

Voy a terciar en esta polémica y para ello dividiré mi trabajo en tres partes:

- I. Tratamiento dado al problema por el Código Penal de 1936 y consiguiente evolución de la jurisprudencia.
- II. Tratamiento que le otorga el Código Penal de 1980 y el subsecuente desarrollo jurisprudencial.
- III. Propuesta que se plantea.

I. Tratamiento dado al problema por el Código Penal de 1936 y consiguiente evolución de la jurisprudencia.

Este estatuto penal consagraba, como se sabe, en forma independiente, la “falsedad en documentos” y la “estafa”. En cuanto a la primera, hacia las siguientes distinciones: falsedad en documentos públicos por naturaleza (C. P., art. 231), o sea aquella en la cual incurría “el funcionario o empleado público abusando de sus funciones”; falsedad en documentos públicos por equivalencia, donde se incluían los llamados “instrumentos negociables”, hoy “títulos-valores” (C. de Co., art. 821), como el cheque, la letra de cambio, el pagaré y otros (C. de Co., arts. 619 y 621), en la que podía incurrir un particular o un funcionario o empleado sin abuso de funciones (C. P., art. 233); falsedad en documentos privados por naturaleza, donde el legislador de entonces distinguía entre tipos de conducta de mera acción

* Rogamos a nuestros lectores complementar la lectura del presente trabajo con la *sección de jurisprudencia*, en la cual encontrarán un estudio sistemático de las más recientes decisiones de nuestros tribunales, con su respectivo comentario, dedicado a la temática del presente escrito.

** El autor es magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.

falsificadora (art. 240) y tipos de conducta de mero uso (art. 241); además aquel Código contemplaba otros tipos especiales de falsedad como por ejemplo los descritos en los artículos 235, 237, 238, 239, 243, 244, etc.

Como las normas citadas separaban claramente las conductas falsificadoras de las conductas del uso, se tenía claro que el delito de falsedad en documentos era *formal* y bastaba por consiguiente la sola *editio falsis* para su consumación. Por consiguiente quien falsificaba el documento y además lo usaba violaba dos normas, así se hicieran entonces comentarios en cuanto a la probable inaplicabilidad del art. 242 que sancionaba el uso del documento privado falso por parte de quien lo falsificaba, pues si el art. 240 exigía el perjuicio o por lo menos el propósito encaminado a producirlo, se decía que tal cosa solo tendría efecto mediante el uso. Sin embargo, en cuanto a los "instrumentos negociables", como cheques, letras de cambio y pagarés, no había problema en este punto por su equiparación a documentos públicos, en los cuales bastaba la conducta falsaria para que se consumara la ilicitud. No se requería, pues, un daño a un bien jurídico distinto de la fe pública, cuyo menoscabo se entendía en sentido formal y abstracto. No era por eso raro que si alguien falsificaba un cheque y lo usaba en perjuicio económico de otro, este daño se considerara "estafa", pues se decía —no sin razón frente a la ley de entonces— que tanto la fe pública como el patrimonio económico estaban tutelados independientemente por el Código Penal, al consagrar en ese caso tipos de conducta autónomos e independientes. Esto era claro ante los preceptos que se vienen de citar y ante el art. 408 de ese estatuto, descriptivo del tipo básico de "estafa".

Y aunque hubo algunos intentos por sostener que no había concurso en estos casos, porque nadie falsificaba un documento sin ningún objetivo, ya que siempre se buscaba a la postre usar el escrito falso para lograr el fin, generalmente de carácter económico, se podrá entender fácilmente por qué la jurisprudencia sostuvo mayoritariamente que en tales episodios había concurso entre "falsedad" y "estafa". No por otra cosa la Corte Suprema de Justicia sostuvo ese punto de vista en diversas decisiones. Así se aprecia, por ejemplo, en sentencia del 26 de abril de 1961, donde dijo la alta corporación:

"El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el art. 233 del C. P., se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luego de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, es indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que con ello se viole el principio *non bis in idem*, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos

que se lesionan también son distintos, ya que en el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio"¹.

También sobre el particular expresó lo siguiente el 9 de julio de 1966:

"La equiparación... determina que la falsedad en instrumentos negociables participe del carácter formal que tiene ese delito cometido en instrumentos públicos; ...fácil se comprende que el delito de falsedad alcanzó su meta consumativa sin absorber la estafa, cuya consumación se produjo al hacer efectivos los cheques adulterados, ni ser absorbido por esta; ...esos delitos obran en concurso material porque, aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y de propósitos, lesionando el de falsedad, la fe pública y, el de estafa, la propiedad"².

Este pensamiento lo mantuvo en muchas otras decisiones suyas en vigencia de la anterior legislación.

II. Tratamiento que le otorga el Código Penal de 1980 y subsecuente desarrollo jurisprudencial

El propósito que impulsó al legislador de 1980 fue, si no me equivoco, zanjar esta controversia y unificar el tratamiento de estas conductas, afirmación que hago con base en dos argumentos bien definidos:

a) El modelo de comportamiento descrito en el art. 221 del Código Penal actual, cuyo texto reza: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años", es un tipo de conducta complejo que se integra con dos acciones, cada una de ellas ontológicamente independiente y espacio-temporalmente ubicable, pero de todos modos concurrentes para que alguien pueda incurrir en ese comportamiento típico. No basta pues la acción falsaria que inmuta la verdad, sino que es menester también el uso del falso por parte de quien falsifica (sin perjuicio, lógicamente, de los principios y normas que gobiernan la coautoría y la participación), ambas acciones obviamente presididas de dolo, por ser refractaria esta figura a la modalidad culposa. Si alguien, entonces, falsifica dolosamente un documento privado, v. gr. un cheque o una letra de cambio, y le es encontrado en su bolsillo por la policía antes de usarlo, no habrá infracción a la referida norma, ni siquiera a título de tentativa, por resultar siempre necesario el concurso de la segunda fracción del tipo. El uso del documento impone, según eso, la conclusión de que el usuario se exhibe como el creador del título o como su legítimo tenedor, en ambos casos inmutando la verdad e incrementando la negación que a ella ocasiona la primera parte del precepto mediante la acción falsificadora. Luego si a esta última (antes por sí sola constitutiva de infracción penal —arts. 233 y 240 del C. P. del 36—) agregó el actual Código el uso, resulta evidente que la intención del legislador de 1980 fue incluir el uso y sus consecuencias dentro de la falsedad, evitando así el concurso. La diafinidad es tal que cabe entenderlo

¹ Gaceta Judicial, t. xcv, núm. 2329, 1961, pág. 621.

² Gaceta Judicial, t. cxvii, núm. 2282, 1966, pág. 468.

así incluso y sin forzamientos mediante la interpretación declarativa, que es la manera más sencilla, pero a la vez más clara y contundente, como se concibe una ley, pues basta entender el sentido natural de las palabras para darse cuenta de la "exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley, sin dar a la fórmula un significado más restringido, ni más amplio", según expresa LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, refiriéndose a esta clase de interpretación³.

b) Así lo dijeron expresamente los señores comisionados, como prueba irrefragable de ese ánimo legislativo, no obstante que la actual codificación no cuenta con el necesario registro sobre la historia de su establecimiento, pues la Comisión revisora de 1978, por ejemplo, no dispone de actas.

Sin embargo, con lo existente es más o menos suficiente para comprobarlo. Así, pues, en la Comisión de 1974 se observó una clara tendencia a exigir en materia de falsedad en documentos privados y en el ámbito del tipo, los dos presupuestos citados de la acción falsaria y el uso del falso documento. Expresa por eso el art. 243 del referido proyecto: "*Falsedad material en documento privado*. El que elabore un documento privado falso o altere uno verdadero, que pueda servir de prueba, será sancionado, si hiciere uso del documento falso, con prisión de dos a seis años". De otra parte, se quiso consagrar una *norma especial* para los títulos-valores, pensando en su enorme importancia comercial y social, para asegurar un exacto y claro tratamiento legal. De ahí el siguiente texto: "El que ejecutare los hechos descritos en los artículos anteriores, en relación con un título-valor, incurrirá en prisión de dos a ocho años"⁴.

En la Comisión de 1978 se mantuvo la misma orientación en sus dos frentes: la consagración en términos generales, en punto a la falsedad en documentos privados, de la acción falsificadora y uso del falso, de una parte; y manejo especial de los títulos-valores con esa misma doble exigencia en el tipo, de la otra, especialidad consistente en determinar las penas con arreglo a la diversidad de cuantías, o sea según la magnitud del daño económico, sin modificar el *nomen iuris* de falsedad y conjurando de paso el concurso con la "estafa"⁵.

Más aún. Así ocurrió también en la Comisión de 1979, en la cual el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ criticó el casuismo del art. 302 de 1978, al fijar penas de acuerdo con la cuantía de los falsos títulos-valores. Allí dijo él a tal propósito: "No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se pueda fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad social. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aun tratándose de un delito pluriofensivo, ...será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena... De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título-valor

³ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Ed. Losada, 1977, pág. 457.

⁴ Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. II, Bogotá, Col. Pequeño Foro, págs. 94 y 96. Consúltase acta núm. 81.

⁵ *Ibidem*, pág. 221.

precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome ese tipo de conducta como una falsedad agravada". Con fundamento en esta proposición se aprobó el siguiente texto: "*Falsedad en título-valor*. El que falsifique un título-valor, si lo usa incurrirá en prisión de uno a diez años"⁶.

Hasta aquí resulta suficiente para hacer refulgir dos aspectos: en primer término, que el legislador quiso firmemente evitar el fenómeno del concurso, sancionando dentro del mismo tipo de conducta tanto la agresión a la fe pública como el daño ocasionado al patrimonio, incrementando la punición en la medida en que el menoscabo a este último fuese aumentando. Y en segundo lugar, que buscó darle un tratamiento especial, siempre con la doble perspectiva, cuando estos comportamientos estuvieran referidos a títulos-valores.

Pero como al mismo tiempo se buscó darles un *tratamiento especial* a otros comportamientos, atinentes también a la fe pública, por ejemplo la falsedad en registros técnicos, tarjetas de crédito, documentos de identidad, despachos postales y telecomunicados y falsedad en documentos privados, entre otros, se evidenció una falta de técnica legislativa debido al casuismo que entonces se iba a entronizar, peor que el de 1936, y cuyo remedio se estaba tratando de lograr. A tal punto, que esa tendencia a especificar dichas conductas quedó reducida a la postre a su mínima expresión y se impuso la descripción técnica y omnicompreensiva de todos esos comportamientos mediante el actual art. 221.

Se puede asegurar, empero, por el anterior rastreo y porque el uso del falso privado no está consagrado como conducta típica y autónoma de falsedad, que el perjuicio económico quedó integrado en la falsedad y uso del citado documento. Luego no cabe concluir en el concurso, particularmente en el de falsedad y estafa, que es el caso más problemático y que fue el que con mayor interés trató de precaver o evitar el legislador, seguramente porque ha sido el talón de Aquiles de la jurisprudencia. Por cierto que en esta, en vigencia del actual estatuto, han surgido opiniones contrarias, esto es, orientadas a sostener el referido concurso, cuyos fundamentos me parecen deleznable.

Por ejemplo el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del magistrado JAIME BERNAL CUÉLLAR, sostuvo —en providencia de julio 13/82— que el art. 221 del Código Penal no consagra un tipo complejo o pluriofensivo, porque ese no fue el querer legislativo, afirmación infundada, según lo visto, porque el propósito fue ese precisamente⁷.

Se dijo allí igualmente que la segunda fracción del tipo, o sea el uso, "solo tuvo por finalidad resolver el discutido problema de la falsedad inocua, o en otros términos considerar como irrelevante, jurídicamente, el comportamiento de falsificar únicamente el documento privado, sin que se hubiera hecho uso del mismo; pero en ningún momento se pretendió dar origen a una norma o tipo penal pluriofen-

⁶ *Ibidem*, pág. 357. Consúltase acta núm. 20.

⁷ JORGE ENRIQUE VALENCIA, *Estudios sobre el cheque*, Bogotá, Col. Pequeño Foro, 1983, pág. 131.

sivo”⁸. Este argumento también aparece en la decisión de la Corte de septiembre 15 de 1983, en la cual se defiende el concurso⁹.

Pero tal afirmación constituye un paralogismo, porque si bien la falsedad inocua puede presentarse sin el uso, también emerge frecuentemente con este, como ocurre frente a documentos burdamente elaborados que carecen de idoneidad o aptitud para engañar. De forma que el uso no puede tener por única finalidad, como se expresa allí, “resolver el discutido problema de la falsedad inocua”, pues entonces no se entendería por qué habiendo uso subsiste el tema de la inocuidad, que constituye un asunto ya discutido y resuelto que no incide decisivamente en esta polémica. Cabe recordar, por cierto, que “la falsedad inocua no solamente abarca los casos de falsedad burda, sino que comprende todos aquellos en que la falsedad no puede causar daño, cualquiera sea la causa”, como sería en efecto el caso de quien elabora el falso y no lo usa¹⁰.

El uso, pues, es la segunda conducta del tipo que describe el art. 221 del Código Penal, y forzoso es que tenga su propia significación y su evidente e insoslayable trascendencia en el mundo externo. El uso tiene el fin específico de obtener el lucro económico y es posible que pueda darse sin lograrlo, como sería cuando alguien, observando la ley de circulación de los títulos-valores, entrega un cheque, esto es, lo usa jurídicamente (que es lo que debe entenderse por “uso jurídico”) sin lograr el beneficio pecuniario buscado, gracias a una diligente averiguación sobre su procedencia por parte de quien lo recibe, así esté bien elaborado aparentemente. Pero obtenido el provecho no tiene por qué resultar una infracción más a la ley penal (“estafa”, por ejemplo), porque esa finalidad lograda queda incorporada en el uso, por ser su lógica y forzada consecuencia y porque *eso fue lo que el legislador quiso y buscó*, que sin duda es la razón principal. Lo que sucede es que en este caso la gravedad del hecho punible es mayor y entonces el juez debe incrementar la pena con arreglo al correspondiente factor dosimétrico (C. P., art. 61), pues no es lo mismo dañar un derecho que dañar dos. Es efectivamente un tipo pluriofensivo y, de contera, un delito complejo.

Sobre el punto vale la pena reproducir lo expuesto por los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Darío Velásquez Gaviria (q.e.p.d.), magistrados de la Corte Suprema, en salvamento de voto a providencia de casación, con ponencia del doctor LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en la cual se defiende la tesis del concurso. Expresa el citado salvamento.

“El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el art. 221 del “uso” *tiene que referirse*, en la esfera de los títulos-valores, a la *estafa*, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos-valores adultera-

⁸ Cfr. en esta misma revista la sección de *Jurisprudencia*, pág. 110.

⁹ Ídem, pág. 113.

¹⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Bogotá, Ed. Carvajal, 1982, págs. 128 y 130.

dos sirva simultáneamente a dos necesidades: a la de estructurar, hacia atrás, la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa... La tesis de la mayoría *desatiende este sesgo legislativo*, ...así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, *concentrando en una sola figura criminal* los varios aspectos que puedan tener relación... con los títulos-valores”¹¹.

En la providencia citada del Tribunal Superior de Bogotá también se argumenta, sugestivamente, que “si es posible consumir el delito de falsedad en documento privado, sin lesionar ningún otro bien jurídico, no resulta lógico dar el mismo tratamiento punitivo a quien usando el documento no solamente afecta la fe pública sino otro u otros bienes jurídicos protegidos legalmente por el legislador”¹². Se olvida sin embargo el querer legislativo y la previsión suya en este punto: “Precisamente porque el bien jurídico tutelado *prioritariamente* es la fe pública —decía el comisionado LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN en 1979—, la Comisión encargada del *proyecto final* colocó este artículo en el presente título (refiriéndose al art. 302 de la Comisión de 1979, que contemplaba diversas sanciones de acuerdo con la cuantía del título-valor falsificado); ...por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos”¹³. Y se olvida, asimismo, que a la fe pública se unen otros bienes jurídicamente tutelados, especialmente cuando de documentos privados se trata, dada además la consagración legislativa sobre el particular.

Se aprecia igualmente que la Corte Suprema en la ameritada decisión expresa que “ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la descripción típica del artículo 356 del Código Penal, puesto que apenas si puede llegar a constituir *un medio engañoso*, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa”¹⁴, explicación que hace parte de la sustentación encaminada a sostener el concurso cuando el uso va acompañado de otras maniobras. Al respecto se observa esta réplica de los magistrados que salvaron el voto: “parece que poco vale como artificio y engaño la cuidadosa alteración de un cheque, con su presentación personal de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad; pero si se aparenta solvencia económica (vestido, vehículo, amistades, etc.), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea el de estafa. Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis”¹⁵.

Anecdótica sí, porque el vicio del consentimiento que exige el art. 356 del Código Penal surge por un engaño que puede resultar de las más variadas y multifacéticas formas de conducta, que no deben ser previamente cuantificadas, ya que

¹¹ En sección de *Jurisprudencia* cit., pág. 98.

¹² Ídem, pág. 112.

¹³ LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas* cit., pág. 358.

¹⁴ En sección de *Jurisprudencia* cit., pág. 120.

¹⁵ Ídem, pág. 100.

el error depende del modo como se niegue la verdad, cuya eficacia se mide por la calidad y no por la cantidad. El falso documento que se usa es el *medio engañoso* por antonomasia, toda vez que las demás maniobras, cuando existen, simplemente acceden a él. Para que en el caso examinado los arts. 221 y 356 se entiendan integrados, el intérprete no puede detenerse a mirar formalmente el tipo de "estafa". Más aún: Tan vulnerables se exhiben los puntos de vista que sostienen el concurso, que el mismo ejemplo que se viene de citar puede servir aun para negar el concurso, para ver de veras cuán anecdótica es la decisión de la Corte que marcó esta pauta, pues ha habido otras en igual sentido. Si un hombre que suele estar bien presentado llega en su flamante vehículo a un establecimiento comercial a adquirir un costoso artículo —donde es conocido de vista—, y por su distinción se le acepta el falso cheque que elabora y rubrica allí mismo, a ese únicamente se le sancionaría por la falsedad con el argumento de que no empleó maniobras engañosas adicionales. Pero si un desarrapado llega a hacer lo mismo, a este, por su condición, no se le va a recibir el cheque sin preguntársele nada; lo interrogarán por el lugar donde trabaja, el nombre de su patrono, su dirección y teléfono, las personas que lo conozcan, sus documentos de identificación, de dónde viene y para dónde va. Este, que por su endeblez social habrá de someterse a toda suerte de preguntas para que le reciban el cheque, será sancionado por falsedad y estafa, con lo que el derecho penal se estaría prestando para hacer una chocante discriminación y para sancionar en forma más severa e injusta al hombre más pobre. Si la norma penal es general e igualitaria, deberá ser aplicada por igual para que no siga siendo instrumento de control social injusto, sino medio para dispensar justicia en todas las ocasiones y en todas partes. Lo malo no radica en que el derecho penal sea una herramienta institucional de control social; lo dañino estriba en su utilización para un control social injusto.

Ahora bien. Tanto se niega la verdad mediante la falsedad, como a través de la estafa, de donde surge explicable y claro por qué el legislador, ante conductas conformadas o constituidas por una misma esencia (negación de la verdad), haya creado una figura compleja formada por dos fracciones que se sustentan en una misma materia. Solo que consagró un modelo de conducta que *niega más intensamente la verdad*.

También repara la decisión mayoritaria de la Corte que sería un contrasentido sancionar solo hasta con seis años de prisión a quien falsifica y estafa, y en cambio se le impongan hasta diez años a quien simplemente estafa, según las escalas punitivas establecidas en los arts. 221 y 356 del estatuto penal. Pero este razonamiento no resulta suficiente para negar la existencia del delito complejo, puesto que se funda simplemente en los parámetros de la punibilidad, aspecto en el cual nuestro creador de leyes muchas veces —y no apenas aquí— peca por exceso o por defecto. No parece que estas interminables fallas de improvidencia legislativa sirvan de mucho para fundar una tesis, puesto que debe propenderse mejor a su corrección. Obsérvese que existe el criterio objetivo de entender que la gravedad de un delito se mide por los límites mínimos y máximos de la pena, por ser ese precisamente el juicio político del legislador. Y pese a que la estafa tiene un mínimo igual al de la falsedad en documento privado, registra un máximo mucho mayor. Sin embargo, la doctrina

tiene dicho que la fe pública es un bien jurídicamente tutelado de mayor importancia que el patrimonio, porque en fin de cuentas radica en la comunidad toda.

De igual manera la Corte plantea en esa decisión, como también en las despachadas el 24 de enero de 1984 y el 23 de abril de 1985, para defender una vez más el concurso, que hay eventos en los cuales resulta innegable la presencia de las dos infracciones, como sería falsificar una partida eclesiástica con la cual se contrae un segundo matrimonio (falsedad y bigamia), "por la elemental razón de que el uso del documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad"¹⁶.

Pero fuera de que en el ejemplo propuesto el uso jurídico del documento no coincide con el rito matrimonial, distinto de lo que sucede con el uso del título-valor, particularmente en el caso del cheque, importa recordar que el propósito del legislador fue crear una norma especial mediante el art. 221 que incluyera los injustos contra la fe pública y el patrimonio, intención que no desaparece así se hubiera prescindido a la postre de crear esa y otras normas especiales en materia de falsedad, tal como se señaló atrás, por las razones allí indicadas. Se diría entonces que si esa disposición consagrara un tratamiento especial para los títulos-valores, conservaría esa condición en todos los casos, lo que es cierto en la medida en que el uso implique un daño patrimonial, por ser idéntica la razón, pero falso si se lesiona un derecho diverso, como en los episodios referidos a la bigamia, alteración o suposición del estado civil y otros, en los cuales el legislador no quiso integrar el doble daño dentro de la figura del delito complejo, entre otras cosas porque el segundo daño no es obligada y necesaria consecuencia del uso, sino un medio —junto a la acción falsaria— para cometer otro delito. Si la ley buscó que en esta materia a la lesión a la fe pública se agregara el deterioro económico, ambos daños dentro del contexto del "tráfico jurídico", no veo un razonamiento sólido para desconocer ese objetivo. Entonces si alguien, por la recomendación y uso de una falsa carta de un amigo, entrega un bien, será paciente de falsedad mas no de estafa.

Ha habido también en Colombia una corriente de opinión que está de acuerdo en negar el concurso en algunos casos, pero que concluye en la "estafa" únicamente. Estos episodios están referidos a la creación de documentos mediante conductas que no comportan imitación, o sea cuando no se tienen puntos de referencia o patrones de comparación, como sucede cuando alguien, que no es cuentacorrentista, expide un "cheque", "compra" bienes y engaña a alguien. Es de observar cómo recientemente el colega de Cali, magistrado JORGE ENRIQUE VALENCIA, sostiene, en algunos apartes con dureza inútil, fundado en un sector de la doctrina —que para él es el mejor en este punto—, que cuando no hay imitación no puede haber falsedad, afirmación que engarza, si mal no le entiendo, en dos argumentos centrales. Uno es que el término falsificación no debe tener una significación lingüística, por cuya amplitud "no tiene fatalmente por qué corresponder con el tecnicismo legal", al cual solo le da alcances jurídicamente restringidos, puesto que la palabra falsificación "debe enderezarse... a reproducir algo previamente existente, un mode-

¹⁶ Ibidem, pág. 116.

lo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo"¹⁷. Y el otro está fundado en el concepto final de acción, conforme al cual se explica el fin predeterminado por el sujeto, que en tal caso es el de lograr un lucro económico por medio de un timo, fundado en un documento sin punto de referencia.

En cuanto al primer argumento, el término "falsificar" no puede tener una significación diversa de la que etimológicamente tiene, pues no se le ha de dar un alcance lingüístico y otro técnico-jurídico desde el punto de vista del derecho penal. Si algo regula este es precisamente conductas humanas, dentro de las cuales la falsedad ocupa un renglón de importancia. Por algo decía CARRARA que las formas como se violaba la ley penal se resumían en dos grandes clases llamadas violencias y falsedades, "pues si se examina a fondo su *elemento material*, la mayor parte de las infracciones penales las cometen los delincuentes, ya por medios engañosos (o sea, la falsedad), ya por medio de la fuerza (o sea, la violencia)"¹⁸.

Si falsificar es negar la verdad mediante un documento, no entiendo cómo pueda hacerse una convincente diferencia entre falsedad en sentido lingüístico y falsedad en sentido jurídico. La validez material de la norma jurídica depende de su armonía con la naturaleza de las cosas, llamadas por cierto "estructuras lógico-objetivas" en el lenguaje welzeliano¹⁹. Si del concepto de acción final se trata, habrá que convenir con el alcance lingüístico del término "falsificar", dado que esta escuela parte de la conducta humana prejurídicamente entendida. Por eso para ella son también acciones los comportamientos lícitos, como caminar, pintar, jugar, pasear, etc.

De otra parte, el pensamiento según el cual si no hay imitación no hay falsedad arranca desde CARRARA, para precisar por lo menos un límite bibliográfico, puesto que de ahí hacia atrás se desdibuja tremendamente el material doctrinario. No se pierda de vista que los prácticos hablaban ya de *imitatio veritatis* (imitación de la verdad) y que el cambio de ese término por el de *immutatio veritatis* (inmutación de la verdad) se debió a una evolución de los juristas que entendieron la necesidad de ampliar el primero por su sentido restringido, así los defensores de esa primera expresión digan que *no debe ser comprendida en sentido material*, que será, v. gr., cuando alguien hace un documento parecido a otro que le sirve de muestra. Cuando se habla de *imitatio veritatis*, dicen, debe entenderse que se habla de un documento de *apariencia verosímil*, vale decir, que tenga la apariencia de verdad; dicho de otro modo, que niega la verdad pero que la aparenta, y que por consiguiente tiene la virtualidad de engañar²⁰.

Se olvidan sin embargo estas razones: la primera es que todas las conductas del hombre son finales o teleológicas, fuera o dentro del ordenamiento jurídico,

y de ahí por qué el concepto final de acción, con su concepción prejurídica, deba ser el que se acoja para los fines del derecho penal, si bien no en el sentido welzeliano que la despoja del desvalor de injusto, sino en el propio y cabal sentido del fin. O sea que acción no es apenas la consciente y voluntaria predeterminación de la parte objetiva o material de la propia conducta, sino además la conciencia de la injusticia que esa acción comporta. En esto el acierto de algunos autores, como KLAUS ROXIN en Alemania²¹ y JUAN FERNÁNDEZ en Colombia²², es ontológicamente inexpugnable en mi opinión.

De manera que no hay que darle alcances restringidos al término falsificar, pues la imitación —en el sentido que le es propio— es una de sus tantas formas, junto a la alteración, la destrucción, la ocultación, la supresión, la creación integral, el fingimiento, etc. De allí por qué deba emplearse el término amplio de *immutatio veritatis*, aspecto en el cual puede apreciarse la siguiente contribución de ANTOLISEI:

"Sobre esta impunidad se está generalmente de acuerdo (se refiere a la que genera la falsedad burda) pero por exactitud es oportuno poner de relieve que la opinión concordante no justifica, en lo absoluto, la opinión de aquellos autores que consideran la *imitación de lo verdadero* (*imitatio veri*) como un requisito de la falsedad punible. En efecto, no puede excluirse la hipótesis de que aun sin la imitación de lo verdadero subsista la posibilidad de engañar al público, como por ejemplo en el caso de que se falsifique una firma o aún una escritura en relación con las cuales no existen términos de referencia (de confrontación). En realidad, la imitación de lo verdadero *es apenas una condición práctica* para que en la mayor parte de los casos la falsedad sea eficaz"²³. Es la llamada falsedad *ex novo*, o sea, sin patrón de comparación.

Por eso encuentro contradictorio que el magistrado JORGE VALENCIA defienda el concepto final de acción para sustentar su tesis de que el sujeto que elabora un documento por la vía del fingimiento, sin punto de referencia, creando "idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza una firma indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico"²⁴ no comete falsedad sino estafa, y en cambio mantenga el pensamiento de la imitación como requisito *sine qua non* de la falsedad. Pues si se va a aceptar el concepto final y prejurídico de acción, los verbos rectores que emplea el legislador habrán de tener su cabal significado lingüístico. Más aún, si hubiera sido consecuente con la "imitatio" como "apariencia verosímil" habría concluido en falsedad y no en estafa.

Podría, empero, hasta cierto punto defenderse la idea de la estafa, con la sola aseveración de que la predeterminación y la búsqueda del fin pecuniario permiten

¹⁷ JORGE ENRIQUE VALENCIA, *Estudios cit.*, págs. 48, 52, 55 y 56.

¹⁸ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, trad. de Jorge Guerrero y José J. Ortega Torres, vol. III, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 269.

¹⁹ HANS WELZEL, *Nuevo sistema del derecho penal*, 4ª ed., trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1960, págs. 14 y 15.

²⁰ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Falsedad cit.*, pág. 130.

²¹ KLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 93, 94, y 95.

²² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 208, 257 y 258.

²³ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, t. II, 8ª ed., Milano, Dott. A. Guiffè, 1982, págs. 567.

²⁴ *Estudios cit.*, pág. 53.

entenderlo así. Este mismo criterio lo expone el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá ABELARDO RIVERA LLANO, a propósito de un salvamento de voto a una providencia en que la mayoría se inclinó por la falsedad²⁵. No obstante, los magistrados VALENCIA y RIVERA han pasado por alto el dolo de los medios y de los fines, que impide dejar de lado la falsedad, cuya función tutelar no está limitada a la fe pública²⁶. No puede ser, pues, estafa este comportamiento, ya que si discutible fuere el concurso de ella con la falsedad, el legislador no lo ha querido así, punto en el cual cabe mencionar esto que dice RODRÍGUEZ DEVESA, así su pensamiento deba recibirse con beneficio de inventario, habida cuenta de que son esos conceptos prejurídicos precisamente los que tantos avances al derecho penal han propiciado: "se puede hablar entonces de un concepto ontológico de la acción. La pretensión de subordinar el concepto del delito a esos conceptos prejurídicos o metajurídicos conduce a dificultades sistemáticas sin cuento, porque la elección de los módulos legales está teñida de arbitrariedad *poniendo el acento a veces en los componentes, y otras, en los finales*. En realidad esos intentos son fruto de la propensión de los juristas (lo que me parece bien) de anclar metajurídicamente su *ius* sin reparar que al optar por el *principio de la legalidad* en derecho penal, se relativizó el concepto de delito, abandonando toda pretensión de construirlo al margen de la ley, ...el concepto de la acción guarda estrecha relación con la ley penal y en ella ha de apoyarse"²⁷. En el mismo sentido se pronuncia FERNANDO BAYARDO BENGEOA²⁸.

Estos autores en verdad exageran su punto de vista, pues un jurista no puede limitarse a ser un simple leguleyo. Por algo jamás me ha podido convencer que la dogmática penal mantenga como punto de partida la norma legal, cuyos principios o fundamentos no puede ignorar el método dogmático, el cual no debe a su vez entregarse enteramente al positivismo jurídico, porque eso implicaría una absoluta e invariable omnipotencia legislativa con la secuela del abuso incontrolado y el olvido de la validez material de la ley, que ciertamente deberá respetar la naturaleza de las cosas, a fin de que el derecho penal no sea mero instrumento de un control social injusto, sino y más que eso un dispensador de justicia material. En lugar entonces de arrancar del ordenamiento, examinar su sistematización y llegar a la crítica "a través del puente escabroso y difícil de la investigación exegética", como decía ROCCO²⁹ para conjurar la crítica fácil, que no por eso resulta equivocada, me parece mejor, para evitar la abstrusería en que viene cayendo la dogmática, hacer un examen dialéctico entre el principio y la norma, o entre ella y sus fundamentos, porque de esta manera se unen mucho más fácil el principio, la norma (sistema) y su crítica. Más aún: puede

²⁵ Cfr. sección de *Jurisprudencia* cit., providencia de enero 29/82.

²⁶ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976, págs. 54, 55, 98 y 99.

²⁷ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, 8ª ed., Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, págs. 349.

²⁸ FERNANDO BAYARDO BENGEOA, *Dogmática jurídico penal*, Montevideo, Edit. Amalio Fernández, 1983, pág. 38.

²⁹ ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, trad. de Rodrigo Naranjo, Bogotá, Edit. Temis, 1978, pág. 33.

darse una mejor y más clara interrelación entre el derecho penal, la criminología y la política criminal, algo que recientemente viene buscando la dogmática a fin de "hallar el justo medio entre (el) pensamiento problemático y (el) pensamiento sistemático", según feliz expresión que repite HEINZ ZIPF³⁰, porque lo que teóricamente se ve apodíctico, a veces pragmáticamente resulta controvertible. Sobre el tema véase también a ENRIQUE BACIGALUPO en reciente e interesante monografía³¹.

RODRÍGUEZ DEVESA y BAYARDO BENGEOA, sin embargo, tienen razón en el sentido de que el principio de legalidad es por regla general irrebasable, porque de él fundamentalmente dependen la seguridad jurídica y la protección a las libertades individuales como baluartes de un derecho penal demoliberal.

Obsérvese que en el punto objeto del debate el legislador puso el acento en la fe pública, y esa decisión debe respetarse no solo por eso sino porque también resiste una interpretación objetiva y progresiva de la norma, si se dijera que en materia de hermenéutica no basta la voluntad del legislador. Más aún: esa decisión del creador de la ley también debe respetarse por algo que vamos a decir en torno al bien jurídico aquí tutelado.

La segunda razón por la cual no puede defenderse exclusivamente la *imitatio*, es que hay falsedades en las cuales no se imita la verdad material y sin embargo hay falsedad, como cuando se falsifica un documento para probar un hecho verdadero, lo que suele llamarse "falso veraz".

En buena parte la confusión doctrinaria ha surgido porque se ha venido hablando en idiomas diversos. Resulta que CARRARA al referirse a los elementos de la falsedad en documentos, válidos tanto para los públicos como para los privados porque los cita dentro de las reglas generales —requisitos llamados por él "criterios esenciales"—, menciona no solo la imitación sino también la mutación, fuera del dolo y el daño. Así que tanto la *imitatio* como la *mutatio* concurren, según este enfoque del jurista toscano en la falsedad. Por cierto, en torno a la mutación se refirió en los siguientes términos, como prueba irreductible de que para él no fue un concepto ajeno a esta materia: "La mutación de lo verdadero es tan ingénita de la falsedad, que casi hace parecer superfluo el enumerarla como elemento esencial de este delito".

Y al ocuparse de la imitación él le dio una plural connotación, así: "Debe advertirse que la averiguación acerca de la imitación de la verdad puede desempeñar *doble papel* en los procesos criminales, pues a veces presenta las características de un mero *elemento material*... y otras veces entra en los cálculos del *elemento moral*. Cuando alguien le hace un agregado a un documento, sin imitar la letra con que está escrito, sino empleando abiertamente la propia caligrafía, el no haber intentado imitar la letra puede suministrar una razón que excluye el dolo"³², este

³⁰ HEINZ ZIPF, *Introducción a la política criminal*, trad. de Miguel Izquierdo Macías, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1979, pág. 8.

³¹ ENRIQUE BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, págs. 13 y ss.

³² FRANCESCO CARRARA, *Programa* cit., t. IX, 3ª ed., 1974, pág. 305.

último otro de sus componentes esenciales y que viene a ser al mismo tiempo, según su planteamiento, el "elemento moral" de la imitación. Una extraña amalgama entre esta y el dolo, o una confusión entre la imitación material misma y el propósito de llevarla a cabo.

"El elemento material —continúa CARRARA para mayor incertidumbre— presupone que el falsario, al proceder con intención de engañar (he ahí el dolo) *ha intentado imitar la verdad en el documento*, pero con medios que no conseguirán engañar a nadie. Esta es la hipótesis que aquí se examina, para determinar si de ella surge el título de falsedad documental o solamente el de fraude"³³.

Débase, en fin, clarificar que el maestro italiano quiso condicionar la existencia del concepto de imitación (y de la falsedad por consiguiente), con el nombre de "elemento material", a su eficacia para engañar, algo en mi opinión caprichoso, según se aprecia en estas frases adicionales suyas: "...Es cierto que *ninguna falsedad tiene aptitud para causar perjuicio* si carece de potencia para engañar. Y es cierto que *ninguna falsedad* tiene potencia para engañar si no imita la verdad. Luego es cierto que la imitación de la verdad es un *elemento indispensable* para que la falsedad documental sea criminosa"³⁴. Quiso entonces significar que la falsificación burda no es punible a título de falsedad por su falta de idoneidad para engañar, aunque es curioso que sin tenerla se pueda transigir, como lo hizo él, por el "fraude consumado o intentado, si ha logrado o podido lograr su efecto", como si mediante algo que no sirve para engañar se pueda defraudar³⁵.

Así que frente a su inocuidad desaparecía entonces el daño, llamado hoy antijuridicidad material, o sea el último elemento esencial de la falsedad, según el autor que se viene citando.

Pero aparte de que esa particular estructura del delito de la falsedad está hoy resentida por la vetustez, dados los inmensos avances de la dogmática producidos desde entonces, tampoco resulta ser hoy lo suficientemente persuasiva para afirmar que solo mediante la imitación se puede cometer falsedad.

Nótese, además, que se queda en la oscuridad por qué CARRARA mantuvo juntas dentro de la falsedad la *imitación* y la *mutación*, sabiendo que esta última por su mayor amplitud puede comprender a la primera.

Luego no entiende uno por qué solo subsiste la falsedad si hay imitación, pero no surge si se presentan las demás formas. La única explicación podría ser que la imitación que él mencionaba estaba referida a la mutación, pero saltaría de nuevo el interrogante: ¿por qué ambas son, según él, elementos esenciales de la falsedad? Resulta entonces que falsificar es mutar o inmutar la verdad, negándola, alterándola, fingiéndola, imitándola, destruyéndola, ocultándola, etc. No se ve, pues, por qué una negación de la verdad mediante un documento íntegramente falso tenga que llamarse estafa, puesto que es una forma de faltar a la verdad que el legislador quiso llamar falsedad y no estafa. Podría, con todo, admitirse

³³ Ídem. pág. 310.

³⁴ Ob. cit., pág. cit.

³⁵ Ob. cit., pág. 311.

que ese pensamiento enderezado a sostener en tal caso la estafa sería válido frente al Código Penal de 1936, porque a pesar de la casuística que ese ordenamiento registraba en materia de falsedad solo permitía los verbos rectores de *contrahacer* (o imitar) y *fingir*, referidos a letra, firma o rúbrica. Luego quien "giraba" un "cheque" ajeno con su propia firma o rúbrica se decía por la jurisprudencia, y aun por la doctrina, que como no imitaba ni fingía firma o rúbrica no incurría en falsedad sino en estafa.

Aunque se olvidaba la posibilidad de la falsedad integral del documento con base en el fingimiento de letra y de la integridad del texto como corolario, cierto fue en todo caso que la mayor opinión, en exagerado homenaje al principio *nullum crimen sine lege*, se orientó por la denominación de estafa. Pero ante la ley penal de hoy surge clara la tesis de que el autor falsificó integralmente el documento, puesto que fingió ser el cuentacorrentista y dio lugar a la creación de un "cheque" sin estar facultado para ello por no haber celebrado contrato de cuenta corriente, en el evento específico, con la casa bancaria. Y como el estatuto actual se refiere ampliamente al verbo "falsificar" y el fingimiento constituye uno de los modos para hacerlo, me parece que la salida correcta es la falsedad y no la estafa. (C. de Co., arts. 714 y 821). Si se objetara sin embargo que un documento de tal naturaleza fuese algo así como una letra de cambio auténtica, o un vale que implique una obligación, resulta indudable que para el ofendido era un cheque (causa determinante de su aceptación) y que el propósito fue falsificarlo como tal para lograr el fin de lucro.

III. Propuesta que se plantea

Después de las anteriores precisiones no será difícil darse cuenta que no comparto el concurso de la falsedad y la estafa cuando de títulos-valores se trata, o de documentos privados cuyo uso logra o busca un injusto provecho económico. Mi tesis de la "falsedad en documento privado", y nada más, en tales eventos, está resumida en los siguientes puntos: a) el art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo; b) el bien jurídicamente tutelado de la fe pública tiene anejos otros derechos; y c) cuando se amplían las maniobras engañosas se está simplemente frente a una negación más intensa de la verdad que repercute en la gravedad del hecho punible, dadas las modalidades, y por consiguiente en la dosis de la pena.

a) *El art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo.* Este es un modelo de conducta que comprende dos o más comportamientos legal e independientemente descritos como infracciones a la ley penal, pero que se consagran, en otra norma, como componentes de un solo hecho punible o como circunstancias de agravación punitiva. Tales conductas componentes se abrazan por virtud del principio de la consunción, que es criterio adecuado para resolver en este caso el concurso aparente de los tipos previstos en los arts. 221 y 356 del Código Penal. Al punto precisa el tratadista alemán HANS HEINRICH JESCHECK:

“Solo cabe afirmar que hay que estimar consunción cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica, *alcanza, incluyéndolo*, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena basada en un solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso; ...lo típico de la relación existente entre el hecho (falsedad, para el caso) y el hecho posterior (uso del falso) consiste aquí en que, normalmente, el autor también ha de cometer el hecho posterior para que el principal pueda tener para él algún sentido”³⁶.

Y complementa la Corte Suprema en valioso fallo de 1978:

“El delito complejo, en cuanto a su estructura, no es una suma, sino una síntesis de varios delitos que puede conformarse por la unidad del motivo determinante (ánimo de ilícito aprovechamiento económico, por ejemplo, aclaro) que estimula la conducta delictiva; ...la concepción del delito complejo elimina la hipótesis del concurso de delitos, ...en el delito complejo se está en presencia de una pluralidad de infracciones, que no pierden su individualidad, pero sí su autonomía jurídica, ...necesariamente tiene que ofender una pluralidad de intereses jurídicos³⁷.

Para negar el delito complejo no basta afirmar que en Colombia no existe una norma expresa que lo prevea como institución, pues cuando la ley penal específicamente consagra normas cuyos elementos estructurales o circunstancias agravantes son de por sí hechos punibles, pero en tal caso reunidos en una unidad jurídica diversa, se trata de definiciones legales de delitos complejos, cuya aplicación por orden perentoria del legislador no puede desdenarse a cambio del concurso, pues técnico-jurídicamente ello puede llevar a violar el principio *non bis in idem*, ya que en el caso concreto esos hechos solo registran un *nomen iuris*. Así, v. gr., sería desconocer la ley y por consiguiente el delito complejo en el hurto calificado por la “violación de domicilio” (C. P., arts. 349 y 350, ord. 3º) si el juez optara por el concurso, solución completamente heterodoxa y violatoria del ordenamiento.

Si frente a los arts. 221 y 356 del Código Penal la voluntad del legislador fue reunirlos en un delito complejo, cuando el uso del falso título-valor está enderezado al ilícito lucro económico, no habrá duda alguna que la interpretación deberá consultar el art. 27 del Código Civil, según el cual habrá de respetarse el espíritu de la ley claramente manifestada en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento, regla subjetiva de hermenéutica en mi opinión insoslayable cuando al mismo tiempo la interpretación progresiva de la norma no la hace contraria.

b) En materia de falsedad hay aún serias dificultades doctrinarias para lograr consenso en cuanto al bien o bienes jurídicamente tutelados. Del pensamiento que se tenga sobre el particular depende que exista o no concurso entre falsedad y estafa en el caso problema. Sin terciar por ahora en el fondo del debate sobre el por qué de la existencia o no de la fe pública, parto simplemente del supuesto de que la ley la impone pese a las consideraciones que se enderezan a negar su

entidad. Pero debo al mismo tiempo dejar claro que la controversia se plantea porque el concepto de fe pública, por sí solo, sin conexión alguna con otros intereses o derechos, no dejará nunca de ser abstracto y de ahí el misterio y la logomaquia que han rodeado siempre el concepto. A tal punto, que se ha convertido en una figura de difícil manejo, porque la diversidad de opiniones ha creado una torre de babel y un caos en las ideas en este campo. Creo que al respecto resulta necesario un criterio claro y sólido que sirva de norte o brújula en torno al cual se expongan ideas más sencillas y contundentes, sin perjuicio de la profundidad. Ese desde luego no es el objetivo de este trabajo, pero sí he de precisar por lo pronto —en homenaje a la concreción— que la fe pública está principalmente asida a las formas escritas que tienen la virtud de probar un derecho.

Ahora: su titular lo acredita mediante el documento y de ahí por qué la ley protege tal instrumento. Pero la protección penal de los documentos —como expresa ROMERO SOTO— no se detiene en ese interés probatorio, sino que se extiende al derecho mismo cuya prueba es en cada caso particular un determinado documento³⁸. Por eso el autor citado precisa con acierto indudable que mientras la legislación anterior (C. P. de 1936) consagraba un concepto abstracto de documento ya que protegía la sola forma, obviamente con prescindencia de su contenido, la nueva legislación (C. P. de 1980) exige que el documento sirva para probar algo. Luego lo que la ley tutela dentro del concepto de “fe pública” no puede consistir únicamente en la confianza que la colectividad le otorga a las formas escritas, sino que debe extenderse a los derechos públicos o privados que por ese medio se prueban.

Se diría empero que en la falsedad en documentos públicos simplemente se atacaría la confianza de los asociados en esos documentos, quedando así la antijuridicidad en la abstracción frente a lo que se ha entendido por la nuda fe pública. No podrá perderse de vista sin embargo que la falsedad atenta contra lo que hoy se denomina “tráfico jurídico”, expresión que comprende no solo ese sentimiento colectivo de creencia en las formas escritas, sino también su fuerza probatoria (auténtica y veraz) y los demás derechos que por su medio se constituyen y prueban.

La falsedad, pues, ataca el tráfico jurídico y de contera las relaciones jurídicas que gobiernan el complejo mundo de la documentación. Claro que mientras en la falsedad en documentos públicos generalmente se lesionan la creencia colectiva en las formas escritas y su eficacia probatoria y pocas o raras veces otros derechos, en la falsedad en documentos privados se atacan todas esas cosas. Pero en todo caso el juez deberá siempre concretar el daño para que se le rinda homenaje al principio rector de la antijuridicidad, que deberá ser no solo formal sino también material, entendiendo esta última como el daño real o potencial al bien jurídico. Naturalmente que el daño potencial, muy común en la falsedad de documentos públicos, no podrá ser tan abstracto hasta resultar inasible el concepto del menoscabo, pues un injusto que se quede en los marcos de la sola violación a la norma (antijuridicidad formal),

³⁶ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 1038.

³⁷ JAIRO LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia Corte Suprema*, Bogotá, Ed. Lex, 1979, págs. 115, 117, 118 y 119.

³⁸ La falsedad cit., pág. 36.

esto es en la mera desobediencia a la ley, sería una tiranía del derecho penal y del Estado, puesto que a los ciudadanos se les sancionaría así por conductas que no ocasionan un daño, lo que lleva de la mano a un derecho penal peligrosista, con cuyo pretexto se castiga a las personas más por lo que son que por lo que hacen y más por lo que quisieron hacer que por lo que efectivamente hicieron.

En este tema de la falsedad documental, y particularmente con respecto a documentos privados, mucha razón tienen quienes afirman, entre ellos ROMERO SOTO³⁹ y ANTOLISEI⁴⁰, que la acción falsaria no comporta un fin en sí misma por tratarse de un medio para lograr más allá un fin, que es, las más de las veces, un provecho de carácter patrimonial. Por eso nuestro legislador no quiso sancionar en materia de documentos privados a quien únicamente falsifica sin usar el instrumento, rindiéndole tributo precisamente al injusto material y desechando el incienso a la mera protección de formas. Ha querido solo sancionar a quien cumple las dos acciones de falsificar y usar, incluyendo en la última el menoscabo económico que su contexto encarna. Que el creador de la ley debió llamar a eso estafa (criterio teleológico), o falsedad y estafa (criterio de medios y de fines), pero no falsedad únicamente, puede ser un argumento respetable de *lege ferenda*, pero el juez debe sujetarse a los precisos parámetros de la ley, puesto que la legalidad, y por consiguiente la previa y exacta descripción de las conductas, es el principio vertebral del derecho demoliberal que gobierna nuestros pueblos.

c) Ahora bien, tanto en la falsedad como en la estafa se niega la verdad, aun en el "falso veraz", porque ya en el extremo se niega la forma o la manera de presentar la verdad y el legislador resueltamente ha tipificado el comportamiento. Se niega la verdad en el falso testimonio, en la calumnia, en la injuria, en la falsedad personal, en las falsas imputaciones, en el fraude procesal, en la falsificación de moneda, de sellos, marcas y efectos oficiales, supresión, alteración o suposición del estado civil, etc. etc. Entonces ¿por qué no admitir que el caso de que se trata simplemente está referido a una negación más intensa de la verdad, particularmente cuando se amplían las maniobras engañosas, donde el legislador ha puesto el rótulo de "falsedad en documento privado"? Pienso que es una negación de la verdad que ha sido tratada como *delito complejo*, así en el fondo y teóricamente sean permisibles otras corrientes de pensamiento por la vía del *uis condendum*. El acuerdo en este punto es un clamor del foro nacional para que el caos jurisprudencial que ya despunta no lleve a hacer más difícil y sobre todo más diverso e inequitativo el tratamiento de estas conductas.

³⁹ Ídem, pág. 24.

⁴⁰ FRANCESCO ANTOLISEI, Ob. cit., págs. 559 y ss.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA EXPERIMENTACIÓN HUMANA*

DR. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA**

1. INTRODUCCIÓN

Gracias a la investigación realizada en los campos de la medicina y de las ciencias biológicas, el hombre ha ido adquiriendo un grado de bienestar¹ cada vez mayor, así como unas expectativas de vida más dilatadas. En su conjunto, todo ello redundará, por lo general, en una mejor "calidad de vida" del individuo².

Bien es verdad que la investigación requiere casi siempre, en último término —tras los oportunos estudios de laboratorio y la experimentación en animales—, para determinar sus efectos y eficacias reales en el hombre, la comprobación en este de los métodos, técnicas o sustancias nuevas que están siendo objeto de estudio y las cualidades terapéuticas o beneficiosas para la salud humana que se les atribuyen. Es entonces cuando se plantea la cuestión de que ciertas personas —sanas o enfermas— se conviertan en sujetos de la experimentación, con todos los riesgos y peligros que puedan derivarse, aunque no necesariamente, para aquellas personas. Es igualmente sabido que cada paciente reacciona hasta cierto punto de forma distinta a un mismo tratamiento, y que se afirma por tal motivo que toda acción curativa, aun la más insignificante, implica un carácter "experimental", por este factor de incertidumbre que le acompaña.

Nos encontramos así con la posibilidad de una colisión de intereses o valores de suma importancia: la necesidad de investigar, en atención a las evidentes ventajas de las que se beneficia la sociedad y, en su caso, el propio individuo sujeto de la experimentación, para lo cual parece imprescindible en la mayoría de las ocasiones servirse de seres humanos; y el derecho de estas personas a no sufrir ningún

* Trabajo presentado para el homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, en el decimoquinto aniversario de su fallecimiento, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y llevado a cabo en Madrid, del 14 al 16 de noviembre de 1985.

** Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza, Zaragoza (España).

¹ Precisamente, en este sentido amplio fue definida la salud por la Organización Mundial de la Salud, en su carta constitucional, como un "estado de completo bienestar físico, mental y social".

² Sobre la significación actual, complejidad y problemática de esta noción, véase a A. ESER. *Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1984, págs. 747-783, y a D. GRACIA. *Ética de la calidad de vida*, S. M. Ed., Madrid, 1984.

menoscabo en su salud ni a verse sometidas a graves peligros para su vida, así como al respeto de otros intereses individuales, como la libertad, que puedan verse afectados.

La pregunta inmediata que se suscita para el jurista es la siguiente: ¿Son conciliables ambos intereses, y en qué medida?

2. DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLICADOS

En un Estado social y democrático de Derecho como es el español (art. 1º de la Constitución española), es fácil adivinar que ambos intereses son reconocidos, quedando solo en pie la cuestión de su conciliación, según se acaba de plantear.

En efecto, la Constitución reconoce y protege el derecho "a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica" (art. 20, 1, b)³, como uno de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es evidente que la producción y creación científica y técnica presuponen la investigación como instrumento imprescindible e irrenunciable. Por otro lado, dada su importancia social, nuestra magna carta declara, esta vez dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, que "los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (art. 44, 2).

No cabe duda, en consecuencia, que la producción científica y técnica —como lo es la implantación de nuevos procedimientos curativos— constituye un derecho fundamental del individuo, y que su instrumento más característico, la investigación, es merecedor de un reconocimiento y promoción especiales, de rango constitucional, a la vista de su proyección social beneficiosa.

De todas formas, el derecho fundamental a la creación y a la producción científica y técnica encuentra un límite en la propia Constitución española, referido al *respeto a los derechos reconocidos en el mismo título* en que se encuentra plasmado aquel, esto es, los demás derechos y deberes fundamentales (art. 20, 4). Y es aquí donde se origina el conflicto, pues se trata de derechos que afectan al individuo, que adquieren una indudable trascendencia en la experimentación humana. Pero acabamos de comprobar que el texto constitucional otorga prioridad a estos últimos, en cuanto que deben ser respetados por quienes desarrollan actividades científicas.

El primer derecho de esta naturaleza que ha de tener en cuenta cualquier investigador que experimente con seres humanos es el respeto a "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás", en cuanto "fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10, 1)⁴. Además, se incluye expresamente el derecho de todos "a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" (art. 15).

La dignidad humana constituye, por consiguiente, un derecho fundamental de referencia⁵ de todos los demás del individuo, de la misma forma que la vida es el bien o valor sobre el que se sustentan todos los derechos. El concepto de dignidad es difícil de precisar, por presentar varias dimensiones⁶. Una de ellas abarca, indiscutiblemente, su consideración como persona y los atributos que comúnmente le son asignados a esta; también comprende el principio —de claro entronque ético— de que el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser nunca utilizado como medio o "cosificado"⁷. Esta es, además, una de las razones para que no se le pueda someter a tratos inhumanos o degradantes. Interpretaciones estas con significación jurídica y que han de servir de orientación y límite al científico investigador.

El derecho a la protección de la salud (art. 43, I CE), antes como valor colectivo y política social de los poderes públicos que como bien individual⁸, viene a constituir el punto de equilibrio en la conjugación de los dos intereses que estamos analizando —sin olvidar en ningún caso la preeminencia constitucional reconocida al derecho individual a la salud—: la salud de los ciudadanos —de cada uno de ellos— debe ser protegida por todos los medios disponibles, y esta protección solo logra prosperar mediante la promoción de la investigación.

Valgan hasta aquí unas pinceladas sobre las líneas maestras constitucionales en esta cuestión, las cuales se proyectan —o deben proyectarse— a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Y si bien es cierto que la Constitución española no representa una mera declaración programática de principios —y, por consiguiente, los derechos mencionados más arriba tienen fuerza y aplicabilidad directa—, sus modalidades de ejercicio y de protección más específica corresponden a los

⁴ Conviene recordar que el párrafo segundo de este artículo de la CE vincula la interpretación de los derechos fundamentales y libertades por ella reconocidos a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁵ Véase a S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Derechos y deberes fundamentales", en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., págs. 17-44 (32-35).

⁶ Según señala J. RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, "Derechos fundamentales de la persona", en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., págs. 45-155 (111-117).

⁷ Cfr. K. LEBACQZ, "Profil et analyse critique des recommandations de la Commission nationale", en *Médecine et expérimentation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1982, pág. 272 y a C.M. ROMEO CASABONA, *La persona, entre la biotecnología, la bioética y el derecho* (inédito, en trámites de publicación).

⁸ Que aparece implícito en el art. 15 de la CE. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho a la vida", en *Comentarios a las leyes políticas*, cit., págs. 295-330 (316-318).

diversos sectores del ordenamiento jurídico. También a ellos incumbe precisar el alcance del principio de la libre autonomía de la voluntad y de disposición de la propia vida y salud e integridad corporal, así como el de su opuesto: la inviolabilidad de tales bienes. Concretamente a ellos habrá que acudir en lo que atañe al ejercicio de la actividad investigadora que implica la experimentación en seres humanos.

3. LA EXPERIMENTACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO: PRINCIPIOS BÁSICOS

La normativa que afecta a la experimentación humana no siempre es específica o, con mayor propiedad, no lo es en gran parte de sus aspectos. Esto supone que hay que acudir por lo general, en primer lugar, a las disposiciones a las que incumbe la protección concreta de los bienes jurídicos que afectan al sujeto de la experimentación, principalmente la vida, la salud e integridad corporal y la libertad personal. Los extremos en que discurre tal protección constituyen al mismo tiempo un índice de máxima concreción acerca de los límites de la experimentación en personas. Por su parte, la legislación específica sobre la materia muestra el reiterado reconocimiento del derecho a la investigación y los cauces propios de su desenvolvimiento, a los efectos de prevenir los posibles conflictos y los riesgos para los demás bienes jurídicos individuales implicados.

La transgresión de unos u otros límites generará en principio la responsabilidad legal del investigador de diversa índole y gravedad, en atención a la naturaleza de aquella.

3.1. *Responsabilidad penal.* Conviene distinguir, a los efectos de la licitud de la conducta realizada, entre experimentación terapéutica y experimentación pura⁹.

3.1.1. *Experimentación terapéutica.* Nos encontramos, en primer lugar, ante un *tratamiento* en sentido estricto, es decir, *curativo*, cuando concurren una serie de condiciones subjetivas y objetivas, y entre estas últimas la indicación médica de la medida terapéutica adoptada y su aplicación conforme a la *lex artis*¹⁰. Para lo que ahora nos interesa, baste destacar que la indicación supone un ponderación de los beneficios y riesgos que pueden derivarse de la iniciación de ciertas medidas curativas.

⁹ Terminología y distinción adoptadas por la Asociación Médica Mundial en su XVIII Asamblea (Declaración de Helsinki, 1964; revisada en Tokio, 1975, XXIX Asamblea; y completada en Venecia, 1983). Han sido también aceptadas por los juristas A. ESER ("Das Humanexperiment. Zu seiner Komplexität und Legitimität, en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, C. H. Beck Verlag., 1978, págs. 191-215); H. C. GRAHLMANN (*Heilbehandlung und Heilversuch*, Enke Verlag, Stuttgart, 1977); A. BELLELLI (*Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, CEDAM, Padova 1983, págs. 11 y ss.); así como por especialistas en bioética: J. GAIJO HERNÁNDEZ, "Dilemas éticos de la experimentación humana", en *Razón y Fe* 1.042, 1985, págs. 607-620 (v. allí sobre estas declaraciones y otros códigos médicos relativos a la experimentación humana).

¹⁰ Véase más extensamente sobre estos aspectos del tratamiento a C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, t. 1, *La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1981, págs. 143 y ss.

La experimentación terapéutica consiste por su parte en la aplicación a determinados pacientes de tratamientos cuya eficacia no ha sido todavía plenamente contrastada desde el punto de vista científico y que, por tanto, no se han incorporado a la medicina como remedios terapéuticos reconocidos. Este es su punto de coincidencia con la pura experimentación, pero su diferencia capital estriba en la finalidad perseguida: tratar la enfermedad de que se trate con independencia de las enseñanzas o conclusiones que le permitan extraer al médico, para perfeccionar el nuevo tratamiento en futuros pacientes. Hay, además, otros rasgos que la aproximan a la actividad curativa, como es la mencionada ponderación de beneficios y riesgos —factor también esencial en la experimentación pura, pero con un sentido diferente—, que aquí se ciñe principalmente a la valoración de la prioridad de la nueva técnica o sustancia frente a las tradicionales —si estas son ineficaces, insuficientes o inexistentes— y demás efectos que puedan ocasionarse en la salud del paciente, a la vista de la mayor o menor gravedad de su estado¹¹.

La concurrencia de los requisitos precisos en la experimentación terapéutica permitirá asimilarla a la condición de tratamiento y será, por consiguiente, semejante la valoración jurídica de su licitud. Si, conforme a los criterios expuestos, no es posible, por el contrario, tal equiparación tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, no significa que esa actividad sea ilícita, sino que se moverá dentro de las coordenadas de la experimentación pura que, como vamos a ver, se desenvuelve en un marco mucho más estricto y limitado.

3.1.2. *Experimentación pura.* La realización de experimentaciones puramente científicas con personas —sanas o enfermas— son lícitas desde el punto de vista penal siempre que no supongan un atentado a la vida, salud e integridad corporal del sujeto de la experimentación. Son estos bienes irrenunciables¹², y por tanto ni siquiera el consentimiento del interesado sería suficiente para justificar jurídicamente una lesión grave a su salud o integridad corporal. No obstante, como nadie puede ser sometido a una experimentación contra su voluntad, y dados los riesgos que acompañan a estas actividades, el consentimiento del sujeto es siempre necesario desde el punto de vista penal como presupuesto de la licitud de la experimentación y para evitar en su caso incurrir en un delito de coacciones (C. P., art. 496) o en un hecho delictivo de lesiones corporales, cuando siendo estas de escasa entidad, se estime que están permitidas por el derecho¹³.

¹¹ Teniendo en cuenta tales puntos de referencia, se distinguen tres grupos de casos que requieren unos condicionamientos diferentes y específicos para que puedan ser valorados como experimentación terapéutica. Véase con más detalle a F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, CEDAM, Padova, 1974, págs. 20 y ss., y a ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, t. 1, cit., págs. 157 y s.

¹² El art. 428 del Código Penal español declara, a estos efectos, irrelevante el consentimiento del lesionado, con las únicas excepciones de los trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización.

¹³ Al no extenderse la prohibición general del art. 428 a las lesiones corporales constitutivas de falta —infracción leve—, es decir, que impidan al ofendido trabajar de uno a quince días, o hagan necesario por igual tiempo asistencia facultativa (C. P., art. 582), o ni siquiera le impidan dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa (C. P., art. 583, núm. 1º), cabe, en principio, consentir en lesiones de este tipo. No obstante, en cuanto revistan la forma de un contrato, este no sería válido si se estima que por las circunstancias concurrentes es contrario a la moral o al orden público, según establece el art. 1255 del Código Civil.

De lo expuesto se deduce que la producción intencionada de mutilaciones o de lesiones corporales en el curso de una investigación, haya consentido o no el sujeto —salvo la excepción apuntada—, significa la comisión de un delito doloso (C. P., arts 418 y ss.)¹⁴. Por otro lado, cualquier comportamiento negligente o imperito, o que de igual manera sobrepase el riesgo permitido, significa la infracción de los deberes objetivos de cuidado por parte del investigador, y generará su responsabilidad culposa (por imprudencia), si como consecuencia de dicha infracción se produce la lesión o muerte del sujeto de la experimentación¹⁵. Conviene tener muy en cuenta que al no venir determinado el contenido de los deberes de cuidado en la ley penal, por razones obvias —pues es aplicable a cualquier actividad social—, corresponde al juez averiguarlo —con la ayuda de los expertos— e interpretarlo en cada caso concreto. De ahí que más abajo se propongan criterios que, en último extremo, servirán de orientación para llenar el contenido de dicho deber.

3.2. *Responsabilidad civil*. El investigador que incurre en responsabilidad penal se hace a su vez responsable civilmente de reparar e indemnizar los daños y perjuicios materiales y morales causados por el delito al sujeto de la experimentación¹⁶.

La responsabilidad civil puede originarse también por la ausencia del consentimiento del sujeto —cuando no constituya ya de por sí un delito—, por el “daño” de índole moral sufrido¹⁷; sin la existencia y demostración del daño no hay responsabilidad posible¹⁸. A la falta de consentimiento debe equipararse la obtención viciada o defectuosa de este (no prestar la información oportuna, mediar dolo, error, engaño, etc.)¹⁹.

La otra forma de incurrir en responsabilidad civil se produce por la actuación incorrecta en el desarrollo de la investigación de la que se derive un daño material para el sujeto. Esta responsabilidad será de naturaleza extracontractual e implica

¹⁴ En mi opinión, y con las reservas de naturaleza civil apuntadas en la nota anterior, la letra del art. 428 deja abierta —tal vez de forma meramente hipotética, al menos en nuestro país— la licitud del sometimiento a esterilización voluntaria con fines puramente científicos (al igual que con la cirugía de cambio de sexo), siempre que el consentimiento no se haya obtenido viciadamente ni medie recompensa o remuneración, que son las únicas limitaciones que recoge dicho artículo, aparte de las referentes a la capacidad, que habremos de ver más abajo. En relación con los trasplantes de órganos, tal posibilidad queda excluida expresamente por la ley de extracción y trasplante de órganos de 27 de octubre de 1979 en su art. 4º, d), al exigir que el destino del órgano extraído de donante vivo “sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida”, esto es, con finalidad estrictamente curativa, pero compatible con la experimentación terapéutica.

¹⁵ Responsabilidad que puede concretarse en imprudencia temeraria (art. 565, párr. 1º CP), imprudencia simple con infracción de reglamentos (art. 565, párr. 2º), que constituyen delito y pueden experimentar, además, una agravación por negligencia o impericia profesional (art. 565, párr. 5º), y la imprudencia simple sin aquella infracción reglamentaria (art. 586, núm. 3º), que constituye falta.

¹⁶ Véase más extensamente en C. M. ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, págs. 102 y ss.

¹⁷ En este sentido, BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, cit., págs. 107 y ss.

¹⁸ Como se deduce del art. 1902 del C.C., “El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Cfr. J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 317 y ss.

¹⁹ Según arts. 1265 a 1270 del C.C.

por parte del investigador la existencia de culpa o negligencia no constitutiva de delito²⁰.

Problemas específicos plantea la delimitación de la responsabilidad respectiva —también en el ámbito penal— cuando la investigación es realizada en equipo.

La empresa o institución para la que se realizan los trabajos de investigación y experimentación, sea pública o privada, podrá ser, a su vez, responsable directa —solidaria o no con el investigador— o subsidiaria de la del investigador (en este último caso, también si su origen se encuentra en un hecho delictivo)²¹.

3.3. *Responsabilidad administrativa*. Las personas (y, por tanto, los profesionales que realizan un trabajo de investigación) que prestan sus servicios a la Administración Pública —del Estado, comunidad autónoma, provincia, o municipio— y a la Seguridad Social, están sometidas al régimen jerárquico, funcional y disciplinario correspondiente, al cual deberán adaptarse con carácter general los investigadores, así como a la potestad sancionatoria de la Administración²².

El ordenamiento jurídico español contiene una normativa específica para la regulación de determinadas modalidades de experimentación, concretamente, la relativa a los ensayos clínicos de productos farmacéuticos y preparados medicinales en humanos, contenida en el real decreto de 14 de abril de 1978 y en la orden ministerial de 3 de agosto de 1982²³. Baste señalar, por el momento, que prevé los ensayos tanto en voluntarios sanos como en pacientes para cuyo tratamiento se considera idóneo el nuevo fármaco y que se incluye una serie de medios y procedimientos tendentes a asegurar la seriedad del ensayo, la cualificación del equipo investigador, su control (mediante las autorizaciones, protocolos, comités, etc.),

²⁰ Art. 1902 (cfr. nota 18). La responsabilidad contractual puede surgir en relación con la entidad para la que realiza su trabajo el investigador, siempre a tenor de lo estipulado en el contrato celebrado entre ambas partes. Entre investigador y sujeto de la experimentación también puede formalizarse un contrato en sentido estricto, *sui generis*, debido a las características tan peculiares que presenta su relación, como podremos comprobar después, lo que no impide que se recojan generalmente por escrito las cláusulas y condiciones relativas a la experimentación de donde pueda derivarse a su vez responsabilidad contractual. Cfr. sobre este particular, BELLELLI, *Aspetti civilistici*, cit., págs. 119 y ss.

²¹ Véase a ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho*, cit., págs. 106 y s. y 119 y ss.

²² Sobre la compleja y abundante normativa en materia sanitaria, véase la completa obra de F. J. ESCRIBUELA MORALES, *Régimen jurídico de hospitales*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1984.

²³ En mi opinión, es esta una materia con reserva de ley, en cuanto que para la Administración Pública rige el principio constitucional de “sometimiento pleno a la ley y al derecho” (Const. esp. art. 103.1). Si además, se estima que en normativa semejante se regulan y desarrollan materias que afectan a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, según veíamos más arriba, dicho cometido correspondería, por prescripción constitucional (C. esp., art. 81.1), a una ley orgánica (mayoría absoluta del Congreso). De todas formas, no hay que olvidar que la primera de estas disposiciones es anterior a la entrada en vigor de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional tiene declarado (en un asunto distinto, pero extrapolable aquí) que “el «principio de legalidad», que se traduce en la «reserva absoluta de ley» no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada” (sentencia, 7 mayo 1981). Cfr. J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. 1, Madrid, Ed. Tecnos, 1985, pág. 154, núm. 11. Queda en pie si al amparo de la autorización del real decreto puede regularse por orden ministerial posterior al texto constitucional la misma materia, en cuanto que no se limita a un mero desarrollo, pues contempla aspectos nuevos.

la protección de los individuos que se someten al ensayo (información, consentimiento, grupos de riesgo), etc.²⁴.

Lo que interesa destacar ahora es que se establece un catálogo de contravenciones, distribuidas en faltas leves, graves y muy graves, y sus sanciones correspondientes. Estas incluyen, entre otras, el apercibimiento, multa (de cinco mil a un millón de pesetas, según la gravedad de la falta), inhabilitación para realizar ensayos clínicos (arts. 16 y 17 de la orden ministerial)²⁵.

A diferencia de la compatibilidad entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, no es posible —aceptada la hipótesis de concurrencia— castigar a la vez un mismo hecho como infracción criminal y como contravención administrativa: esta debe ceder ante la primera²⁶.

Como conclusión, hay que afirmar que también en el ámbito administrativo se tiende a favorecer la investigación que requiere la experimentación en personas, pero con las lógicas previsiones —más abajo veremos en qué condiciones y con qué acierto— a fin de evitar cualquier riesgo para aquellas y para la propia sociedad.

4. GARANTÍAS RELATIVAS AL SUJETO DE LA EXPERIMENTACIÓN

4.1. *Ponderación de riesgos y ventajas.* Como hemos visto en los anteriores apartes, la ponderación de riesgos y ventajas es un elemento fundamental en todo acto médico, por tanto, también en la experimentación pura. Dicha valoración viene exigida por la necesidad que tiene el investigador de observar los deberes de cuidado con el fin de evitar una posible responsabilidad por imprudencia. Sin embargo, se está por lo general de acuerdo en que no son equiparables los riesgos asumibles en pacientes y en personas sanas²⁷. Esta afirmación es válida únicamente en cuanto la experimentación efectuada en pacientes persiga su propio beneficio, es decir, sea terapéutica con los rasgos ya apuntados.

²⁴ El real decreto ha sido criticado, con razón (v. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, cit., págs. 108 y ss.), por no contener las garantías básicas mínimas, como el consentimiento del sujeto. Ello ha sido subsanado por la orden ministerial y por la remisión de aquel a las declaraciones de Helsinki y Tokio y al *Código de Deontología Médica*, aprobado en 1979 por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, que dedica a la materia los arts. 106 a 113 (no obstante, no tiene fuerza legal, a diferencia del de otros países, como Francia).

²⁵ A título ilustrativo, se incluyen como faltas muy graves: reincidencia en la misma falta leve dos veces; las faltas graves de las que se derive peligro para la salud del paciente o pública; realizar ensayos clínicos sin la respectiva autorización sanitaria; falsear el consentimiento; incumplimiento de la orden de suspensión prevista en el real decreto.

²⁶ Con motivo de la interpretación por el Tribunal Constitucional de que el principio *ne bis in idem* es aplicable a las penas y sanciones administrativas (sentencia 30 de enero de 1981). Cfr. CEREZO MIR, *Curso*, t. I, cit., pág. 51; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, págs. 246 y ss.

²⁷ Cuestión debatida por el Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (Francia), *Problèmes d'éthique posés par les essais de nouveaux traitements chez l'homme* (Avis), París, 1984, pág. 3. Cfr. A. SHAPIRA, *Die Anwendung unorthodoxer Behandlungsmethoden bei unheilbar Kranken*, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, 1985, págs. 198-212 (extensamente sobre la ponderación de riesgos-ventajas).

La experimentación con fines científicos en *personas enfermas* se adelanta mediante la administración de sustancias o el sometimiento a técnicas nuevas que no guardan relación con su enfermedad o que, aun estando conectadas con esta, no persiguen primariamente su tratamiento, al menos en las condiciones de la experimentación terapéutica, llegando, incluso, a sustituir las formas de terapia que sí han merecido, en cambio, un reconocimiento contrastado por la medicina; así sucede con la utilización del *placebo*, sea inerte o activo, o de fármacos o procedimientos quirúrgicos cuyas propiedades, eficacia y efectos secundarios no son todavía plenamente conocidos. A la vista de ello, constituiría la asunción de un riesgo excesivo, no permitido, la iniciación de cualquier medida que interfiriera en el curso de la enfermedad, prolongándola o agravándola, o que produjera lesiones irreversibles ajenas al proceso patológico espontáneo²⁸.

En relación con *personas sanas* no hay riesgos, por definición, de interferencias. Pero, dados los principios de indisponibilidad e inviolabilidad presentados más arriba, y que en principio no van a experimentar ningún beneficio para su salud personal, deben ponderarse al máximo los riesgos de lesiones corporales. Por su parte, la normativa sobre ensayos clínicos impone unas garantías y precauciones especiales para determinados grupos de población con riesgos suplementarios para su salud: niños, mujeres gestantes o potencialmente gestantes y ancianos (orden ministerial, art. 5º, 2, 3 y 4º, 1982).

4.2. *El consentimiento.* El consentimiento del sujeto de la experimentación constituye el requisito más importante para garantizar la libre autonomía de su voluntad y libre asunción de riesgos. Sin embargo, el alcance y eficacia del mismo están condicionados a ciertas características del sujeto —en particular, las que se refieren a su capacidad para consentir— y a los potenciales peligros para su salud —en razón de su indisponibilidad—. Por tal motivo, parece aconsejable diferenciar los diferentes grupos más significativos que se pueden presentar.

4.2.1. *Enfermos y voluntarios sanos.* Mientras que el consentimiento de pacientes sometidos a experimentación terapéutica no plantea grandes problemas, o más exactamente, son asimilables a los que se suscitan en los tratamientos normales²⁹, son de extrema dificultad cuando la finalidad es científica, en especial en el requisito previo de la información, tanto en pacientes como en personas sanas adultas.

En efecto, el requisito de un consentimiento libre e informado es con frecuencia difícil de satisfacer, por resultar incompatible con la naturaleza y metodología misma de la investigación. En alguna de las fases de la experimentación (la fase III), con el fin de evitar la subjetividad del sujeto, no se le comunica a este si se le está

²⁸ En este sentido, el *Código de Deontología Médica*, art. 108 ("los enfermos... no podrán ser sometidos a intervenciones o prácticas que puedan ocasionarles el más pequeño inconveniente, o no les sean directamente útiles"); G. H. KIEFFER, *Bioética*, Madrid, Alhambra Universidad, 1983, pág. 287.

²⁹ Véase al respecto a ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, cit., págs. 57-99; y a ROMEO CASABONA, *El médico y el derecho penal*, t. I, cit., págs. 311-385.

administrando el nuevo fármaco o un *placebo*, desconocimiento que puede alcanzar, incluso, al propio investigador (método del doble ciego, doble ciego cruzado)³⁰.

Estos inconvenientes parece desconocerlos la normativa vigente en materia de ensayos clínicos, que, sin embargo, recoge con amplitud el deber de informar, al exigir que para el otorgamiento del consentimiento voluntario y libre, en presencia de un testigo, se haya recibido con anterioridad "una información adecuada sobre los fines, metodología y posibles riesgos del ensayo" (art. 5º, orden ministerial, 1982)³¹. La forma más adecuada y que mejor permite, en mi opinión, conciliar ambos aspectos, consiste en suministrar una completa información de todo el proceso del ensayo, incluido el *placebo*, pero sin indicar el momento en que será administrado.

4.2.2. *Menores e incapaces*. En relación con estos grupos los problemas son todavía mucho más complejos, tanto desde el punto de vista ético³² como del jurídico.

En cuanto a los *niños*, a pesar de las serias precauciones adoptadas por la normativa específica (orden ministerial, art. 5.2) su participación en una experimentación solo es posible si son ellos mismos los potenciales beneficiarios de aquella. El consentimiento que se reconoce a sus padres es lícito únicamente cuando lo otorgan en beneficio de ellos, de acuerdo con los términos de la patria potestad que regula el Código Civil (art. 154)³³. Es evidente que esta circunstancia no se presenta cuando se los somete a una experimentación puramente científica.

Los *deficientes y enfermos mentales* adultos gozan de semejante estricta protección, al menos en apariencia, puesto que sus representantes legales —los tutores— están obligados "a velar" por ellos (C. C., art. 269), y sus funciones "se ejercerán en beneficio del tutelado" (ib. art. 216), lo que también parece que se opone legalmente a que sean sometidos a estas experimentaciones, y más si se encuentran internados en un centro psiquiátrico contra su voluntad. Según esto, solo serían admisibles las experimentaciones terapéuticas. En cualquier caso, debe oírse previamente su

parecer si tiene capacidad para ello, y en los casos de duda o de presuntos abusos cabe acudir al juez, tanto si el enfermo está sometido a su autoridad (si fue declarado incapaz o internado) como si no lo está.

4.2.3. *Presos y soldados*. Por razones distintas, aunque con semejante fundamento, se mantiene el criterio de que tales personas deben quedar al margen de cualquier tipo de experimentación, al dudarse de que por su situación respectiva estén en condiciones para emitir un consentimiento libre de cualquier tipo de presión.

Por lo que se refiere a los primeros —*detenidos o reclusos*—, parece clara su vulnerabilidad, al ser especialmente sensibles a determinados estímulos ajenos a la investigación misma (mejor trato en la prisión, acortamiento de la duración de la condena, etc.); a pesar de ello, no existe una prohibición legal expresa que les excluya³⁴. En cuanto a los *soldados*, este mismo defecto en la formación de la voluntad se produce si la experimentación se realiza en el ámbito de la sanidad militar, al hallarse sometidos a una estricta jerarquía y subordinación. Sin embargo, no debe rechazarse de plano su participación como sujetos de experimentación en la sanidad civil, siempre que no perturbe sus deberes y prestaciones de índole militar (p. ej., molestias en la salud durante el servicio), pues sería incompatible con las necesidades de la defensa nacional.

4.2.4. *Autoexperimentación*. Se aduce en favor de esta que es el propio investigador quien se encuentra en óptimas condiciones para conocer y valorar en cada momento los riesgos que está corriendo con la experimentación. Lo cierto es que desde el punto de vista legal no hay nada que lo impida, incluso ante el evento de que se infligiera un perjuicio o menoscabo en su salud o integridad corporal, puesto que las autolesiones no están castigadas por nuestro Código Penal³⁵.

4.3. *Retribución o gratuidad*. La tendencia actual coincide en que todo sujeto sometido a experimentación debe estar cubierto por un *seguro* que comprenda todos los riesgos de la misma, y ya está previsto para los ensayos farmacológicos en las legislaciones de algunos países (así, R.F. Alemana, Suecia, Austria). Nada establece la nuestra al respecto, lo que no impide su práctica. En mi opinión debería basarse no en la culpa del investigador, sino en la cobertura del riesgo, con responsabilidad de naturaleza objetiva, al igual que sucede en otras actividades de la vida social con peligros incrementados de lesión de ciertos bienes jurídicos (p. ej., tráfico motorizado, energía nuclear). Por este procedimiento quedaría asegurada cualquier eventualidad de perjuicio para la salud del sujeto³⁶.

³⁰ La descripción de las fases y la metodología aparece minuciosamente descrita en la orden ministerial de 12 de agosto de 1982. La utilización del placebo ha originado intensa polémica: S. Box, *The Ethics of giving placebos*, en T. A. SHANON, (ed.), *Bioethics*, Paulist Press, Ramsey, 1981, págs. 281-294.

³¹ Subrayado mío. Sobre la información añade el referido art.: "La información al paciente ante testigos se realizará por el investigador en lenguaje inteligible —no técnico— y dará oportunidad para preguntas y discusiones. Describirá los posibles efectos adversos previsibles y los beneficios que se prevén, tanto para el propio sujeto del ensayo como por generalización, a otros; se hará mención de la metodología a utilizar en el ensayo, siempre que sea distinta de la habitual. Asimismo se aclarará que el ensayo es independiente del tratamiento ordinario y que el sujeto del ensayo puede salir voluntariamente del mismo en el momento en que él lo desee".

³² Véase a FAFO, *Dilemas éticos...*, cit., págs. 616 y s.; LEBACQZ, *Profil et analyse critique des recommandations de la Commission nationale*, cit., págs. 272 y 279.

³³ Este art. dice: "La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º) velar por ellos...". Y añade: "Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten". No ostentan, sin embargo, su representación legal en "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo" (C. C., art. 162, 1º). Se consideran sin discusión derechos de la personalidad la salud e integridad personal, así como la vida.

³⁴ Téngase en cuenta que en los EE.UU. ha sido muy frecuente recurrir a ellos, debido, además de su fácil acceso, a que poseen unas características objetivas (homogeneidad, vida estable, ordenada y controlable) que les hacen muy adecuados para la investigación: A. JONSEN (y otros), "Biomedical experimentation on prisoners. Review of practices and problems and proposal of a new regulatory approach", en *Ethics in Science and Medicine*, 1977, págs. 1-28; KIEFFER, *Bioética*, cit., págs. 272-277.

³⁵ Véase por todos, a J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, Madrid, 1983, pág. 126.

³⁶ Sobre la responsabilidad objetiva en la actividad médica, cfr. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, cit., págs. 257 y ss.; ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho*, cit., págs. 117 y ss.

Junto a esto, también resulta admisible —siempre que no encubra una auténtica retribución, o que no constituya por sí sola una motivación suficiente para aceptar someterse a la experimentación— pagar una *compensación* por los gastos sufridos o por los ingresos perdidos como consecuencia de la experimentación. Más “sospechoso” sería conceder una compensación a modo de indemnización, por los eventuales daños y molestias propios de la experimentación padecidos, pues nos acercaría más a la idea de retribución, que es una cuestión distinta y que se expondrá a continuación.

La cuestión de la *retribución* a las personas que se someten a una experimentación ha sido muy debatida, tanto por bioéticos³⁷ como por juristas. La tendencia es la de su admisión en los países de tradición jurídica anglosajona y su rechazo —aunque no tan unánime— en la europea continental. Nuevamente aquí el silencio es la respuesta de nuestra normativa específica. En otros textos legales en los que está contemplada la disponibilidad del propio cuerpo se parte de la gratuidad de la cesión basada en la idea de la solidaridad humana³⁸. Incluso en los casos en que se autoriza la lesión de la integridad corporal no sustentada en esa idea, sino más bien en los propios intereses legítimos individuales (esterilización, cirugía de cambio de sexo), el consentimiento no podrá ser obtenido mediante precio o recompensa (C. P., art. 428, 2).

En derecho civil se suele estimar que el cuerpo humano, como bien de la personalidad, está excluido de relaciones contractuales, y mucho más si son remuneratorias, y que los supuestos mencionados son excepcionales, en atención a los fines que persiguen, pero no existe una respuesta concluyente al respecto³⁹. Tampoco la hay en relación con la amplia libertad con que se contempla la estipulación de cualesquier pactos, cláusulas y condiciones en los contratos, cuyo único límite se encuentra en que no sean contrarios a las leyes —como sabemos, nada indican sobre el particular—, a la moral, ni al orden público⁴⁰. Quizá puede servirnos de orientación en relación con estos dos últimos el hecho de que el legislador, cuando se ha ocupado de supuestos semejantes, ha prohibido expresamente cualquier precio o contraprestación económica, según hemos visto.

5. GARANTÍAS REFERENTES AL INVESTIGADOR

A lo largo de estas líneas se ha intentado dejar claro que la investigación es un derecho que, en principio, está abierto a todos, pero que cuando se trata de

³⁷ Así, el Comité Consultatif National d'Éthique, *Problèmes d'éthique posés par les essais de nouveaux traitements chez l'homme réflexions et propositions*, cit., pág. 19; GAFO, *Dilemas éticos de la experimentación humana*, cit., pág. 616.

³⁸ Por ejemplo, la ley sobre extracción y trasplante de órganos, cit., art. 2º; real decreto de 9 de octubre de 1985, por el que se regula la hemodonación y los bancos de sangre, art. 3º.1º (no obstante, sigue permitiendo, “con carácter excepcional”, una gratificación económica, de acuerdo con las normas que se señalen al efecto: disposición final 1ª).

³⁹ El art. 271 del Código Civil, que se suele alegar como apoyo en la argumentación, dispone lo siguiente: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”.

⁴⁰ Véase art. 1255 del C. C.

las ciencias empíricas en las que se tenga que acudir al ser humano como sujeto de una experimentación, hay que adoptar las máximas precauciones con el fin de salvaguardar los intereses de aquel. La normativa sobre ensayos clínicos de productos farmacológicos se ocupa también de ello, con especial minuciosidad en esta cuestión, que ha llegado a despertar recelos en algunos investigadores. Por supuesto, tales directrices han de servir de orientación para cualquier otra experimentación no farmacológica realizada en personas.

Como pautas más importantes podemos destacar, en primer lugar, la necesidad de *cualificación* del equipo investigador (orden ministerial, art. 2º) y disponibilidad de medios personales y materiales adecuados. Ha de valorarse, asimismo, el interés científico del proyecto de la investigación.

Existe un *control* por parte de la administración sanitaria, pues es precisa una *autorización* previa de la misma (Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, art. 9º, O.M.) y está previsto su seguimiento, mediante una protocolización de todo el proceso del ensayo clínico.

El conocimiento y supervisión directa del ensayo corresponde al *Comité de Ensayos Clínicos* del hospital (art. 4º, O.M.). En otros países se ha ido imponiendo una institución semejante (p. ej., comités de ética), que son interdisciplinarios, es decir, con una significativa participación de sociólogos, psicólogos, siquiatras, bioéticos, juristas, etc., además de médicos, biólogos, bioquímicos e investigadores; les corresponden funciones mucho más amplias, puesto que intervienen para la salvaguarda de los derechos individuales cuando se producen situaciones delicadas en la vida hospitalaria. Se debería estudiar en nuestro país su introducción con semejantes características, lo que les permitía intervenir también en cualquier otro tipo de experimentación en personas.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En las anteriores breves reflexiones hemos pretendido resaltar dos ideas fundamentales: la investigación goza del máximo reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico; cuando esta consiste en experimentar en personas, el ordenamiento cuenta con una serie de previsiones directas o indirectas que pretenden evitar cualquier daño o perjuicio en el individuo, especialmente cuando se trata de sus bienes más preciosos.

Por otro lado, hemos comprobado que algunos aspectos puntuales no están contemplados legalmente; y deberían estarlo, bien en la dirección de las sugerencias apuntadas, bien en cualquier otra que parezca más oportuna. Y ello debe quedar reservado en el futuro como materia de ley.

Esta opinión en favor de una regulación completa está justificada por hallarse en juego los derechos fundamentales de la persona, en ocasiones con discrepancia de intereses. Por lo demás, viene avalada por el derecho comparado en las legislaciones nacionales internas.

Por otro lado, existe la tendencia en el plano internacional de uniformización y unificación de la legislación en esta materia —al igual que en otras que presentan una proyección e incidencias similares—, tanto de la mano de organismos internacionales oficiales, de los que el Consejo de Europa es uno de los mejores ejemplos⁴¹, como privados, en particular, la Asociación Internacional de Derecho Penal⁴².

⁴¹ Consejo de Europa. *Examination of legal problems in the medical field. Study of the legal aspects of the problems of medical research on human beings and, if necessary, preparation of an appropriate legal instrument*, 10th Meeting, Strasbourg, May, 1985 (sus conclusiones no son todavía oficiales ni definitivas).

⁴² Véase CH. BASSOUINI, TH. BAFES, J. T. EVRARD, *Le contrôle international de l'expérimentation sur l'homme*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1980, págs. 261-470.

EL DELITO DE EXTORSIÓN: MOMENTO CONSUMATIVO Y TENTATIVA

DR. RODOLFO MANTILLA JÁCOME*

Interesante polémica se ha suscitado en torno a la posibilidad de predicar la tentativa en el delito de extorsión. Nosotros hemos sostenido que tal fenómeno se presenta sin ninguna dificultad de acuerdo con el tipo penal del art. 355 del vigente estatuto. Las siguientes son las razones sobre las cuales apoyamos tal conclusión:

La conducta típica

Conforme al art. 355 del Código Penal, la conducta típica de extorsión consiste en constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero.

El verbo rector de la conducta típica de extorsión es *constreñir*. Expresión verbal que significa obligar, precisar, compeler por la fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa, según lo indica la Academia de la Lengua. Se trata de un verbo transitivo¹, pues la actividad del agente se traslada a la persona objeto material de la conducta. Es importante tener en cuenta esta característica porque, como lo afirma el profesor REYES ECHANDÍA, “ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de *resultado*”, al tiempo que en los intransitivos² “la acción del agente revierte sobre sí mismo y por eso dan lugar a los llamados delitos de mera conducta”³.

Debe insistirse en el significado exacto del verbo *constreñir* por ser factor hermenéutico de fundamental importancia; ya se ha dicho al respecto que *constreñir* es obligar, compeler a otro a que haga, omita o tolere algo; la expresión *constreñir* implica utilización de violencia física o moral por parte del agente sobre la persona que se busca constreñir, esto es, la aplicación indebida de fuerza sobre la víctima, a fin de doblegar su voluntad para que realice algo querido por el agente.

* Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga, profesor de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

¹ Indican traslación de la actividad del agente sobre personas o cosas, tienen terminación en ir, ar. Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 5ª edición, 1981, pág. 72.

² La acción del sujeto revierte sobre sí mismo: imponerse, fugarse. Cfr. REYES, ob. cit., pág. 72.

³ Ídem, ibídem.

Por eso constreñir implica "apremio y compulsión" sobre la víctima que pierde su autonomía y actúa con voluntad gobernada, no libre, dirigida por el sujeto agente que la lleva a hacer, omitir o tolerar algo.

Sobre el particular dijo el Tribunal Superior de Bucaramanga:

"El verbo rector de esta modalidad delictiva en los términos del art. 355 del C. P. es constreñir, que indica obligar, compeler por la fuerza, en significativa expresión que enseña que el comportamiento de la víctima al hacer, tolerar u omitir algo, se debe a voluntad viciada por la amenaza de un mal próximo, inminente. En este sentido la inteligencia de la norma exige que la persona haga, tolere u omita algo por razón de la amenaza con potencialidad de daño que se cierne sobre ella y sin ser necesario que efectivamente se obtenga el provecho perseguido por el sujeto activo de la infracción"⁴.

Por ello afirmamos que constreñir no es sinónimo de amenazar, o, mejor, que amenazar no es acepción del verbo constreñir; mediante la amenaza se puede llegar a constreñir, pero para ello se requiere que la amenaza haya logrado un impacto psicológico en la víctima, que elimine su autodeterminación y la lleve a actuar con voluntad viciada; mientras esto no ocurra la persona podrá estar amenazada pero no constreñida.

Esta precisión terminológica es necesaria porque quienes niegan la posibilidad de la tentativa en el delito de extorsión, parifican necesariamente amenaza a constreñimiento; así entienden, por ejemplo, que el envío de una carta o la realización de una llamada telefónica, en la que se exige la entrega de algo bajo la amenaza de un mal, consuma el delito sin que sea necesario que el sujeto pasivo haga, omita o tolere algo. Esto es, les basta la amenaza para la consumación del hecho punible.

Cabe recalcar que constreñir tiene una significación distinta y superior que amenazar, ya que cuando el sujeto pasivo es constreñido su voluntad está doblegada, no tiene autodeterminación, el sujeto agente ha logrado el impacto psicológico suficiente que le permite tomar los hilos de la voluntad de su víctima y manejarla haciendo que actúe como él desea.

Desde el punto de vista de su contenido y teniendo en cuenta los términos del art. 355, el de la extorsión es un tipo penal de *resultado*, esto es, que "la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si él no se ocasiona, el hecho carece de tipicidad plena"⁵.

El evento exigido, en tratándose de extorsión, consiste en lograr que la víctima "haga, omita o tolere algo"; esto necesariamente implica comportamiento transformador del mundo exterior por parte de la víctima, que, controlada en su voluntad por el sujeto agente, hace algo, entrega una cosa, suscribe o destruye un documento, omite realizar algún comportamiento o tolera que hagan algo.

⁴ Auto de 3 de febrero de 1983, con ponencia del suscrito.

⁵ REYES ECHANDÍA, ob. cit., pág. 72.

En ese sentido debe resaltarse que la conducta extorsiva es esencialmente igual⁶ en el Código derogado que en el Código vigente; así, el art. 406 del Código de 1936, dice: "El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos..."; a su vez, el Código vigente en su art. 355 dice: "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero,...". La conclusión de que ambas conductas son esencialmente iguales no admite reparos si se observa que "constreñir" es lo mismo que "obligar mediante violencias o amenazas", y el evento o resultado exigido de que la víctima haga, omita o tolere algo es exactamente igual a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos. Así lo entiende también el profesor BAQUERO BORDA cuando afirma: "Hoy se dice: ...«hacer, tolerar u omitir alguna cosa», fórmula con la que se simplifica la redacción, se evitan enumeraciones que puedan dar lugar a vacíos incolmables y se comprende de manera amplia todos los comportamientos de la víctima que puedan menoscabar su patrimonio"⁷.

Quienes, por el contrario, afirman que el tipo penal de extorsión no es de resultado sino de mera conducta, en cuanto se perfecciona plenamente con el solo comportamiento del agente sin que se requiera la verificación de un resultado (evento), están pasando por alto la condición de *transitivo* que tiene el verbo rector constreñir, y que, como lo afirma el profesor REYES ECHANDÍA, "Ese trascender de la conducta en busca de una finalidad es lo que hace que los tipos penales con verbo transitivo sean generalmente de resultado"⁸; y están además haciendo abstracción, escondiendo u olvidando diríamos mejor, la exigencia legal que hace parte estructural del tipo penal de que la víctima haga, omita o tolere algo, lo cual implica un evento, un resultado, un comportamiento de acción o de omisión del sujeto pasivo con voluntad gobernada, que transforma el mundo exterior y produce un cambio en las cosas.

Debe distinguirse, para evitar confusiones, entre el evento exigido, esto es, que la víctima haga, omita o tolere algo, y el ingrediente subjetivo del tipo penal, que es cosa distinta del resultado y que apunta a la finalidad específica o motivo último de la delincuencia, cual es el "propósito de obtener un provecho ilícito para él o para un tercero".

Algunos intérpretes han visto en la presencia del aludido ingrediente subjetivo una razón de peso para afirmar que el de la extorsión es un tipo penal de mera conducta, por cuanto no exigiéndose la efectiva incorporación patrimonial por parte del agente, sino bastando solamente la prueba del ánimo de lucro, concluyen sin

⁶ ALVARO PÉREZ PINZÓN, *Derecho penal especial*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1985, pág. 343.

⁷ HERNANDO BAQUERO BORDA, "El delito de extorsión", en *Estudios de Derecho Penal*, Cali, edición de la Fundación para la Investigación de Estudios Jurídicos, 1981, pág. 25.

⁸ REYES ECHANDÍA, ob. cit., pág. 72.

razón que no se requiere evento o resultado, olvidándose, como ya lo dijimos, la exigencia de que la persona haga, omita o tolere algo, lógicamente sin que sea necesario que se efectivice en beneficio patrimonial en el sujeto agente.

Además, quienes esto sostienen, no podrían explicar cómo siendo esencialmente iguales los tipos que regulan la extorsión en el estatuto derogado y en el vigente, en cuanto uno y otro contienen idéntico ingrediente subjetivo ("y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito" dice el art. 406 del Código del 36, al tiempo que el estatuto de 1980 establece: "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero"), la doctrina y la jurisprudencia en forma unánime y reiterada en vigencia del Código del 36 aceptan la posibilidad de la tentativa en el delito de extorsión⁹; y cómo ya empieza a reconocerse por parte de los autores que se han ocupado del asunto en vigencia del nuevo Código¹⁰, con la aislada excepción de ARENAS¹¹, quien guiado por el comentario del comisariado SALGADO¹² en el seno de la Comisión redactora del anteproyecto de 1974, sostiene que el de la extorsión es un tipo penal de mera conducta¹³.

Es necesario tener en cuenta que el ingrediente subjetivo no es factor determinante para efectos de establecer si un tipo penal es de resultado o de mera conducta; quienes piensan de otro modo están olvidando la razón de ser de los ingredientes especiales del tipo, entre los que se cuentan los llamados ingredientes subjetivos. Se ha dicho, y esta es una verdad indiscutible, que los ingredientes subjetivos cumplen una labor de precisión y determinación de la conducta típica en aquellos casos en los que no son suficientes para ello los elementos objetivo-descriptivos; así, por ejemplo, si en el delito de hurto el legislador no hubiere introducido tal elemento al exigir un propósito de aprovechamiento, quedarían incursas injustamente dentro de tal tipo penal algunas conductas que no merecen el calificativo de típicas de hurto por no tener el sujeto activo el propósito de aprovechamiento, sino otro motivo lícito¹⁴. El mismo ejemplo sirve para el caso de la extorsión, en la que el legislador ha precisado el tipo con el ingrediente subjetivo del "propósito de obtener un provecho ilícito". Ingrediente que en este caso concreto sirve además para definir la ubicación típica de las conductas extorsivas, pues de no existir tal ingrediente, el intérprete tendría grandes dificultades para distinguir en el momento de la selección de la norma, entre la concusión (art. 140), el constreñimiento ilegal

⁹ En relación con el Código de 1936 sostuvieron tal posición PÉREZ, MESA VELÁSQUEZ, PACHECO OSORIO, BARRERA DOMÍNGUEZ, entre otros.

¹⁰ Así BAQUERO BORDA, PÉREZ PINZÓN y BARRERA DOMÍNGUEZ.

¹¹ Cfr. ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. II, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 267 y ss.

¹² Véase el acta núm. 125 de 2 de noviembre de 1973, en *Proyecto de Código Penal 1974*. Actas de la Comisión Redactora, Bogotá, Ed. del Ministerio de Justicia, 1974, págs. 764 y 765.

¹³ El equívoco parece que radica en entender solamente como tipos penales de resultado, aquellos en que se efectiviza el provecho económico, como es el caso de la extorsión en la legislación italiana (art. 629) o de la estafa en la colombiana (art. 356).

¹⁴ El conocido ejemplo del amigo del pintor que saca del estudio de este unos cuadros, sin su consentimiento, para llevarlos a una exposición con el ánimo de beneficiar a su amigo pintor.

(art. 276), constreñimiento para delinquir (art. 277), y el propio delito de extorsión (art. 355).

Recuérdese además que existen tipos penales de resultado con ingrediente subjetivo, como el hurto (art. 349) y la extorsión (art. 355), y así como tipos penales de mera conducta con ingrediente subjetivo (arts. 125 y 142).

Además, quienes sostienen la tesis de que la presencia del ingrediente subjetivo descarta la exigencia de un resultado, se encontrarían ante la necesidad de afirmar, por ejemplo, que el tipo de hurto sería un tipo penal de mera conducta, por cuanto allí el ingrediente subjetivo indica que no se requiere la incorporación patrimonial del provecho, sino que basta con la comprobación del motivo de la delincuencia; sin embargo a nadie se le ocurriría negar la necesidad de un resultado en el delito de hurto, que no es otro que el apoderamiento, acción material y concreta que no implica efectivización del beneficio patrimonial, aclaramos; situación similar se presenta en el tipo de extorsión donde tampoco se requiere la incorporación patrimonial, bastando solo la constatación del motivo de la delincuencia, esto es, el propósito de obtener un provecho ilícito; pero nadie podría negar que allí también se exige un resultado, cual es la necesidad de que la víctima haga, tolere u omita algo. Así lo exige la descripción típica y así se desprende de la significación misma del verbo "constreñir".

Ocurre, sí, que en tratándose de extorsión el evento o resultado corre por cuenta de la víctima que actúa manipulada, con voluntad doblegada y dirigida cual marioneta en manos del sujeto agente.

Creemos haber demostrado que el de extorsión es un tipo penal de resultado, y de acuerdo con ello el momento consumativo del delito ocurre "cuando el presionado, a consecuencia directa del constreñimiento, hace, tolera u omite lo perseguido por el agente"¹⁵, como acertadamente lo expone el profesor BAQUERO BORDA: "El momento consumativo del delito, ofrece en nuestra opinión un doble aspecto: el constreñimiento de la víctima resultado de la conducta ejercida por el sujeto activo (limitación de la libertad de determinación) y el comportamiento de la misma víctima que se manifiesta en un acto de disposición sobre sus bienes (daño o puesta en peligro de la integridad del patrimonio económico). Se debe tener presente que el bien jurídico cuya tutela prevalece es este último, ya que el constreñimiento es elemento de varias infracciones penales y por sí mismo constituye delito. Es preciso aclarar que no es necesario que el agente obtenga el provecho ilícito, pues basta que este sea su propósito.

"Si solo se atenta contra la libertad de determinación en forma efectiva —constreñimiento— y no se logra que el sujeto pasivo realice la conducta hacer, no hacer o tolerar en 'provecho' del agente, apenas estaremos en el terreno de la tentativa"¹⁶.

No sobra insistir en la necesaria relación causal que debe existir entre la actividad del sujeto agente que debe ser causa del constreñimiento de la víctima, y el constreñi-

¹⁵ PÉREZ PINZÓN, ob. cit., pág. 343.

¹⁶ BAQUERO BORDA, ob. cit., pág. 28.

miento de la víctima que debe ser a su vez causa de su comportamiento que equivale a la producción del evento o resultado requerido para la consumación del delito.

En este punto se puede afirmar que surge diáfana la posibilidad de predicar la tentativa en aquellos casos en los que el *iter criminis* sufre interrupción por circunstancias ajenas a la voluntad del agente dentro de los denominados actos ejecutivos del delito de extorsión.

Cuando el sujeto agente realiza actos idóneos e inequívocamente dirigidos a constreñir a su víctima para obligarla a hacer, tolerar u omitir algo, sin conseguirlo por circunstancias ajenas a su voluntad, debe aplicarse el art. 22 del Código Penal. Algunos ejemplos permiten hacer aún más explícito nuestro punto de vista, así:

Caso 1º: Pedro envía a Juan una carta suscrita por un supuesto grupo guerrillero, en la que bajo amenaza de muerte lo conmina a entregar cinco millones de pesos. Juan recibe la carta y la pone en conocimiento de la autoridad, que dispone un operativo en el que aparentemente Juan le va a llevar la cuerda al delincuente con la finalidad de capturarlo. En cumplimiento del operativo Juan entra en comunicación telefónica con Pedro, acordando con este hora y sitio y forma de entrega del dinero. Lógicamente Pedro es capturado en el momento en que recoge el paquete. Este caso debe resolverse como una tentativa de extorsión, por cuanto las amenazas realizadas por Pedro no lograron sobre Juan el impacto psicológico requerido para obligarlo a hacer lo que le pedían. Ahora bien, si *aparentemente* Juan realiza la conducta exigida por Pedro, es indudable que lo hizo en cumplimiento de un operativo diseñado por la autoridad, no existiendo, por lo tanto, nexo de causalidad entre la conducta de Juan y las amenazas de Pedro.

Caso 2º: Pedro llama por teléfono a Juan y bajo amenaza de muerte le exige a nombre de un grupo guerrillero la suma de cinco mil pesos; las autoridades inician el rastreo del aparato telefónico desde donde llama Pedro y en la quinta llamada logran capturarlo. Este caso debe resolverse también como tentativa de extorsión, porque Pedro no ha conseguido, por circunstancias ajenas a su voluntad, que Juan haga (entregarle el dinero) lo que él quería.

Caso 3º: En la misma hipótesis anterior, Juan, constreñido por la amenaza, entrega el dinero a Pedro, quien en el momento de recogerlo o instantes después, es capturado por la autoridad. Se trata de un caso consumado de extorsión, en el que efectivamente se logró que la víctima hiciera algo (entrega del dinero) por causa de la amenaza, y sin que se requiera la efectiva incorporación patrimonial por parte del agente.

Los anteriores ejemplos parten de la idoneidad de la conducta del autor, esto es, que la amenaza tiene capacidad de constreñimiento. Distinta es la situación en aquellos casos en los cuales la conducta del agente es inidónea, por ejemplo, cuando alguien mediante una carta, llamándose enviado del demonio, le exige dinero a un abogado so pena de hacerle un maleficio. Tal conducta caería en el ámbito del delito imposible por inidoneidad de la conducta.

SECCIÓN DE MEDICINA LEGAL

LA INVESTIGACIÓN MEDICOLEGAL EN LOS ACCIDENTES DE AVIACIÓN

DR. CÉSAR AUGUSTO GIRALDO G.*.

El primer accidente aéreo sucedido en América fue en 1908⁽¹⁾; en Colombia ocurrió el 29 de abril de 1920, en el que solo pereció el piloto, habiendo resultado indemnes los pasajeros⁽²⁾. El primer desastre masivo en nuestro territorio fue el 24 de junio de 1935, cuando chocaron un trimotor Ford y una nave de "Scadta" al despegar el uno y aterrizar el otro en el aeropuerto de Medellín; en este accidente aéreo hubo 15 víctimas, contándose entre ellas el entonces ídolo de la canción Carlos Gardel y varios de sus guitarristas. Entre nosotros no existe recopilación de los accidentes de aeronavegación, como en los Estados Unidos⁽²⁾.

El desarrollo de la aviación comercial, militar y privada en Colombia ha sido notorio; lo abrupto de la geografía colombiana ha llevado a construir pistas de aterrizaje en zonas donde aún no han llegado los vehículos automotores.

Cuando sucede un accidente de aviación, inmediatamente interviene el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, que hace la investigación del suceso, además de la participación de grupos de rescate como Defensa Civil, Cruz Roja, voluntarios y curiosos, y a veces las autoridades administrativas del lugar, valga la verdad, sin una coordinación y jerarquía de organización.

Desde el punto de vista medicolegal, la investigación *post mortem* hace parte del grupo que estudia el "factor humano", y, al menos entre nosotros, no existe un derrotero y tampoco personal experto que lleve a cabo de una manera técnica esa importante función; las autoridades aeronáuticas solicitan copia de las necropsias, muchas veces incompletas y lacónicas, estableciéndose muy pocas veces correlación entre los hallazgos de la necropsia y la historia médica del piloto y de la tripulación de la nave. Los errores humanos han sido considerados como la mayor causa de las catástrofes, lo que resalta la importancia del estudio medicolegal.

I. La investigación "post mortem"

En todo accidente de aviación con víctimas, fatales, debe planearse el estudio *post mortem*. Difiere esta planeación si la aeronave accidentada es pequeña, de propie-

* Jefe del Instituto de Medicina Legal de Medellín. Profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia.

dad particular, usualmente con pocos ocupantes, o si se trata de una nave comercial con numerosas víctimas, o, lo que es peor, si se trata de un desastre masivo con centenares de cadáveres. En todos los casos la investigación *post mortem* es de gran trascendencia; técnicamente efectuada ayudará, a veces mucho, tanto hasta clarificar las causas del accidente, como en casos documentados en la literatura y en nuestro medio; y a veces poco, pero siempre contribuirá a la obligación de investigar los accidentes aéreos con un enfoque de prevención por causas similares.

El equipo medicolegal que interviene en estas catástrofes tiene dos funciones primordiales: 1) Realizar un estudio *post mortem* completo del piloto y de la tripulación, con sus exámenes adicionales, de tal modo que se llene el cometido de una necropsia anatomopatológica completa con estudio histológico, una necropsia toxicológica y una necropsia psicológica. La exploración *post mortem* no se reduce a describir simplemente las mutilaciones o quemaduras de los cadáveres: es un trabajo sistematizado y riguroso técnicamente, así existan cambios de autólisis. 2) La segunda función, también de capital importancia, es el establecimiento del número de cadáveres y la identificación de estos; esta función tiene tremendas implicaciones civiles en la expedición de certificados de defunción, acaso efectos sucesorales en supervivencia momentánea de alguno de los cónyuges, en el cobro de seguros y en aclarar la existencia o no de sobrecupo en la nave.

II. Necropsia en la tripulación

La identificación correcta del piloto y del copiloto es una imperiosa obligación de quien dirige la investigación, que debe ser el Inspector de la Aeronáutica, con una autoridad que, de manera especial en estos hechos, debería tener categoría de policía judicial. De ser posible, el médico que examine *post mortem* el cadáver del piloto, debe asistir al lugar del accidente, o por lo menos ser enterado prolijamente del rescate del cuerpo y hacer un reconocimiento de la cabina para poder correlacionar muchos traumas externos e internos. En las primeras investigaciones hace más de sesenta años, cuando los aviones no eran muy veloces, el descubrimiento de trauma encefalocraneano severo permitió recomendar el uso del casco en los pilotos, lo que pudo evitar algunas muertes en los albores de la aviación⁽¹⁾. Es también fundamental que el médico conozca por lo menos las circunstancias del desastre; si este ocurre durante el decolaje o cuando la nave está aterrizando, como sucede en el 70% de las oportunidades, o, como pasa en el 30% de las restantes, cuando el avión se accidenta en pleno vuelo; en esta última circunstancia, si hubo explosión o desintegración de la aeronave debe pensarse en sabotaje, para buscar lesiones por onda explosiva en las víctimas, como exploración además por rayos X para descubrir fragmentos metálicos⁽⁶⁻⁷⁾.

El examen exterior tiene que ser minucioso; especial cuidado requiere el de las manos y los pies, puesto que las fracturas en huesos del carpo y del tarso han sido señaladas como muy características en quien comandaba la nave, especialmente

en aeroplanos pequeños de uso privado⁽⁵⁾. Todos los signos de trauma serán detalladamente descritos; la presencia o ausencia de quemaduras, así como el color de la piel, indicarán, correlacionado con los niveles de monóxido de carbono y hallazgos internos, si las quemaduras fueron antes de la muerte o si sucedieron después del deceso en el incendio de la aeronave; se acepta que niveles mayores del 10% del CO son indicativos de absorción, en vida, del gas; niveles menores pueden existir en fumadores, por lo que es necesario conocer los hábitos de los tripulantes.

El examen interno ha de ser también completo. En el encéfalo, en caso de quemaduras por altas temperaturas, puede haber como fenómeno *post mortem* extravasación de sangre en el espacio extradural, aparentando un hematoma extradural; también en este caso, los niveles de CO, la presencia o ausencia de fracturas de cráneo, y los bordes hemorrágicos de estas, acreditarán o negarán si esa colección sanguínea fue traumática y por lo tanto con un lapso de sobrevivencia, o si fue un artefacto *post mortem*. De otra parte el trauma encefalocraneano severo es frecuente.

Es igualmente obligatoria la exploración de laringe y tráquea para observar la presencia o ausencia de ceniza, que, en caso de incendio y quemaduras, acreditará también algún tiempo de supervivencia, o permitirá atribuir la muerte a asfixia.

En el tórax, a más del examen de la caja costal y de la columna, que se fracturan con alta frecuencia, se diseccionarán cuidadosamente los pulmones y el corazón; en este se examinarán con sumo cuidado las arterias coronarias, válvulas y músculos; la aorta y la vena cava en su recorrido entre tórax y abdomen serán individualizadas por si hubo desgarros o rupturas. En corazón es frecuente el estallido.

En el abdomen se examinará el contenido gástrico y se guardarán restos sólidos o líquidos para un eventual examen bromatológico o de tóxicos; el estallido de las vísceras macizas o huecas es preciso investigarlo, y también el contenido de intestino.

En las extremidades inferiores, hace algunos años eran características las fracturas de tibia, probablemente por la disposición de las sillas, que tenían una barra metálica; en la actualidad son más frecuentes en el fémur⁽⁶⁾; la silletería de los aviones comerciales es abatible hacia adelante.

III. Estudios microscópicos

Ante la duda del origen vital o *post mortem* de una herida, debe depositarse un fragmento con fijación del tejido, en formol al 10%. Siempre será indispensable el estudio histológico de los pulmones, así se hayan iniciado cambios de autólisis. Los fragmentos de ceniza, que indican una reacción vital y por ende sobrevivencia, podrán observarse en las ramificaciones bronquiales; y las mismas reacciones vitales de congestión, hemorragia y la presencia de polinucleares, reafirman la observación macroscópica de lesión vital.

La presencia de émbolos grasos, cuyo significado patológico en traumas masivos del cuerpo difiere del significado clínico del síndrome de embolia grasa en fracturas de uno o más huesos, indica también lesiones *ante mortem*, o, de otra manera, supervivencia por algunos instantes o por más tiempo después del trauma extenso que puede correlacionar el lapso de sobrevida; con menos frecuencia puede existir embolismo pulmonar de médula ósea⁽⁸⁾. Debe recordarse que el pulmón, para demostrar émbolos grasos, debe ser congelado y teñido por la coloración de Sudán o similar. De cada lóbulo pulmonar debe incluirse un fragmento.

El estudio del corazón es de suma importancia: la enfermedad coronaria ha sido responsable de la muerte del piloto durante el vuelo en numerosas oportunidades⁽⁹⁻¹⁰⁾; la tabla siguiente, tomada de J. K. MASON⁽⁶⁾, demuestra una serie de casos de la aviación comercial, en los que el accidente fue atribuido a súbita incapacidad del piloto por coronariopatía.

AÑO	TIPO AVIÓN	PAÍS ACCID.	Nº DE MUERTOS	FASE DEL VUELO
1961	DC4	AUSTRALIA	2	Aproximación nocturna
1962	Lockheed 1049	USA	3	Aproxim. por instrumentos
1966	180C	USA	83	Aterrizando
1966	DC4	COLOMBIA	56	Minutos después de despegar
1966	CV 440	NORUEGA	1	Aterrizando
1972	Trident	REINO UNIDO	118	Despegando
1974	Piper 31-350	REINO UNIDO	8	Poco tiempo luego del despegue.

En los casos que nosotros hemos estudiado, tenemos uno bien documentado que sucedió en noviembre de 1978, cuando un pequeño avión se accidentó en la localidad de San Jerónimo, al occidente de Medellín, minutos después de despegar, en el cual perecieron todos sus ocupantes; el piloto, un hombre de 45 años, no sufrió mayores traumas, pero las coronarias tenían una severa ateromatosis y una trombosis reciente, sin que el tórax tuviera huellas de trauma. La correlación de este dato y el estudio médico de la Aeronáutica demostró que en la mañana, cuando el piloto vigilaba el aprovisionamiento de gasolina, sufrió una lipotimia con sudoración. La trombosis coronaria por enfermedades arterioesclerótica, o los focos múltiples de estenosis de más del 70% de la luz, sin trombosis, deben diferenciarse de la oclusión traumática por impacto directo, en la cual son evidentes las contusiones cardíacas y la obstrucción por violencia directa es simultánea con la muerte.

El estudio cuidadoso del corazón permite aun descubrir casos insólitos: en diciembre de 1983, cuando trataba de realizar un "overhaul", un jet Boeing 707 carguero se precipitó a tierra falleciendo los dos pilotos, el ingeniero de vuelo y otras personas que no viajaban en el avión, pues el accidente fue prácticamente en las calles de Medellín. La necropsia del capitán de la nave demostró traumas

encefalocraneanos, en abdomen y en extremidades, pero no en tórax; la disección del corazón aportó una lesión pálida en situación subendocárdica del ventrículo izquierdo con hemorragia en la periferia, diferente de la clásica lesión del choque, que se caracteriza por hemorragias también subendocárdicas por debajo de la salida de aorta⁽¹¹⁻¹²⁾. El estudio microscópico con coloración de hematoxilina eosina y pas (ácido peryódico de Schiff), ilustró una lesión con necrosis reciente de la red de Purkinje (sistema de conducción del corazón), lesión que es conocida como cardiomiopatía del stress⁽¹³⁾. En este caso específico lo severo de los traumas de encéfalo y abdomen permiten colegir que el deceso fue inmediato, y la ausencia de lesiones exteriores en el tórax, permiten descartar una etiología traumática, así como también de origen isquémico, puesto que la arterioesclerosis era mínima, con solo estrías lipóidicas y placas fibrosas. Esta miocardiopatía se ha descrito en personas que sufren intenso pánico agudo.

Se han señalado otras alteraciones que pueden incapacitar súbitamente al piloto, tales como miocarditis y ruptura de aneurismas cerebrales⁽⁴⁾; la enfermedad diarreica aguda parece ser la causa más frecuente, pero sin consecuencia alguna en la integridad del piloto⁽¹⁴⁾ o peligro de accidentes.

IV. Otros estudios en los tripulantes

La hipoxia en aviones que vuelan a más de 12.000 pies de altura⁽²⁶⁾ es corregida por las cabinas presurizadas y por dispositivos que suministran individualmente oxígeno; se acepta que la concentración de más de 200 mg% de ácido lácteo en el cerebro del piloto indican hipoxia⁽²⁶⁾; el estudio siempre debe complementarse con esa determinación.

La dosificación de alcohol es también constante como examen adicional⁽¹⁵⁾; la muestra ideal es sangre y orina; si la putrefacción o el conjunto de traumas no permiten coleccionar estas muestras, puede servir la médula ósea de vértebras o el bazo.

El estudio de drogas psicoactivas es también necesario, no solo de las drogas de uso recreativo, como marihuana y cocaína, sino también de productos farmacológicos psicoactivos y antihistamínicos. Los tripulantes de vuelos transcontinentales sufren en ocasiones trastornos de su ritmo circadiano: a veces los días muy largos, y en otras las prolongadas noches, pueden ser causa del consumo de sustancias depresoras del sistema nervioso central o de estimulantes para poder dormir mejor, o para mantenerse más despierto, máxime si se tiene en cuenta la liberalidad con la que se consiguen en nuestro medio y la promoción de estas drogas que estimulan el consumo de benzodiazepinas, en la que se exhiben fotos de pilotos aterrizando en un jet y se afirma que cuando los reflejos son necesarios, esa es la droga precisa⁽¹⁶⁾.

El monóxido de carbono (Co) ya mencionado es también de dosificación obligatoria; concentraciones altas van a indicar que había vida cuando se presentó el incendio y pueden ser indicio de la forma de muerte; presencia de ácido cianhídrico

y fluorhídrico, al igual que el Co, también debe ser investigado en los pasajeros, puesto que estos gases venenosos se producen por las altas temperaturas que se generan cuando el accidente es seguido de incendio. La sangre es el elemento idóneo para el examen, pero también sirve el bazo.

En aviones dedicados a la fumigación, la dosificación de colinesterasas puede llegar a explicar el accidente; la muestra ideal es sangre heparinizada; la dosificación de clorados es el otro análisis, puesto que estos dos pesticidas son los usados por aspersión aérea⁽²²⁾.

Cuando la aeronave cae en el mar o en un lago o río, el estudio *post mortem* buscará signos que permitan diagnosticar o descartar muerte por sumersión, poniendo especial cuidado en la búsqueda de hemorragias de etmoides⁽¹⁷⁾, o de oído medio⁽¹⁸⁾, en ausencia de trauma encefalocraneano⁽²³⁾.

La autopsia sicológica, o sea el estudio del comportamiento del último día de los tripulantes en busca de factores que indiquen alteraciones emocionales, o de la conducta, ha despertado mucho interés y empieza ya a ser parte constitutiva de la investigación médica completa en estos desastres. Personal experto en sicología y siquiatria entrevista a las personas que en el último día estuvieron en contacto con la tripulación, incluyendo los familiares más cercanos, y evalúa las pruebas sicodiagnósticas que se hicieron en vida⁽²⁴⁻²⁵⁾.

Identificar plenamente las víctimas de un accidente y establecer su número es otra de las funciones del equipo medicolegal⁽¹⁹⁾.

En aviones pequeños, con pocos ocupantes, la tarea no es difícil; si los cuerpos no han quedado mutilados, es simple y sencilla esta etapa. En vuelos comerciales con aeronaves de poca capacidad de pasajeros, el primer paso es contar los cadáveres. Parece simple lo anterior, pero no lo es, porque el accidente sucede muchas veces en sitios de difícil acceso y en condiciones climáticas adversas, y las comisiones de rescate van recuperando de manera fragmentaria los cuerpos; y, lo peor, en no pocas veces esos despojos han sido saqueados, despojándolos de elementos de uso personal como anillos, argollas matrimoniales, pendientes, cadenas, relojes, etc.

De cada cadáver o fragmento de cuerpo rescatado ha de hacerse una descripción externa completa, que incluye detalles en el vestido y objetos de uso personal; uno de los miembros del equipo se encarga de dar el certificado de defunción. La ayuda del odontólogo es en esta situación de un valor incalculable; una carta dental técnicamente elaborada permite la identificación inequívoca. Es importante tener en cuenta que la rigidez cadavérica impide en la mayoría de los casos abrir la boca, por lo que es necesario seccionar los músculos maseteros. La necrodactilia, por la frecuente quemadura de las manos, y en otras oportunidades por los cambios ocasionados por la putrefacción, tiene una utilidad limitada. Es importante recordar de nuevo que los objetos de uso personal (anillos, relojes, cadenas, pendientes, argollas matrimoniales), son de gran utilidad para efectos de identificación.

El aspecto general del lugar donde son recolectados los despojos y la profusión de cadáveres, es francamente un espectáculo macabro para el personal que no esté

acostumbrado a este tipo de trabajo, por lo que debe procurarse, cuando sea necesario el reconocimiento personal por parte de alguno de los deudos, cubrir los cuerpos que no parezcan tener las características del que ha de ser identificado.

En los casos en que sea preciso para efectos de una plena identificación practicar necropsia completa, debe hacerse; y si están indicados los exámenes adicionales por alguna circunstancia especial, también se han de tomar todas las muestras. La forma de la muerte: por traumas, por quemaduras o por asfixia, puede generalmente deducirse del completo examen exterior; si el examen exterior no demuestra lesiones capaces de producir la muerte, procede entonces una necropsia completa.

En algunos casos la exploración de los órganos busca aclarar la historia clínica, como por ejemplo, determinar alguna válvula prostética cardíaca, ausencia quirúrgica de órganos (colecistectomía, apendicectomía), procedimientos quirúrgicos (Billroth gástrico), presencia de prótesis óseas o articulares, defectos óseos, o cualquier alteración confrontable con la historia médica.

El certificado de defunción, ya mencionado, es otra obligación del equipo médico: su carácter de documento público, sus implicaciones civiles y eventualmente penales, obligan a extremar cuidados en su expedición.

En desastres masivos, con gran cantidad de víctimas, probablemente solo países de alto desarrollo como EE.UU., Inglaterra, Alemania y Austria pueden prestar una ayuda eficiente, lo que ya fue demostrado con motivo del desastre de las Islas Canarias en Santa Cruz de Tenerife, en el que hubo 577 víctimas, cuando chocaron dos jet 747 (Jumbos), uno de KLM y el otro de la Pan American en marzo de 1977.

En esa catástrofe, la mayor de la historia de la aviación, a petición del gobierno español, un grupo técnico americano, experto en distintos campos forenses colaboró activamente y trasladó los cadáveres de los ciudadanos americanos a los EE.UU., logrando la identificación de 212 personas por los siguientes métodos⁽²⁰⁾.

Métodos de identificación en los ocupantes del Boeing 747 de Pan American:

Identificación positiva:

Por carta dental	156
Huellas digitales (solamente)	5
Radiografías (solamente)	15
Objetos (personales solamente)	3
Carta dental y huellas	19
Carta dental y radiografías	8
Carta dental y objetos personales	3
Carta dental e historia médica	1
Radiografía e historia médica	1
Radiografía y objetos personales	1
Total:	212

Las autoridades alemanas, también con un completo equipo, lograron identificar el 82% de víctimas que ocupaban el avión de KLM⁽²¹⁾.

Lo anterior demuestra lo complejo que resulta este cometido, máxime si se considera que el incendio es frecuente, las quemaduras extensas y las tremendas complicaciones que requiere el almacenamiento adecuado de centenares de cadáveres.

V. Otros aspectos

La espectacularidad de los desastres aéreos y la conmoción que suelen causar, provocan de inmediato gran despliegue informativo por medios periodísticos, de radio y de televisión.

Desde el ángulo medicolegal, la información tiene que ser centralizada por múltiples razones: hace parte de una investigación administrativa y judicial que en muchos aspectos es reservada; las noticias inconsistentes sobre número de cadáveres, hipotéticos sobrecupos y presuntos hallazgos de necropsia, solo contribuyen a causar desconcierto entre el público y en los familiares de las víctimas.

VI. Resumen

El cuadro siguiente resalta los objetivos específicos de la intervención del equipo medicolegal como contribución a estas investigaciones que necesariamente son multidisciplinarias, y se ubica en el estudio del factor humano.

NECROPSIA TRIPULACIÓN	Morfológica	macro y microscópica
	Toxicológica	alcoholes; sustancias psicoactivas; pesticidas; CO; HCN; HF.
	Sicológica	exploración del estado emocional las 24 horas anteriores.
INVESTIGACIÓN EN LOS PASAJEROS	Identificación	examen exterior completo; objetos personales; carta dental; historia médica; Rayos X.
	Expedir certificado de defunción	
PASAJEROS: FORMA DE MUERTE	Politraumatismos	
	Quemaduras	
	Asfixia	
	Intoxicación	
	Combinación de lo anterior	

SUPLEMENTO

Resumen de accidentes de aviación en cuya investigación ha contribuido el Instituto de Medicina Legal de Medellín

TIPO DE AVIÓN	FECHA	EMPRESA-LUGAR	VÍCTIMAS
1) Beechcraft	3- X-71	Cesnyca (Boquerón)	11
2) Cessna	2- X-72	Inst. Agustín Codazzi (Calle Colombia)	4
3) Beechcraft	14- IX-72	Cesnyca (Cerro San Félix)	11
4) DC3	22- II-75	Aerocóndor (carga) (Carretera Guarne)	4
5) Empresa Aves	21- IX-77	Aterrizando (Belén)	13 (1 ama de casa)
6) Cessna	20- XI-78	Particular (San Jerónimo)	4
7) Cessna	7- VI-79	Particular	1
8) DC3	Nov. 1980	Aduana (Cerro San Félix)	18
9) Boeing 707	14-XII-83	Tampa (carga)-Tenche	21 (3 tripulantes y 18 transeúntes)
10) Cessna	13- VI-84	Particular	3
11) Twin Otter	23- I-85	Aces	23
12) Helicóptero	7-XII-71	Fac	1

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) W. J. REALS, *Air Disaster Trauma in Forensic Medicine*, edited by Tedeschi-Eckert-Tedeschi. Publisher by Saunders, 1977.
- (2) M. G. ECHAVARRÍA, *De la mula al avión*, Servigráficas, Medellín, 1982.
- (3) L. C. MONTOYA, *Necropsias de la tragedia de Medellín por accidente aéreo de 1935*, Archivo del Instituto de Medicina Legal de Medellín.
- (4) W. G. ECKERT, "Fatal Comercial Air Transport Crashes 1924-1981", en *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, 1982; 3: págs. 49-56.
- (5) S. KREFT, "Who was the Aircraft's Control When the Fatal Accident Occurred?", en *Aerospace Med*, 1970, 41: págs. 758-789.
- (6) J. K. MASON, "The Aircraft Accident as an example of a major disaster", en *The Pathology of Violent Injury*, edited by J. K. Mason. Arnolds Publishers, 1978.
- (7) T. K. MARSHALL "Violence and Civil Disturbance", en *The Pathology of Violent Injury*, edited by J. K. Mason. Arnolds Publishers, 1978.
- (8) J. K. MASON, "The Forensic Significance of Fat and Bone Marrow Embolism", en *The Pathology of Violent Injury*, edited by J. K. Mason. Arnolds, 1978.
- (9) J. K. MASON, "Three Hundred and thirty three Fatal Aircraft Accidents", en *International Pathology*, 1971, págs. 12-17.
- (10) K. E. GROUND, *Interpretation of Coronary Artery Disease in Fatal Aircraft Accident*, J. R. Soc. Med., 1979, 72: págs. 377-381.
- (11) S. SEVITT, *Physiology and Pathology of Injuries in the Pathological Basis of Medicine*, edited by Curran and Hernandes. Saunders, 1972.
- (12) S. SEVITT, *The boundaries Between Physiology, Pathology and Irreversibility After Injury*, *Lancet*, 1972, 2: págs. 1203-1210.
- (13) M. S. CEBELIN and CH. HIRSH, "Human Stress Cardiomyopathy", en *Human Pathology*, 1980, vol. 11, núm. 2.
- (14) L. KULAK, A. L. WILK, CH. BILLINGO, *Epidemiological Study of in Flight Airline Pilot Incapacitation Aerospace Medicine*, 1971, 42: págs. 670-673.
- (15) B. PAKURL, *The Impact of Alcohol and Alcoholism in Aviation Safety*, *Curs Alcohol*, 1979, 6: págs. 327-333.
- (16) Equipaz. Promoción de las Revistas Consulta (Colombia).
- (17) A. E. VARGAS, "La hemorragia del etmoides. El signo de Vargas Alvarado en la muerte por sumersión", en *Revista Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia*, 1978, III, págs. 35-43.
- (18) N. R. NILES, "Hemorrhage in the Middle Ear and Mastoid in Drowning", en *Amer. J. Clin. Path.*, 1963, 40: págs. 281-285.
- (19) R. S. FISHER "Aircraft Crash Investigation", en *Medicolegal Investigation of Death*, edited by Spitz W. and Fisher R. S. Charles Thomas Publisher, 1973.
- (20) W. J. REALS and W. R. COWAN, "Forensic Pathology and Mass Casualties", en *Human Pathology*, 1979, 10: págs. 133-136.
- (21) A. VAN DEN BOS, *Mass Identification: a multidisciplinary Pathol*, 1980, 1: págs. 265-270.
- (22) H. R. QUANTICK, I. C. PERRY, "Hazards of Chemicals used in Agricultural Aviation". *A review. Aviat.Space Environ Med.*, 1981, 52: págs. 581-589.
- (23) R. L. THOMPSON, "Joint Committee on Aviation Pathology: VI Cause of Death in Aircraft Accidents: Drowning Vs. Traumatic Injuries", *Aviat.Space Environ Med.*, 1977, 48: págs. 924-928.
- (24) R. G. GREEN, "Joint Committee on Aviation Pathology: V The Psychologist and Flying Accidents", en *Aviat.Space Environ Med.*, 1977, 48: págs. 922-923.
- (25) R. E. YANOWITH, "Joint Committee on Aviation Pathology: IV Crew Behavior in Accident Causation", en *Aviat.Space Environ Med.*, 1977, 48: págs. 918-921.
- (26) R. E. GOLD, L. L. KULAK, "Effect of Hypoxia in Aircraft Pilot Performance", *Aerospace Medicine*, 1972, 43: págs. 180-184.

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

DECRETO 3811 DE 1985

(diciembre 26)

Por el cual se dictan medidas sobre competencia en materia penal*

El presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución Política, en desarrollo del decreto 1038 de 1984, y

CONSIDERANDO:

Que por decreto 2829 de 21 de noviembre de 1984, se asignó la competencia para investigar y fallar, exclusivamente, los delitos de secuestro extorsivo y extorsión previstos en los artículos 268 y 355 del Código Penal y los conexos con ellos, a treinta (30) de los jueces de instrucción criminal radicados en algunos de los escritos judiciales del país;

Que por decreto 1806 de 2 de julio de 1985, se autorizó la designación de quince (15) jueces especializados de los creados en la ley 2ª de 1984, los cuales ya fueron designados por los distritos judiciales respectivos;

Que el gobierno nacional dictó el decreto 2689 de 19 de septiembre de 1985, por medio del cual retornó la competencia sobre el conocimiento a que se refiere el Estatuto Nacional de Estupefacientes a la justicia penal ordinaria, correspondiéndole su investigación a los jueces de instrucción criminal;

Que el gobierno nacional, estima conveniente reforzar el número de jueces de instrucción criminal, en aquellos lugares en donde es mayor la incidencia delictual.

DECRETA:

Art. 1º.—Suspender la competencia exclusiva para investigar y fallar los delitos de

secuestro extorsivo y extorsión previstos en los artículos 268 y 355 del Código Penal y los conexos con ellos; que le fue asignada por decreto 2829 de noviembre de 1984 a los siguientes jueces de instrucción criminal radicados, quienes reanudarán su competencia ordinaria: 71 y 80 del distrito judicial de Bogotá; 2º del distrito judicial de Barranquilla; 3º del distrito judicial de Pereira; 1º y 20 del distrito judicial de Neiva; 7º del distrito judicial de Montería, y 1º del distrito judicial de Quibdó.

Art. 2º.—Los procesos de los cuales estén conociendo los jueces a que se refiere el artículo anterior, serán repartidos en el estado en que se encuentren, en coordinación con la respectiva dirección seccional de instrucción criminal, conforme lo dispone el decreto 1807 de 2 de julio de 1985, en sus artículos 2º y 3º.

Art. 3º.—De las conductas que se refiere el artículo 38, inciso 1º, del decreto 1188 de 1974, cuando correspondan a cantidades que no excedan de doscientos (200) gramos, conocerán los jueces penales municipales. Se investigarán y juzgarán por el procedimiento breve y sumario previsto en el artículo 4º y siguiente de la ley 2ª de 1984. El fallo deberá consultarse siempre con el superior cuando fuere apelado.

* Publicado en el *Diario Oficial*, núm. 37.293 de diciembre 30 de 1985.

Parágrafo.—La disposición consagrada en el artículo anterior, se aplica únicamente en relación con los hechos cometidos a partir de la vigencia del presente decreto. Los procesos iniciados antes de la vigencia de este decreto, se continuarán investigando por los jueces de instrucción criminal y su fallo corresponderá a los jueces de circuito, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Art. 4°.—Los fiscales cuya designación fue autorizada por decreto 1913 de 1985, interven-

drán, por el sistema de reparto, en los procesos de conocimiento de los jueces de que tratan los decretos 2829 de 1984 y 1806 y 1985.

Art. 5°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 1° del decreto 2829 de 1984, el artículo 1° del decreto 1807 de 1985, adiciona el artículo 48 del decreto 1188 de 1974 y suspende las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Bogotá, D. E., a 26 de diciembre de 1985.

DECRETO 56 DE 1986

(enero 9)

Por el cual se dictan unas normas sobre procedimiento penal*

El presidente de la República de Colombia,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 52 de 1984, y oído el concepto de la Comisión Asesora creada por el artículo 3° de la referida ley,

DECRETA:

Art. 1°.—El artículo 2° del decreto 1853 de 1985, quedará así:

Captura en flagrancia o cuasiflagrancia. Quien sea sorprendido en flagrancia o cuasiflagrancia será capturado por la Policía Judicial o por cualquier otra autoridad o persona y conducido en el acto o en el término de la distancia, ante el juez competente para iniciar la investigación, a quien deberá rendirse informe sobre las causas de la captura. De este informe se dejará constancia en acta que suscribirán el juez y quien haya realizado la captura.

Cuando por cualquier circunstancia no atribuible a quien hubiere realizado la captura, el aprehendido no pudiese ser conducido inmediatamente ante el juez, será recluso en la cárcel del lugar o en otro establecimiento oficial destinado al efecto, debiéndose poner

a disposición del juez dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el informe de que trata el inciso anterior.

Art. 2°.—El artículo 9° del decreto 1853 de 1985, quedará así:

Conminación. La conminación consiste en el compromiso por el cual el procesado se somete a cumplir las obligaciones que le imponga el juez al resolverle la situación jurídica. Solo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.

Art. 3°.—El artículo 14 del decreto 1853 de 1985, quedará así:

Casos en que procede la detención preventiva. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

1) Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes.

2) Cuando se trate de uno cualquiera de los delitos tipificados en el capítulo primero del título VII del Código Penal y del delito de enriquecimiento ilícito.

3) Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigentes por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años o pena de arresto.

4) Cuando se hubiere realizado captura en flagrancia o cuasiflagrancia respecto de delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

5) Cuando el procesado no otorgue la caución juratoria o prendaria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga y cuando incumpla cualquiera de las obligaciones que se le hayan impuesto en la respectiva diligencia, caso en el cual también perderá el valor de la caución prendaria que hubiere prestado.

Art. 4°.—*Improcedencia de medida de aseguramiento.* No procede medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el procesado actuó en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal.

Art. 5°.—El artículo 16 del decreto 1853 de 1985, quedará así:

Excepciones a las normas sobre libertad provisional. No tendrán derecho a la libertad

provisional prevista en el numeral 3° del artículo 44 de la ley 2ª de 1984:

1) Los procesados por delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos (2) años y por los delitos de enriquecimiento ilícito y los consagrados en el capítulo I, título VII del Código Penal y en el decreto núm. 2920 de 1982.

2) Los procesados a quienes se les hubiere dictado auto de detención preventiva conforme a lo previsto en los numerales 4° y 5° del artículo 14 del decreto 1853 de 1985.

Art. 6°.—*Poderes disciplinarios del juez.* El juez sancionará mediante resolución motivada contra la cual solo procede el recurso de reposición, con arresto inmutable hasta por treinta (30) días, al procesado que injustificadamente se negare a suscribir diligencia de conminación.

El arresto a que se refiere el inciso anterior, cesará en el momento en que el procesado suscriba la diligencia.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el diligencia de conminación dará lugar a la imposición de arresto hasta por treinta (30) días cada vez que dicho incumplimiento se produzca.

Art. 7°.—El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Bogotá, D. E., a 9 de enero de 1986.

LEY 30 DE 1986

(enero 31)

Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Art. 1°.—Las expresiones empleadas en este estatuto se entenderán en su sentido natu-

ral y obvio, según el uso general de las mismas, salvo las definiciones contenidas en él, a las cuales se les dará el significado expresamente establecido en sus disposiciones o en las que regulan la misma materia.

* Promulgado en el *Diario Oficial*, núm. 37.335 de febrero 5/86.

* Publicado en el *Diario Oficial*, núm. 37.304 de enero 10 de 1986.

Art. 2º.—Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones:

a) *Droga*: Es toda sustancia que introducida en el organismo vivo modifica sus funciones fisiológicas.

b) *Estupefaciente*: Es la droga no prescrita médicamente, que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo dependencia.

c) *Medicamento*: Es toda droga producida o elaborada en forma farmacéutica reconocida que se utiliza para la prevención, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de las enfermedades de los seres vivos.

d) *Psicotrópico*: Es la droga que actúa sobre el sistema nervioso central produciendo efectos neuropsico-fisiológicos.

e) *Abuso*: Es el uso de droga por una persona, prescrita por ella misma y con fines no médicos.

f) *Dependencia psicológica*: Es la necesidad repetida de consumir una droga, no obstante sus consecuencias.

g) *Adicción o drogadicción*: Es la dependencia de una droga con aparición de síntomas físicos cuando se suprime la droga.

h) *Toxicomanía*: Entiéndese como dependencia a sustancias médicamente calificadas como tóxicas.

i) *Dosis terapéutica*: Es la cantidad de droga o de medicamento que un médico prescribe según las necesidades clínicas del paciente.

j) *Dosis para uso personal*: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la marihuana hachís que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína que no exceda un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o la venta, cualquiera que sea su cantidad.

k) *Precursor*: Es la sustancia o mezcla de sustancias a partir de las cuales se producen, sintetizan u obtienen drogas que puedan producir dependencia.

l) *Prevención*: Es el conjunto de actividades encaminadas a reducir y evitar la dependencia.

m) *Tratamiento*: Son los distintos métodos de intervención terapéutica encaminados a contrarrestar los efectos producidos por la droga.

n) *Rehabilitación*: Es la actividad conducente a la reincorporación útil del farmacodependiente a la sociedad.

ñ) *Plantación*: Es la pluralidad de plantas, en número superior a veinte (20), de las que pueden extraerse drogas que causen dependencia.

o) *Cultivo*: Es la actividad destinada al desarrollo de una plantación en los términos descritos en el literal anterior.

Art. 3º.—La producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes, lo mismo que el cultivo de plantas de las cuales estos se produzcan, se limitará a los fines médicos y científicos, conforme la reglamentación que para el efecto expida el Ministerio de Salud.

Art. 4º.—El Consejo Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las normas que para el efecto expida el Ministerio de Salud, señalará las drogas y medicamentos de que trata la presente ley que pueden importarse, producirse y formularse en el país, y los laboratorios farmacéuticos que las elaboren o produzcan de las plantas, de conformidad con las disposiciones del presente estatuto.

Art. 5º.—El Consejo Nacional de Estupefacientes, en coordinación con los ministerios de agricultura y salud, reglamentará el control de las áreas donde se cultivan plantas para la obtención o producción de drogas.

Estas plantas solo podrán ser cultivadas previa licencia expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se establezca.

Art. 6º.—La posesión de semillas para el cultivo de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes, requerirá igualmente autorización previa del Consejo Nacional de Estupefacientes, en las cantidades que el mismo determine.

Art. 7º.—El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de estas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura.

CAPÍTULO II

CAMPAÑAS DE PREVENCIÓN Y PROGRAMAS EDUCATIVOS

Art. 8º.—El Consejo Nacional de Estupefacientes podrá ordenar la destrucción de toda plantación que no posea licencia, o autorizar su utilización para fines lícitos, de conformidad con la reglamentación que se expida.

Art. 9º.—Toda campaña tendiente a evitar los cultivos y la producción, tráfico y consumo de estupefacientes deberá ser dirigida y supervisada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, directamente o a través del comité técnico que se crea por medio de la presente ley.

Art. 10.—A partir de la vigencia del presente estatuto, la prensa escrita, las estaciones de radiodifusión sonora y las programadoras de televisión que operen en el país deberán adelantar campañas destinadas a combatir el tráfico y consumo de drogas que producen dependencia con la duración y periodicidad que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, de común acuerdo con el Ministerio de Comunicaciones, los cuales reglamentarán y vigilarán el cumplimiento de esta dis-

* La ley 20 de 1982 (art. 13) consagró tal prohibición para los menores de 18 años, lo cual parece haber olvidado el legislador.

posición. Los programas podrán ser elaborados directamente por el correspondiente medio de comunicación, pero para su difusión deberán ser sometidos a la aprobación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 11.—Los programas de educación primaria, secundaria y superior, así como los de educación no formal, incluirán información sobre riesgos de la farmacodependencia, en la forma que determine el Ministerio de Educación Nacional y el ICFES, en coordinación con el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 12.—Las instituciones universitarias públicas y privadas obligadas a ellos conforme a la reglamentación que acuerden el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación y el ICFES, incluirán en sus programas académicos el servicio obligatorio gratuito de consultorios clínicos, para la atención de farmacodependientes.

Art. 13.—El Consejo Nacional de Estupefacientes, en coordinación con otras entidades gubernamentales, promoverá y reglamentará la creación y funiconamiento de comité cívicos, con la finalidad de luchas contra la producción, tráfico y consumo de drogas que produzcan dependencia.

CAPÍTULO III

CAMPAÑAS DE PREVENCIÓN CONTRA EL CONSUMO DEL ALCOHOL Y DEL TABACO

Art. 14.—Las bebidas alcohólicas y los cigarrillos o tabacos solo podrán expendirse a personas mayores de catorce (14) años.

Art. 15.—en ningún caso podrán trabajar personas menores de catorce (14) años, durante la jornada nocturna en establecimientos donde expendan y consuman bebidas alcohólicas*.

Art. 16.—En todo recipiente de bebida alcohólica nacional o extranjera deberá imprimirse, en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando al menos una décima parte de ella, la leyenda:

“El exceso de alcohol es perjudicial para la salud”.

En la etiqueta deberá indicarse además, la gradación alcohólica de la bebida.

Art. 17.—Todo empaque de cigarrillos o tabaco, nacional o extranjero deberá llevar en el extremo inferior de la etiqueta y ocupando una décima parte de ella, la leyenda: “El tabaco es nocivo para la salud”.

Art. 18.—No se autorizará la venta de licores, cigarrillos y tabaco que no contengan las leyendas prescritas en los artículos 16 y 17 de este estatuto.

Art. 19.—Las estaciones de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos solo podrán transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su comité técnico asesor. El Ministerio de Comunicaciones velará por el cumplimiento de esta disposición.

CAPÍTULO IV

CONTROL DE LA IMPORTACIÓN, FABRICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE SUSTANCIAS QUE PRODUCEN DEPENDENCIA

Art. 20.—Asignase al Ministerio de Salud, las siguientes funciones:

a) Importar y vender, conforme a las necesidades sanitarias y a las normas contenidas en la presente ley, drogas que produzcan dependencia, lo mismo que los precursores utilizados en su fabricación. La importación y venta de las sustancias de que trata este artículo

se hará exclusivamente a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud.

b) Adquirir a través del Fondo Rotatorio de Estupefacientes las drogas y medicamentos que produzcan dependencia elaborados en el país.

c) Reglamentar y controlar la elaboración, producción, transformación, adquisición, distribución, venta, consumo y uso de drogas y medicamentos que causen dependencia y sus precursores.

d) Llevar un inventario de entradas, salidas y existencia de drogas que producen dependencia, y de precursores así como las estadísticas sobre necesidades oficiales y particulares de tales drogas.

e) Establecer el listado de drogas y medicamentos que producen dependencia y de sus precursores que deberán estar sometidos a control especial.

f) Elaborar para aprobación del Consejo Nacional de Estupefacientes, el proyecto de reglamento sobre el control de la importación, fabricación, venta, distribución, transporte y uso de acetona, cloroformo, éter etílico, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, diluyentes, disolventes y demás sustancias que puedan ser utilizadas para el procesamiento de drogas que producen dependencia.

g) Conceptuar sobre las sustancias y métodos a utilizar para la destrucción de plantaciones o cultivos ilícitos.

Art. 21.—Las importaciones de que trata el artículo anterior se harán con sujeción a los cupos señalados por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas o la entidad que haga sus veces, debidamente amparadas con los certificados expedidos por la respectiva entidad nacional, los cuales deberán coincidir con los certificados equivalentes expedidos por el país de exportación.

Art. 22.—Los laboratorios y establecimientos farmacéuticos que elaboren o distribuyan drogas o medicamentos que produzcan dependencia, no podrán tener existencias de las mismas de (sic)* sus precursores, superiores a las autorizadas por el Ministerio de Salud. Los productos terminados serán vendidos al Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud de conformidad con la reglamentación que expida el mismo Ministerio.

Art. 23.—Las entidades sanitarias y los establecimientos farmacéuticos, oficiales y privados, solo podrán hacer sus pedidos de productos farmacéuticos sujetos a control especial, ante el Fondo Rotatorio de Estupefacientes conforme a la reglamentación del Ministerio de Salud sobre la materia.

Art. 24.—Los laboratorios que utilicen la producción de droga, medicamentos o sustancias que producen dependencia, rendirán informes periódicos al Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud, con los datos sobre materias primas y precursores recibidos, medicamentos fabricados y ventas realizadas, conforme a la reglamentación que expida dicho Ministerio.

Art. 25.—Los hospitales y clínicas, oficiales y privados, y los establecimientos farmacéuticos, oficiales y privados, deberán llevar un libro de control de medicamentos y drogas que producen dependencia y sus precursores, conforme a las disposiciones que expida el Ministerio de Salud.

Art. 26.—La prescripción de drogas y medicamentos clasificados por el Ministerio de Salud como de control especial se hará de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida dicho Ministerio.

Art. 27.—Los profesionales en medicina que formulen drogas y medicamentos a

que se refiere el artículo 26, a pacientes considerados como farmacodependientes, tienen la obligación de informar de ello a los servicios seccionales de salud, los cuales deberán transmitir la información al Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud, que deberá llevar un registro nacional de farmacodependientes.

Lo dispuesto en este artículo se ajustará a la reglamentación que expida el Ministerio de Salud, previo concepto del Tribunal de Ética Médica y la Sociedad Colombiana de Psiquiatría.

Art. 28.—Los establecimientos farmacéuticos y organismos sanitarios que fabriquen, almacenen, distribuyan, vendan o usen drogas y medicamentos que producen dependencia y sus precursores, estarán sometidos a la inspección y vigilancia del Ministerio de Salud.

Art. 29.—La fabricación e importación de jeringas y agujas hipodérmicas requiere autorización previa del Ministerio de Salud.

Art. 30.—El fondo rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes financiará los programas de prevención, control y asistencia en materia de farmacodependencia y vigilancia farmacológica, conforme a las políticas que señale dicho Consejo.

El fondo rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes, podrá sufragar igualmente el costo que demande el desarrollo de los convenios bilaterales y multilaterales suscritos por el gobierno nacional, conforme lo determine el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 31.—El Consejo Nacional de Estupefacientes deberá coordinar sus labores de manera permanente con el Ministerio

* Debió decir “y”.

de Salud, con el fin de asegurar el cabal cumplimiento de las disposiciones de que trata la presente ley.

CAPÍTULO V

DE LOS DELITOS

Art. 32.—El que sin permiso de autoridad competente cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o cualquier otra planta de las que pueda producirse cocaína, morfina, heroína, o cualquiera otra droga que produzca dependencia, o más de un (1) kilogramo de semillas de dichas plantas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de diez (10) a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales.

Si la cantidad de plantas de que trata este artículo excediere de veinte (20) sin sobrepasar la cantidad de cien (100), la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de uno (1) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Art. 33.—El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte o lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien (100) salarios mínimos.

Si la cantidad de droga excede la dosis para uso personal sin pasar de mil (1000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína, doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Art. 34.—El que destine ilícitamente bien mueble, inmueble para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refiere el artículo 32 y/o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa en cuantía de diez (10) a ochocientos (800) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 124 y 125 del decreto-ley 522 de 1971. (Artículo 208, ordinal 5° y 214 ordinal 3° del Código Nacional de Policía).

Si la cantidad de droga no excede de mil (1000) gramos de marihuana, trescientos (300) de hachís, cien (100) gramos de cocaína o sustancia estupefaciente a base de cocaína, o doscientos (200) gramos de metacualona, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Art. 35.—El que en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

Art. 36.—El profesional o practicante de medicina, odontología, enfermería, farmacia o de alguna de las respectivas profesiones auxiliares que, en ejercicio de ellas, ilegalmente formule, suministre o aplique droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

Además de la sanción establecida en el inciso anterior, se impondrá la suspensión en el ejercicio por un término de cinco (5) a diez (10) años.

Art. 37.—El que suministre, administre o facilite a un menor de dieciséis (16) años droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años.

Art. 38.—El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:

1. Cuando el hecho se realice:

a) Valiéndose de la actividad de un menor de dieciséis (16) años, o de quien padezca trastorno mental, o de persona habituada.

b) En centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos, vacacionales, cuarteles, establecimientos carcelarios, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares, o en sitios aledaños a los anteriores.

c) Por parte de quien desempeñe el cargo de docente a educador de la niñez o la juventud.

d) El (sic)* inmueble que se tenga a título de tutor o curador.

2. Cuando el agente hubiere ingresado al territorio nacional con artificios o engaños o sin autorización legal, sin perjuicio del concurso de delitos que puedan presentarse.

3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona.

Art. 39.—El funcionario, empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contravenciones de que trata el presente estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisados o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si el hecho tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado oficial incurrirá en la sanción respectiva, disminuida hasta la mitad.

Art. 40.—Para hacer efectivo el pago de las multas de que tratan los artículos anteriores, se podrán embargar y secuestrar bienes

del sindicato según lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

Art. 41.—En firme la sentencia condenatoria, los bienes embargados y secuestrados dentro del proceso serán rematados por el juez del conocimiento y para el efecto se tendrán en cuenta los trámites prescritos en el Código de Procedimiento Civil.

Con el producto del remate se pagará primero a los acreedores hipotecarios o a quienes demuestren un derecho lícito y con el remate (sic)** se satisfará la multa.

Art. 42.—En casos de flagrancia, la policía nacional y los cuerpos de policía judicial podrán ocupar los aeropuertos y pistas de aterrizaje de propiedad particular, que se usen para la comisión de algunas de las conductas descritas en este capítulo y su licencia de funcionamiento, se cancelará temporalmente.

Art. 43.—El que ilegalmente tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como: éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años.

Tales elementos una vez identificados pericialmente, serán puestos por el juez a órdenes del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual podrá disponer de su inmediata utilización por parte de una entidad oficial, su remate para fines lícitos debidamente comprobados, o su destrucción, si implican grave peligro para la salubridad o seguridad públicas.

En caso de utilización, tales elementos se evaluarán previamente por una entidad civil. Este valor o del remate si lo hubiere, se reembolsará al propietario, cuando el respec-

* Debió decir "En inmueble...".

** Entiéndase "remanente". Es evidente la impropiedad.

tivo proceso termine con sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.

El mismo procedimiento se seguirá en relación con las sustancias de que trata este artículo, cuando se hallen vinculados al proceso por contrabando.

Art. 44.—Cuando se obre en concierto para delinquir con el fin de realizar algunas de las conductas descritas en los artículos antes citados, la pena será por ese solo hecho, de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa en cuantía de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos mensuales.

Art. 45.—La (sic)* persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras partes (2/3).

Art. 46.—El conocimiento de los delitos de que trata la presente ley, corresponde en primera instancia a los jueces penales y promiscuos del circuito, para su investigación se utilizará de preferencia personal especializado de la Policía Judicial y jueces de instrucción criminal radicados o ambulantes.

Art. 47.—Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisional-

mente al servicio oficial o (sic)** entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo de dominio, (sic)***, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Excepcionalmente, podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuere el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieron participación alguna ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes.

La providencia que ordene la devolución a que se refiere este artículo deberá ser consultada y solo surtirá efectos una vez confirmada por el superior.

Parágrafo.—Cuando se trate de algunos bienes enumerados en este artículo y sujetos a registro de propiedad, deberá el Consejo Nacional de Estupefacientes notificar inmediata y personalmente a las personas inscritas en el respectivo registro.

Art. 48.—Si transcurridos los términos legales de la fecha del decomiso, los bienes a que se refiere el artículo anterior no hubieren sido reclamados por persona alguna, el Consejo Nacional de Estupefacientes, mediante resolución, ordenará su destinación definitiva a la entidad o su correspondiente remate. La Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional

de Estupefacientes velará por el cumplimiento de esta disposición.

Art. 49.—La Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia informará al juez que estuviere conociendo del proceso al cual estén vinculados los bienes decomisados, sobre el destino que les haya dado el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la asignación el bien deberá ser retirado por la entidad a la cual hubiese sido destinado, previa elaboración de un acta en la que conste el estado en que se recibe. Tales actas podrán ser suscritas ante los consejos seccionales de estupefacientes, pero siempre deberá enviarse copia de ellas al Consejo Nacional de Estupefacientes, cuya secretaría ejecutiva deberá llevar una relación completa de dichos bienes y de las entidades a las cuales han sido asignados.

Art. 50.—Respecto de las personas sindicadas de algunas de las conductas descritas en la presente ley como delitos o de quienes se hallen sujetas a diligencias preliminares por una de tales conductas, no habrá reserva bancaria ni tributaria alguna, pero esta reserva solo podrá levantarse mediante providencia motivada emanada de juez.

CAPÍTULO VI

DE LAS CONTRAVENCIONES

Art. 51.—El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta ley incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez, será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al (sic)* drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de esta, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquel, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de medicina legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente.

Art. 52.—Los medios de comunicación de que trata el artículo 10 que omitan la transmisión de los mensajes previstos en esa misma disposición o no lo hagan con la duración

* Debió decirse "A la persona".

** Debe entenderse "o a entidades..." y no como impropriadamente dice la previsión legal.

*** Aquí debe ir punto y como (:) y no como aparece en la norma.

* Debió decir "... podrá confiar el drogadicto...".

y periodicidad establecida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, incurrirán en multas sucesivas de diez (10) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Art. 53.—Los establecimientos educativos que incumplan lo previsto en los artículos 11 y 12 de la presente ley, incurrirán en multa en cuantía de diez (10) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones que para los establecimientos de educación postsecundaria, establece el artículo 184 del decreto-ley 80 de 1980.

Art. 54.—El fabricante o importador de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabacos, que omita en sus productos las leyendas a que se refieren los artículos 16 y 17 de la presente ley, incurrirá en multa en cuantía de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Art. 55.—El fabricante o distribuidor de productos farmacéuticos de patente que omita indicar en las etiquetas de los mismos, los riesgos de farmacodependencia que aquellos impliquen, incurrirá en multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Art. 56.—El que fabrique, venda o distribuya artículos de cualquier clase con etiquetas o avisos que inciten al consumo de droga que producen dependencia, incurrirán en multa de uno (1) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Art. 57.—Las farmacias y droguerías que tengan en existencia especialidades farmacéuticas que contengan drogas o medicamentos que producen dependencia, en cantidad superior a la autorizada, incurrirán en multa en cuantía de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales.

Por la segunda vez, además, de multa, se impondrá la suspensión de la licencia de funcionamiento por el término de tres (3) a doce (12) meses.

Art. 58.—Las entidades o establecimientos sujetos a la inspección y vigilancia, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la presente ley, que se opongan a ella o no presten la cooperación necesaria para la práctica de la misma, incurrirán en multa en cuantía de cuatro (4) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales y en la suspensión de la licencia de funcionamiento por el término de tres (3) a doce (12) meses.

Art. 59.—El que fabrique o introduzca al país jeringas o agujas hipodérmicas, sin la autorización previa del Ministerio de Salud, incurrirá en multa en cuantía de cuatro (4) a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales.

Art. 60.—El que expendá jeringas o agujas hipodérmicas sin la autorización legal, incurrirá en multa en cuantía de uno (1) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

Art. 61.—En los casos previstos en los dos artículos anteriores se ordenará también el decomiso de las jeringas y agujas hipodérmicas y la suspensión de la licencia de funcionamiento de los establecimientos respectivos por el término de tres (3) a doce (12) meses.

Art. 62.—El producto de las multas previstas en la presente ley, pasará al fondo rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 63.—El que, sin tener las calidades de que trata el artículo 36 de la presente ley, suministre ilícitamente a un deportista profesional o aficionado, alguna droga o medicamento que produzca dependencia, o lo induzca a su consumo, incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años, e interdicción para desempeñar cargos en organismos deportivos de carácter oficial hasta por cinco (5) años.

Art. 64.—Incurren en contravención: El dueño, poseedor o arrendatario de predios donde:

a) Existan o se construyan pistas de aterrizaje sin autorización del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil;

b) Aterricen o emprendan vuelo aeronaves sin autorización de la Aeronáutica Civil

o sin causa justificada, a menos que diere inmediato aviso a las autoridades civiles, militares o de policía más cercana;

c) Existan pistas o campos de aterrizaje con licencia otorgada por la Aeronáutica Civil, que no dé inmediato aviso a las autoridades de que trata el literal anterior sobre el decolaje o aterrizaje de aeronaves en las circunstancias previstas en el literal a) del numeral (sic)¹ del presente artículo.

Art. 65.—Las contravenciones a que se refiere el artículo anterior darán lugar a la imposición de las siguientes sanciones:

a) A (sic)² multa de uno (1) a ochocientos (800) salarios mínimos mensuales a favor del fondo rotatorio adscrito al Consejo Nacional de Estupefacientes;

b) Suspensión de las licencias de pilotaje o navegación por el término de un (1) mes a un (1) año, la primera vez y cancelación en caso de reincidencia;

c) Suspensión de los permisos o licencias de operación de aeropuertos, pistas o empresa explotadora de la aeronave o embarcación.

d) Inutilización de los aeropuertos o pistas en los casos previstos en el literal a) del numeral 3° (sic)³ del artículo 68.

Las sanciones establecidas en los literales b, c y d, serán notificadas 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 podrán aplicar conjuntamente, cuando las circunstancias así lo exijan.

Art. 66.—En el caso de que tratan los literales a, b y c, del artículo 64, el gobernador, intendente o comisario, o el alcalde ma-

yor de Bogotá, que conozca de la investigación solicitará concepto al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para determinar si la pista puede ser incorporada a la infraestructura aeroportuaria del país. De no serlo, ordenará a la Policía Nacional en la providencia que ponga fin al proceso contravencional, la inutilización de la pista.

Art. 67.—El empleado oficial o funcionario público que de cualquier forma tenga conocimiento de hechos considerados como contravención en esta ley, y no dé aviso inmediato a las autoridades competentes, para que inicien el respectivo proceso contravencional, incurrirá en pérdida del empleo⁴.

Art. 68.—Las contravenciones descritas en el presente capítulo 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, de la oficina jurídica o de la división legal de la respectiva gobernación, intendencia o comisaría o de la alcaldía mayor de Bogotá para que actúen como funcionarios de instrucción;

b) En caso de flagrancia o cuasiflagrancia y si la contravención tuviere señalada pena de arresto, podrá capturar (sic)⁵ de inmediato al sindicado por cualquier autoridad; pero el gravemente indiciado solo podrá ser capturado mediante orden escrita del funcionario que adelante la investigación. Si la contravención no tuviere señalada pena privativa de la libertad, la autoridad competente podrá retener la aeronave, el permiso o la licencia u ordenar

¹ El art. 64 no consagra ningún numeral.

² Impropiamente se antepone la proposición "A".

³ El art. 68 tampoco contiene ningún "numeral 38").

⁴ Para los "delitos" véase el art. 153 del C. P.

⁵ Debía decir "podrá ordenar la captura del sindicado...".

la ocupación de la pista o aeropuerto por la fuerza pública;

c) Se oírán en descargos al sindicado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a aquellas en que haya sido puesto a disposición del funcionario competente o en que se hubiere iniciado la investigación, diligencia en la cual deberá estar asistido por un apoderado.

Si fueren cinco (5) o más los contraventores, el término se ampliará a setenta y dos (72) horas.

d) A partir del día siguiente al de la diligencia de que trata el literal anterior, empezará a correr un término de cinco (5) días hábiles para practicar las pruebas que hubieren sido solicitadas por el imputado o por su apoderado, o decretadas de oficio.

e) Si dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento de los hechos por parte de la autoridad competente, no hubiere sido posible oír en descargos al contraventor, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado por dos (2) días hábiles consecutivos en la secretaría de la gobernación, intendencia o comisaría, o de la alcaldía mayor de Bogotá. Si vencido este plazo, el contraventor no compareciere se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, para que actúe hasta la terminación del diligenciamiento.

f) Transcurridos los anteriores términos, el gobernador, intendente o comisario, o el alcalde mayor de Bogotá, dictará la correspondiente resolución motivada, en la cual se hará constar la identidad del contraventor, el hecho que se le imputa y la decisión correspondiente.

Art. 69.—En caso de absolución, se ordenará la libertad inmediata del capturado o de (sic)* la cancelación de la orden de captura

si esta no se hubiera hecho efectiva. Además se dispondrá la devolución de la aeronave o embarcación o del permiso o licencia si hubieren sido retenidos, o la suspensión de la ocupación de la pista o aeropuerto por la fuerza pública, si tal medida hubiere sido ordenada.

Art. 70.—En caso de condena, la aeronave o embarcación particular de matrícula extranjera se pondrá en todo caso a disposición de la justicia penal aduanera.

Art. 71.—Cuando de la investigación de la conducta contravencional resulte la posible comisión de un delito, la autoridad correspondiente deberá dar aviso inmediato al juez competente. Si este iniciare proceso penal, deberá comunicarlo inmediatamente al gobernador, intendente o comisario respectivo o al alcalde mayor de Bogotá y al Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 72.—Finalizado el proceso contravencional, si se hubiere iniciado actuación penal por hechos que guarden relación con la conducta juzgada, el sindicado deberá ser puesto a disposición del juez, con los vehículos, elementos o mercancías decomisadas.

Art. 73.—Cuando no se pudiere establecer la identidad del contraventor o cuando este hubiere abandonado los elementos y medios de transporte utilizados, la autoridad competente ordenará el decomiso definitivo de los mismos, los cuales pasarán a órdenes del Consejo Nacional de Estupefacientes para los fines previstos en el artículo 47 de la presente ley.

Art. 74.—Contra las resoluciones que dicten los gobernadores, intendentes o comisarios, o el alcalde mayor de Bogotá procederán los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán ser interpuestos dentro de los dos (2) días siguientes a su notificación. El recurso de reposición será resuelto dentro

de los cinco (5) días siguientes a su interposición.

El recurso de apelación se concederá en el efecto devolutivo ante el Ministerio de Gobierno, quien deberá resolverlo de plano dentro de los diez (10) días siguientes al recibo del respectivo expediente.

Art. 75.—Las multas contempladas en la presente ley deberán ser pagadas dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva resolución. Si las multas no fueren pagadas dentro de ese término, se convertirán en arresto a razón de un (1) día por cada mil pesos (1.000) sin exceder de cinco (5) años.

Art. 76.—En ningún caso se podrá dar a la publicidad el valor de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas decomisadas o aprehendidas por las autoridades, en desarrollo de las disposiciones de la presente ley.

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO PARA LA DESTRUCCIÓN DE PLANTACIONES Y SUSTANCIAS INCAUTADAS

Art. 77.—Las autoridades de Policía Judicial a que se refieren los artículos 285 y 287 del Código de Procedimiento Penal, destruirán las plantaciones de marihuana, cocaína, adormidera y demás plantas de las cuales puede producirse droga que produzca dependencia, existentes en el territorio nacional, mediante el siguiente procedimiento:

a) Se identificará pericialmente la plantación con el empleo de técnica adecuada;

b) Se identificará el predio cultivado por sus linderos y el área aproximada de la plantación;

c) Se anotarán los nombres y demás datos personales del propietario o poseedor del terreno y del tenedor lo mismo que de los cultivadores, trabajadores y demás personas presentes en el lugar en el momento de la incautación;

d) Se tomarán muestras suficientes de las plantas, para las correspondientes peritaciones;

Todos estos datos y cualquiera otro de interés para los fines de la investigación se harán constar en un acta que suscriban los funcionarios que en ella hayan intervenido y el propietario, poseedor, tenedor o cultivador del predio, o, en defecto de estos, cualquier persona que haya sido encontrada dentro del mismo. En esta diligencia intervendrá, en lo posible un agente del ministerio público.

Suscrita el acta, se destruirá la plantación mediante el empleo del procedimiento científico adecuado; el acta y la peritación, junto con el informe respectivo y las personas que hayan sido aprehendidas, serán enviadas al juez instructor, en la forma y términos señalados por los artículos 290 y 303 del Código de Procedimiento Penal.

La destrucción de la plantación también podrá ser ordenada y presenciada por el juez instructor.

Art. 78.—Cuando la Policía Judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, realizará sobre ella inmediatamente correspondiente (sic)* identificación técnica; precisará su cantidad y peso; señalará nombre y demás datos personales de quienes aparecieron vinculados al hecho y describirá cualquier otra circunstancia útil a la investigación, de todo lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encon-

* Sobre el "de".

* Debíó decir "... realizará sobre ella la correspondiente...".

trado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana deberá ser presenciada por un agente del ministerio público.

Excepcionalmente podrá hacerse la diligencia en las instalaciones de la entidad que hizo el decomiso, cuando las circunstancias de modo y lugar así lo aconsejen.

Art. 79.—Dentro de los términos del artículo 290 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de Policía Judicial que hubiere practicado la diligencia a que se refiere el artículo anterior, enviará la actuación al juez instructor, quien al día siguiente de recibirla, practicará, con la presencia de un agente del ministerio público, una diligencia de inspección judicial.

Una vez hecha la inspección, el juez tomará una muestra de la droga decomisada y la enviará a la Seccional más próxima del Instituto de Medicina Legal, a fin de que haga una nueva peritación. Inmediatamente ordenará y presenciara la destrucción del remanente y sentará el acta respectiva que suscribirán el agente del ministerio público y las demás personas que hayan intervenido en la diligencia.

Art. 80.—Las diligencias a que se refieren los artículos anteriores, cuando sean practicadas por los funcionarios de Policía Judicial, tendrán el mismo valor probatorio señalado por el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 81.—Las autoridades de policía judicial a que se refiere el artículo 77 y siguiente de la presente ley, que decomisen droga que produzca dependencia y no cuenten con el equipo técnico necesario para practicar la identificación pericial prevista, enviarán la sustancia decomisada a la Unidad del Departamento Administrativo de Seguridad de la Policía Nacional, de la Dirección General de Aduanas o del Instituto Seccional de Medi-

na Legal más cercano que disponga del equipo técnico adecuado.

Art. 82.—Las muestras que se tomen para la peritación por las autoridades mencionadas en el artículo anterior, no podrán exceder de tres (3) gramos por bolsa o recipiente unitario; excepcionalmente y previo concepto pericial razonado, podrán tomarse muestras mayores.

Los sobrantes de estas muestras, una vez hecha la peritación, se enviarán a la oficina central del Instituto de Medicina Legal, de acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el Ministerio de Justicia.

En todo caso, estos sobrantes permanecerán a disposición del juzgado del conocimiento hasta cuando se dicte sentencia de primera instancia, sobreseimiento definitivo, segundo sobreseimiento temporal o cesación del procedimiento, después de lo cual la sustancia podrá ser utilizada para fines lícitos o destruída, según lo disponga el Consejo Nacional de Estupefacientes, al cual deberá darse aviso oportuno. El respectivo agente del ministerio público velará por el estricto cumplimiento de esta disposición, cuyo quebrantamiento será causal de mala conducta.

Parágrafo.—Los sobrantes de las muestras serán destruídos si transcurridos tres (3) años desde la práctica de la peritaciones respectivas, no se hubiere dictado ninguna de las providencias de que trata este artículo.

Art. 83.—Cumplidas las prescripciones del artículo 78, los funcionarios de la Policía Judicial que decomisen droga que produce dependencia, la depositarán, dentro del término de la distancia en sus oficinas más cercanas, y en lo posible, dentro de las cajas fuertes; en todo caso, se utilizarán empaques que serán lacrados, sellados y firmados por quienes intervengan en la diligencia y el agente del ministerio público dejará constancia cuando se abran, de que tales paquetes permanecieron inalterados.

CAPÍTULO VIII

TRATAMIENTO Y REHABILITACIÓN

Art. 84.—El objetivo principal de las medidas sanitarias y sociales para el tratamiento y rehabilitación del farmacodependiente consistirá en procurar que el individuo se reincorpore como persona útil a la comunidad.

Art. 85.—El Ministerio de Salud incluirá dentro de sus programas la prestación de servicios de prevención, tratamiento y rehabilitación de farmacodependientes.

Trimestralmente, el citado Ministerio enviará al Consejo Nacional de Estupefacientes estadísticas sobre el número de personas que dichos centros han atendido en el país.

Art. 86.—La creación y funcionamiento de todo establecimiento público y privado destinado a la prevención, tratamiento o rehabilitación de farmacodependientes, estarán sometidos a la autorización e inspección del Ministerio de Salud.

Art. 87.—Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectados por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4º y 5º del decreto 1136 de 1970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este decreto.

Art. 88.—El gobierno nacional promoverá el desarrollo de programas de sustitución de cultivos en favor de los indígenas y colonos que se hayan dedicado a la explotación de plantaciones de coca, con anterioridad a la vigencia de este estatuto.

CAPÍTULO IX

CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

Art. 89.—Adscrito al Ministerio de Justicia, funcionará el Consejo Nacional de Es-

tupefacientes, para el cumplimiento de las funciones que aquí se señalan.

Art. 90.—El Consejo Nacional de Estupefacientes estará integrado por:

- a) El ministro o el viceministro de justicia, quien lo presidirá.
- b) El ministro o el viceministro de salud.
- c) El ministro o viceministro de educación nacional.
- d) El ministro o viceministro de agricultura.
- e) El procurador general de la Nación o el procurador delegado para la policía judicial.
- f) El jefe del Departamento Administrativo de Seguridad o el jefe de la División de Policía Judicial del mismo.
- g) El director general de la Policía Nacional o el director de Policía Judicial e investigación (DIJIN).
- h) El director general de aduanas o su delegado.
- i) El jefe del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil o su delegado.

Art. 91.—Son funciones del Consejo Nacional de Estupefacientes:

- a) Formular, para su adopción por el gobierno nacional, las políticas y los planes y programas que las entidades públicas y privadas deben adelantar para la lucha contra la producción, comercio y uso de drogas que producen dependencia. Igualmente el Consejo propondrá medidas para el control del uso ilícito de tales drogas.
- b) Conforme al ordinal anterior, señalar a los distintos organismos oficiales las campañas y acciones específicas que cada uno de ellos deba adelantar.
- c) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al gobierno la expedición de las que fueren competencia de este.
- d) Supervisar la actividad de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención e investigación científica y de Po-

licia Judicial, control y rehabilitación en materia de drogas que producen dependencia.

e) Mantener contactos con gobiernos extranjeros y entidades internacionales en asuntos de su competencia y adelantar gestiones ante los mismos con el fin de coordinar la acción del gobierno colombiano con la de otros Estados, y obtener la asistencia que fuera el caso.

f) Disponer, de acuerdo con los indicios graves que posea, provenientes de los organismos de inteligencia, sobre actividades de personas, aeronaves, embarcaciones, vehículos terrestres y uso de aeródromos o pistas, puertos, muelles o terminales marítimas, fluviales o terrestres, vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para personal aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre, certificados y permisos de operación. Para tal efecto, impartirá a las autoridades correspondientes las instrucciones a que haya lugar.

g) Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del sistema del país.

Art. 92.—Las resoluciones que dicte el Consejo para el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo anterior son de obligatorio cumplimiento.

Art. 93.—La Oficina de Estupefacientes del Ministerio de Justicia hará las veces de secretaría ejecutiva del Consejo, para lo cual cumplirá las siguientes funciones:

a) Presentar a la consideración del Consejo planes, proyectos y programas que considere necesarios para el cumplimiento de las atribuciones de este;

b) Realizar los estudios que el Consejo encomiende;

c) Vigilar el cumplimiento de las decisiones del Consejo y rendirle los informes correspondientes;

d) Evaluar la ejecución de la política, planes y programas y sugerir las modificaciones o ajustes que considere necesarios;

e) Servir de enlace entre el consejo y las entidades oficiales y privadas que se ocupen de la prevención, investigación, control, represión y rehabilitación en materia de drogas que producen dependencia;

f) Expedir el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes en un plazo máximo de sesenta (60) días transcurrido el cual se entenderá resuelta favorablemente la solicitud y por consiguiente se expedirá este a las personas que adelanten trámites ante el Departamento de Aeronáutica Civil en forma particular o como miembro de empresas para lo siguiente:

1. Importación de aeronaves.

2. Adquisición del dominio o cambio de explotador de aeronaves. Este certificado deberá expedirse en el término máximo de diez (10) días, vencido el cual, si no hubiese sido expedido, se entenderá resuelta favorablemente la solicitud. El interesado deberá presentar con este su cédula de ciudadanía si es persona natural o el certificado de constitución y gerencia si fuere persona jurídica.

3. Estudio, construcción y reforma de aeródromos o pistas e instalaciones.

4. Obtención y renovación del permiso de operación de aeródromos o pistas.

5. Solicitud para obtener o renovar permisos de empresas de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes, talleres aeronáuticos.

6. Aprobación de los nuevos socios que vayan adquirir cuotas o acciones de una em-

presa de servicios aéreos comerciales, escuelas, aeroclubes y talleres aeronáuticos.

7. Aprobación del nuevo propietario o explotador de un aeródromo o pista.

8. Aprobación de licencias para personal aeronáutico.

Este certificado podrá revocarse en cualquier momento, por orden del Consejo Nacional de Estupefacientes, por medio de resolución motivada.

g) Expedir certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes a las personas que adelanten trámites ante el INCOMEX y el Ministerio de Salud para el consumo o distribución de: "éter etílico, acetona, cloroformo, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano y disolvente o diluyente para barnices".

Art. 94.—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 los miembros del Consejo.

Art. 95.—El Consejo Nacional de Estupefacientes, tendrá un comité técnico asesor de prevención nacional de la farmacodependencia, el cual estará integrado por:

1. Un delegado del presidente de la República, quien lo presidirá.

2. El viceministro de justicia o su delegado, que será el jefe de la oficina de estupefacientes del Ministerio.

3. El viceministro de salud o su delegado, que será el jefe de la división de salud mental de ese Ministerio.

4. El viceministro de educación o su delegado, que será el director del comité de farmacodependencia de ese Ministerio.

5. El viceministro de trabajo o su delegado, que será el jefe de la división del trabajo de ese Ministerio.

6. El viceministro de agricultura o su delegado, que será el director del Inderena.

7. El director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o su delegado.

8. El director general de la Policía Nacional o su delegado que será el director de Policía Judicial e Investigación.

9. El presidente de la Sociedad Colombiana de Psiquiatría o su delegado.

10. El director del Instituto de Medicina Legal o su delegado.

Art. 96.—El comité técnico para la prevención nacional de la farmacodependencia tendrá las siguientes funciones:

a) Asesorar al Consejo Nacional de Estupefacientes en la realización de los planes, proyectos y programas relativos a la educación, prevención y rehabilitación de farmacodependientes.

b) Establecer los criterios que deben guiar la información, la publicidad y campañas en la lucha contra el narcotráfico y la farmacodependencia.

c) Diseñar y evaluar programas de prevención y rehabilitación.

d) Prestar asesoría a las entidades oficiales y privadas interesadas en programas de educación, orientación, prevención y rehabilitación.

e) Promover la investigación sobre estupefacientes y áreas afines.

f) Solicitar la colaboración de especialistas cuando los programas y campañas que se organicen así lo requieran, y

g) Las demás que le delegue el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 97.—El Consejo Nacional de Estupefacientes, contará con un Fondo Rotatorio de Prevención, Represión y Rehabilitación, que tendrá personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que estará dirigido y administrado por el Viceministro de Justicia y cuya estructura, organización y funcionamiento serán determinados por el gobierno nacional previo concepto del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Art. 98.—En todos los departamentos, intendencias y comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá, funcionará un consejo seccional de estupefacientes que estará integrado por:

- a) El gobernador, intendente, comisario o alcalde mayor de Bogotá, quien lo presidirá.
- b) El secretario de salud.
- c) El secretario de educación.
- d) El procurador regional.
- e) El director seccional del Departamento Administrativo de Seguridad.
- f) El comandante de la Policía Nacional del lugar.
- g) El director regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- h) El director regional del Instituto nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente INDERENA.
- i) El jefe de la oficina o instituto seccional de medicina legal correspondiente.

Podrán integrarse a los consejos seccionales los demás miembros que considere pertinentes el Consejo Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las características de cada región.

Art. 99.—Son funciones de los consejos seccionales de estupefacientes:

a) Velar porque a nivel seccional se cumplan las políticas, planes y programas trazados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

b) Formular para su adopción por el gobierno seccional, los planes y programas que deban ejecutarse a nivel regional, de conformidad con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de estupefacientes.

c) Señalar a los distintos organismos locales las campañas y acciones que cada uno de ellos debe adelantar.

d) Dictar las normas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones y proponer al gobierno seccional la expedición de las que fueren competencia de este.

e) Mantener contactos con los demás consejos seccionales de estupefacientes para lograr una actividad coordinada.

f) Rendir al Consejo Nacional de Estupefacientes informes mensuales y anuales de las labores adelantadas en la respectiva región.

Las resoluciones que dicte el Consejo Seccional de Estupefacientes para el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento.

Las actas de los consejos seccionales de estupefacientes son reservadas, solo podrán ser conocidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, por el respectivo gobernador del departamento y por los miembros del Consejo seccional.

Art. 100.—Facúltase al gobierno nacional para efectuar los traslados presupuestales necesarios para el cumplimiento de esta ley.

Art. 101.—La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Bogotá, a los 31 días del mes de enero de 1986.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Nota: Las observaciones a pie de página son de la Coordinación.

¿EXISTE CONCURRENCIA DELICTUAL ENTRE LA FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTOS PRIVADOS Y LA ESTAFA?: CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL

DR. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA *

1. INTRODUCCIÓN

No existió en vigencia del Código Penal de 1936, ni ha existido desde que empezó la del 80, consenso jurisprudencial en torno al tratamiento jurídico que ha de concedérsele a los eventos en que se utiliza un documento privado falso para el logro de un provecho ilícito, para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno; es decir: si de conformidad con la redacción del art. 221 del Código Penal que consagra la "falsedad en documento privado" y el uso como elemento tipificante del mismo, puede afirmarse la existencia del concurso delictual con la estafa; o si, por el contrario, la contingencia de la causación del perjuicio, y este resultado efectivo, es inherente a la noción de uso que exige el art. 221, quedando la estafa absorbida en el tipo legal de falsedad.

La Revista *Nuevo Foro Penal* dedicará en lo sucesivo, y cuando sea necesario, su sección de JURISPRUDENCIA a analizar temas de continua controversia en los altos tribunales de justicia, tal como lo hace en esta oportunidad.

2. REGULACIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO DE 1936

El Código de 1936, en sus arts. 240 a 242¹, consagraba las diferentes modalidades de falsedad en documentos privados. En la primera norma se aludía a la

* El autor se desempeña en la actualidad como Juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín y como profesor de Derecho Probatorio en la Universidad de Medellín.

¹ *Código Penal de 1936*, art. 240: "El que con perjuicio de tercero con intención de causarlo, cometa en documento privado alguna de las falsedades enumeradas en el art. 231, incurrirá en prisión de dos a ocho años...".

Ibidem, art. 241: "El que, a sabiendas de su falsedad, haga uso, con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse, de uno de los documentos a que se refiere el artículo anterior, incurrirá en prisión de uno a cinco años...".

Ibidem, art. 242: "Si el que usare de los documentos a que se refiere el artículo anterior, fuere el mismo que los ha falsificado, la sanción será la establecida en el artículo 233, aumentada en una tercera parte a la mitad".

persona que elaborara o alterara un documento privado, "con perjuicio de tercero o con intención de causarlo", incluyendo de esta manera en la descripción comportamental un ingrediente de tipo subjetivo, o sea, la finalidad hacia donde apuntaba la realización de la conducta que atentaba contra la fe pública. En el segundo se regulaba la conducta de quien, sin haber falsificado el documento, hiciera uso de él "con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse". En el último se establecía una agravante punitiva para cuando quien lo usaba fuere el mismo que lo había falsificado.

Es importante advertir que en tal regulación existían documentos que, a pesar de ser esencialmente privados por su naturaleza, por su importancia, la ley les otorgaba, tanto para fines probatorios como para los penales, el carácter de públicos. Tal es el caso de los "instrumentos negociables" (art. 233), hoy denominados "títulos-valores". La asimilación que se hizo era solo para fines de penalidad (*quoad poenam*) y no para todos los efectos (*quoad substantiam*); respecto de su contenido y naturaleza, continuaban siendo privados.

3. REGULACIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO DE 1980

Con relación a los documentos privados, el Código del 80 consagró dos tipos penales autónomos, que son los contemplados en los arts. 221 y 224², o sea la falsedad en documento privado y la destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. Se estructuró el delito de falsedad en documento privado como un ilícito de doble comportamiento, en el sentido de exigir una primera conducta consistente en la falsedad de documento; y una segunda actividad sicofísica que se concreta con el uso del documento, predicable necesariamente o atribuible a la misma persona que ha querido dolosamente quebrantar el Código Penal.

Con la vigencia del nuevo Código, los títulos-valores volvieron a ser considerados, para efectos punitivos, como documentos privados.

Seguidamente expondremos las tesis que se debaten en torno al controvertido tema objeto de estudio, planteando las distintas posiciones jurisprudenciales esbozadas en vigencia del actual Código, sin desconocer el pensamiento que sobre la materia, guió a los altos tribunales de justicia en vigor del Código del 36.

4. TESIS JURISPRUDENCIALES

Las tesis que han sido debatidas por la jurisprudencia, pueden ser clasificadas en 4 grupos, así:

Primera: Afirma que la falsificación y el uso comprenden la afección al bien jurídico que el falsario se propone vulnerar mediante la utilización del medio documental viciado. En tales condiciones se tiene que la *estafa* como maniobra engañosa

² Código Penal de 1980, art. 221: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años".

para causar detrimento patrimonial queda absorbida por el segundo acto descrito en el tipo legal de falsedad en documento privado. Gráficamente podría ser expresada: FALSEDAD + USO = FALSEDAD, *aunque exista provecho económico*.

Segunda: Sostiene que el uso de un documento falso por parte de quien lo falsificó, casi siempre esta encaminado a otro hecho que generalmente corresponde al supuesto de un tipo legal. No puede escindirse el uso de un documento privado que el sujeto activo ha falsificado, del delito de *estafa*, cuando es este precisamente el medio engañoso utilizado por aquel para inducir en error al sujeto pasivo. En estos casos se configura un concurso aparente de tipos, que se resuelve en favor del tipo que protege el bien jurídico más importante: el de *estafa*. Gráficamente se tiene: FALSEDAD + USO = ESTAFA, *si existió provecho económico*.

Tercera: Considera que al falsificarse un documento privado, que luego se usa, configura un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del ordenamiento penal. Se puede resumir de la siguiente manera: FALSEDAD + USO = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, *si existiere provecho económico*.

Cuarta: Fundamenta la posibilidad del concurso entre los delitos de falsedad en documentos privados y *estafa*, siempre que el uso que el actor dé al documento por él falseado configure al propio tiempo *maniobra engañosa*, con la cual obtenga provecho económico para sí o para un tercero con el correspondiente perjuicio ajeno. Esquemáticamente tenemos: FALSEDAD + USO y MANIOBRAS ENGAÑOSAS = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, *si existiere provecho económico*.

4.1 *Primera tesis* (FALSEDAD + USO = FALSEDAD), *aunque exista provecho económico*.

4.1.1 *Durante la vigencia del Código Penal de 1936.* Durante la vigencia del Código del 36 se consideró que si en una misma persona se reunían las calidades de autor del escrito mentiroso y usuario de la falsedad, se hacía inaplicable el art. 240, por cuanto la doble conducta quedaba encuadrada en el tipo complejo del art. 242. De tal manera que si con el uso del documento privado falso, se infería un agravio económico con el consiguiente provecho del autor, no se configuraba el delito de *estafa* porque los elementos constitutivos de esta infracción se encontraban subsumidos en la figura compleja del art. 242; significando con ello que la *estafa* no podía concurrir con la *falsedad privada*, pues la norma últimamente citada, fuera de llenar las exigencias del art. 408 (hoy 356), contenía una agravación precisamente para la mayor nocividad de las acciones³.

Así, en casación de 28 de abril de 1970, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, anotó:

"No sucede lo mismo con la falsedad en documentos privados, pues si quien los usa, siendo al mismo tiempo el autor de la falsedad, causa perjuicio a tercero y el correlativo beneficio económico ilegítimo, que son los elementos tipificadores del delito de *estafa*, están subsumidos en la definición de la falsedad y se contrariaría el principio *non bis in idem* si se admitiera la concurrencia. Además, porque en

³ Cfr. LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Ed. Temis, 1978, pág. 733.

en el art. 242 se reúnen como en un solo delito las dos infracciones, la falsedad y la estafa, y cuando allí se dice que *si el que usare de los documentos a que se refiere el artículo anterior, fuere el mismo que los ha falsificado*, la sanción será la establecida en el art. 233, aumentada de una tercera parte a la mitad, precepto este que impide, en consecuencia, señalar una concurrencia de delitos que esa norma suprime.

"La falsedad documentaria en el caso del art. 242, que necesariamente se relaciona con el 240, es un delito complejo, pues en dicha infracción la ley considera como elementos constitutivos y como circunstancia calificante de agravación hechos que, reunidos y considerados aisladamente, podrían tipificar la estafa. Tal acontece con el *perjuicio de terceros* que tiene la equivalencia correlativa del provecho propio, y con el uso de documento falsificado, que implica la inducción en error por el artificio. Hallándose incorporados a la estafa, en la forma que se deja anotada, esta infracción contra la propiedad, que es de menor entidad, no coexiste con aquella, pues se subsume en el delito más grave (la falsedad), observando los principios jurídicos de primacía de las normas especiales (para el caso de los arts. 240 y 242) y de la ya enunciada no doble imputación de un mismo hecho (*non bis in idem*).

"De otra parte, en varias oportunidades la Corte ha llegado a la misma conclusión de que no se puede dar el concurso de falsedad en documento privado y estafa, cuando el autor de la falsedad en esa clase de documentos es la misma persona que al hacer uso de él causa perjuicio económico a tercero"⁴.

Hablando del *concurso aparente* entre los tipos de *falsedad privada* y *estafa*, apuntó esta corporación el 29 de abril de 1980, con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA:

"a) Una persona comete falsedad en documento privado «con perjuicio de tercero o con intención de causarlo», en cuyo caso su comportamiento encuadra solamente en el tipo legal previsto por el art. 240 del Código Penal.

"b) Una persona, con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse, usa documento privado que otra ha falsificado; tal comportamiento encaja plenamente en el tipo legal descrito por el art. 241 del Código Penal, dispositivo este que se diferencia del anterior no solo por la naturaleza de la conducta sino por la diversidad de agentes.

"c) La persona que usa el documento privado falsificado por otra, lo utiliza como ardid, como parte de una *mise en scène* y en virtud de su engaño orientado hacia otra persona, obtiene provecho económico en perjuicio ajeno, surge en este caso concurso aparente entre los tipos de falsedad y estafa, colisión que ha de resolverse mediante la aplicación del principio de consunción, en virtud del cual el tipo de mayor contenido jurídico absorbe al de menor riqueza descriptiva; en esta hipótesis el tipo de falsedad (art. 241) subsume al de estafa (art. 408) porque

mediante él tutela el legislador el bien jurídico de la fe pública de mayor trascendencia social que el de la propiedad privada amparado por el de estafa; y porque siendo este un tipo cerrado (circunstancia modal) y de resultado (obtención de provecho) y aquel, abierto y de mera conducta, es capaz de absorber dichas circunstancias y resultado, como que el uso del documento falso constituye de por sí engaño y la simple obtención del provecho buscado es evento natural del ardid.

"d) La misma persona que falsifica el documento privado lo usa; tal uso, como quiera que está referido por el art. 242 del Código Penal al art. 241 *ibidem* ha de reunir los requisitos de esta última figura. En este caso hay concurso aparente entre estos dos tipos legales (C. P., arts. 240 y 242) que se resuelve por mandato del propio legislador mediante la aplicación del segundo de ellos, en la medida en que, además de comprender la conducta descrita en el artículo 240, le adiciona nuevo comportamiento que consiste, como ya se vio, en utilizar el documento falso.

"...

"e) La misma persona que falsifica el documento privado, lo emplea en maniobra artificiosa para engañar a otro y lograr por esta vía ventaja patrimonial indebida. Como quiera que la única diferencia entre esta hipótesis y la distinguida con el literal c) es la de que aquí el mismo agente que falsifica el documento lo utiliza fraudulentamente y en el caso del art. 241 otro es el falsario, y como en ambos casos se usa el documento para inducir en error a otra persona y en virtud de tal maniobra se obtiene provecho económico, el conflicto planteado es idéntico y ha de resolverse, consecuencialmente, de la misma manera; significa esto que también se da en esta situación un concurso aparente de tipos con predominio del de falsedad (art. 242) sobre el de estafa (art. 408)"⁵.

Obsérvese que la Corte considera que es indiferente la "calidad" del uso que se dé al documento privado, ya se emplee en "maniobra artificiosa para engañar a otro" o no; de todas maneras, uso con ventaja patrimonial o sin ella, no trasciende del mero concurso aparente.

Lo anterior para significar que a pesar del anterior planteamiento de la Corte, esta sostuvo en otra oportunidad "que no siempre que con posterioridad a la elaboración de un documento privado falso y con utilización del mismo se produce un engaño que causa el desplazamiento de la propiedad o posesión de un bien mueble o inmueble, es decir, se estructura un delito de estafa, se da el fenómeno de la absorción delictuosa, esto es, la desaparición de una de las figuras delictivas por subsumirse sus elementos en otra"; tal como se resaltará más adelante⁶.

En el seno de la Corte Suprema de Justicia y en vigencia del Código del 36, se consideró que la falsedad en "instrumentos negociables" (equiparados a los documentos públicos) y su empleo posterior como medio engañoso, así hubiera sido por

⁵ C. S. de J., casación de 29 de abril de 1980. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 102, Bogotá, junio de 1980, pág. 397.

⁶ C. S. de J., casación de 23 de noviembre de 1978. Magistrado ponente, dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 85, Bogotá, enero de 1979, págs. 2 y 3. Cfr. nota núm. 22.

⁴ C. S. de J., casación de 28 de abril de 1970. Magistrado ponente, dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Gaceta Judicial*, t. CXXIV, págs. 272 y 273.

el mismo que le dio vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, era indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de *falsedad* y otro de *estafa*, sin que por ello se viole el principio *non bis in idem*, "puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que el primero es la fe pública y el segundo el patrimonio"⁷.

En forma explícita sostuvo la Corte, con ponencia del dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, en sentencia de 14 de mayo de 1959, sobre la falsedad y uso de instrumentos negociables:

"Distingue, pues, la ley entre documentos públicos e instrumentos negociables, sin crear desde luego con estos un género aparte del conocido con el nombre de documentos privados. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e instrumentos negociables se contrae al solo efecto de la penalidad.

"...
"Pero, ¿qué pasa si el que falsifica el instrumento negociable es el mismo que lo usa, incurriendo en otro delito?

"a) ¿Se considera tal uso del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es autor de ambos un mismo sujeto y cuando hay o pudo haber un número plural de víctimas como secuela de tal uso?

"b) Si no hay concurso sino más bien absorción del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de esta y aprovechador del instrumento negociable apócrifo, tendría igual pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto del documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de 1/3 a 1/2; cfr. art. 242 del C. P.) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

"c) Si por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del Código Penal se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y del otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación de instrumentos negociables) y el 408 (estafa por medio del mismo)? ¿O se le reprime mediante la norma del concurso especialísimo del art. 242 ibídem.

"d) Aplicándole al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los arts. 33 (que se refiere al concurso material de delitos), 233 y 408 del Código Penal, la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (art. 33) de cero más uno «hasta otro tanto»

⁷ C. S. de J., casación de 26 de abril de 1961. Magistrado ponente, dr. SIMÓN MONTERO TORRES, en *Gaceta Judicial*, t. xcv, pág. 621.

de la base; al paso que si el precepto aplicable es el art. 242 ibídem, la pena base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio, el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda solo llega a la mitad.

"Todos los interrogantes que hasta aquí ha presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven, dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (arts. 233, 408 y 33 del Código de las penas) (subrayas nuestras)⁸.

La anterior transcripción, para apuntar que a pesar de la posición unánime de la Corte, sobre el concurso entre la falsedad en "instrumentos negociables" y la estafa, el dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 21 de octubre de 1977, se apartó de la anterior línea de pensamiento, y sostuvo:

"De otra parte, la asimilación legal entre instrumentos negociables y documentos públicos no es ni puede ser en cuanto a su esencia, pues la ley penal no puede transmutar la naturaleza de los hechos jurídicos por ella presupuestos o mentados. Tampoco hay asimilación en cuanto a la pena, porque las sanciones del art. 233 son muy distintas de las del art. 231, aunque allí mismo no mencione la falsedad en documentos públicos sin abuso de funciones por parte de un agente que es el funcionario público o un particular. Esta parcial equiparación solo responde a la ágil ley de circulación de los instrumentos negociables, cuyas firmas se presumen auténticas a fin de que cumplan su específica función mercantil. Pero es obvio que el público no tiene la misma fe en un cheque particular que en un documento público. Este es un dato real de cuya evaluación no puede prescindirse, al menos si se pretende que el derecho se acomode a la realidad y no a la inversa. Tan grave es la punición de la falsedad en instrumentos negociables, que bien puede pensarse que la ley ha subsumido en ella tanto la actividad falsaria (aspecto formal) como sus eventuales resultados patrimoniales (aspecto material). Si se hubiera querido reprimir por aparte el uso, así lo habría dispuesto el legislador, que sin embargo calló sobre el particular. Si, en cambio, se agravó por el uso la responsabilidad del falsificador de un documento privado, esto no puede deberse sino a la consideración de que la pena del art. 240 era insuficiente para reprimir adecuadamente todos los daños posibles.

"En la actividad de administrar justicia son las teorías las que deben ser puestas al servicio de la justicia y no esta al servicio de aquellas. Si la justicia material ha de prevalecer sobre el tecnicismo, entonces al intérprete no le es dable, con

⁸ C. S. de J., Casación de 14 de mayo de 1959. Magistrado ponente dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, en *Gaceta Judicial*, t. xc, págs. 733 y 734. Cfr. igualmente los siguientes fallos: LXVI, pág. 484, 1949; LXXXV, pág. 182, 1957; xc, pág. 1054, 1959; xci, pág. 596, 1959; xcv, pág. 621, 1961; ciii-civ, págs. 413 y s., 1963.

meras construcciones hermenéuticas, agravar la penalidad de un hecho que de suyo está ya bastante gravemente reprimido. La justicia de la pena estriba en su necesidad y esta depende de que sea proporcional al mal del delito. Una sanción exagerada no es necesaria ni por lo tanto justa. Y el Juez, que es encarnación de la justicia material más que del formalismo legal, por más que esté limitado por el marco objetivo de la ley, no puede pretermitir la justicia so pretexto de interpretar técnicamente una disposición en desmedro de la debida proporción entre delito y pena. Otra cosa puede suceder cuando se presente la situación inversa, es decir, cuando la punibilidad resulte benigna y por tanto insuficiente para la represión del hecho y su subsiguiente control social, porque entonces la justicia ha de ser nuevamente un correctivo a través de la actuación judicial. Si así no fuera, entonces la labor del Juez sería meramente silogística y mecánica, no valorativa y creadora, como se admite sin discusión que es. Y la verdad es que si se comparan las penas establecidas en el Código Penal para diversos hechos, fácilmente se advierte que la punición de la falsedad en instrumentos negociables es muy drástica —sin duda por la importancia que invisten en el moderno tráfico jurídico—, pues consiste en pena de presidio no inferior a dos años. En cambio, la estafa genérica, cuyos ardides pueden ser en la práctica mucho más persuasivos y sutiles que la simple confección de un cheque por fingimiento de letras y firmas, está reprimida con un mínimo de un año de prisión, pena que se puede doblar si la cuantía fuere superior a diez mil pesos, pero que aún así doblada no equivale a dos años de presidio (pues estos representan tres de prisión). Si, entonces, un sujeto pone en circulación un falso cheque del mil pesos, que él mismo falsificó, su pena será de dos años de presidio, incrementada en la proporción del art. 33 si se atiende la tesis tradicional del concurso real, quedando así privado, entre otras cosas, del subrogado de la condena condicional. En cambio, el timador refinado, que se vale de aparatosos medios engañosos para lograr el ajeno error y tras este la desposesión de la víctima, que emplea por tanto en el delito mayor esfuerzo, mayor capacidad y mayor laboriosidad, puede causar un perjuicio de diez mil pesos y su penalidad sería la de dos años de prisión, cuya naturaleza y duración no impide dicho subrogado. Si esto no es injusto, entonces no es fácil acordar en lo que sea tal. Esa injusticia, empero, es ahondada por la tesis tradicional del concurso real en los eventos de que se trata, la cual hace todavía más onerosa la penalidad de la falsificación de instrumentos negociables. Pero téngase en cuenta que esta argumentación es válida solamente en la medida en que la ley no es clara ni expresa en la formulación del concurso, pues si de ello se tratara el Juez no tendría solución distinta a la legal.

''Es muy curioso que el uso del documento falsificado por el propio falsificador sea una agravante de la falsedad en documentos privados, delito de falsedad documental por tanto (art. 242); que ese mismo uso de documento privado falso por quien lo falsificó pero conoce la inautenticidad, sea también un delito específicamente previsto de falsedad documental (art. 241); que también el uso de falsas escrituras públicas, a sabiendas de su falsedad y por persona extraña a la actividad falsificadora, esté asimismo previsto como delito contra la fe pública (art. 234); y que, en cambio, solamente el uso de un instrumento negociable por el falsario constituya

un delito distinto e independiente, que sería el de estafa y no el de falsedad en documentos. Si algo se colige de esta secuencia de tipos y de este contexto normativo, es que la ley quiso incluir como delito contra la fe pública, y no contra la propiedad, todo atentado contra los medios documentales de prueba, sea que el mismo consista en simple falsificación (documentos públicos) o en mero uso malicioso (falsedad por uso), o en falsificación más uso del documento falsificado por quien lo falsificó o por un extraño. Si el uso del cheque falso por el autor de la falsedad no está expresamente previsto, este 'olvido' del legislador, que solo allí ocurrió, no significa que el hecho constituya estafa, sino que queda subsumido en el respectivo tipo especial de falsedad. Si es verdad que no se consuma el delito de falsedad documental sin un principio de uso, este principio de uso es requisito indispensable para la tipicidad y por tanto elemento integrante de la figura legal. Y si es verdad que no puede haber principio de uso de un cheque falso sin principio de engaño y sin principio de perjuicio, estos elementos hacen igualmente parte del tipo de falsedad y no pueden incriminarse separadamente sin violar el principio fundamental *non bis in idem*, ni la regla jurídica indudable de que la ley especial prevalece sobre la general porque precisamente la subsume o consume, integra o absorbe. El principio de especialidad impone una prohibición de regresar la imputación de los tipos especiales a los generales, sea que esto suceda en forma total o parcial. Se puede ciertamente matar de una sola cuchillada, pero si se mata con dos esto no quiere decir que la otra represente un adicional delito de lesiones personales. La tesis tradicional lleva a esta situación, por cuanto al estimar la secuencia uso-engaño-perjuicio como constitutiva de «estafa», ha dejado el delito de falsedad integrado por la falsedad pura, esto es, por la falsedad sin la secuencia uso-engaño-perjuicio, y sin embargo todo el mundo acuerda en que una tal falsedad no existe como entidad punible.

''Quien adultera un cheque y lo guarda en su bolsillo, no es punible por delito contra la fe pública mientras no dé efectivo y cierto comienzo al uso. Y si este principio de uso integra el tipo de falsedad, no puede al propio tiempo integrar el principio de ejecución de un tipo distinto, tentativa de estafa, por ejemplo. Y si esto sucede en la tentativa, no tiene por qué ser diferente en la consumación. El que usa el cheque falso no está perpetrando un nuevo injusto, sino consumando el injusto contra la fe pública, y es claro que estando el perjuicio en el mismo orden lineal y causal del uso y del engaño, el resultado puede ser más o menos grave, el peligro más o menos inminente, el daño más o menos alcanzado. Estos factores inciden sobre la magnitud del injusto y trascienden desde luego a la dosificación de la pena, pero no configuran una distinta e independiente ilicitud típica.

''Concurso real de delitos no puede haberlo sino en presencia de varios acontecimientos típicos perceptibles, sea que estos acontecimientos se ocasionen en una o varias acciones. El que falsifica y usa un instrumento negociable, o, en general, un documento privado, ha realizado por cierto dos actos, falsificar y usar, pero ambos están coligados por la unidad del fin en una sola acción y en todo caso constituyen un solo acontecimiento típico porque no hay falsedad sin cierto uso.

"A veces un acontecimiento típico puede surtir en el mundo sensible por una sola acción (matar de un disparo) o por varias acciones (matar por medio de un lesionamiento múltiple). A veces también varios acontecimientos típicos pueden ocurrir no obstante la unidad de acción (matar a varias personas con el lanzamiento de un mismo explosivo), pero normalmente ocurrirán como el fruto de acciones diversas (matar hoy a uno y mañana a otro). No importan cuántas sean las acciones, pues para los efectos del concurso real es necesario que cada hecho reúna absolutamente todos los requisitos de la tipicidad para que no se viole el principio constitucional *nulla poena sine lege*. Lo que decide sobre la existencia del concurso material es la existencia de varias tipicidades completas, la multiplicidad de acontecimientos legalmente descritos, no la unidad ni la multiplicidad de los actos generadores. Pero si un acontecimiento no agota la figura legal contenida en el tipo, no es un delito en el sentido del art. 33 del C. P. Y si un acontecimiento, para ser completamente típico, debe integrarse total o parcialmente con otro distinto, entonces solo entre los dos integran un tipo, aunque parcialmente un tipo distinto se entrecruce. La tipicidad parcial no es suficiente, no es tipicidad, no puede fundamentar la punibilidad. Empero, la tesis tradicional se ve abocada a deducir la tipicidad parcial de uno de los dos entes imputados: o es parcial la tipicidad de la falsedad, porque se integraría o daría esta por consumada con independencia del uso (lo que no es en modo alguno correcto), o es parcial la tipicidad de la estafa, porque el perjuicio ya estaría incluido en la falsedad, que a su vez cubriría también el medio engañoso (lo que es así mismo ilógico).

"Los planteos precedentes no conducen a sostener que en ningún caso se da la ocurrencia de las dos ilicitudes referidas, pero sí excluye la interpretación de que en todos los casos concurren.

"El concurso es posible solo en el evento de que el agente realice las dos conductas típicas, es decir, de un lado falsifique el instrumento y lo use según su propia ley circulatoria, y, de otro, emplee para la inducción en error maniobras engañosas adicionales al documento mismo, de suerte que pueda afirmarse sin equívocos que el error de la víctima no provino únicamente de los caracteres externos del espurio cheque sino de maniobras complementarias.

"La tesis que viene de esbozarse está por otra parte de acuerdo con la regulación jurídico-mercantil de los títulos-valores, pues sabido es que, según la doctrina dominante, estos no se perfeccionan con la simple emisión, sino que la entrega es también indispensable. Si, pues, sin entrega no hay instrumento negociable auténtico, tampoco lo puede haber falsificado. La entrega, empero, es el uso normal del título-valor su aplicación al destino que lo requiere y justifica en el tráfico jurídico"⁹.

⁹ T. S. de M., providencia de 21 de octubre de 1977. Magistrado ponente, dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 2, Medellín, Ed. Acosta, enero-febrero-marzo de 1979, págs. 79 a 85. Integraron la Sala, además, los dres. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ y FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ, quien salvó el voto. En ese entonces el dr. FERNANDO CORONADO RAMÍREZ, Juez Primero Superior, quien actuaba como *a quo*, anotó: "No existe en nuestro medio un escrito que despierte más desconfianza, que llame más a cuidados que un cheque. «No se aceptan vales ni cheques», es una frase profusamente fijada en bares y cantinas de nuestras ciudades. Lo cierto es que pese a la gravedad de las

4.1.2 *Durante la vigencia del actual Código Penal*. En vigencia el Código Penal del 80, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte y de los tribunales superiores, ha sido la de aceptar la concurrencia delictual entre la falsedad en documentos privados y la estafa, situación que no ha impedido el planteamiento de importantes conclusiones en contrario, la mayor parte de ellos, mediante salvamento de voto. Así:

El dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M. en providencia de 29 de enero de 1982, actuando como ponente en el Tribunal Superior de Bogotá, afirmó:

"La adecuación típica del comportamiento ampliamente conocido del inculcado, es el motivo de discrepancia. El *a quo* consideró que la confección del título-valor falso y el perjuicio que de su uso se desprendió para el denunciante con el consiguiente provecho ilícito del agente activo, permitía deducir la existencia de dos conductas delictuales: falsedad y estafa, en concurso. El ilustre inicial ponente, doctor ABELARDO RIVERA LLANO, tomando en consideración que el ordenamiento jurídico nuevo radicó el cheque entre los documentos privados al eliminar su equiparación a documento público prevista expresamente en la ley anterior, y mediante la interpretación racional que el juzgador debe hacer de la norma vigente, de acuerdo con incontrovertibles derroteros de vieja data trazados por la doctrina, descartó el concurso, para dar por configurada únicamente en el caso de estudio la estafa.

"La mayoría de la Sala está de acuerdo en que la conducta investigada repercute en el campo penal con un solo perfil delictual, pero considera que la denominación que corresponde es la de falsedad y no de estafa. (...).

"En esta oportunidad, resultan convenientes otras citas del tratadista nacional (dr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO), que concurren a clarificar de una vez por todas la cuestión motivo de análisis: «De otro lado, cuando el solo uso del documento produce un provecho o causa un daño, *sin necesidad de una actuación posterior* (se destaca) tanto aquí como este quedan integrados en el concepto de uso y hay más que un delito: la falsedad por uso». Criterio personal que el autor apunta

penas con que el legislador ha tratado de proteger estos escritos llamados a reemplazar la moneda circulante, ni desde el punto de vista legal, ni en la consideración social ha logrado ese cometido, ni gozan del respeto y la confianza, llena de sobresaltos y cavilaciones al destinatario.

"Para obtener el cambio del título-valor el sindicado no se valió de aparato alguno, no desplegó conducta alguna con miras a llenar de confianza al cambiante, no hizo alarde de ocurrencia ni más ni menos aparatosa como sería el fingimiento de riqueza y buen crédito, el trocambio de líneas telefónicas para suministrar datos falsos; era conocido del señor X pero no puede afirmarse que las relaciones anteriores fueron predestinadas por Y para engañarlo en el caso de la especie".

El juez estimó configurado el delito de "falsedad en documentos" por fingimiento de firma en el endoso de un título-valor o instrumento negociable. Pero consideró, con razón que esta infracción no concurría con el delito de estafa, porque el agente se había limitado a utilizar el instrumento según su propia ley de circulación y sin el empleo de adicionales maniobras engañosas, medio típico de la estafa y sin la cual esta no puede configurarse. (Ibidem, pág. 80).

natural. Y en tales condiciones, se tendrá que la estafa como maniobra engañosa con este pronunciamiento de la Corte: «hallándose incorporados a la falsedad, en la forma que se deja anotada (los elementos de daño, provecho y uso, n. b.) esta infracción contra la propiedad, que es de menor entidad, no coexiste con aquella (la estafa, n.b.) pues se subsume en el delito más grave (la falsedad) observando los principios jurídicos de primacía de las normas especiales (para el caso de los arts. 240 y 242) y de la ya enunciada no doble imputación de un mismo hecho (*non bis in idem*)».

“Queda claro, entonces, que en tratándose de documento privado, la contingencia de la causación del perjuicio, y este resultado efectivo, es inherente a la noción de uso. Y el delito de falsedad que en tales circunstancias surge, no puede desfigurarse al punto de hacer que de él se desprenda otro para dar cabida al concurso, en atención a los contornos de la conducta que *procedió* a ese uso, cuyos efectos se produjeron «sin necesidad de una actuación posterior».

“Y vale la pena agregar que si se deja de lado el aspecto cuantitativo para atender al puramente cualitativo, como corresponde en el campo jurídico, el delito de falsedad es siempre de mayor entidad que el de estafa, pues, el interés jurídico que protege aquel (la fe pública) prevalece sobre el patrimonio económico tutelado por los delitos contra la propiedad.

“El llamamiento a juicio procede, en consecuencia, únicamente por el delito de falsedad; y esto quiere decir que basta con modificar el calificadorio de primera instancia en tal sentido, puesto que no se produce modificación alguna en cuanto a la competencia”¹⁰.

El dr. MANUEL CORREDOR PARDO, magistrado del Tribunal de Bogotá, sostuvo el 13 de julio de 1982:

“a. *La fe pública es un bien jurídico pluricomprendido*: los debates que la doctrina y la jurisprudencia han recogido sobre la naturaleza del bien jurídico de la fe pública, permiten llegar a un concepto moderno, eminentemente funcional que atienda al contenido material del concepto dentro del tráfico jurídico y no al puramente formal. Así, la fe pública se estructura como objetividad jurídica sobre tres aspectos básicos que son: a.i) la confianza colectiva que se tiene en determinados signos y formas externas de uso social en las relaciones jurídicas, especialmente cuando tales formas externas se hallan legalmente reguladas por un acto del Estado; a.ii) la tutela del derecho a la prueba, que comprende la protección de la integridad, la autenticidad y la veracidad de los medios de prueba, que lo tienen fundamentalmente las personas cuyo interés particular se vincula al medio de prueba en cada caso individualizando, y secundariamente la colectividad interesada en el correcto desarrollo del tráfico jurídico sobre la base de la función que en

ella cumplen los medios de prueba; a.iii) el derecho subjetivo a que se refiere cada uno de los medios o formas documentales en concreto, pues siendo evidente que la falsedad es un delito medio por excelencia, se tendrá que admitir que la represión penal de ella no se oriente exclusivamente a la salvaguardia de las pruebas en sí mismas, como simples formas externas, sino que alcanza su verdadero sentido y funcionalidad jurídica en la adecuada defensa de los intereses particulares que en cada caso pueden ser vulnerados.

“La posición contraria, que ve en la fe pública un concepto protector de la verdad formal por sí misma, es de alcance restringido, que quita toda funcionalidad jurídica al bien objetivamente protegido por el legislador, y por sobre todo que no se amolda a la materialidad misma de los fenómenos. Es una concepción más rígida de la fe pública, que lleva a la consideración de que la sola *editio falci* configura un delito contra dicho bien jurídico.

“b. Dicho lo anterior, se convendrá que si el bien jurídico protegido es *pluricomprendido*, es decir, que se integra por los tres aspectos ya enunciados, se tendrá que aceptar que la consecuencia será la de tener las conductas de falsedad como igualmente pluricomprendidas, en la mayoría de los casos.

“c. De manera que si el delito, por corresponder al bien jurídico de la fe pública así entendida, es pluriofensivo en el sentido de afectar diversos objetos jurídicos protegidos, abarcará en sí tanto el quebranto a la confianza colectiva como a los medios de prueba, y a los derechos de particulares relacionados con tales medios probatorios. Esto es especialmente marcado en la falsedad documental privada, y con fuerza incontrastable si la legislación respectiva considera el uso como parte integrante de la conducta típica del *falsum* privado, como ocurre en nuestro art. 221 del Código Penal. Comparando los textos legales del capítulo de falsedad en documento, se puede observar claramente una diferencia ostensible entre los tipos legales que se refieren a la falsedad documental pública y la privada. En la primera la protección penal parece extenderse hasta el aspecto de la tutela de la integridad, la autenticidad y la veracidad de los medios de prueba documentales públicos, de acuerdo con la redacción empleada por el legislador en este tema. Mientras que en la privada, el esquema típico mismo nos indica que el legislador quiso prolongar y extender la tutela más allá de la simple forma del medio probatorio, cuando agrega como elemento del tipo el uso del documento, que constituye evidentemente un plus no solamente en la descripción típica sino en cuanto a la necesidad y la intención de proteger un contenido que supera la simple condición formal del medio de prueba. Esa extensión de la protección jurídica, derivada de la agregación del uso en el esquema típico, no es otra cosa que la tutela de los intereses particulares que a cada medio de prueba se refieren.

“d. Estos argumentos nos llevan a decir que la falsedad privada, consagrada en el art. 221 del Código Penal colombiano sobre la base de una conducta típica desenvuelta en dos actos: el de falsificador y el usar el medio, comprende la afección del bien jurídico que el falsario finalmente se propone vulnerar mediante la utilización del medio documental viciado, dentro del marco de su utilización propia y

¹⁰ T. S. de B., providencia de 29 de enero de 1982. Magistrado ponente, dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M., en *Estudios sobre el cheque*, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1983, págs. 111 a 118.

para causar detrimento patrimonial queda absorbida por el segundo acto descrito en el tipo legal de falsedad en documento privado.

''e. *El significado de la expresión usar*: es cierto que el esquema típico del art. 221, del Código Penal empleó una expresión que no figuraba en la legislación del Código derogado de 1936, y que sustituyó a los elementos subjetivos que los arts. 240 y 241 de tal obra traían. En estas disposiciones se estructuraba el tipo legal de falsedad privada con los aspectos subjetivos que se describen así: «... con perjuicio de tercero o con intención de causarlo...» en el art. 240, y «con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse» en el 241, y de tal redacción típica se consideró, en la mejor interpretación según nos parece, que ella absorbía el delito fin, especialmente en el campo de las defraudaciones patrimoniales, impidiendo el concurso de falsedad privada, y estafa. En el tipo legal actual no se hace mención del elemento subjetivo referido, que ha sido reemplazado por el segundo acto estructural de la falsedad privada, o sea por el uso del documento falso. Pero ello no modifica en forma sustancial el esquema legal, pues el uso del medio falsificado es la manera en que se exterioriza y concreta en el mundo de lo fáctico el *animus* de obtener un provecho o el de causar un perjuicio, en detrimento de bienes jurídicos radicados en cabeza de un tercero. Antes bien nos parece que el legislador actual, siguiendo doctrina universalmente aceptada, amplió la descripción típica de la falsedad privada para exigir no solamente el ánimo de perjudicar a terceros, sino la conducta objetiva que realmente pudiera, naturalísticamente, causar el daño final perseguido por el autor. De manera que en lugar de insertar en el tipo legal una exigencia subjetiva del autor, el legislador incluye un comportamiento concreto —el uso— que lleve a la efectivización de dicho ánimo, con lo que se advierte claramente que se quiso recoger en la descripción la motivación última del sujeto agente y la modalidad comportamental que finalísticamente lo persiga en el mundo de lo físico. Este planteamiento unido al hecho de que el uso debe ser entendido como el empleo que jurídicamente corresponde al medio documental de que se trate, es decir, que se concreta en el uso jurídico del documento, nos lleva a pensar que si el autor se limita a *usar jurídicamente* sin agregar actividad diversa a su modalidad de acción, ni acompañar dicho uso con medios diversos a los normales en el campo del derecho, estará simplemente usando para los efectos de la consumación de la falsedad documentos privados. Dicho en otros términos, si se reprime por vía del tipo legal el uso jurídico, igualmente se abarcará la consecuencia última de dicho uso, que será una defraudación patrimonial como en nuestro caso, o cualquiera otra eventual consecuencia vinculada íntimamente con el empleo del medio falso.

''La consecuencia, para nuestro caso, será la de que la estafa queda absorbida por el uso jurídico de los documentos falsificados, incluido el daño patrimonial efectivo que pudiera producirse, siempre que tal uso no vaya acompañado de otra actividad diversa para reforzar el engaño, pues en tal caso sí cabría la imputación de un hecho punible concurrente sobre un elemento naturalísticamente diverso del simple uso.

''f. Por ello no nos parece correcto decir que el uso a que se refiere el texto del art. 221 del Código Penal, se limita a aquel en que no se causa quebranto

en bien jurídico diferente. Ello es una interpretación que no se deduce del texto, ni siquiera bajo el amparo de una consideración sistemática del problema, y que depende solamente del criterio personal del intérprete. De otra parte ello olvida que el bien jurídico es pluricomprendivo y que por lo mismo el hecho resultará lesionando o vulnerando varios objetos jurídicos tutelados, lo que no es extraño en la falsedad documental en donde siempre se busca por el autor un resultado final ulterior a la falsificación *per se*.

''2. *Nuevas argumentaciones al respecto*: pero aún pueden darse otros argumentos para rechazar la tesis de quienes sostienen doctrinaria y jurisprudencialmente la posibilidad del concurso de la estafa con la falsedad documental privada. Ellos son: a. Si el elemento subjetivo significó «la finalidad» hacia donde apuntaba la realización del comportamiento que atentaba contra la fe pública, en la legislación anterior dicho elemento subjetivo fue reemplazado por el uso como elemento que concretaba dicha finalidad, en la legislación actual, será evidente que el fin de la acción va ínsito en dichos elementos del tipo (el subjetivo de la codificación anterior, y el uso como segundo acto en el actual). Por ello el fin, que puede consistir en un detrimento patrimonial perseguido por el falsario —no se olvide que la falsedad es un delito medio por excelencia—, está comprendido dentro del esquema típico del art. 221 del C. P. vigente. b. El uso es la acción y el efecto del usar y emplear un instrumento cualquiera, por lo que cuando el legislador lo exige dentro de un marco típico será evidente que quiere el efecto propio del empleo del instrumento que es usado. Por ello la doctrina penal ha determinado que el uso en estas materias, es el que corresponde al «uso jurídico que es propio del documento», por lo que igualmente se dirá que en él va involucrado esencialmente el efecto jurídico connatural al instrumento que se usa. En los documentos que pueden producir cambios patrimoniales, pues será dicho efecto el propio al uso de los mismos, y por ello las defraudaciones patrimoniales no pueden concurrir con el *falsum* privado. c. Si existen casos en que no se produce detrimento patrimonial, por la naturaleza del documento, y apenas se produce un engaño *sin trascendencias sobre otro bien jurídico distinto a la simple credibilidad general* como fenómeno sociológico, se tendrá que admitir que estamos ante una falsedad inocua por no dañar un bien jurídicamente tutelado por el decreto, visto que la sola credibilidad general en abstracto no es un bien jurídico en sí mismo, y por sí solo, sino en la medida en que se afecten los medios de prueba en orden a los intereses jurídicos vinculados a tales medios probatorios, falsificados. Así por ejemplo quien quisiera ostentar riquezas que no tiene, podría elaborar una carta privada enumerando valiosos bienes de fortuna como suyos con lo cual consiguiera engañar a todo el conglomerado, y por los mismos habría afectado la credibilidad general escribiendo una medida. Y ciertamente habría que convenir en que se ha usado el documento, pero ello no es relevante jurídicamente mientras tal uso no afecte un bien jurídico diverso de la simple credibilidad general. Ello ocurre porque la credibilidad o confianza colectiva en los documentos no constituye por sí mismo el bien jurídico de la fe pública, sino que él es comprensivo de otros valores jurídicos distintos, que le dan más alcance que la simple creencia colectiva. En esta hipótesis, mal puede

afirmarse que el legislador quiso, al establecer el uso como parte de la falsedad privada, y como es criterio de brillantes juristas, solucionar el problema de la falsedad inocua, pues aún con el uso en muchas ocasiones se producirá la inocuidad del *falsum* si no se vulnera algo distinto y que está más allá de la confianza colectiva en los medios escritos. *d.* En cuanto al argumento de incoherencia entre las penas de la falsedad privada, y la del usuario del documento falso que no ha participado en la elaboración del medio que será reprimido a título de estafador (C. P., art. 356), ello es objeción que vale para el legislador pero no para el intérprete, si los textos legales contienen los elementos claros y precisos de la descripción típica, que en modo alguno pueden ser extendidos de modo tal que quiebren el principio del *non bis in idem*, pues que si se toma un elemento que absorbe una hipótesis típica autónoma para estructurar un determinado tipo legal distinto, significaría la creación de un tipo legal complejo, lo cual está reservado a la facultad del legislador exclusivamente. Además, ello es lo natural en el campo de la falsedad documental, si se tiene una noción moderna y científica del bien jurídico de la fe pública, entendida como un fenómeno complejo que comprende la credibilidad general en las formas externas, la capacidad probatoria de los documentos, y la protección del interés de terceros que se vincula a cada medio probatorio individualizado y concreto.

"3. *No cabe el concurso*: por manera que no es factible concursar los dos hechos punibles, el de falsedad documental privada y la estafa, como lo consideró el señor juez de primera instancia al modificar el auto de detención, por lo que la Sala reformará la calificación provisional de falsedad y estafa para señalar que solo existe falsedad documental privada. Naturalmente que cuando la acción se desdobra no solo en el mundo síquico del autor, sino en el mundo de la realización física en dos actos diversos, uno de los cuales pueda significar engaño para lograr un detrimento patrimonial, es factible el concurso de tales infracciones punibles, pero no es el caso que estudia la Sala.

"Por tanto, en el caso sometido al estudio de la Sala, se tendrá que existen varios hechos punibles de falsedad privada, en concurso material de infracciones, pero sin que con ellos concurre delito contra el patrimonio económico como se dejó analizado"¹¹.

Los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en reiteradas oportunidades, rechazaron la posición mayoritaria de la Corte que sostiene el concurso *falsedad-estafa*. He aquí los planteamientos del salvamento de voto:

"A grandes rasgos presentamos nuestro disenso, que tiende a eliminar la posibilidad del concurso de delitos de «falsedad en documentos» y «estafa», cuando se altera la verdad en un título-valor y mediante esta maniobra se obtiene el provecho económico que era propósito de esa acción.

"Estos son los motivos del desacuerdo:

¹¹ T. S. de B., providencia de 13 de julio de 1982. Magistrado ponente, dr. MANUEL CORREDOR PARDO, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 132 a 140.

"1. Los delitos pluriofensivos o la conducta delictiva múltiple suelen vulnerar a más de un bien jurídicamente tutelado. Ese desplazamiento sicofísico encuentra como primera y fácil solución la de advertir que se trata de un concurso de hechos punibles, institución reglada en los arts. 26 a 28 del actual Código Penal.

"2. Razones de política criminal, para evitar una represión excesiva, o de justicia retributiva, que busca impedir la violación del *non bis in idem*, llevan a la doctrina y a las legislaciones a restringir humanitariamente las formas concursales y establecer como *un solo delito*, conductas plurales que en sentido general darían lugar a varios delitos independientes, o como *una sola conducta* con efectos múltiples, también susceptibles de ser tomados como varias infracciones autónomas. De allí las denominaciones de delito continuado, delito compuesto y delito progresivo, etc., y de ahí también los criterios de especialidad, consunción y subsidiaridad ideados para darles sustento a los mismos y para explicar que no se trata propiamente de varios delitos, aunque esta sea la inicial valoración, porque en el fondo se tiene es un concurso aparente de tipos;

"3. La forma como discurre la ponencia de la cual nos apartamos, en su primera parte, sirve tanto para sus propios fines como para la tesis que se sostiene en este salvamento. Porque entendemos que la reforma penal de 1980 representa, en el campo de la falsedad, una enmienda profunda de efectos acentuados, más allá de aspectos meramente corticales, afirmamos que, en lo relacionado con los títulos-valores, se quiso descartar la tradicional tesis de los concursos delictuales; porque aceptamos el delito complejo (en estricto o lato sentido), como fenómeno jurídico de aplicación y creación doctrinarias en nuestro medio forense, también aseveramos que el mismo pueda resolver satisfactoriamente el problema planteado, mediante los criterios de la consunción o de la especialidad, y, finalmente porque el «uso», como elemento del tipo (C. P., art. 221), interpretado con exactitud y rigor, esto es, en toda su extensión consecuencial, viene a constituir los actos propios de la estafa, resultando querido y propiciado con la alteración de la verdad en el título-valor;

"4. No debe olvidarse, entonces, que los problemas inherentes a los concursos de delitos suelen desaparecer bajo el peso de una enmienda legislativa, así esta pueda aparentar desapego de la técnica jurídica. Y esto es lo sucedido en el actual Código Penal.

"Antes, a expensas de la asimilación del título-valor a documento público, la falsedad cometida en estos tenía virtualidad delictiva así se omitiera su uso. En virtud de tal equivalencia se desplazaba la tesis del concurso (por el uso), dominante en el documento público propiamente tal, al instrumento negociable, originando también el uso de estas plurales entidades delictivas de ordinario falsedad y estafa. Pero eso se debía a la ausencia de una norma que reprimiera, dentro de la propia órbita del delito de falsedad, la conducta de quien habiendo falsificado el documento público igualmente lo usaba. Tanto que ese comportamiento, referido al documento privado, si estaba sancionado como modalidad agravada de falsedad, con la obvia exclusión del concurso con la estafa (C. P. de 1936, art. 242).

"En el nuevo estatuto se tuvo el cuidado de subsanar ese vacío estableciendo como circunstancia de agravación punitiva del delito de «uso de documento público

falso» el hecho de que su autor hubiese sido también el de la falsificación (art. 222, inciso segundo). Y respecto del uso en el documento privado el tratamiento que le dio el legislador fue el de erigirlo en elemento del tipo, con los alcances ya analizados (art. 221).

»De tal manera que no hay razón para hacerle desempeñar al uso papel diferente del que el propio Código le asigna, en clara manifestación de la voluntad de reglamentarlo íntegramente dentro del ámbito del delito de la falsedad.

»5. Conviene repetir que, desaparecida la asimilación del título-valor a documento público y requiriéndose el uso del documento privado para poder estructurar la falsedad, la interpretación lógica de este cambio legislativo debe estar del lado de la eliminación del concurso. El uso, obviamente, debe representar una significación delictiva (v. gr. la estafa), porque vale tanto un uso inocuo, inocente, neutro, sin repercusiones en el ámbito penal, como el no uso. Luego la consideración que hace el art. 221 del «uso», tiene que, referirse, en la esfera de los títulos-valores, a la estafa, finalidad propia y directa de la mutación de la verdad en esos instrumentos negociables, realizada en perjuicio del banco o de un tercero. Esa es la concepción de ese uso. De donde no se entiende muy bien que el uso delictivo de los títulos-valores adulterados, sirva simultáneamente a dos necesidades: a la de estructurar, hacia atrás, la falsedad documental, y conformar, hacia adelante, la estafa.

»La tesis de la mayoría desatiende este sesgo legislativo, que en el párrafo siguiente destacaremos más nítidamente, así como la tendencia de los últimos tiempos, que ha buscado precisamente la efectividad de la represión de esta clase de ilícitos, concentrando en una sola figura criminal los varios aspectos que puedan tener relación, mediante los concursos, con los títulos-valores (ver decr. 1135 de 1970 y lo que a su turno establece el capítulo 4º, título 14, libro 2º del C. P.). Pero además convierte una definición general y científica, que debiera obedecer a esquemas doctrinarios, en interpretación subjetiva y variable de las circunstancias. En efecto parece que poco vale como artificio y engaño, la cuidadosa adulteración de un cheque, con su presentación personal e identificación de su ilícito girador, porque este uso se quedaría en mera falsedad documental; pero, si se aparenta solvencia, económica (vestido, vehículo, amistades, etc), entonces sí se da el concurso porque la conducta se adecúa a un tipo penal más enriquecido, o sea, el de la estafa.

»Muy circunstanciada y anecdótica se presenta la solución para poder encajar en el rigor de una tesis. Máxime cuando el concurso se monta en el fondo sobre un resultado: la obtención del provecho económico como si el uso exigido en el citado art. 221, no implicara, precisamente, este efecto y consecuencia.

»6. Coincidimos con la decisión mayoritaria en afirmar que la reforma legislativa, en este tema de la falsedad de títulos-valores, tiene características sustanciales y no simplemente corticales. Basta reproducir el criterio expresado por la Comisión de 1979, la última que se ocupó de preparar el actual Código Penal. La simple transcripción denota cuán lejos está el contenido y consecuencias de este estatuto de la doctrina que nos merece este disenso.

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: El artículo del proyecto final, 'uso de documento falso', me parece importante siempre y cuando cambiemos la redacción del mismo.

Precisamente, esta norma evitará los conflictos de interpretación jurisprudencial que han venido surgiendo hasta ahora en materia de fiscalización de documentos públicos y uso de documentos públicos falsificados según se trate del autor de la falsedad u otra persona.

»«Entonces si contemplamos un tipo especial por el cual establecemos la falsedad agravada para el evento de que el autor de la falsedad en documento público sea el mismo que lo usa, evitaremos el concurso de delitos. Igualmente, si establecemos un tipo especial de falsedad para la persona que usa un documento público falsificado, aunque no haya concurrido a la falsificación, estaremos precisamente guardando la fe pública. Por consiguiente, este artículo se debe referir al uso de documento público falso. Hecho diferente es el uso de documento privado falsificado por persona que no concurrió a la falsificación y que no debe ser tenido en cuenta dentro del texto de este nuevo artículo. Por consiguiente, propongo el siguiente texto: 'Uso de documento público falso. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años'. Inciso. 'Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'.

»«Doctor GIRALDO MARÍN: Señor presidente, con el texto propuesto quiere usted decir que si una persona falsifica un documento público y lo usa con el propósito de cometer una estafa, no habría concurso de falsedad y estafa. En ese sentido me gustaría dejar una constancia en el acta.

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: Efectivamente, constituirá ese evento un delito agravado de falsedad contemplado en este artículo a aprobar. En consideración el texto propuesto.

»«El secretario informa que el nuevo texto propuesto por el doctor ESTRADA VÉLEZ es aprobado por unanimidad y da lectura al nuevo artículo aprobado.

»«Artículo 270: *Uso de documento público falso*. El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público falso que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años.

»«Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta en la mitad'. (...).

»«Doctor ESTRADA VÉLEZ: El artículo 302 del proyecto final se refiere a la falsedad en título-valor.

»«Me parece importante buscar un texto más simple porque el del proyecto final es demasiado casuístico y, precisamente, en los textos que hemos aprobado se ha eliminado, en lo posible, las enumeraciones. Soy partidario de establecer y otorgar un margen amplio para que el juez juegue según la cuantía del ilícito. No me convence la escala de las penas que establece ese artículo a pesar de que se puede fundamentar en que se trata de un documento de extraordinaria movilidad comercial. Pero el bien jurídico tutelado de manera prioritaria es la fe pública, aun tratándose de un delito pluriofensivo.

»«Doctor GIRALDO MARÍN: Precisamente, porque el bien jurídico tutelado prioritariamente es la fe pública, la comisión encargada del proyecto final colocó este

artículo en el presente título. Sin embargo, por razón de su importancia comercial se previó diferente forma de punibilidad, porque no es igual falsificar un cheque de quinientos pesos, que falsificar uno de dos millones de pesos.

»»Doctor ESTRADA VÉLEZ: En principio, estoy de acuerdo con usted; porque no es lo mismo falsificar una escritura de hipoteca por cincuenta millones de pesos que una por diez mil pesos. Entonces, si el máximo de la pena imponible en los delitos de falsedad en documento público cometido por empleado oficial, es de diez años, resulta injusto imponer doce años por la falsedad en 'título-valor'. Será mejor establecer un mínimo y un máximo con la clara constancia de que dentro de ese margen se moverá el juez en la imposición de la pena. Teniendo en cuenta, obviamente, la cuantía del título-valor falsificado, además de los factores establecidos en la parte general del Código. *De otra parte, establecemos un tipo especial de falsedad en título-valor precisamente para evitar el concurso de delitos y que se tome este tipo de conducta como una falsedad agravada.* En consecuencia, propongo el siguiente texto: 'El que falsifique un título-valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años'. Inciso: 'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título-valor'. De esta manera protegemos el título-valor en su sentido amplio y dentro de un tipo especial porque simplificamos el primer inciso del texto del proyecto final y tenemos en cuenta el tercero. *No así el segundo inciso, porque el uso de un documento privado falso por quien no lo falsifica o constituye un elemento de estafa, un ardid o forma de engaño.* En consideración el nuevo texto propuesto.

»»El secretario informa que la Comisión aprueba el texto propuesto por el doctor ESTRADA VÉLEZ, con voto negativo del doctor GIRALDO MARÍN, y da lectura al nuevo artículo aprobado:

»»'Artículo 276. *Falsedad en título-valor.* El que falsifique un título-valor, si lo usa, incurrirá en prisión de uno a diez años.

»»'En la misma pena incurrirá el que destruya, suprima u oculte un título-valor'. (Actas del nuevo Código Penal colombiano —parte especial, arts. 11 a 322—, volumen II, Acta núm. 20, págs. 355-358. Colección Pequeño Foro, Edición dirigida por el doctor Luis Carlos Giraldo Marín).

»7. Los casos que se pretende arbitrar como contra argumento a la tesis del no concurso y que en concepto de la mayoría constituirían problemas insolubles si no se aplica su criterio, no pueden merecer tan significativa valoración, porque o bien no deben resolverse acudiendo al concurso, o bien pueden permitirlo sin que por esto lo relacionado en forma específica para los títulos-valores también se les aplique. Sobre este último particular tendría que observarse la relación económica que alimenta la falsedad del título-valor y su consiguiente aprovechamiento, lo cual no se aviene con la adulteración de un registro público de matrimonio con la consecuente bigamia o engaño sexual, posibilidades últimas que, además, involucran otros distintos actos de naturaleza bien diferente, sobre los cuales sí

descansa con firmeza el concurso. Y así podría continuarse el razonamiento sobre esa ejemplificación, pero no es oportunidad para hacerlo extensamente»¹².

También el Tribunal Superior de Medellín ha participado de esta tesis. El dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ, en providencia de 5 de septiembre de 1984, apuntó al respecto:

«... y como en estas maquinaciones: nombre supuesto, presentación de una cédula de ciudadanía de otra persona haciendo creer que él era el dueño del documento; la firma que estampó... en el documento que autenticaba la firma, se logró inducir en error al hacer la suplantación de una persona, y se obtuvo un provecho económico, no son tales ardid constitutivos del delito de estafa como se dedujo en la primera instancia y lo admite el distinguido colaborador fiscal. Tales tretas, ni más ni menos, las absorbe la falsedad personal, ilícito que no puede concurrir con el de estafa a un mismo tiempo...»¹³.

Por último, el dr. MARIO SALAZAR MARÍN, magistrado del Tribunal Superior de Medellín, en salvamento de voto de 27 de enero del presente año (1986), afirmó:

«a) El art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo; b) el bien jurídicamente tutelado de la fe pública tiene anexos otros derechos; y c) cuando se amplían las maniobras engañosas se está simplemente frente a una negación más intensa de la verdad que repercute en la gravedad del hecho punible, dadas las modalidades, y por consiguiente en la dosis de la pena.

»a) El art. 221 del Código Penal es una norma que consagra un delito complejo. Este es un modelo de conducta que comprende dos o más comportamientos legal e independientemente descritos como infracciones a la ley penal, pero que se consagran, en otra norma, como componentes de un solo hecho punible o como circunstancias de agravación punitiva. Tales conductas componentes se abrazan por virtud del principio de la consunción, que es criterio adecuado para resolver en este caso el concurso aparente de los tipos previstos en los arts. 221 y 356 del C. P. Al punto precisa el tratadista alemán HANS-HEINRICH JESCHECK:

»«Solo cabe afirmar que hay que estimar *consunción* cuando el contenido del injusto y de culpabilidad de una acción típica, *alcanza, incluyéndolo*, a otro hecho o a otro tipo, de suerte que la condena basada en un solo punto de vista jurídico ya expresa, de forma exhaustiva, el desvalor de todo el proceso;... lo típico de la relación existente entre el hecho (falsedad, para el caso) y el hecho posterior (uso del falso) consiste aquí en que, normalmente, el autor también ha de cometer el hecho posterior para que el principal pueda tener para él algún sentido».

»Y complementa la honorable Corte Suprema en valioso fallo:

»«El delito complejo, en cuanto a su estructura, no es una suma, sino una síntesis de varios delitos que pueden conformarse por la unidad del motivo determinante (ánimo de

¹² C. S. de J., salvamento de voto de los dres. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 156 a 164.

¹³ T. S. de M., providencia de 5 de septiembre de 1984. Magistrado ponente, dr. JAIME TABORDA PEREÁÑEZ.

ilícito aprovechamiento económico, por ejemplo, aclaro) que estimula la conducta delictiva; ...la concepción del delito complejo elimina la hipótesis del concurso de delitos, ... en el delito complejo se está en presencia de un pluralidad de infracciones, que no pierden su individualidad, pero sí su autonomía jurídica... necesariamente tiene que ofender una pluralidad de intereses jurídicos».

''Para negar el delito complejo no basta afirmar que en Colombia no existe una norma expresa que lo prevea como institución, pues cuando la ley penal específicamente consagra normas cuyos elementos estructurales o circunstancias agravantes son de por sí hechos punibles, pero en tal caso reunidos en una unidad jurídica diversa, se trata de definiciones legales de delitos complejos, cuya aplicación por orden perentoria del legislador no puede desdesharse a cambio del concurso, pues técnico-jurídicamente ello puede llegar a violar el principio *non bis in idem*, toda vez que en el caso concreto esos hechos solo registran un *nomen iuris*. Así, v. gr., sería desconocer la ley y por consiguiente el delito complejo en el hurto calificado por la «violación de domicilio» (C. P., arts. 349 y 350, ord. 3°), si el juez optara por el concurso, solución completamente heterodoxa y violatoria del ordenamiento.

''Si frente a los arts. 221 y 356 del Código Penal la voluntad del legislador fue reunirlos en un delito complejo, cuando el uso del falso título-valor está enderezado al ilícito lucro económico, no habrá duda alguna que la interpretación deberá consultar el art. 27 del Código Civil, según el cual debe respetarse el espíritu de la ley claramente manifestado en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento, regla subjetiva de hermenéutica en mi opinión insoslayable cuanto al mismo tiempo la interpretación progresiva de la norma no la hace contraria.

''b) En materia de falsedad hay aún serias dificultades doctrinarias para lograr consenso en cuanto al bien o bienes jurídicos tutelados. Del pensamiento que se tenga sobre el particular depende que exista o no concurso entre falsedad y estafa en el caso problema. Sin terciar por ahora en el fondo del debate sobre el por qué de la existencia o no de la fe pública, parto simplemente del supuesto de que la ley la impone pese a las consideraciones que se enderezan a negar su entidad. Pero debo al mismo tiempo dejar claro que la controversia se plantea porque el concepto de fe pública, por sí solo, sin conexión alguna con otros intereses o derechos, no dejará nunca de ser abstracto y de ahí el misterio y la logomaquia que han rodeado siempre el concepto. A tal punto, que se ha convertido en una figura de difícil manejo, porque la diversidad de opiniones ha creado una torre de Babel y un caos en las ideas en este campo. Creo que al respecto resulta necesario un criterio claro que sirva de norte o brújula en torno al cual se expongan ideas más sencillas y contundentes, sin perjuicio de la profundidad. Ese desde luego no es el pretencioso objetivo de este trabajo, pero sí he de precisar por lo pronto que la fe pública está principalmente asida —en homenaje a la concreción— a las formas escritas que tienen la virtud de probar un derecho.

''Ahora: el titular del derecho prueba este mediante el documento y de ahí por qué la ley protege este último. Pero la protección penal de los documentos —como expresa ROMERO SOTO— no se detiene en ese interés probatorio, sino que se extiende al derecho mismo cuya prueba es en cada caso particular un determinado

documento. Por eso el autor citado precisa con acierto indudable que mientras la legislación anterior (C. P. de 1936) consagraba un concepto abstracto o hierático de documento ya que protegía la sola forma, obviamente con prescindencia de su contenido, la nueva legislación (C. P. de 1980) exige que el documento sirva para probar algo. Luego lo que la ley tutela bajo el prisma de fe pública no puede consistir únicamente en la confianza que la colectividad les otorga a las formas escritas, sino que debe extenderse a los derechos públicos o privados que por ese medio se prueban. Se dirá empero que en la falsedad en documento público simplemente se atacaría la confianza de los asociados en esos documentos, quedando así la antijuridicidad en la abstracción, frente a lo que se ha entendido por la nuda fe pública. No podrá perderse de vista empero que la falsedad atenta contra lo que hoy se denomina «tráfico jurídico», expresión que comprende no solo ese sentimiento colectivo de creencia en las formas escritas, sino también su fuerza probatoria (auténtica y veraz) y los demás derechos que por su medio se constituyen y prueban. La falsedad, pues, ataca el tráfico jurídico y de contera las relaciones jurídicas que gobiernan el complejo mundo de la documentación. Claro que mientras en la falsedad en documentos públicos generalmente se lesionan la creencia colectiva en las formas escritas y su eficacia probatoria y pocas o raras veces otros derechos, en la falsedad en documentos privados se atacan todas esas cosas. Pero en todo caso el juez deberá siempre concretar el daño para que se le rinda homenaje al principio rector de la antijuridicidad, que deberá ser no solo formal sino también material, entendiendo esta última como el daño real o potencial al bien jurídico. Naturalmente que el daño potencial, muy común en la falsedad de documentos públicos, no podrá ser tan abstracto hasta resultar inasible el concepto de menoscabo, pues un injusto que se quede en los marcos de la mera violación a la norma (antijuridicidad formal), esto es, en la mera desobediencia a la ley, será una tiranía del derecho penal y del Estado, puesto que a los ciudadanos se les sancionaría así por conductas que no ocasionan un daño, lo que lleva de la mano a un derecho penal peligrosista, con cuyo pretexto se castigaría a las personas más por lo que son que por lo que hacen y más por lo que quisieron hacer que por lo que efectivamente hicieron.

''En este tema de la falsedad documental, y particularmente frente a documentos privados, mucha razón tienen quienes afirman, entre ellos ANTOLISEI y ROMERO SOTO, que la acción falsaria no comporta un fin en sí misma por tratarse de un medio para lograr más allá un fin, que es muchísimas veces un provecho de carácter patrimonial. Por eso nuestro legislador no quiso sancionar en materia de documentos privados a quien únicamente falsifica sin usar el instrumento, rindiéndole homenaje precisamente al injusto material y desechando el incienso a la mera protección de formas. Ha querido solo sancionar a quien cumple las dos acciones de falsificar y usar, incluyendo en la última el menoscabo económico que su contexto encarna. Que el creador de la ley debió llamar eso estafa (criterio teleológico), o falsedad y estafa (criterio de medios y fines), pero no falsedad únicamente, puede ser un argumento respetable de *lege ferenda*, pero el juez debe sujetarse a los precisos parámetros de la ley, puesto que la legalidad —y por consiguiente la previa y exacta

descripción de las conductas— es el principio vertebral del derecho demoliberal que gobierna nuestros pueblos.

''c) Tanto en la falsedad como en la estafa se niega la verdad, aun en el «falso veraz» porque ya en el extremo se niega la forma o la manera de presentar la verdad y el legislador resueltamente ha tipificado el comportamiento. Se niega la verdad en el falso testimonio, la calumnia, la injuria, la falsedad personal, falsas imputaciones, fraude procesal, falsificación de moneda, de sellos, marcas y efectos oficiales, supresión, alteración o suposición del estado civil, etc. etc. Entonces ¿por qué no admitir que el caso en cuestión simplemente está referido a una negación más intensa de la verdad, particularmente cuando se amplían las maniobras engañosas, donde el legislador ha puesto el rótulo de «falsedad en documento privado»? Pienso que es una negación de la verdad que ha sido tratada como delito complejo, así en el fondo y teóricamente sean permisibles otras corrientes de pensamiento por la vía del *iure condendo*. El acuerdo en este punto es un clamor del foro nacional para que el caos jurisprudencial que ya despunta no haga más difícil, y sobre todo más diverso e inequitativo, el tratamiento de estas conductas''¹⁴.

4.2 Segunda tesis FALSEDAD + USO = ESTAFA, si existió provecho económico). Es la pregonada, entre otros, por el dr. ABELARDO RIVERA LLANO, en salvamento de voto a la providencia del Tribunal Superior de Bogotá de 29 de enero de 1982, en la cual actuó como ponente el dr. MARINO A. RODRÍGUEZ M. Allí se anota:

''Debe el suscrito magistrado, consignar las razones de su desacuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala, acordada en este proceso. Para ese efecto, me permito hacer las siguientes puntualizaciones de orden estrictamente *jurídico y doctrinario*, que parten de *conceptos* opuestos a los que han guiado la decisión citada, la cual, desde luego, es jurídica y coherente con principios igualmente respetables que informan nuestra disciplina jurídico-penal. Luego la discrepancia se centra en el rechazo, por parte de la Sala que se impuso de orientaciones acerca de la teoría del delito, pregonadas por un respetable sector de la doctrina penalística contemporánea, las cuales hacen parte de una convicción *científico-filosófica* del suscrito, que posiblemente puede estar equivocada, pero, que, a no dudarlo, es susceptible y tiene que serlo tratándose del mundo del derecho, de controversia y polémica. Destacados los liminares anteriores, expongo:

''1. A la teoría «naturalística» o «causalista», tradicional en el campo penal, representada entre otros por VON LISZT se ha opuesto la llamada *teoría final de la acción*, la cual introduce radicales modificaciones a aquella, en la forma de *concebir, atender y explicar* el fenómeno «delito». Parte esta corriente del concepto basilar de la acción, definiéndola como una conducta del hombre dirigida conscientemente a un *fin*.

''2. Dicho concepto final de acción requiere de algunas aclaraciones, en orden a evitar equívocos y, sobre todo, para poder captar su logicidad y estructura medular. Ellas son:

¹⁴ T. S. de M, salvamento de voto del dr. MARIO SALAZAR MARÍN, a la providencia de 27 de enero de 1986. Magistrado ponente, dr. EUCARIO PALACIO PALACIO.

''a) La acción es conducta final. Ambos términos tienen igual significación para el derecho;

''b) A la acción, en su aspecto exterior, pertenece el movimiento corporal del agente, pero no su resultado, pues este, cuando lo hay, es la consecuencia de la acción y,

''c) A la acción, en su aspecto subjetivo (síquico) pertenece la *finalidad* y esta consiste en la voluntad de realizar el hecho mediante la dirección del suceder causal externo desde el fin propuesto y gracias a la capacidad del agente para supradeterminar ese suceder causal de acuerdo con su experiencia. Así, pues, la finalidad no es lo mismo que la *voluntariedad*, vacía de contenido y dirección, que la mencionada *teoría causal* coloca a la base de la acción. La finalidad, por lo tanto, es voluntad de realización y, por lo mismo, está llena de *contenido y dirección*.

''3. Como consecuencia de lo anterior, la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose en acto, es decir, operando sobre el mundo exterior para la realización del fin cuya elección fue, precisamente, el resultado de la motivación del sujeto agente: es decir, en otras palabras, que para proponerse un fin es necesario conocer previamente, sino el *objeto* final en sí mismo, al menos los datos que lo identifican lo más aproximadamente posible. Incluso, es necesario conocer la causalidad física en general, dado que sobre su previsión se montará la finalidad en la conducta voluntaria. De ahí por qué en el finalismo no puede olvidarse, como lo enseña WELZEL, que el «proponerse el fin» y «elegir los medios con el conocimiento general de la causalidad», son *aspectos internos* de la conducta humana.

''4. Como corolario de lo anterior, la conducta, dentro de esta sistemática, no ofrece «elementos», sino «aspectos» que, con el objeto de analizarlos los divide la Escuela en comento, en «externos» e «internos» (actividad y voluntad) y «manifestación de voluntad». Por esto se insiste y llama la atención, para no confundir los conceptos *óntico* y *ontológico* (teorético), porque allí radica lo erróneo de las teorías causalistas, pues en el nivel óntico (el ser conducta) no hay elementos, partes o pedazos, ni capítulos, sino que hay una *conducta como totalidad*.

''Ahora bien. Sentados los principios teórico-conceptuales anteriores, indispensables para la fundamentación de mi actitud frontal disidente, es preciso destacar la *dinámica* del comportamiento atribuido al procesado S. P. Dice el recuento fáctico-histórico que dicho individuo, al realizar la compra de autos, dio en pago de la misma un cheque por el valor allí escrito, el cual, al ser consignado por su beneficiario, le fue devuelto, pues no obstante pertenecer a la cuenta corriente al supuesto girador, la numeración de esta fue alterada, viniéndose a establecer, a través de la pericia grafológica, que el autor de la adulteración formal en mención, era el imputado en referencia.

''Se sabe, igualmente, el comportamiento anterior y concomitante que desarrolló y observó hábilmente el referido sujeto, para no solo crear la atmósfera indispensable que le permitiera cometer el fraude planteado, sino inducir en error a la víctima del reato. Se demostró, en efecto, que concurrió primero al almacén de autos a indagar por la mercancía, pidiendo cotizaciones; regresó después de medio

día y trajo consigo una cédula de ciudadanía que afirmó pertenecía a su patrón, quien lo había enviado para realizar la compra correspondiente a la cotización solicitada horas antes y mientras esto ocurría un cómplice llamó al empleado del almacén, diciendo, además, que había enviado para ello a su empleado con su cédula, que rogaba no se la fueran a extraviar y, finalmente, que no lo demoraran.

''Significa lo anterior que el imputado S., como *fin de su conducta*, buscó el fraude patrimonial descrito en el art. 356 del C. P. y, para ello, preordenó los medios que consideró, no solo idóneos, sino indispensables y viables, para lograr el propósito que lo animaba, o sea, en términos propios de la concepción que sustento y defiendo, que *el acusado seleccionó los medios, desde el fin, conforme a la previsión de la causalidad*. Por esta potísima y elocuente razón, enseña el finalismo que el dolo es finalidad que se individualiza en el tipo en atención a ella misma y *no por el modo de su realización*. Su intención no fue, pues, causar lesión al bien jurídico de la fe pública y el uso que hoy se le imputa es absorbido en uno de los medios modales de su acción final buscada y lograda, lo que da *totalidad* a la acción cumplida.

''Es innegable que, desde un marco *legal-formal*, es implicado realizó el tipo de estafa que le dedujo el *a quo*. También es verdad que, dentro de la misma óptica conceptual deductiva, como lo expresa la providencia de la Sala a que me refiero:

''«... que si se deja de lado el aspecto cuantitativo para atender al puramente cualitativo, como corresponde en el campo jurídico, el delito de falsedad es siempre de mayor entidad que el de estafa, pues, el interés jurídico que protege aquella (la fe pública) prevalece sobre el patrimonio económico tutelado por los delitos contra la propiedad».

''No obstante el planteamiento lógico, racional y, por lo tanto jurídico, de la conclusión precedente, ella, frente a la corriente que sustento en orden a afirmar que el delito imputable al enjuiciado, es solamente el de estafa, nunca, como coincidió la Sala, en concurso, ni mucho menos, para mí, el falsario por el *uso* del documento utilizado para la concreción del delito. Para ello me afianzo en lo expuesto en el ámbito de referencia teórico, consignado en el punto número dos de este escrito, especialmente en su literal c), al cual me remito, pues, valga la redundancia, la finalidad es la voluntad de realización misma, expresándose, como enseñan, entre otros connotados tratadistas, MEZGER, MAURACH, NISE, etc., que, expresándose en acto, o sea, *operando sobre el mundo exterior* para la realización del fin cuya elección fue precisamente, el *resultado de la motivación*, produjo el resultado buscado y perseguido por el agente delictuoso.

''Pero es más, yendo al fondo de la cuestión doctrinaria, planteada y que robustece mi posición insular, conviene aclarar que la *finalidad no solo abarca el fin último que el sujeto agente se ha propuesto, sino también todas las consecuencias que este se haya representado como necesarias o posiblemente vinculadas a la obtención del objetivo*. Esto, desde luego, siempre que, además, haya aceptado la realización de esa posibilidad en su voluntad. Siendo consecuentes con este plan-

teamiento, fácilmente se infiere que carece de fundamento la crítica *causalista* conforme a la cual la finalidad abarca solo el dolo directo y no al de las *consecuencias necesarias o al dolo eventual*.

''Resulta indiscutible que el imputado de autos, como se dijo antes, al concebir, deliberar y decidirse (acto volitivo), a cometer el delito fin (inducir en error a su víctima), predispuso (acto preparatorio), los medios necesarios e idóneos a ese objeto buscado y entre ellos preordenó lo relativo a la mutación del número de la cuenta corriente que, efectivamente, pertenecía a su titular, el señor J. F. C., pero ello, siguiendo la teoría finalista en mención, hace parte de *un solo acto* que, como he reseñado (núm. 4), integra una *conducta total* que, al fraccionarse, siguiendo la postura causalista (tradicional), conduce a resultados o, de fraccionar aquella (de ahí la decisión tomada por el *a quo*), o ya, como lo hizo la Sala de mayoría a ubicarla en el reato falsario, dado el uso, desestimando la *actitud interna* y la posición vertical del implicado frente a su meta que logró, sin mayor dificultad (dada la potencialidad y habilidad de su comportamiento y de los medios idóneos de que se valió), que no fue otra que la de lesionar, injustamente, el patrimonio económico del sujeto pasivo del hecho punible cometido. La posición causalista aplicable en este asunto, se limita a castigar *medios, no fines*, identificando, de esta manera, la «voluntariedad» con la «finalidad» (ver literal c, núm. 2) siendo inconsecuente con la exigencia filosófico-sicológica en que la ciencia penal debe ubicar al hombre, la cual rescata, exige y proclama el finalismo, pues no en vano sus soportes conceptuales se nutren de todo el acervo que estas disciplinas le han suministrado al derecho, especialmente a partir del neokantismo, tales como la fenomenología de HUSSERL y SCHELLER, la filosofía de HARTMANN, etc., que ocupan, en esta corriente moderna, bastiones decisivos. Por todo lo anterior, me parece pertinente y oportuno concluir estas líneas explicativas de mi actitud, trayendo a colación enseñanzas de uno de los más conspicuos representantes del pensamiento finalista, HANS WELZEL, quien afirma:

''«Lo característico de la acción finalista es la finalidad que la dirige. El hombre conoce la relación causal que liga a los fenómenos entre sí. Ese conocimiento le permite intervenir en dicha relación, ordenando los acontecimientos conforme a su voluntad autónoma. Así, escogida la meta cuya realización se requiere, puede el individuo, 'desde allá' 'supradeterminar el suceder causal', de suerte que la relación fatal, de causas y efectos (basta analizar los *medios* finales de que se valió el encartado S. P. para deducir la logicidad de la doctrina que se expone), se ordene conforme a la dirección deseada para la obtención de la meta propuesta. *Esta intervención de la voluntad humana es lo que caracteriza a la acción y la diferencia de dicho acontecer causal, elevándola a un plano existencial superior*». Y agrega el ilustre autor: «*La causalidad es ciega; la finalidad, vidente*» (*Teoría de la acción finalista*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1951, traduc. de Fontán Balestra). Lo subrayado es mío''¹⁵.

¹⁵ T. S. de B., salvamento de voto del Dr. ABELARDO RIVERA LLANO, a la providencia de 29 de enero de 1982. Magistrado ponente, dr. MARINO A. RODRÍGUEZ, en *Estudios sobre el cheque*, citado, págs. 119 a 125.

4.3. Tercera tesis (FALSEDAD + USO = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico). Propala esta tesis que al falsificarse un documento privado y el uso que a continuación se haga de él, agota la conducta descrita por el art. 221 del Código Penal, independientemente de que se haya o no lesionado o puesto en peligro otro bien jurídico; por ello, existirá un concurso de delitos, siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del estatuto punitivo.

El Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del dr. HERNÁN URREA GIRALDO, en proveído de 12 de marzo de 1982, dijo:

"Es indudable que el art. 221 del Código vigente consagra un tipo de peligro y no de daño, puesto que no exige resultado posterior alguno y, por tanto, si del uso que se haga del documento privado falso se sigue o un daño o perjuicio o se obtiene un provecho no es parte, aplicando el principio de tipicidad, del tipo consagrado en el art. 221, sino que entra a hacer parte de otro tipo penal, que lo contemple como tal, en este caso la estafa, que lo exige para que se dé un provecho ilícito. Resulta claro entonces que cuando mediante el uso de un documento privado falso se obtiene un provecho ilícito, se vulneran dos normas distintas, el tipo de falsedad en documento privado y el de estafa, en concurso ideal, porque es mediante la misma acción como se logra quebrantar ambas formas, la una de simple peligro y la otra de daño o resultado"¹⁶.

Poco después, el dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, magistrado del mismo Tribunal Superior (Bogotá), en fallo de 31 de julio de 1982, sostuvo:

"Conforme a la nueva legislación, comportamientos como los aquí investigados, han dado origen a la estructuración de diferentes tesis jurídicas tendientes a determinar si de acuerdo a la redacción del art. 221 del Código Penal, que consagra la falsedad en documento privado y exige para que haya relevancia jurídica que se haga uso del documento apócrifo, puede afirmarse la existencia de concurrencia delictual con el delito de estafa o si por el contrario esta última infracción hace parte como elemento integrante de la falsedad.

"De las varias tesis formuladas sobre el tema jurídico enunciado, la que pregona el concurso de delitos se ajusta a la estructuración del Código Penal de 1980, por las siguientes razones:

"La legislación de 1936, en sus arts. 240 a 242, consagraba las diferentes modalidades de falsedad en documento privado; la primera de estas normas se refería a quien elaborara o alterara un documento privado, con perjuicio de tercero o con intención de causarlo, incluyendo en la descripción comportamental un ingrediente subjetivo, o sea, la finalidad hacia donde apuntaba la realización del comportamiento que atentaba contra la fe pública.

"Se regulaba asimismo la conducta de quien, sin haber falsificado el documento, hiciera uso de él con perjuicio de tercero o con propósito de lucrarse; y, por último, se establecía una agravación punitiva para cuando quien lo usaba era la misma persona que lo había falsificado.

¹⁶ T. S. de B., providencia de 12 de marzo de 1982. Magistrado ponente, dr. HERNÁN URREA GIRALDO, en LUIS FERNANDO TOCORA, *Protección penal de cheque*, Bogotá, Ed. Temis, 1983, págs. 111 a 112.

"De lo anterior se infieren dos conclusiones, que en el sentir de la Sala, son fundamentales; la primera, el haber utilizado el legislador en los arts. 240 y 241 un ingrediente subjetivo predicable del sujeto activo y que tenía como razón de ser el evitar sancionar lo que lo tradicionalmente se denominaba la falsedad inocua, porque se requería el perjuicio de tercero o al menos el propósito de causarlo; en segundo lugar, la previsión legislativa de incremento punitivo del art. 242, en la mayoría de casos permitió sostener la inexistencia de concurso, al menos con algunas infracciones atentatorias de la propiedad.

"La nueva legislación hizo cambios fundamentales en el capítulo de la falsedad y en especial en tratándose de documento privado. Con relación a esta clase de documento consagró dos tipos penales autónomos, que son los arts. 221 y 224, o sea la falsedad en documento privado y la destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado. De esta manera puede concluirse que no existe regulación de la falsedad ideológica en documento privado, aunque algunos sostienen que dentro del concepto genérico establecido en el art. 221, se comprende tanto la falsedad material como la ideológica; tampoco encuentra previsión normativa en este capítulo la utilización de documento privado falso por persona que no haya concurrido a su elaboración o alteración, sin que ello signifique que se haya despenalizado la conducta, sino que simplemente, encuentra adecuación típica en otras normas, como por ejemplo el delito de estafa; por último, se suprimió la causal de agravación para el evento de que sea la misma persona quien falsifica y usa el documento, y esto obedece al hecho de la nueva redacción consagrada en el art. 221 del Código Penal.

"El nuevo Código estructuró el delito de falsedad en documento privado, de acuerdo a lo que han denominado ilícitos de doble comportamiento, en el sentido de exigir una primera conducta consistente en la falsedad de documento y, una segunda actividad sicofísica, que se concreta con el uso del mismo, predicable necesariamente o atribuible a la misma persona que ha querido dolosamente quebrantar el Código Penal.

"Con base en lo anterior, cabe, entonces, preguntar: ¿qué quiso el legislador al exigir dos actos como conductas humanas, dentro de la descripción del ya mencionado tipo penal? La Sala considera que el segundo comportamiento exigido, o sea, el uso, solo tuvo por finalidad resolver el discutido problema de la falsedad inocua o en otros términos, considerar como irrelevante, jurídicamente, el comportamiento de falsificar únicamente el documento privado, sin que se hubiera hecho uso del mismo; pero, en ningún momento se pretendió dar origen a una norma o tipo penal pluriofensivo, en cuanto al número de bienes jurídicos que se pretenden proteger.

"El art. 221 solamente protege el bien jurídico de la fe pública, o sea, que, conforme a la clasificación aceptada por la doctrina, con base en el objeto jurídico que se tutela, podemos ubicarlo como un tipo penal simple o mono-ofensivo, lo que implica que al ser falsificado un documento privado y a continuación hacer uso de él, queda agotada la conducta, independientemente de que se haya o no lesionado o puesto en peligro otro bien jurídico.

"Si se ha afirmado que se trata de un tipo penal simple o mono-ofensivo, quiere significar que la consumación de la infracción no requiere demostrar que

con el uso se logró detrimento económico en los bienes de un tercero o cualquier otra clase de infracción, sino que, por el contrario, ese uso, como parte integrante del art. 221, puede realizarse sin quebrantar bien jurídico diferente al de la fe pública; piénsese en el caso de alterar o elaborar un documento que contenga una recomendación con la cual se logra ocupar un determinado cargo; en este evento solamente hubo una lesión a la credulidad o fe pública.

"Luego, si es posible consumir el delito de falsedad en documento privado, sin lesionar ningún otro bien jurídico, no resulta lógico dar el mismo tratamiento punitivo a quien usando el documento, no solamente afecta la fe pública sino otros u otros bienes jurídicos protegidos legalmente por el legislador.

"Se ha dicho que no es factible el concurso de delitos en ciertos casos, teniendo en cuenta la naturaleza del documento falsificado y el uso normal que de él pueda hacerse; se cita como ejemplo el falsificar una letra, un cheque, un pagaré, etc., documentos que, por su naturaleza, contienen un aspecto de orden económico y que, en consecuencia, su uso implica una finalidad económica o patrimonial, lo que necesariamente permite sostener que, si a través de ese documento se menoscaban los bienes de un tercero, solamente puede juzgarse por una sola infracción. Esta tesis daría margen para afirmar que el art. 221 es un tipo penal complejo o pluriofensivo, lo que, en el sentir de la Sala, no corresponde al querer legislativo; y, de otra parte, tendría que concluirse que la concurrencia delictual depende exclusivamente de la naturaleza del documento y su contenido y no de la finalidad que le asista al sindicado o de los grados de culpabilidad que se demuestren, como presupuestos de la responsabilidad.

"Lo que ocurre es que, si bien el nuevo Código no reguló en forma independiente lo que la legislación anterior denominaba concurso ideal o formal, no significa ello que dicha institución jurídica haya desaparecido, sino que quedó comprendida en la forma genérica de concurso a que se refiere el art. 26 del C. P. y bien puede denominarse, como lo hace la doctrina tradicionalmente, como un concurso heterogéneo simultáneo.

"La culpabilidad en estos casos es plural, en el sentido de que al sindicado le asisten dos intenciones criminales que realiza a través de un solo comportamiento y que están orientadas a quebrantar la fe pública y otro bien jurídico, que bien puede ser la propiedad.

"Por último, desde el aspecto punitivo resultarían favorecidas las personas que falsifican un documento privado y al usarlo defraudan económicamente a un tercero, por varios millones de pesos, porque en ese caso la pena sería la prisión de uno a seis años mientras que la persona, sin haber concurrido a la falsedad, lo usa para defraudar, la pena sería de 1 a 10 años, a más de la sanción de carácter económico y el incremento punitivo por razón de la cuantía, llegándose a establecer una sanción hasta de 15 años, lo que no sería justo si se interpreta el Código dentro de una concepción sistemática"¹⁷.

¹⁷ T. S. de B., providencia de 31 de julio de 1982. Magistrado ponente, dr. JAIME BERNAL CUÉLLAR, en *Estudios sobre el cheque*, citado págs. 127-132.

4.4 Cuarta tesis (FALSEDAD + USO y MANIOBRAS ENGAÑOSAS = CONCURSO: FALSEDAD-ESTAFA, si existiere provecho económico). Se considera que la falsedad en documentos privados, concurre con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro tipo legal; por ello, si el falsario, además del uso, recurre a maniobras engañosas y obtiene provecho ilícito económico para sí o para otro con el correspondiente perjuicio ajeno, se configura el concurso entre falsedad y estafa.

A partir del año de 1983 (septiembre), la Corte ha sostenido que ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de la estafa hace el art. 356 del Código Penal. Dicho "uso" apenas podrá llegar a constituir un "medio engañoso", pero en momento alguno la plenitud de la figura de "estafa"; en otros términos, la posibilidad del concurso depende de que el uso configure al propio tiempo *manipulación engañosa* con la cual se obtenga provecho económico en perjuicio ajeno.

Esta tesis ha sido pregonada en los siguientes fallos de nuestra más alta corporación de justicia:

Con ponencia del dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, dijo la Corte, en casación de 15 de septiembre de 1983:

"Durante la vigencia del Código Penal de 1936 la falsedad en instrumentos negociables, ahora denominados títulos-valores, estaba tipificada en el art. 233. A pesar de que estos instrumentos son documentos privados se les dio una regulación específica, habida cuenta de su importancia en la vida comercial y de la presunción de autenticidad que les otorga el derecho privado; por ello para la estructuración del ilícito no se requería el uso de documento y, en caso de que se presentare, podía dar lugar a la comisión de delito diferente.

"Por tal motivo la Corte en forma reiterada dijo: «El delito de falsedad en instrumentos negociables, conforme a lo dispuesto en el art. 233 del Código Penal, se equipara al de falsedad en documentos públicos, lo que quiere decir que participa del carácter formal que corresponde a estos últimos y entonces, como es lógico, no necesita para su configuración, que su autor logre el provecho que pudo determinar su conducta de falsario. De ahí que si el instrumento, luego de ser falsificado, se emplea como medio engañoso, así sea por el mismo que le ha dado esa vida, para obtener en perjuicio de otro un provecho económico, es indispensable proclamar el concurso de dos delitos, uno de falsedad y otro de estafa, sin que por ello se viole el principio *non bis in idem*, puesto que, de un lado, la acción que integra la falsedad, tanto en el orden síquico como en el orden físico, es distinta de aquella otra que viene a culminar, con la denominación de estafa, en el atentado contra el derecho de propiedad, y, del otro, los bienes jurídicos que se lesionan también son distintos, ya que el primero es la fe pública y en el segundo el patrimonio» (Cas., abril 26 de 1961, XCV, 621).

"La calificación que se dio a los hechos a que se refiere este proceso fue acertada, pues la falsedad se estructuró con el fingimiento de una firma en un cheque y la estafa con la defraudación patrimonial cumplida en el uso de ese título en detrimento de los intereses del sujeto pasivo, para lo cual se acudió además al

empleo de las maniobras engañosas puntualizadas por el señor agente del ministerio público.

"A juicio de la Sala dentro del sistema consagrado a partir de la vigencia del decreto 100 de 1980, cuando se falsifica un documento privado y luego se usa, existirá un concurso de delitos siempre que el uso se adecúe a una cualquiera de las descripciones típicas del nuevo ordenamiento. Las razones en que se apoya este planteamiento son las que a continuación se enuncian:

"a) Se ha presentado en Colombia un reciente cambio de legislación con modificaciones no simplemente corticales en la concepción del hecho punible y en la tipificación de algunas conductas delictivas. Esto significa que no siempre son de recibo, frente a la nueva codificación, las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacían con relación a la legislación penal de 1936. Precisamente uno de los capítulos que fue modificado sustancialmente es el que consagra la falsedad documental, pues no solo su estructura es diversa de la del Código derogado, sino que los tipos en particular están concebidos en distinta forma.

"b) El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hechos punibles, pues en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiaridad y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.

"Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos, pues realmente solo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada: tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecúa, en principio a los preceptos de los arts. 323, 324 y 328 del Código Penal, pero solo este sería aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras se adecúan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiaridad.

"La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiarie* que exige que solo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

"De modo que el delito complejo solo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de esta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte solo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequí-

vocamente corresponda a la contenida en distinto tipo (tal el caso del hurto agravado por la violación de domicilio, num. 3º del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales; art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

"En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con ponencia del h. magistrado doctor LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ ('G. J.', t. CXXXIX, núms. 2346 a 2351, pág. 355).

"c) En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240, 241, 242), para reprimir la falsedad en documento privado. En el actual art. 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión «si lo usa» puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción que de esta figura delictiva hace el art. 356 del nuevo ordenamiento.

"El uso apenas sí puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso.

"d) El art. 221 del Código Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos, por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado solo está descrito como delito de falsedad. Esta exigencia tiene otro sentido pues con ella se obvió el problema de las llamadas falsedades inocuas, ya que resultaba exagerada la punición de hechos intrascendentes en la vida de relación; esto es, demasiado severo castigar la conducta de quien falsifica documento privado que jamás utiliza. Si alguien falsifica un documento privado y lo guarda, no habrá consumado el agravio contra la fe pública; el delito de falsedad, y solo el delito de falsedad, se consuma con el uso.

"e) Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir con otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

"Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque, por ejemplo) y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecúan y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

"f) En el orden de la punibilidad existe un argumento que descarta la tesis del delito complejo en este caso. El art. 221 del Código Penal, tiene prevista una pena de uno a seis años de prisión, mientras que el art. 356 establece pena de uno a diez años de prisión y además multa de mil a quinientos mil pesos, fuera de la agravante por cuantía. De aceptarse la tesis del delito complejo se llegaría al contrasentido lógico de que para el delincuente que cometa estos dos delitos, materialmente diferenciados, solo le sería aplicable la pena menor.

"g) Finalmente y para abundar en razones podrían citarse algunos ejemplos que contribuyen a reafirmar la posición que se sustenta. Un individuo falsifica partida eclesiástica de nacimiento (documento privado), con el fin de contraer nuevamente matrimonio estando vigente un vínculo anterior. Nadie negará la existencia de un concurso entre falsedad y bigamia si se contrae nuevo matrimonio, así como nadie lo negará si el uso que se da a la partida es el de medio engañoso para cometer estupro. Tampoco se podrá desconocer la existencia de un concurso en caso de que alguien falsifique una nota amenazante para extorsionar. En todos estos casos hay concurso de hechos punibles, por la elemental razón de que el uso de documento falso es un medio para la comisión de un delito distinto de la falsedad.

"En el caso presente es incuestionable que se lesionó el bien jurídico de la fe pública en cuanto se atentó contra la capacidad probatoria de un título-valor y, de otra parte, se menoscabó el patrimonio económico del sujeto pasivo del ilícito. De modo que, como por razones de favorabilidad era imperiosa la aplicación de las disposiciones de la legislación vigente en la actualidad, le asiste razón al impugnante pues si se cometieron los delitos de falsedad y estafa y solo se condenó por este último dejaron de aplicarse las disposiciones que tipifican la falsedad en documento privado y aquellas que regulan el concurso de delitos"¹⁸.

El 24 de enero de 1984, actuando como ponente el dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, apuntó:

"El contenido del art. 221 del Código Penal indica la posibilidad del concurso entre los delitos por los cuales se profirió sentencia en este asunto, hipótesis que se concretará a través de la prueba, como en el caso presente, porque si no se discute la autoría del procesado en la falsedad, la condición «si lo usa» es equívoca porque el uso puede alterar la verdad sin causar detrimento económico como en los casos referidos al estado civil de las personas, tratándose de documentos de origen eclesiástico, o puede derivar en un provecho económico. En el primer evento se ha perfeccionado el delito sin consecuencias patrimoniales, y en el segundo concurso con el de estafa, si además se dan los elementos que estructuran este delito.

"En este proceso se dieron aquellos elementos que integran el delito contra el patrimonio económico, porque no solamente se emplearon las maniobras reseña-

¹⁸ C. S. de J., casación de 15 de septiembre de 1983. Magistrado ponente, dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Derecho Penal y Criminología*, (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia), núm. 25, Bogotá, enero-abril de 1985, págs. 141 a 144.

das en precedencia, sino que se valió del nombre de persona de reconocida solvencia económica y moral de la localidad, haciéndola aparecer como la giradora y aceptante del documento, aprovechando su calidad de tío.

"La apariencia de legalidad del documento apócrifo, apto para el tráfico jurídico y por tanto idóneo para inducir en error a un público de comprensión tenida como normal según el criterio que en el medio cultural se tiene por tal que, utilizado por el falsario, recurriendo a maniobras engañosas, produzca un ilícito provecho económico para sí o para un tercero con el subsiguiente perjuicio ajeno, estructura el concurso de los delitos de falsedad en documento privado y el de estafa"¹⁹.

Con ponencia del dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, dijo esta corporación el 18 de abril de 1985:

"Y desde luego que si el falsario *recurre a maniobras engañosas* y obtiene provecho ilícito económico para sí o para otro con el correspondiente perjuicio ajeno, trátase de falsedad material o de la ideológica en documento privado, se estará además, en presencia del delito de estafa conforme al art. 356 del mismo estatuto (C. P.)" (Subrayas nuestras)²⁰

Por último, en fallo de abril 23 de 1985, la Corte, con ponencia del dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA señaló:

"El art. 221 del Código Penal sanciona a la persona que falsifica documento privado que pueda servir de prueba y lo usa; es este un tipo penal compuesto de dos actos positivos o de acción, el primero de los cuales consiste en la alteración material o ideológica de un documento privado apto para demostrar jurídicamente su propio contenido (alteración objetiva del texto original y auténtico o confección de uno que no corresponde a lo acordado por las partes), y el segundo que apunta a su utilización, es decir, su penetración en el tráfico jurídico de acuerdo con su naturaleza y destino. Como quiera que el tipo que describe la falsedad documental del art. 221 del C. P. no distingue entre las modalidades ideológica y material y puesto que una y otra son naturalísticamente posibles, en cuanto se puede alterar físicamente el contenido de un documento privado con valor probatorio, lo mismo que consignar en él hechos que no correspondan a la verdad para demostrar que realmente no ocurrió, ha de concluirse que en tal tipo penal pueden subsumirse tanto la especie de falsedad documental material como aquella de carácter ideológico, siempre que en uno y otro casos, el actor haga uso del documento así falsificado.

"Obsérvese al respecto que en la exposición de motivos del nuevo Código Penal se reconoce que el verbo rector «falsificar» utilizado en los tipos de falsedad documental comprende el empleo de cualquier mecanismo alterador de la verdad con aptitud para vulnerar el interés jurídico de la fe pública y que, pese a que el tipo de falsedad ideológica en documento público (art. 219) se emplea la expresión «consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad», esta no es más

¹⁹ C. S. de J., casación de 24 de enero de 1984. Magistrado ponente, dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Jurisprudencia penal*, año 1984, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 163-164.

²⁰ C. S. de J., casación de 18 de abril de 1985. Magistrado ponente dr. FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, mayo-agosto de 1985, págs. 255 a 256.

que una forma de falsificar el documento. Por lo demás, en la descripción típica del uso de documento público falso (art. 222) se sigue utilizando el verbo «falsificar» en sentido amplio, vale decir, comprensivo de sus modalidades material e ideológica.

“Por manera que la falsificación del documento privado a que se refiere el art. 221 del C. P. comprende, como ya se indicó, cualquier mutación de la verdad real, sea que ella se haya logrado mediante alteración del escrito, o en virtud de su creación integral, siempre que en cualquiera de tales casos el documento así alterado se utilice probatoriamente.

“Cuando este último acto consolide apenas la vulneración del interés jurídico de la fe pública se estará frente a un solo delito; *pero cuando tal uso es simple artificio para inducir en error y obtener por esta vía incremento patrimonial indebido*, además de aquella lesión se ha producido otra de carácter económico en condiciones tales que ese complejo comportamiento del actor se subsume a la vez en los tipos de falsedad y estafa en concurrencia simultánea y heterogénea, como la prevé el art. 26 del estatuto punitivo nacional. Así lo ha venido sosteniendo mayoritariamente esta Sala en providencias del 15 de septiembre de 1983 y 24 de enero de 1984”²¹.

Es importante destacar en este punto la posición de la Corte Suprema, la cual, a pesar del consenso en torno a la no concurrencia delictual de falsedad privada y estafa, en vigencia el Código del 36 (cfr. apartado 4.1.1.), sostuvo en alguna oportunidad el *concurso* cuando existieren elementos comportamentales distintos a la directa e inmediata utilización del documento.

Con ponencia del dr. ÁLVARO LUNA GÓMEZ, sostuvo en sentencia de 23 de noviembre de 1978:

“Aduce el demandante que por tratarse de un documento privado falso su uso no comporta un nuevo delito ni puede existir concurso entre la elaboración del mismo y su utilización sino que esta absorbe a la primera o, en todo caso, quedan comprendidas en una misma conducta delictuosa.

“Sobre el particular debe advertirse que no siempre que con posterioridad a la elaboración de un documento privado falso y con utilización del mismo se produce un *engaño* que causa el desplazamiento de la propiedad o posesión de un bien mueble o inmueble, es decir, se estructura un delito de estafa se da el fenómeno de la absorción delictuosa, esto es, la desaparición de una de las figuras delictivas por subsumirse sus elementos en otra.

“Para que el uso de un documento privado falso por parte de la persona que lo ha elaborado quede íntegramente subsumido en la figura descrita por el art. 242 del Código Penal, es necesario que la utilización del documento sea el único medio para producir la estafa, esto es, que el agente se haya limitado a presentar el escrito falsificado sin agregar ningún otro elemento comportamental distinto a la directa e inmediata utilización del documento.

²¹ C. S. de J., casación de 23 de abril de 1985. Magistrado ponente, dr. ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal*, año 1985, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 336-337.

“Cuando quiera que el actor ha tenido que valerse de otros medios bien sean palabras, gestos, actuaciones, etc., para producir o reforzar el efecto engañoso de su conducta e inducir en error a un tercero, desaparece la unidad delictiva de sus actos para dar lugar a tantas figuras jurídicas como partes separables y subsumibles en otras tantas normas se den en el episodio criminal.

“Es esto lo que ha sucedido en el presente caso, pues si bien el procesado hizo uso del documento falso no fue ese el único elemento del engaño, ya que en forma concomitante con él actuaron la amistad del procesado con el occiso, el hecho de habérseles visto juntos antes de que este desapareciera, etc. En todo caso no fue el uso del documento falso el único elemento causal del engaño sino solo un mero factor concomitante.

“De ahí por qué no pueda alegarse absorción de la conducta falsaria con la posterior para tratar de hacerlas aparecer como un solo episodio delictivo inescindible, pues, por el contrario, y según lo dicho, admitía división no solo por el aspecto de la sucesión cronológica de los actos sino también por la naturaleza de los mismos”²².

5. *Comentario.* De las cuatro tesis jurisprudenciales reseñadas, creemos que la última compagina adecuadamente los lineamientos jurídicos establecidos por el legislador, al estipular los presupuestos punitivos de los delitos que atentan contra la fe pública y el patrimonio económico; específicamente, los ilícitos de falsedad en documentos privados y estafa.

El Código Penal de 1980, estructuró la tipificación de la falsedad en documento privado, en la actividad sicofísica, que se concreta con el uso del mismo. Este uso, como dice MIRTO, “es el momento de «actividad» del documento, esto es, el momento en que este viene a ser operativo para conseguir los fines de que es capaz. Por consiguiente, mientras el documento permanece inerte y no despliega ningún efecto propio, no se puede hablar de uso”²³.

Atendiendo a los parámetros fijados por el art. 221 del Código Penal, la ejecución del delito de falsedad en documento privado no se materializa con la sola falsificación, sino que es necesario que se use el documento; constituyéndose tal uso en elemento tipificador de la conducta delictuosa.

No es cualquier uso el que la ley exige, sino el *uso jurídico*, “o sea el que se le asigna al documento para que produzca efectos en las relaciones individuales y colectivas, el que tiene una virtud demostrativa determinada según la obra de que se trate”²⁴.

Usar jurídicamente un documento privado, para efectos del art. 221, es utilizarlo funcionalmente en el tráfico jurídico, vale decir, otorgar a un tercero la posibilidad de tomar conocimiento de un documento no auténtico o falsificado. Este uso, así definido, es el que tipifica la falsedad en documentos privados, es decir, “sin agregar

²² C. S. de J., casación de 23 de noviembre de 1978, citada.

²³ Citado por LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Carvajal, 1982, pág. 278.

²⁴ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, IV, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 87.

actividad diversa a su modalidad de acción sin acompañar dicho uso con medios diversos a los normales en el campo del derecho”²⁵.

Evidentemente, tipificada la conducta ilícita con este uso, abarcará las consecuencias últimas de tal acto, que puede ser una defraudación de índole patrimonial, o cualquier otra eventual consecuencia vinculada íntimamente, con el uso jurídico del documento. Si el uso referido envuelve una defraudación patrimonial, no podrá hablarse de estafa porque esta exige comportamientos timadores que exceden la interpretación del uso exigido para la falsedad del documento privado, por ello, no cabe afirmar “que la estafa queda absorbida por el uso jurídico de los documentos falsificados”, pues el ilícito contra el patrimonio no existirá, si el uso no ha sido acompañado de medios diversos a los normales, es decir, a los que naturalísticamente le corresponden.

¿En qué momento surge la concurrencia delictual? Cuando la conducta trasciende de la secuencia falsedad-uso; y trasciende cuando el uso se acompaña de otra actividad diversa, para reforzar el engaño propio del uso de la falsedad; es decir, cuando el agente ha tenido que valerse de otros medios como palabras, gestos, actuaciones, mecanismos artificiosos capaces de convencer a la víctima, que le permitan obtener la seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumir el engaño y obtener por tal vía el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación. Por ello se dijo en forma correcta en casación de 23 de noviembre de 1978, citada, que “para que el uso de un documento privado falso por parte de la persona que lo ha elaborado quede íntegramente subsumido en la figura descrita por el art. 242 (hoy 221) del Código Penal, es necesario que la utilización del documento sea el único medio para producir la estafa, esto es, que el sujeto se haya limitado a presentar el escrito falsificado sin agregar otro elemento comportamental distinto a la directa e inmediata utilización del documento”.

Corrobora lo anterior, la jurisprudencia al anotar que la expresión “si lo usa” “puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa, y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la descripción que de esta figura delictiva hace el art. 356 del nuevo ordenamiento. El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa... los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descargada la existencia del concurso”.

En forma clara y precisa ha dicho el profesor ROMERO SOTO que “cuando el que ha falsificado un documento privado se limita a hacer uso de él, sin agregar ningún otro comportamiento se comete solo falsedad, pero si ha tenido que ejecutar otros actos que configuren otro ilícito penal, existe concurso entre falsedad y ese otro delito, v. gr. cuando, para apoderarse de un bien ajeno ha tenido que falsificar un documento y, además, emplear artificios o engaños”²⁶.

²⁵ T. S. de B., salvamento de voto del dr. MANUEL CORREDOR PARDO, citado.

²⁶ ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 210.

Un ejemplo de pluralidad de comportamientos —según el mismo autor— que daría lugar al concurso de falsedad en documento privado y estafa, sería el de un individuo que se presentara a una casa comercial con una carta falsa en la que se pidiera, a nombre de una firma conocida, la entrega de mercancías a tal persona, y además exhibiera tarjetas firmadas con el nombre de dicha firma, hablara en forma convincente de sus vinculaciones con ella y hasta llevara otras personas que reforzaran sus afirmaciones²⁷.

Concluyendo con ROMERO SOTO, creemos que esta es la tesis más aceptable, pudiéndose afirmar “que hay concurso entre falsedad en documento privado y otro delito cuando fuera del uso del documento falso, el actor ha ejecutado otro acto tendiente a inducir en error al sujeto pasivo y que si se ha limitado al simple uso, sin añadir ningún otro comportamiento engañoso, solo hay falsedad”²⁸.

²⁷ LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *La falsedad documental*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Presencia, 1976, pág. 160.

²⁸ ROMERO SOTO, ob. cit., 3ª ed., pág. 212. Al respecto anotó el dr. EUCARIO PALACIO PALACIO, en proveído de 27 de enero de 1986: “Resulta evidente que ese hecho punible (falsedad en documento privado) atentatorio contra la fe pública, concurre (C. P., art. 26) con la figura descrita en el artículo 356 del mismo estatuto como «estafa», puesto que para introducir el espurio cheque al torrente circulatorio, fue necesario el empleo malicioso de artificios y engaños que indujeron en error a X para la obtención del provecho ilegítimo buscado... el hecho realizado por Y, encuadra en dos tipos delictivos, con una sola objetividad o resultado, pero con causación de una doble violación o lesión jurídica: la fe pública y el patrimonio económico. Y aunque se han presentado opiniones encontradas en torno a la concurrencia de las ilicitudes de falsedad en documentos privados y estafa, en casos como el presente, pues mientras unos autores la niegan, otros la aceptan, ya la jurisprudencia tiene establecido que cuando el sujeto ejecuta las acciones típicas de ambos hechos punibles, llevando a cabo maniobras engañosas adicionales al uso normal o natural del cheque falso, si se presenta tal concurso, porque el agente fuera de usar el documento induce en error con otras maquinaciones”. (Conformaron la Sala, además, los dres. HUMBERTO RENDÓN ARANGO, y MARIO SALAZAR MARÍN, quien salvó el voto).

**SECCIÓN
DE
BIBLIOGRAFÍA**

FRANCISCO BUENO ARÚS, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZÁMENDI, CARLOS GARCÍA VALDÉS, LUIS GARRIDO GUZMÁN, JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO y BORJA MAPELLI CAFFARENA: *Lecciones de derecho penitenciario*. Alcalá de Henares, Ed. Universidad Alcalá de Henares, 1985, 206 págs.

El libro que hoy reseñamos corresponde a la compilación de las ponencias presentadas en las I Jornadas de Derecho Penitenciario, realizadas en la ciudad de Alcalá de Henares en mayo de 1984, que abarca los diversos tópicos sobre la materia, tal como veremos en seguida.

La primera, escrita por FRANCISCO BUENO ARÚS, está dedicada a la *Historia del derecho penitenciario español*, autor que no se limita a la mera exposición de los diversos textos normativos, sino que explica el desarrollo de la pena privativa de la libertad a partir "de su entorno y sus cambios, así como de las teorías que han contribuido a su justificación y a su crítica" (pág. 10).

El *Derecho penitenciario español* [notas sistemáticas], es el tema desarrollado por CARLOS GARCÍA VALDÉS en la segunda ponencia, quien nos introduce inicialmente, en la naturaleza del derecho penitenciario como disciplina autónoma del ordenamiento jurídico-penal, entendida como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de la pena y las medidas preventivas de libertad" (pág. 37). Su marco de referencia es la Ley General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979, reglamentada el 8 de mayo de 1981, desde el cual enfoca diversas instituciones como los instrumentos de régimen, los métodos de tratamiento, el juez de vigilancia, el fin de la ejecución penal, etc., así como una serie de aspectos que conforman el derecho penitenciario y que permiten al lector comprender su esquema básico, buscando la humaniza-

ción y la liberación interior del internamiento, al fin y al cabo un "mal necesario".

La tercera ponencia, intitulada *Régimen penitenciario*, a cargo de LUIS GARRIDO GUZMÁN, aborda básicamente dos temas fundamentales: el régimen penitenciario y los establecimientos penitenciarios. El primero se entiende como "el conjunto de normas que regulan la convivencia y orden de los establecimientos penitenciarios determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso como ciudadano que es del Estado" (pág. 61); para su mejor comprensión el autor expone el conocimiento de sus límites como institución, su organización y su carácter de medio para el tratamiento, que es el fin; y, por ende, sus notas de subordinación y coordinación al ser el marco externo y preciso para el tratamiento y custodia de los internos.

En torno a los establecimientos penitenciarios expone su clasificación (atendiendo a criterios de seguridad, libertad o finalidad), su ubicación, su construcción y arquitectura, destacando que "de nada sirve una legislación avanzada y progresista si no se cuenta con los medios materiales suficientes para poderla llevar a buen término" (pág. 90).

Al *Trabajo penitenciario, un deber (no obligación) y un derecho de los privados de libertad*, dedica JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZÁMENDI, la cuarta ponencia de la obra que se comenta. Luego de señalarnos la importancia capital que tiene el trabajo como elemento del régimen penitenciario para los fines resocializadores, recalca insistentemente "en la necesidad de que haya una asimilación total, en todos los aspectos, económico social y jurídico entre el trabajo penitenciario y el trabajo libre, porque solo así el interno se sentirá integrado a la comunidad y participando con su esfuerzo en el desarrollo económico y social" (pág. 105). Pone de manifiesto la discriminación legal entre los internos condenados y los preventivos, al establecer solo respecto

de los primeros una auténtica obligación reglamentaria: el trabajo obligatorio, mientras que para los segundos es voluntario.

Lo anterior hace que "la obligatoriedad del trabajo sea barrera fundamental para la estructuración de un trabajo penitenciario resocializador" (pág. 130), conclusión que el autor explica de manera prolija, propugnando la abolición del trabajo penitenciario obligatorio y clamando porque para todos los reclusos, sea cual fuere su condición, el trabajo se constituya en un derecho y en un deber ideal jurídicamente inexigible.

El profesor de la Universidad de Cádiz, BORJA MAPELLI CAFFARENA, se ocupa del *Sistema progresivo y el tratamiento*, en la quinta ponencia, dividiéndola en dos temas esenciales: de un lado los límites dentro de los cuales se mueve la institución del tratamiento penitenciario; y, del otro, las alternativas jurídico-positivas que existen para los internos que, por una y otra razón, no están dependiendo de ningún tratamiento y para los cuales la legislación tiene diseñado un régimen penitenciario muy deficiente.

Como alternativa plantea el *sistema progresivo clásico* como el más adecuado para tales internos, en contraposición al *sistema semirrígido*, de orientación manifiestamente subjetivista que solo cobija a quienes mostraron su deseo de colaborar con el tratamiento. El *progresivo* es más viable, por fincar en criterios objetivos.

Finalmente, es JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO quien culmina la obra realizando un detallado análisis de la institución del juez de vigilancia, operante en algunos países (España, Francia, Italia, Portugal, etc.), el cual "no solo se ocupa de la ejecución y aplicación de las penas entendido como desarrollo del fallo sino que también se extiende al control de la normativa penitenciaria en relación con un penado concreto, llegando aún a la posibilidad de cursar instrucciones de órdenes generales a los responsables de la administración" (pág. 176).

El juez de vigilancia se torna así en garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios y del sujeto de las garantías penitenciarias emanadas del princi-

pio de legalidad, evitando de ese modo que el cumplimiento de la sentencia (contenido mismo de la pena) sea ejecutado extramuros de dicho principio rector con base en simples reglamentos, órdenes, circulares, llegando hasta las "penas en blanco".

Después de haber enunciado someramente los lineamientos generales que informan el libro, considero que si aspiramos a alcanzar un verdadero Estado de Derecho y a propugnar una ideología liberal en el campo penal, no podemos perder de vista la ejecución en el plano fáctico de una pena privativa de la libertad humanitaria, judicializando su cumplimiento, reforzando las garantías de su ejecución. De ahí la importancia de libros como este, que nos permiten conocer lo que se propone y se lleva a cabo en otros países y que nos pueden servir de guía para superar el caótico panorama que ofrecen las cárceles colombianas, verdaderas escuelas de crimen y de corrupción, carentes de un verdadero derecho penitenciario.

Sandra Cristina Mora Soto
Estudiante de la Fac. de Derecho de la Universidad de Medellín.
Febrero de 1986

JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1985, 219 págs.

Indiscutiblemente, el libro que ahora nos presenta el dr. DíEZ RIPOLLÉS, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga (España), confirma su especial aptitud para el estudio de la tipificación penal de las conductas sexuales, así como su fervoroso interés por obtener una sistemática y justa regulación de ellas para su país; orientado siempre por unos muy liberales principios filosóficos y políticos, y acogiendo una moderna concepción sociológica del sexo.

El trabajo en mención estudia aquellos aspectos problemáticos que se presentan en relación con los comportamientos sexuales susceptibles de punición, haciendo algunas refe-

rencias a consideraciones que, según el autor, deben inspirar la legislación penal sexual. En tal sentido, parte de un detenido análisis científico de cada uno de los tipos penales sexuales, escudriñando aun sus aspectos más nimios y planteando todo tipo de cuestionamientos que podrían llevar a una mejor estructuración de los mismos, así como a una mayor coherencia de los tipos entre sí y con la demás codificación.

De acuerdo con la constante y estricta sistematización que se propone a lo largo del texto, el estudio de los tipos se ordena según un *continuum* valorativo que en orden decreciente transita desde la violación hasta las conductas sexuales provocadoras, siempre en torno a la libertad sexual del individuo. Este *quantum* valorativo se mantiene a través de los nueve capítulos de que consta el libro, en aras de la coherencia sistemática y la claridad expositiva, y puede ser: ya las formas en que se incide en la libertad de decisión de la víctima, ya la entidad de la conducta sexual objetiva con la que se incide en la libertad sexual del sujeto pasivo. Este interés científico en lograr una correcta organización de los tipos penales nos sugiere que la pretensión de este libro es la de constituirse en una especie de manual que compendie unitariamente las modernas y vastas reflexiones referentes a las conductas sexuales punibles; es así como permanentemente se confrontan diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, llegando eventualmente el autor a realizar propuestas personales que son ampliadas y complementadas por una descripción sistemática de la regulación legal existente en determinados países, que se consideran de interés en virtud del elevado nivel de sus aportes al derecho penal como son Alemania, Austria, Portugal e Italia.

Por otro, lado, ya más específicamente, en esta obra se abordan problemas tan interesantes como los de violación conyugal; violación de prostitutas; autoría de propia mano, cuestionando la posibilidad de coautoría o autoría mediata; la identidad del bien jurídico tutelado; el concepto de actividad sexual; el carácter público o privado de estos delitos, y otras muchas facetas de este tema.

De acuerdo con lo anterior y siendo consecuente con sus planteamientos filosóficos y sociológicos, DíEZ RIPOLLÉS manifiesta su inconformidad con el hecho de que aún se sostenga el concepto de honestidad como bien jurídico tutelado por el Código Penal español y trata de desvirtuarlo alegando que la honestidad es un factor individual que hace parte de la personalidad del ser humano, y que en tal virtud solo puede ser destruido por los propios actos y no por eventuales agresiones sexuales de que puede ser víctima su poseedor. Propone, en cambio, la adopción del concepto de libertad sexual individual como bien jurídico que se ha de tutelar, respaldándose ampliamente en pronunciamientos de *lege data* y *lege ferenda*, así como en principios que deben orientar una sociedad pluralista y que deben recalcar el carácter fragmentario del derecho penal que como tal debe ocuparse de los injustos más graves atenuando las concepciones puramente moralistas. Señala que el ejercicio de la sexualidad es una de las esferas más prometedoras para la autorrealización personal y en el que la libertad sexual adquiere plena expresión y significado con una configuración individual; por lo tanto debe promoverse la diversidad de opciones en el ámbito sexual, evitando reprimir tales conductas alegando simplemente la protección de sentimientos sociales. Dicha represión solo será posible cuando la conducta del agente viole, menosprecie o insulte la opción personal que sobre el comportamiento sexual ha tomado otra persona.

El derecho penal sexual ha de limitarse a penar aquellas conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, a tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente (pág. 21). Lo que un derecho penal sexual moderno verdaderamente pretende es posibilitar las diversas opciones personales en el campo sexual, o sea, garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad.

Queda así planteada de una manera sintética y modesta, parte del pensamiento que inspira esta obra. En relación con ella consideramos, por último, que si bien es cierto que se constituye en un compendio de la actual problemática doctrinal en España y promulga

el pensamiento liberal que la cultura europea adopta frente al sexo (difícilmente comprensible por nosotros), también es cierto que entra a enriquecer el estudio de esta materia en nuestro medio, ya que los planteamientos que propone el autor con similares a los acogidos por el decreto 100 de 1980.

Jorge Enrique Vallejo Jaramillo
Estudiante Facultad de Derecho Universidad
de Medellín.
Medellín, febrero de 1986.

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ: *Derecho penal*.
Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, XII + 432 págs.

El Dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, ex magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, senador de la República en ejercicio, director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín, entidad en la cual regentó la cátedra de Derecho Penal, es suficientemente conocido en el ámbito del derecho penal colombiano, no solo por su participación en la redacción del actual Código Penal, sino por ser autor de diversas obras y ensayos sobre la materia, además de reconocido conferencista.

El texto que hoy pone a disposición de los estudiosos, con la intención de contribuir al desarrollo de las disciplinas penales y al debate doctrinario y jurisprudencial, es el fruto de sus experiencias en el campo docente, de la magistratura y del ejercicio profesional. Con él aspira a dar un enfoque demoliberal de nuestro derecho represivo, a partir de la concepción neoclásica de la dogmática jurídico-penal, aunque sin beber directamente de las fuentes alemanas e influido notablemente por su otrora profesor en la Universidad de Roma FILIPPO GRISPIONI.

De entrada, el *Derecho penal* en reseña aparece como un libro bien documentado, gracias a la profusión de largas citas textuales que se hacen directamente del italiano o de las traducciones alemanas, complementadas con la doctrina colombiana. Sin embargo, una

atenta lectura nos muestra una obra desactualizada bibliográficamente, en la que la mayor parte de los capítulos está conformada por verdaderos ficheros, más o menos organizados, perdiéndose por ello el imprescindible aporte personal y terminando el lector interesado inmerso en un farragoso mar de acrílicas transcripciones.

A lo anterior, súmense los frecuentes yerros metodológicos y las falencias sistemáticas que le restan profundidad y claridad al esquema del delito que se quiere levantar y el tono no académico que se emplea a veces en el lenguaje, eludiendo el debate serio y ponderado, para colgarle al contradictor el cliché de moda. Tras estos vacíos, aparecen versátiles párrafos incrustados más o menos calculadamente, con los cuales se quiere convencer al lector de que el enfoque propuesto es "liberal", "humanista" y respetuoso del Estado de Derecho.

La obra de ESTRADA no es en verdad un texto elaborado, llamado a sentar posiciones que posibiliten el avance de nuestro derecho penal, sino que su cometido es meramente recopilador, sin que pueda llegar profusamente a sus destinatarios normales (estudiantes, catedráticos, administradores de justicia), alejándose aún más del lector no especializado.

El trabajo en comento consta de cuatro partes, precedidas de unas "Nociones Preliminares", donde se ocupa de las disciplinas que estudian las normas penales, los reos y los delitos, así como las auxiliares del derecho penal.

La *Parte primera*, dedicada al derecho penal, está dividida en varios capítulos en los cuales sucesivamente expone las generalidades (cap. I), la reseña histórica del derecho penal (cap. II) y las fuentes (cap. III).

De la teoría de las normas se ocupa en la *Parte segunda*, estudiando la norma penal (cap. I) y la extradición, el asilo y el concurso de normas penales (cap. II).

En la *Parte tercera* encontramos la exposición de la teoría del delito, comenzando con unas nociones generales (cap. I), pasando luego al estudio de la conducta humana (cap. II), el resultado (cap. III), el problema causal

(cap. IV), el injusto típico (cap. V), la tentativa (cap. VI), la participación criminal (cap. VII), el concurso de delitos (cap. VIII), la antijuricidad (cap. IX), las causas de justificación o de exclusión de la antijuricidad (cap. X), la imputabilidad (cap. XI), la culpabilidad (cap. XII) y la inculpabilidad (cap. XIII).

Finalmente, la punibilidad es expuesta en la *Parte cuarta*, empezando con las penas (cap. I), las circunstancias (cap. II), los sustitutos penales (cap. III), la extensión de la punibilidad (cap. IV) y la responsabilidad civil derivada del hecho punible (cap. V).

El plan de exposición es bastante coherente y coincide a plenitud con la temática que se desarrolla dentro de la cátedra de Penal General; sin embargo, examinando el contenido tratado y sus ideas directrices, se comprueba que no se logra su cabal exposición. A continuación trataré de abordar en líneas generales la problemática expuesta.

Centrando la atención en la *Parte primera*, quiero destacar dos aspectos: de un lado el cuestionamiento al juzgamiento de civiles por la justicia penal militar (pág. 9), que acertadamente considera inconstitucional (pág. 50); y, del otro, la inelegante crítica que hace a la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, de la que es miembro inactivo, y al decreto 1853 de 1985, redactado por aquella. Que el gobierno nacional al expedir tal estatuto haya excedido la ley de facultades, no permite afirmar que las labores de tal organismo "se rigen por el desorden por preocupaciones extrajurídicas inmediatistas, de las cuales es producto el decreto 1853 de 1985 verdadero engendro sin justificación práctica o jurídica" (pág. 12).

La *Parte segunda* es la misma que ya conoce el lector en anterior edición, salvo leves cambios en materia de extradición sin mayor interés.

Donde se expone a fondo la sistemática causalista que preside el andamiaje del libro, es en la *Parte tercera*, que el autor parece sostener por considerarla la más actualizada, pues, según dice, otras concepciones como la *finalista*, a pesar de ser "prometedoras", no se pueden aún acoger; de esta última dice que "se encuentra en plena evolución" y se

debate hoy "ardorosamente" en medio "de la más vivaz controversia" (págs. 83, 95, 100). ¡Como si la polémica que generó el Finalismo hace ya cuarenta años no hubiera terminado en la década del sesenta, y hoy en Alemania, e incluso en otros países, no primara el estudio de las cuestiones político-criminales!

Las dificultades de la exposición empiezan, justamente, al abordar el concepto de acción (conducta humana), pues, mostrándose partidario del concepto social de acción, según la extensa cita que hace de BETTIOL (pág. 84), termina sosteniendo uno bien distinto: "es un comportamiento humano voluntario dirigido a la obtención de un resultado" (pág. 84). Luego vendrá el muy confuso capítulo dedicado a la omisión, en el cual el desastre sistemático lo puede advertir el lector, a título de ejemplo, con la manera como concibe la causalidad en la omisión: "en la omisión no hay causalidad... ni siquiera existe una «supuesta causalidad hipotética»" (pág. 93); la causalidad en la omisión "es jurídica" (pág. 115); "se requiere que exista una relación de causalidad entre la omisión y el evento producido" (pág. 87).

Después de un plumazo despacha la muy bien fundamentada crítica que BUSTOS-VALENZUELA formulan a la *cláusula de equiparación* acogida por el art. 21-2 del C. P. en esta materia, en la que con sobrada razón consideran peligrosa para la seguridad jurídica; como si aduciendo que "carece de precisión y consistencia" tal afirmación, se lograra salvar el obstáculo (pág. 95). Una confusión entre el concepto de causalidad y el de posición de garante se ve nitidamente, cuando se afirma que la causalidad siendo jurídica dimana de la posición de garante (pág. 115).

La *tipicidad* aparece ahora bajo la denominación de "injusto típico", con lo cual se cambia el rótulo pero no el contenido. Obviamente, dada la sistemática causalista que se acoge, el tipo penal se concibe objetivamente, pues el dolo y la culpa se tornan en problemas a estudiar en la culpabilidad.

Dentro de este elemento ubica también los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y participación), lo cual me parece metodológicamente correcto. Lo que sí es un

desacuerdo es la defensa que hace de la fórmula del art. 22 del C. P., que recoge el criterio de la "univocidad del acto", otrora sostenido por CARRARA y del cual renegó, y que BETTIOL califica como muy peligroso para la seguridad jurídica (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., 1980, págs. 87, 88).

A lo anterior añádase la propuesta de adoptar —apoyado en ENRICO FERRI— un concepto subjetivo-objetivo en este campo, con lo cual cree obviar todas las dificultades que se presentan para distinguir actos preparatorios-actos de ejecución (pág. 130). Una interpretación del art. 22 —que a pesar de ESTRADA introduce la distinción—, respetuosa del principio del acto, tiene necesariamente que prescindir del criterio en mención. Ya dentro de la *participación*, el mejor capítulo del libro por la claridad lograda, dirá que "la complicidad con persona inimputable no es posible en nuestro derecho, por cuanto la inimputabilidad (sic) es presupuesto de la culpabilidad" (pág. 146). Creo que si la participación es un dispositivo amplificador del tipo y la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad, la conclusión, metodológicamente hablando, tiene que ser la opuesta, de lo contrario sería asumir un yerro de proporciones.

También, a esta altura, incurriendo en flagrante vicio metodológico afirma que "sin culpabilidad no puede existir tipo penal" (pág. 146), lo cual reitera más adelante: "las causales de inculpabilidad conducen hacia la falta de adecuación típica, en cuanto desaparece un elemento fundamental de la descripción legal" (pág. 263).

La primera afirmación se justificaría si el autor mencionara siquiera por asomo la *concepción del tipo de delito (Deliktstatbestand)* y no la del *tipo sistemático* o tipo de injusto (*Unrechtstatbestand*), de la cual, como vimos, dice partir; la segunda, es totalmente esquiva aun frente al primer enfoque ¡Adiós a la dogmática juridicopenal!

En cuanto a la tesis de la eliminación del delito continuado del actual estatuto penal y la solución de estos casos a título de concurso material (pág. 171), creo que es un planteamiento equivocado y peligroso; lo primero porque nadie ha demostrado que en la

fórmula del art. 26 no haya quedado ubicada la hipótesis, y mal se puede tornar una figura de delito único en un concurso material. Lo segundo, porque se olvida la finalidad con la cual se introdujo el delito, también denominado concurso continuado, en las codificaciones.

En la *antijuricidad* encontramos algunos complementos nuevos con respecto a la anterior edición: se habla ahora del bien jurídico, de la teoría de los elementos negativos del tipo que "no debe admitirse" (pág. 181) y del desvalor de acción-desvalor de resultado. El examen de las causales de justificación, así resulte discutible en algunos tópicos, es bueno. Después, extrañamente, dirá el autor que la defensa putativa —verdadero caso de error de prohibición indirecto— descarta el tipo penal (pág. 213), lo cual es absurdo no solo por lo que anotamos más arriba sino porque, como acabamos de ver, rechaza la concepción de los elementos negativos del tipo que de pronto podría abrirle las puertas para hacer tal afirmación.

La *imputabilidad* es tal vez el único capítulo en el cual se observa una más o menos actualizada bibliografía, posibilitada por el estudio del tema extendido en los últimos años y que dio origen a la polémica FERNÁNDEZ-ESTRADA, con mediación de AGUDELO.

Las contradicciones empiezan a aparecer cuando se encuentran párrafos como este: "no creemos que la imputabilidad pueda ser un estado, ni tampoco un proceso, aunque puede serlo" (pág. 228).

La milenaria discusión en torno al libre albedrío, para sorpresa, recibirá por primera vez en la historia de la humanidad una "explicación satisfactoria": "empíricamente es fácilmente comprobable la existencia de una capacidad de autodeterminación del ser humano, inferida desde luego por una serie de factores de todo tipo..." (pág. 286) y, "... es la visión empírica del hombre y del mundo la que nos suministra pruebas de la libertad humana, entendida como capacidad de autodeterminación" (pág. 236).

Gracias al mencionado "logro" podrá decir, cuando sostengo que el derecho penal con el que trabajamos está en crisis porque

parte de un presupuesto *científicamente* demostrado, que tengo una 'visión apocalíptica' del derecho penal (pág. 237) que no he extraído, ciertamente, de los escritos del evangelista, pero sí de obras que, como la presente, están lejos de brindarnos un derecho penal más humano y racional.

La sorpresa aumenta cuando el autor —cansado de combatir la escuela ferriana— termina haciendo profesión de fe positivista, al definir la Criminología como "una ciencia empírica que busca la explicación de los factores causales del delito" (pág. 231). ¡Bueno es recordar que RAFFAELE GAROFALO formuló sus planteamientos hace cien años!

A FERNÁNDEZ, su aventajado discípulo y el mayor dogmático del derecho penal colombiano actual, sin adivinarse el por qué, lo tilda de "efectista" y de acientífico: "la concepción de este autor retorna a los viejos postulados positivistas, y es contraria a todas las posiciones científicas y normativas conocidas" (pág. 237). Detenta, pues, el autor todo el monopolio del saber juridicopenal contemporáneo.

La *culpabilidad* que "finalmente es jurídica se tiene que basar en presupuestos ético-sociales, pues de no ser así no se sabe cual sería el motivo para que un determinado comportamiento humano pudiera ser reprochado. Se trata, pues, de la *consciente y voluntaria violación de un deber legal* (deber de actuar o de abstenerse de hacerlo), *establecido precisamente como medio de tutela para unos intereses ético-sociales que el Estado considera fundamentales para la subsistencia de la comunidad nacional (?)*" (pág. 238). O sea, la culpabilidad es puro y llano reproche moral, es una culpabilidad moral, al estilo de cualquier teórico serio de un derecho penal de ánimo (DAHM, SCHAFFSTEIN, o E. MEZGER antes de las "rectificaciones" de postguerra).

Pese a lo anterior, de un derecho penal encaminado a asegurar la "subsistencia de la comunidad nacional" (faltó el "sano sentimiento del pueblo"), ESTRADA dirá que "es esta la máxima expresión humanista del derecho penal liberal" (pág. 239).

En cuanto a *las medidas de seguridad*, un panorama "artificial y caprichosamente ensombrecido" por sus contradictores (pág.

239), insiste en que por "definición legal" son medidas administrativas, fincadas en el art. 12 que, hasta donde llega mi entendimiento habla de los "fines" de la medida y en ningún momento de su "naturaleza jurídica" y mucho menos las define. En cambio, el Código de Procedimiento Penal actual las ubica como "sanciones penales" (libro IV, tit. II) y el art. 1º del C. P., consagrador del principio de legalidad de la medida de seguridad, dice que nadie será *condenado ni sometido a pena o medida de seguridad*.

En conexión con las ideas anteriores sostiene que "el Código es lógico, pues considera que el inimputable que lesiona un bien jurídico es igual al enajenado que no lo ha hecho; o que el daño causado equivale, en su materialidad, a cualquier fuerza natural desencadenada, al daño que puede ocasionar un perro rabioso, un toro bravo, un edificio que amenaza ruina" (pág. 240). Con lo cual los inimputables terminan siendo poco menos que animales o "pedazos de naturaleza tarada" como afirma BETTIOL.

Ello le permite sostener que "la medida de seguridad indeterminada era una aspiración perfectamente lógica desde el punto de vista científico" (pág. 267) y que las críticas formuladas por FERNÁNDEZ, AGUDELO, GAVIRIA TRESPALACIOS y por mí al art. 94, las cuales transcribe, son meros "desbordamientos emocionales" (págs. 245 y 266).

Para el distinguido senador es muy normal, pues, la situación del inimputable, así no existan los establecimientos psiquiátricos y las clínicas adecuadas de que habla la ley. Que a los inimputables se los envíe al Anexo Psiquiátrico de La Picota donde son depositados como animales, muriendo de física inanición, parece coherente con la lógica que maneja ESTRADA y con el bienestar social que él clama:

"En los establecimientos psiquiátricos oficiales (?) habitan (?) numerosos enfermos mentales que tendrán que permanecer allí, y es deseable que así suceda (?), pues deben recibir tratamiento científico adecuado (?) hasta su muerte (?), sin que esto signifique nada distinto del cumplimiento de los deberes sociales del Estado..." (pág. 268).

Es esta la manera como alguien que se dice "liberal", "humanista", legitima el crimen de lesa humanidad que contra estos seres humanos se viene cometiendo en Colombia. ¿Cómo no recordar aquí la "Súplica por los locos" de ESCOBAR MEJÍA!

Por ello, no se me hace descabellado que pocas líneas más atrás haya dicho: "El sistema adoptado por el Código es liberal: tutela la dignidad humana" (pág. 267). Esta manera de enfocar los problemas desde un plano "jurídico" olvidando la cruda realidad social, me hace recordar lo que decía PRIMO DE RIVERA a sus partidarios fascistas, sobre la misión del jurista: "El jurista tiene por única misión manejar el aparato jurídico positivo con el rigor con que se maneja un aparato de relojería y sin invocación alguna —que solo la pereza puede disculpar— a principios y verdades pertenecientes a disciplinas ajenas" (JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, *Obras completas*, Madrid, Afrodio Aguado, MCMXLV, pág. 511).

Los tropiezos del autor continúan cuando, sin argumentos de ninguna índole, afirma que la consideración de la inimputabilidad como "fenómeno residual" que hace AGUDELO es "un contrasentido" (pág. 243); o cuando, discutiendo el problema de la inimputabilidad del indígena y de los sujetos embriagados, tergiversa uno de mis artículos acomodando citas (pág. 246); o cuando, finalmente, ubica la inimputabilidad en el finalismo como "presupuesto" del juicio de reproche (pág. 247).

Al finalizar, arremete de nuevo contra FERNÁNDEZ y contra AGUDELO, quienes sostienen la tesis —que considero correcta— de la responsabilidad penal del inimputable; el primero, dice "salta sobre todo el pensamiento contemporáneo" (pág. 262) y sus tesis significan solo "confusión, impropiedad y planteamientos contradictorios" (pág. 263).

Estudiando la culpabilidad concebida como ya vimos, pretende acomodar sus tesis a las coherentemente expuestas por ROXIN, para quien la culpabilidad es límite y medida de la pena (pág. 286). ¿Como si el problema de la culpabilidad se resolviera mezclando tesis totalmente contrapuestas política, filosófica y metodológicamente!

Al tratar las causales de inculpabilidad, y concretamente el error de prohibición, prefiere sacrificar el principio de culpabilidad para

darle cabida al del conocimiento de la ley (arts. 5º y 10), así crea que los planteamientos en sentido contrario (por ejemplo LONDOÑO BERRÍO) "merecen tenerse en cuenta", pero dando por sentado que el Código no da cabida al error directo de prohibición (págs. 333 y 334).

En la parte dedicada a la *punibilidad* se muestra como un furibundo retribucionista: "Es, pues, la retribución basada en la culpabilidad la que legitima el derecho de castigar" (pág. 357), relegando las otras funciones de la pena a segundo plano y agregando que esta tiene una "justificación ética y jurídica" (pág. 357). Para terminar destaca como "notable mejoría" que el C. P. haya fijado el límite máximo de la pena privativa de libertad en treinta años (pág. 365).

Debo poner aquí punto final a esta reseña crítica de la obra del profesor ESTRADA. Creo que se hace indispensable emprender su revisión a fondo poniendo especial atención en los presupuestos filosóficos y políticos en los cuales se quiere fundar y evitar que en el plano metodológico se sostengan concepciones contrapuestas como he demostrado con su estudio. Pienso que solo la crítica orientada dentro de precisos marcos académicos posibilitará una evolución del derecho penal colombiano que nos lleve más allá de los "criterios de autoridad", posibilitando un diálogo constructivo y creador.

Los senderos abiertos por nuestros maestros, entre ellos ESTRADA, deben ser cuidadosamente evaluados formulando la crítica y fomentando el progreso académico; ello requiere un cambio de mentalidad en los cultores de esta disciplina, que afortunadamente se viene observando.

Fernando Velásquez V.
Prof. Facultad de Derecho U. de M.
cátedra de Derecho Penal

CARLOS MEJÍA ROMEO CASABONA: *El médico ante el derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de publicaciones, 1985, 201 págs.

Es una realidad palpable que al profesional médico —tanto de nuestro medio como de otras latitudes— le surgen muchas inquietudes referentes a sus actuaciones y a las con-

secuencias jurídicas que de ellas se derivan; la obra que presentamos trata de esclarecer algunos de esos interrogantes a la luz de la legislación española.

Estructuralmente, el libro está dividido en cinco capítulos y un anexo de las normas jurídicas españolas que hacen relación al tema que se trata. El primer capítulo trae una breve introducción que hace alusión al estado de la medicina en nuestros días.

En el capítulo segundo, el jurista español, trata pormenorizadamente las variantes de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su profesión. Las actividades de un galeno se dividen en médico-quirúrgicas curativas y médico-quirúrgicas no curativas. En relación a las primeras, el autor hace notar que en "el ejercicio de la profesión médica, se afecta frecuentemente a determinados intereses o derechos públicos o privados" (pág. 15); dichos bienes o intereses que en este caso son la vida, la integridad corporal y la salud son a su vez bienes jurídicos tutelados y el médico "en su actividad profesional incide necesariamente en esos bienes jurídicos con conductas que los pone en mayor o menor riesgo de lesión" (pág. 16).

En cuanto a las actividades médico-quirúrgicas no curativas, ROMEO CASABONA hace un estudio detallado de cada una de ellas y señala cuándo y en qué circunstancias se estaría ante un ilícito; tenemos, que cuando por ejemplo se extrae un órgano de una persona sana para trasplante, cuando se hace una esterilización, una cirugía de cambio de sexo, una cirugía estética, etc., y se siguen los procedimientos indicados en las leyes que se refieren al caso, se estaría actuando lícitamente, en caso contrario se estaría violando la norma y el médico respondería penalmente.

Es de resaltar que en este capítulo el expositor aborda temas que en nuestro medio aún están por discutirse o se han discutido muy someramente, como son la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la eutanasia, la ortonasia, la determinación del momento de la muerte, la muerte cerebral y la prueba de la muerte.

La profesión médica como todas las profesiones tiene ciertos deberes específicos que

cumplir, pues "la infracción de los mismos o la omisión de su cumplimiento puede acarrearle también responsabilidad penal al galeno" (pág. 41). El médico tiene, pues, el deber de no afectar con su actuación ni bienes o intereses colectivos, ni bienes o intereses particulares.

El tercer acápite del libro trata de la responsabilidad penal del médico en los tratamientos médico-quirúrgicos. Refiriéndose el autor a las conductas intencionales o dolosas aclara: "evidentemente esta clase de responsabilidad penal se le presenta al médico en la misma medida y condiciones que a cualquier otro ciudadano" (pág. 61). Las conductas imprudentes o culposas acompañan cualquier profesión pero "particularmente a los médicos" (pág. 63), por lo cual ROMEO CASABONA trae especificados los elementos que integran los delitos culposos, a saber: "inobservancia por el médico de los deberes de ciudadano, producción de la muerte o lesión del paciente, relación de causalidad entre la acción del médico y el resultado producido y relación de antijuridicidad entre ambos" (pág. 64).

En el cuarto capítulo se hace una especial consideración a la producción de un resultado imprevisible, aquí el autor opina que en el caso fortuito "no hay conducta relevante para el derecho penal" (pág. 90), luego lo relevante es la conducta previsible. ¿Pero cuándo una conducta es previsible para un galeno? Según el penalista español, "un resultado perjudicial para el paciente será objetivamente previsible si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante" (pág. 91).

La responsabilidad civil del médico es el título del quinto y último capítulo; allí, ROMEO CASABONA, después de diferenciar la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, concluye: "las causales de justificación que exoneran de culpa penal, no exoneran de la culpa civil a excepción del estado de necesidad, que además de eliminar la responsabilidad penal, elimina igualmente la responsabilidad civil" (pág. 101).

Existen dos clases de responsabilidad civil: la extracontractual y la contractual, "pre-

cisamente la relación que se establece normalmente entre el médico y su paciente tiene este carácter contractual" (pág. 101).

La responsabilidad civil de un médico y por lo tanto la indemnización de los perjuicios a su paciente deviene casi siempre de la comisión de un ilícito; sin embargo, la responsabilidad civil puede también derivarse del incumplimiento de la relación contractual entre médico y paciente o cuando exista un hecho ilícito pero no delictivo, fenómeno que el autor denomina "responsabilidad por culpa" (pág. 111) o responsabilidad extracontractual.

Esperamos que la lectura de esta interesante obra sirva para que en nuestro medio se le preste más importancia al problema que vive el médico al no estar seguro de si su actuar se ajusta o no al derecho y al correlativo problema del jurista de no poder ofrecer al médico —en ciertas circunstancias— ni siquiera una pauta de conducta clara ajustada al derecho.

Lina Adarve Calle
Estudiante. Facultad de Derecho.
Universidad de Antioquia
Enero de 1986

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES LITOGRAFICOS DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA 19 DE JUNIO DE 1986.

LABORE ET CONSTANTIA