NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
DIRECTOR

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
COORDINADOR

30

OCTUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE

AÑO VII • Octubre • Noviembre • Diciembre • 1985 Nº 30

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1985

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.

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

DERECHO PENAL

CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

HOMENAJE A FRANCESCO CARRARA

En 1988 se conmemorará el Primer Centenario de la muerte de FRANCESCO CARRARA, denominado con razón "Sumo Maestro del Derecho Penal". De manera concreta, será el 15 de enero. Un día como este murió en Lucca, su ciudad natal, en la misma casa paterna donde había nacido el 18 de septiembre de 1805.
La revista Nuevo Foro Penal desde este número propone un Homenaje a este autor identificado como máximo exponente de la denominada "escuela clásica del derecho penal" (llamemos así esta corriente de pensamiento, aunque conscientes seamos de las críticas que últimamente se hace a la denominación de "escuela") y *convoca* a él.

Pero, *¿por qué* y *para qué* un Homenaje a FRANCESCO CARRARA? La respuesta satisfactoria a estos interrogantes exige, a mi manera de ver, una reflexión que someramente hago a continuación.

El demoliberalismo era y es una ideología que tiene una determinada forma de concebir el mundo y el lugar y papel de los hombres en él; la ideología demoliberal concibe de un modo determinado el Estado y las relaciones de los individuos con él.

También, concibe de modo determinado el derecho penal. Y así como cree que el Estado se originó en la *necesidad* que tuvieron los hombres de limitar su libertad para evitar el caos y la destrucción, cree también que el derecho penal es un instrumento en manos del Estado que señala al individuo cuáles son los linderos de lo permitido y lo prohibido, y las consecuencias del rebasamiento de ciertos confines. Pero en esta concepción, el derecho penal es a la vez morigerador del poder del Estado, es *límite* del mismo. Más claro aún: el poder punitivo que el Estado ejerce se manifiesta, en una de las etapas del proceso, mediante normas de *derecho objetivo* que proscriben o mandan conductas y señalan consecuencias consistentes en la supresión o limitación de derechos del individuo. Así las cosas, el *contenido* de las normas del derecho objetivo sería la concresión de la *función punitiva*. Solo dentro de este contexto de pensamiento podemos comprender las siguientes palabras del Maestro de Pisa, uno de los máximos exponentes del demoliralismo en materia penal: "El derecho es libertad. Por tanto, la ciencia criminal bien entendida es el supremo código de la libertad..."[1].

Pero ¿cómo el derecho penal, que es instrumento de represión, que es la suma manifestación de *control social*, puede ser él mismo "libertad"? Esto solo puede comprenderse a partir de una concepción política que crea que el *poder* debe ser reglado, orientado, abroquelado y encausado por normas de derecho, siendo esta la manera de conocer cuál es el ámbito de actuación del Estado y del Individuo. Y bien: aquí el *derecho penal* como norma de *derecho objetivo*, es la *regulación de la fuerza* que puede traducir el ejercicio de la función punitiva del Estado, practi-

[1] FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Penal Criminal*, t. I, Bogotá, Temis, 1971, pág. 5.

cada con pretensión de exclusividad. Con esta perspectiva, el derecho penal es, pues, control del "control punitivo", para utilizar una terminología tan cara hoy a la "criminología crítica".

Pues bien: en CARRARA, la expresión "derecho penal" tiene el significado de *ciencia* del derecho penal o de *norma de derecho objetivo*, pero ambos con idéntico sentido de control. En efecto, según él "la ciencia del derecho criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo de aquellos tres grandes temas"[2]: la *prohibición*, la *represión* y el *juicio*, como funciones de la autoridad civil. He aquí la idea de control. Y la misma idea aparece en relación con el concepto de derecho penal como *derecho objetivo*: cuando define el delito, expresa como esencia del mismo, "la infracción de la *ley* del Estado", lo cual lo lleva a sostener que tal prohibición "podrá ser buena o mala, justa o injusta, pero, no obstante, permanecerá siempre como hecho jurídico el que, en aquel Estado, es delito infringir tal prohibición"[3]. Esta afirmación, que suena al más puro positivismo[4], de corte kelseniano, tiene una finalidad según el pensamiento de CARRARA: evitar que al cuidadano no le falte "la regla escrita de la propia conducta, y que el juez no se convierta en legislador"[5].

Control, pues, de la actividad del Estado para que su acción no degenere en tiranía: misión de la *ciencia del derecho criminal*; control de la actividad del Estado delimitando las posibilidades de actuación del juez, mediante la ley o *derecho objetivo*. El derecho penal es, pues, represión, pero represión controlada por la ley: la idea de límite es constante en el pensamiento carrariano.

La concepción del derecho penal en el autor en comento, está imprescindiblemente unida a su concepción política demoliberal. CARRARA *sabía* un derecho penal y *profesaba* ese derecho penal. Este, para él, era *ciencia y conciencia*, o dicho de otro modo, el derecho penal que enseñaba hacía parte de su propia actitud vital y de su particular concepción del mundo. CARRARA no pretendió un derecho penal neutro: su derecho penal era comprometido, ideológicamente comprometido.

Pues bien: en la hora actual, de dificultades de todo tipo por las que atravesamos, cabe preguntarse: *¿por qué* y *para qué* un Homenaje a FRANCESCO CARRARA? Y si este pensador representa la culminación del demoliberalismo penal, tanto vale como preguntar: *¿por qué* y *para qué* un derecho penal demoliberal? Y otra pregunta más angustiosa aún: ¿es *posible* un derecho penal demoliberal?

Creemos que estas preguntas pueden nuclear a los estudiosos de Colombia, América Latina y de Europa o de cualesquiera otra parte que quieran participar en la reflexión sobre estos temas tan importantes antes y ahora.

[2] FRANCESCO CARRARA, *Programa...*, cit., págs. 3 y 4.

[3] FRANCESCO CARRARA, *Programa...*, cit., págs. 43 y 44.

[4] Sobre este tópico ha escrito el Profesor FERNANDO MESA MORALES un interesante ensayo titulado, *El Positivismo Jurídico de Carrara*, en la revista *Estudios de derecho*, núm. 91, Medellín.

[5] FRANCESCO CARRARA, *Programa...*, cit., pág. 44.

La Editorial Temis, ha querido, unirse a su obra: de un lado, para tal fecha se publicarán las *Reminiscencias de Cátedra* y *Foro* y los *Lineamientos de derecho procesal penal*, con lo que se alcanzaría la traducción de la casi totalidad de la obra del Maestro. Asimismo, se publicará el catálogo de las obras de la biblioteca que manejó FRANCESCO CARRARA, labor que ha estado a cargo de Giorgio Panaresse.

Hacemos un llamado a todos los que se mueven en el mundo del Derecho Penal, en la Judicatura, en la Abogacía, a los Doctrinantes, Colegios de Penalistas, Revistas Jurídicas, para que se unan al cometido propuesto: resaltar la vigencia de las ideas del más grande pensador del Derecho Penal de todos lo tiempos: FRANCESCO CARRARA.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Director

SECCIÓN
DE
DERECHO PENAL

LÍMITES DEL DEBER DE TRATAMIENTO MÉDICO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Profesor Dr. ALBIN ESER*

Mientras que en el pasado a menudo el médico no podía hacer todo lo que se esperaba de él, hoy se presenta frecuentemente la cuestión de si al médico le está permitido hacer todo lo que puede. Debido a los espectaculares avances en reanimación, a la posibilidad de trasplantes o a la aplicación de otros procedimientos terapéuticos, la muerte puede ser siempre aplazada y, en verdad, hasta tal punto, que se plantea a menudo la cuestión de si no se prestaría un mejor servicio al paciente si se le dejara morir en paz. Por ello se encuentra el médico cada vez más ante el dilema entre prolongar la vida o dejar morir. Mientras que hasta el presente se ha sentido, por lo general, solo como un problema médico-ético, se plantea ahora con frecuencia la cuestión de si no afecta también a los límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico. Sobre algunas de estas cuestiones se debe tomar posición en lo que sigue[1].

1. UN CASO ACTUAL: LA NEGATIVA A LA OPERACIÓN DE RECIÉN NACIDOS MALFORMADOS

Hasta qué punto se ha hecho aguda últimamente la urgente cuestión de las bases jurídicas y los límites del tratamiento médico, se pone de relieve en un caso del que por primera vez se ha tenido que ocupar un tribunal de justicia alemán[2].

* Director del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo de Brisgovia, en la República Federal Alemana.

Traducción de la doctora MERCEDES ALONSO ALAMO, profesora titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, España.

[1] Las siguientes declaraciones se basan en una síntesis actualizada de análisis y reflexiones que están desarrolladas más detenidamente y acompañadas de indicación de fuentes en mis trabajos sobre "Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen", en ALBIN ESER (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie als human— und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart, 1976, págs. 392-407; además sobre "Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsprobleme", en A. AUER, H. MENZEL, A. ESSER, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, Heymanns, Köln, 1977, págs. 75-147; así como sobre "Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht", en D. MIETH y H. WEBER (Hrsg.), *Anspruch der Wirklichkeit und Christlicher Glaube*, Patmos, Düsseldorf, 1980, págs. 166-189.

[2] Acuerdo de sobreseimiento de la Fiscalía (Freiburg i. Br., 20.6.1980, 20 Js 3177/79). Entre tanto se ha producido un nuevo caso que ha llevado a una condena del médico interviniente. Sobre ello, con más detalles, A. KAUFMANN, "Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie", en *JZ*, 1983, págs, 481 y ss.

En un niño recién nacido con malformaciones quedó comprobado, con base en un reconocimiento pediátrico, el denominado "síndrome de displasia caudal" (comprendido por deformaciones de la zona lumbar de la columna vertebral y de la pelvis, y como consecuencia de estas deformaciones una falta de desarrollo en la zona de las extremidades inferiores). Estas deformaciones, a las que se añadió el peligro de una formación hidrocefálica, eran irreversibles. El examen pediátrico básico mostró, junto al trastorno del desarrollo de las extremidades inferiores y del esqueleto en la zona lumbar de la columna y de la pelvis, una oclusión intestinal (atresia anal). Esta oclusión intestinal hubiera sido corregible quirúrgicamente. El reconocimiento no mostró datos considerables de un daño cerebral; sin embargo, eran observables daños neurológicos debidos a las anomalías de la zona lumbar de la columna. Con vista a obtener el consentimiento de los padres para la corrección quirúrgica de la oclusión intestinal, les fueron explicadas, entre otras cosas, las deformaciones, y además se les indicó que probablemente el niño no podría andar ("Rollstuhlkind"); también se les expuso que, dadas las circunstancias no se obtendría, probablemente, un funcionamiento fiable del control de la vesícula urinaria y del recto; así mismo, se les indicó insistentemente que podría tener la inteligencia de un niño normal y que sería posible la supervivencia con la citada deformación. Por lo demás, se les hizo ver que, de no ser operado, el niño moriría debido a la oclusión intestinal.

Cuando, después de esto, los padres negaron el consentimiento para la operación, fue obtenida del tribunal tutelar competente, a solicitud de la clínica de niños, una autorización para operar por vía de una medida de urgencia. Aunque el niño, ahora como antes, podía ser operado, negó entonces el anestesista su asistencia, menos por razones médicas que por razones ético-jurídicas. Puesto que también en la colaboración interdisciplinaria tiene cada médico que tomar por sí mismo una decisión médico-ética y responder de ella, deberían ser consideradas a este respecto en el presente caso, ante todo, dos cuestiones previas: por una parte, la presencia de múltiples y graves deformaciones, una de las cuales, sin el paliativo de la operación, sería incompatible con la supervivencia, de manera que la naturaleza habría trazado ya una generosa salida; por otra parte, la negativa de los titulares del derecho de educación a la intervención quirúrgica, decisión que, a la vista de la alarmante carga inexigible, debe considerarse, en suma, razonable y no abusiva. En el niño no operado se desarrolló, como consecuencia de la obstrucción de paso no eliminada, una hidronefrosis bilateral y una obstrucción colónica, lo que determinó la muerte a los doce días de vida, debido a un *shock* séptico.

Si este caso ha sido expuesto aquí con relativo detalle no es porque sea especialmente espectacular, pues cabe suponer que se presentan situaciones parecidas de decisión —prescindiendo de la intervención del tribunal tutelar— aun cuando apenas se pueda decir, a la vista de que esta problemática ha venido siendo tabú, en qué forma (con o sin intervención de los padres) y con qué resultado (ejecución o no ejecución de una operación) transcurre el proceso de decisión en los detalles. La espectacularidad de este caso deriva, sin embargo, de la circunstancia de que los órganos de persecución penal se hayan tenido que ocupar de la admisibilidad

jurídica de la negativa al tratamiento y en que de pronto se manifestó la inseguridad jurídica en la valoración de tales decisiones. Por ello no puede ciertamente sorprender que el sumario, tanto contra los padres como contra el anestesista que se negó a intervenir, fuera finalmente sobreseído. Pues aun cuando la negativa a operar hubiese sido objetivamente improcedente, se hubiese tenido que conceder a las partes, en consideración a las circunstancias concretas, un error de prohibición inevitable (§ 17 StGB). En torno a esto se plantea imperiosamente la pregunta de si las razones con las que la Fiscalía ha rechazado el reproche de un homicidio por omisión son generalizables y, por lo tanto, podrían ser invocadas como criterio general de delimitación del deber de tratamiento del médico. Sobre esto se tratará a continuación, en conexión con las consideraciones respectivas. Para no perdernos precipitadamente en los aspectos particulares de este caso, parece indicado afrontar aquí la problemática de la negativa al tratamiento —ya sea por la no iniciación de un tratamiento, ya por la interrupción posterior de uno ya comenzado[3]— desde lo fundamental.

2. Tratar o dejar morir: ¿un campo de decisión a discreción del médico?

Aun cuando no expresada con claridad, se halla ya en la mencionada motivación del anestesista en su negativa a operar, la exigencia, en todo caso atendible, de que la decisión sobre la iniciación o interrupción de un tratamiento debiera dejarse al criterio del médico. Y esta opinión no es sin duda aislada. Pues ¿cómo puede introducirse en la zona límite entre la vida y la muerte el derecho, y además el gravemente estigmatizante derecho penal? ¿No es esto un asunto tan íntimo que las decisiones pertinentes debieran dejarse totalmente a la responsabilidad del médico? En vez de que, allí donde el paciente de ningún modo puede ser dueño de su suerte, se pretenda reglamentar y controlar, ¿no sería mejor, sencillamente, dejar la decisión al criterio del médico? Plenamente coincidente con esto, ya el juez de primera instancia en el caso de *Karen Ann Quinlan* pensó que la cuestión de continuar con la respiración artificial o desconectar el respirador no es una decisión jurídica sino una pura decisión médica[4].

Ante estas ideas es ciertamente correcto que sería realmente fantasmagórico si se colocara, en vez de al médico, al juez o al fiscal en la palanca del respirador. Pero el juez del caso *Quinlan* tuvo que aceptar, con razón, del Supreme Court que al médico le está confiada la vida cuyo mantenimiento o conclusión no se

[3] Sobre estas cuestiones, ciertamente problemáticas, sometiendo, con base en los mismos criterios, a un mismo trato la negativa al tratamiento (inicial) y la interrupción del tratamiento (posterior), cfr. Eser en Auer/Menzel/Eser, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, Heymanns, Köln 1977, págs. 93 y ss.

[4] Judge R. Muir, Superior Court of New Jersey, *In the Matter of Karen Ann Quinlan*, vol. I, Arlington, VA. 1975, págs. 561, 568; cfr. también págs. 554 y ss. Sobre declaraciones en este mismo sentido de moralistas y juristas alemanes, cfr. los argumentos de Eser en Mieth/Weber, *Anspruch der Wirklichkeit und Christlicher Glaube*, Patmos, Düsseldorf, 1980, pág. 168, así como últimamente A. Laufs, *Recht und Gewissen des Arztes*, Heidelberg, Jahrbücher, 24, 1980, págs. 1 y ss.

deja, sin más, abandonado a su criterio[5]. Por ello, la actuación del médico debe estar regida por determinados principios y, ciertamente, no solo en defensa de abusos sino también en estabilización de la confianza. Esto no quiere decir que el criterio del médico deba ser constreñido al marco de una estrecha casuística sino que su actuación tiene que permanecer ajustada a criterios legítimos y objetivables[6]. De esto podría haber partido la Fiscalía en su acuerdo de sobreseimiento: de una parte cabe pensar, si el anestesista no podía excusarse ya del deber jurídico a colaborar en la operación "por razones de conciencia", es decir, si le era (in) exigible una actuación. No obstante ha sido dado pensar, frente a esto, que la omisión del médico por razones de conciencia significa el fin de una vida humana, de donde ha de resultar tácitamente evidente que la invocación a la conciencia sin más no lleva a exonerar de la responsabilidad frente al deber de protección de la vida.

Pero ¿cuáles podrían ser los criterios a los que el médico tiene que ajustar su juicio? En esta cuestión deben diferenciarse, desde el punto de vista jurídico, fundamentalmente dos grupos de casos: el dejar morir "de mutua conformidad" y el dejar morir "unilateralmente".

3. Dejar morir "de mutua conformidad": la voluntad del paciente

3.1. "*Voluntas aegroti suprema lex*". Si este principio, que es sentido a menudo por el médico como enojoso —porque se contrapone a la *salus aegroti*—, es aquí antepuesto, no es precisamente para con él atender a una voluntad contraria a la salud del paciente. Pues tal contradicción existe, de todos modos, solo allí donde se intenta definir la "salud" desde un punto de vista aparentemente objetivo —¿del médico?, ¿de los allegados?, ¿de la generalidad?— pero no cuando se entiende la salud individual del paciente desde su propio punto de vista y con esto, necesariamente, con respeto de su voluntad —determinante de su propio punto de vista—. Por ello se trata nada más que del principio obvio de que el derecho de tratamiento del médico comienza y termina con el consentimiento del paciente. Y esto vale —lo que presupone siempre un paciente convenientemente advertido y capaz de discernimiento— aun cuando la decisión contra el comienzo o la continuación de un tratamiento signifique finalmente la muerte. Pues como ha expuesto el Tribunal Supremo Federal en su sentencia fundamental de 28 de noviembre de 1957, el derecho constitucionalmente garantizado a la integridad corporal exige que se le tome en consideración "también en un hombre que se niega a sacrificar su integridad corporal, aun cuando de este modo se le pueda librar de una dolencia de peligro para la vida... Pues también un enfermo de gravedad puede tener razones fundadas

[5] Cfr. Chief Justice Hughes, cuando enfatiza en su fundamentación la "indelegable responsabilidad judicial", *In the Matter of Karen Ann Quinlan*, vol. II, Arlington, VA. 1976, pág. 308.

[6] Con más detalle sobre la a menudo precipitada equiparación entre líneas orientadoras y casuísticas, donde en realidad se trata solamente de criterios generales respecto al margen de apreciación del médico, Eser en Mieth/Weber, ob. cit. *supra*, nota 4, págs. 167 y ss.

y respetables, tanto humana como moralmente, para negar una operación, incluso cuando por ella y solo por ella podría ser librado de su sufrimiento"[7].

De ello se deriva una primera afirmación importante para los límites aquí cuestionados del deber de tratamiento: allí donde el paciente, plenamente advertido y consciente de las consecuencias mortales de su decisión está de acuerdo con la suspensión definitiva del tratamiento, o con la renuncia a la adopción de nuevas medidas para mantener la vida, o incluso lo reclama, termina en cualquier caso el deber del médico a continuar con la prolongación de la vida. La fundamentación jurídica de tal dejar morir "de mutua conformidad" no es en verdad del todo sencilla[8]. Sin embargo, que deba estar exenta de pena una "eutanasia pasiva voluntaria" es hoy tan solo seriamente cuestionado[9]. Si se decidiese de otra forma y se privara al hombre de este "derecho a que se le permita morir", se pervertiría finalmente la protección de la vida con la condena a la vida.

3.2. "*Testamento del paciente*". *¿Indicador de la presunta voluntad de morir?* Ciertamente: la admisibilidad de la negativa expresa al tratamiento es tan clara jurídicamente como, de hecho, raro será este el caso. ¿Cómo va a plantearse a menudo que el paciente desee expresa e inequívocamente una interrupción del tratamiento que sería peligrosa para la vida y que el médico pueda estar seguro, ante esto, de que la capacidad de discernimiento y de juicio del paciente no está turbada? ¿Pero debe por ello ser inadmisible la interrupción del tratamiento en todos los casos restantes, probablemente mucho más frecuentes? Para eludir esta consecuencia de grave trascendencia se intenta situar el momento de la decisión del paciente antes: lo que el paciente desea no debe ser obtenido solo ante el rostro inmediato de la muerte, sino en el momento en que todavía se halla en plenitud de sus fuerzas espirituales y anímicas. Por este camino, al que se viene recurriendo últimamente ante todo en la forma del llamado "testamento-eutanasia" o "carta del paciente", se busca posibilitar un "dejar morir de mutua conformidad" tanto en el caso en que el paciente es ingresado inconsciente, como también cuando a causa de su estado psíquico no puede considerársele capaz de recibir una información plena, o cuando, como consecuencia de la disminución de su entereza espiritual,

[7] Así en BGHSt (Decisiones del Tribunal Supremo Federal para asuntos penales) 11 (1958), págs. 111-114. Aun cuando el resultado de este controvertido caso de mioma pudiera ser erróneo, goza el principio citado de reconocimiento general; cfr. Albin Eser, "Arztliche Aufklärung und Einwilligung des Patienten, besonders in der Intensivtherapie", en P. Becker/V. Eid, *Begleitung von Schwerkranken und Sterbenden*, Mainz, 1984, págs. 188 y ss.

[8] Sobre estas dificultades dogmáticas, que se derivan especialmente de la indisponibilidad básica de la vida —¿tanto frente al matar activo como frente al dejar morir pasivo?—, más ampliamente Eser, en Mieth/Weber, ob. cit. *supra*, nota 4, págs. 105 y ss.

[9] Cfr. G. Geilen, *Euthanasie und Selbbestimmung*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1975, págs. 8 y ss., así como A. Eser, "Euthanasie. Sterbehilfe. Vernichtung sogenannten «lebensunworten lebens»", en Schönke/Schröder, *Kommentar zum StGB*, Beck, 20. Aufl. München, 1980, antes del § 211, núms. 21 y ss., especialmente 28 (págs. 1339 y ss.), con otras indicaciones. Cfr. últimamente sentencia del BGH de 4.7.1984 (StR 96/84): prevista la publicación en el Bd. 32 de la colección oficial (BGHSt), además en *Medizinrecht*, 1985, H. 1. También sobre ello, A. Eser, "Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung", en *Medizinrecht*, 1985, Heft 1.

no cabe esperar de ninguna manera, o, al menos no de manera seria, una decisión propia[10]. A estos intentos es común —no obstante la posible variedad en detalles— que el firmante, todavía en los días de salud, o, en caso de enfermedad al menos treinta días antes de la decisiva interrupción del tratamiento, dé a conocer inequívocamente, mediante declaración fijada por escrito y confirmada por testigos, que no desea la iniciación o la continuación del tratamiento al comienzo de determinados estados de la enfermedad.

¿Qué se debe pensar de esto? Cierto es que semejantes manifestaciones pueden ofrecer una cierta seguridad de que se efectuaron libres de depresiones agudas o de influencias egoístas. Sin embargo, queda la pregunta de si se toman en cuenta realmente en tal decisión anticipada los factores y situaciones esenciales, o si, por el contrario, se obtiene con ficciones psicológicas y por ello son en el fondo irreales. ¿Pues en decisiones hipotéticas "para el caso de que" no subsiste siempre el peligro de que se tome en consideración solo un sector limitado o desfigurado de las circunstancias relevantes para la vida? Además queda abierta la expectativa de si con la variación de la situación no puede también modificarse la valoración.

En los días de salud aparecen como evidentes y razonables muchas cosas que ante un peligro fundamental para la vida se manifiestan con un aspecto totalmente diferente. Esto es válido ante todo con respecto a una negativa al tratamiento en "deficiencias permanentes de funciones de importancia vital (corporales)"[11]. ¿No es este criterio de la importancia vital en general demasiado vago? ¿No son soportables para unos deficiencias que para otros se presentan, estando saludables, como pérdidas insoportables, tal por ejemplo, para el pintor la pérdida permanente de la vista, para el violinista o el cirujano una anquilosis permanente de la mano? Esta valoración, hecha en días de salud, ¿será también válida ante un peligro real para la vida? ¿O entran entonces en consideración otros criterios de valoración? Si la valoración de la importancia para la vida difiere tan grandemente ¿puede entonces este criterio ser una firme ayuda de decisión para el médico? ¿Cómo puede este saber que el paciente tomaría también su decisión en contra de las medidas para el mantenimiento de la vida cuando realmente solo le queda la alternativa entre una "vida disminuída" o la "vida sin más"?

Ciertamente, se trata de prevenir tales dudas caracterizando la declaración testamentaria como revocable en todo momento, y por ello es preciso, aun sin una revocación expresa, examinar en cada caso grave si el paciente, en las circunstancias dadas, desea perseverar en su voluntad anteriormente manifestada. Pero si esto es

[10] Cfr. al respecto, por ej., L. KUTNER, "The Living Will", en A. ESER, (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozial wissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart 1976, págs. 360 y ss., así como, para el ámbito alemán, W. UHLENBRUCK, "Der Patientenbrief", en *NJW* (*Neue Juristische Wochenschrift*) 31 (1978) págs. 566 y ss. Una recopilación de trabajos y proyectos legislativos se encuentra en la publicación *Death With Dignity Legislative Manual*, editada por la Society for the Right to Die, New York, 1975. Estos trabajos han encontrado una primera expresión legal en el "National Death Act" de California, U.S.A., puesto en vigor el 1° de enero de 1977.

[11] Así, por ej., un criterio de negativa al tratamiento en la "Carta del paciente" de UHLENBRUCK, *loc. cit. supra*, nota 10.

correcto ¿no es entonces degradada prácticamente a la insignificancia la carta del paciente? Si finalmente va a depender la iniciación, continuación o interrupción del tratamiento de la voluntad manifestada en el momento de la decisión ¿qué valor tienen entonces las declaraciones hechas con anterioridad?

Sin embargo, tal declaración de voluntad no es del todo superflua, pues puede siempre servir como indicio para la admisión de un "conocimiento presunto". A esta figura jurídica se recurre siempre que no puede ser obtenido un consentimiento expreso del afectado pero es de suponer, mediante apreciación razonable de la situación, que aquel manifestaría su acuerdo si, sencillamente, pudiera. Por supuesto que para tal sustitución del consentimiento solo queda lugar allí donde el paciente, dentro de las circunstancias presentadas, no desearía nuevas medidas para el mantenimiento de su vida, o donde tales medidas, no podrían ser queridas "razonablemente" y además no es obtenible ningún indicio sobre una posible opinión contraria del paciente. Pero si faltan estas condiciones no puede hablarse en absoluto de un dejar morir "de mutua conformidad".

3.3. *Papel del familiar. Límites de la representación*. Para salvar, sin embargo, en la medida de lo posible, la manifestación de la conformidad, se propone conceder al familiar, en caso de incapacidad de decisión del paciente, una especie de derecho de participación o, más aún, una facultad de consentimiento supletoria: ya en este sentido había destacado también el anestesista, en el caso expuesto al principio, que era decisiva la negativa de los padres a la operación. En esta orientación por los familiares es correcto el que, por lo regular, solo ellos podrían conocer las ideas de su pariente enfermo y, finalmente, incluso ellos mismos podrían sentirse afectados por una decisión sobre la continuación o interrupción del tratamiento, sea en un sentido afectivo (pérdida del padre, de la madre, del hijo, etc.), o ya por intereses económicos (del sustento o costos del tratamiento). Pero ello no significa que no se pueda dar una representación en sentido estricto en cuanto a decisiones tan personalísimas como las que versan sobre la vida o la muerte, y tampoco está permitido darla[12], si no se quiere abrir, a la larga, la puerta del recinto tabú de las decisiones ajenas sobre la vida. También se han de considerar las posibles colisiones de intereses que podrían producirse entre el conjunto de motivos derivados del afecto al pariente, por una parte, y la angustia ante la carga familiar y económica por otra; lo cual indica que el familiar no sería precisamente un representante ideal[13], prescindiendo totalmente de que la gravedad de la decisión sobre la continuación o la interrupción de un tratamiento puede significar una dura carga moral para un familiar sensible.

[12] Así, con razón, ya M. KOHLAAS, "Das Recht auf den eigenen Tod" en *NJW* 26 (1973), págs. 548/9. Esto es válido hoy, tanto más desde que el Código Civil ya no habla de la "patria potestad", sino del "cuidado de los padres". Por ello resulta muy dudoso que pueda darse una renuncia, en definitiva "por representación", sobre un bien tan personalísimo como la vida. Sobre tales límites inmanentes a la representación de los padres en las intervenciones médicas, cfr. A. LAUFS, *Arztrecht*, C. H. Beck, München, 1977, págs. 44 y ss.

[13] Cfr. P. FRITSCHE, *Grenzbereich zwischen Leben und Tod*. Thieme, 2. Aufl. Stuttgart, 1979, págs. 89 y ss., con otras indicaciones.

Por ello puede, ciertamente, corresponder al familiar una especie de función de indicador de lo que el afectado mismo, en la situación dada, hubiese considerado correcto. De aquí que este deba tener, en atención a su propio interés como afectado, un derecho a ser oído. Sin embargo, una supletoría o, más aún, una propia facultad de consentimiento tiene que serle negada si la verdadera voluntad del paciente y no una ficticia "razón soberana de otros" debe quedar como criterio y base de la conformidad.

Esto significa, para el caso al principio mencionado del recién nacido malformado, que la negativa a la operación no puede ser justificada de ninguna manera como un "dejar morir de conformidad"; puesto que el recién nacido todavía no podía manifestarse y presunciones posibles sobre su voluntad de vivir o morir no serían más que pura especulación, una negativa al tratamiento "de conformidad" se deja fundamentar, a lo sumo, con el consentimiento de los padres; pero una tal "representación" literalmente mortal no tienen ellos en su poder[14]. Por ello es preciso buscar todavía otros fundamentos para una delimitación del deber de tratamiento del médico.

4. "Interrupción unilateral del tratamiento": dejar morir sin consentimiento

Esta cuestión de la renuncia al tratamiento "unilateral" —en tanto se hace sin consentimiento del paciente— se plantea no solo en el caso de dejar morir a un recién nacido, sino siempre que no se pueda preguntar al paciente sobre su verdadera voluntad ni sean conocibles puntos de referencia que permitan suponer su posible voluntad: así, por ejemplo, en el caso de la víctima de un accidente ingresada sin conocimiento, que podría ser reanimada pero con lo cual se la llevaría a un sufrimiento ilimitado, o se la convertiría en un apálico, sin capacidad de comunicación que, más que vivir, vegetaría; o en el caso del agonizante crónico que difícilmente puede hacer frente a la pregunta sobre seguir interviniendo o dejar de intervenir. En vez de obrar en tales casos con base en consentimientos ficticios o en una "gerencia sin mandato", que fácilmente daría lugar a abusos so pretexto de una superioridad racional sobre el paciente, deberíamos preguntarnos abiertamente si y hasta qué punto puede el médico rechazar inicialmente un tratamiento, o interrumpirlo, incluso en el caso de no poder obtener el consentimiento del paciente[15]. A este respecto deben considerarse esencialmente los siguientes supuestos de forma diferenciada:

[14] Sobre esto, en el mismo sentido, Laufs, ob. cit. *supra*, nota 4, pág. 10. De igual modo, ello sería también válido para la autorización a la intervención, en forma sustitutiva, por el Tribunal Tutelar. Pues aun cuando se hubiera pronunciado, en el sentido de los padres, en contra de una operación, no hubiese habido por ello ninguna "mutua conformidad" al dejar morir al recién nacido, sino que habría que justificarlo, en su caso, atendiendo a otros criterios.

[15] Argumentos particulares al respecto, también sobre lo siguiente, cfr. Eser, en Auer/Menzel/Eser, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 121 y s.

4.1. *Liberación de una agonía dolorosa.* Hoy en día ya no parece discutible, en lo fundamental, que no merece una pena el médico que cree poder aliviar a un moribundo y evitarle un sufrimiento insoportable solamente interrumpiendo las medidas tomadas para el mantenimiento de su vida. Sin embargo, también en este supuesto es difícil la fundamentación y delimitación jurídica. Pues en cuanto se le concede al médico la facultad de dar prioridad al alivio del dolor frente al mantenimiento de la vida, se ve uno sometido a la objeción de que el derecho tradicional no diferencia entre vida sana o enferma, sin dolor o con sufrimientos, en plenitud o moribunda, y que, en principio, la vida está sustraída a la ponderación de otros intereses, y consecuentemente también del interés a estar libre de dolor. De hecho, no se puede negar que con la admisión de la ponderación de la vida frente al dolor se abre una primera brecha en el, hasta el presente, tan elevado principio de la absoluta protección de la vida: el criterio del mantenimiento de la vida puramente cuantitativo-biológica empieza a retroceder frente a una consideración cualitativa de la vida; también la vida se convierte en un valor relativo.

Si esto se acepta hoy generalmente, tal vez sea porque se siente que incluso nobles principios de mantenimiento de la vida pueden convertirse en inhumanos cuando, por su elevación a absolutos se olvida al ser humano concreto, a quien hay que liberar de sus sufrimientos.

Ciertamente, una interrupción del tratamiento cuesta el precio de la vida. Pero se trata de una vida cuyo fin no solo en abstracto es inevitable sino que en la situación concreta es inminente. Tampoco se trata de una ponderación de esta vida con intereses "externos", de otros o de la sociedad (lo cual se analizará sobre todo con referencia al denominado apálico), sino de una ponderación más bien interna de intereses opuestos de este mismo ser humano. Si, entonces, ante tal colisión de intereses, se otorga la primacía a la liberación del dolor frente a la prolongación de la vida o de la agonía, esto difícilmente puede estimarse merecedor de pena. Sin duda queda todavía por hacer una reserva esencial: solo podrá tomarse este camino sin contar con el paciente —y solo se trata aquí precisamente de aquellos casos en que falta la voluntad expresa de morir— cuando ha empezado el proceso agónico ya irreversible, y por lo tanto el resto de la vida ya solo consistiría en continuos dolores.

Si se intenta aplicar este criterio al caso del recién nacido con malformaciones, no se justificará la renuncia a la intervención quirúrgica. Pues ni la muerte era inevitable ni estaba indicada para la evitación de dolores insoportables. Lo mismo rige para un amplio grupo de fases preagónicas en las que se pueden suprimir los dolores de forma efectiva con medios distintos de la muerte: por ejemplo en el caso de un enfermo de cáncer incurable, el enfermo de uremia crónica, o el llamado apálico que lleva meses sin conocimiento. Si en estos casos se quiere justificar una interrupción unilateral del tratamiento, habrá que buscar otras razones distintas de la liberación de una agonía dolorosa.

4.2. *Imposibilidad de una prolongación de la vida.* Como cualquier deber jurídico de ayuda y de evitar un resultado nocivo, también el deber de tratamiento del médico está condicionado a que sea posible. Por ello, su deber general de ayuda

según el § 323c (antes §330c) StGB, así como el "deber de garantía", fundado en la aceptación del tratamiento, terminará en todo caso allí donde la prolongación de la vida es (ha llegado a ser) fácticamente imposible. Por lo tanto, si un médico con consulta privada, o una clínica, no disponen ni del personal ni del instrumental necesarios para un cuidado intensivo, no se les puede reprochar jurídico-penalmente que, por ejemplo, rechacen el comienzo de una reanimación.

Pero normalmente las cosas no son tan claras y simples. Así, por ejemplo, allí donde existe el instrumental correspondiente pero no en cantidad suficiente, se podría hablar de una imposibilidad solo con ciertas condiciones; pues tan pronto como se le otorga al médico la facultad de elección entran en juego, más allá del puro poder fáctico de ayudar, valoraciones y estimaciones normativas que pueden llevar, a lo sumo, en atención a la inexigibilidad, a la cesación del deber de tratamiento; será preciso volver sobre este punto. Pero cuando solo se ha perdido la esperanza de curación de la dolencia básica, o un apálico sigue en coma irreversible, pero de todas formas es posible retrasar el comienzo de la muerte definitiva del cerebro, difícilmente se podrá negar la posibilidad del mantenimiento de la vida biológica.

Por esta misma razón se podría prescindir del deber de actuación en el caso del recién nacido con malformaciones, con base no en la escasa esperanza de vida sino solo en criterios de imposibilidad como en el supuesto de que el niño no hubiera tenido capacidad para vivir después de curarse de la oclusión intestinal[16]. Pero este no fue precisamente el caso, pues al niño se le podía pronosticar una continuación de su vida aunque limitada por la malformación. Por ello, con razón, la fiscalía no tomó, evidentemente, en consideración la cesación del deber de operar fundada en la imposibilidad de vivir.

4.3. *Interrupción del tratamiento en caso de inconsciencia irreversible.* La imposibilidad de ayuda efectiva no es el único límite al deber médico de tratamiento. También se puede liberar en determinadas circunstancias del deber de iniciar o continuar la prolongación de la vida biológica, en sí misma posible, en los casos en que ya ningún otro esfuerzo médico dé esperanzas de salvación. Es cuestionable, sin embargo, cuáles son los criterios que autoricen una negativa al tratamiento ya en una fase preagónica. Precisamente en torno a esta cuestión las respuestas de médicos, moralistas y juristas divergen aún más. Ante la pluralidad de propuestas vamos a referirnos al menos a las más importantes, siquiera sea de forma sucinta[17].

Los médicos se inclinan por hacer depender el deber de adoptar medidas para el mantenimiento de la vida de si aún tiene "sentido". Por lo demás, habría que considerar si con esta cuestión del "sentido" no se trataría de valoraciones sumamente subjetivas. Pues el soportar el dolor ¿no podría significar para unos un hecho completamente absurdo y para otros un acto de firmeza moral? Dejar intervenir aquí al médico, abandonando a su "razón soberana" el poder de decisión sobre si una prolongación de la vida es aún "plena de sentido" o ya "carente de sentido", está en seria contradicción con la otras veces tan exaltada autodeterminación del ser humano, así se encuentre moribundo.

No menos problemática es la propuesta que pone fin al deber de mantener la vida allí donde la muerte del enfermo está "fatalmente" predeterminada, o donde su vida terminaría con una "muerte natural". ¿Pero dónde habría de fijarse este momento? ¿Acaso en una esperanza de vida determinada estadísticamente? ¿O no se tendría que atender más bien a la muerte "individual"? ¿Y qué pensar de una aceptación de la fatalidad de la muerte por parte de la medicina? ¿No se cuestionaría con esto su autodefinición? Pues, justamente, es tarea originaria de la medicina intervenir constantemente en el "destino natural" con los medios artificiales a su alcance.

En lugar de esto intentan otros diferenciar entre medidas "usuales" de prolongación de la vida, a las que estaría obligado el médico en cualquier caso, por un lado, y medidas "inusuales" cuya aplicación quedaría al arbitrio del médico, por otro lado; así, por ejemplo, la diferenciación propuesta por el papa Pío XII en el Congreso de anestesistas de 1957 que fue invocada recientemente en el caso Quinlan en los Estados Unidos. Pero tampoco esta propuesta lleva a una solución: ¿acaso no se considera hoy el marcapasos, hace unos diez años aún extraordinario, una medida "usual"? O aquellas impresionantes técnicas de reanimación y de operación en la neonatología, como las que se podrían haber aplicado en el caso descrito al principio: ¿no podrían tales métodos, aún hoy excepcionales, llegar a considerarse normales dentro de pocos años? Por otra parte, y no en último lugar, la diferenciación entre "usual" e "inusual" puede depender en muy alta medida de las costumbres e instalaciones posiblemente retrasadas de una provincia o de un hospital determinados, como para ser un criterio fiable de delimitación.

En el fondo, todos los esfuerzos dirigidos a la diferenciación están condenados a ser superficiales mientras no se desarrollen atendiendo a la *finalidad de la actividad médica*. En verdad esto no es posible sin pronunciarse sobre determinados principios antropológicos. Porque, a más tardar, en el momento de preguntarse por su finalidad, también una medicina altamente tecnificada debe considerarse algo más que una ciencia natural aplicada, es decir, mantener en el hombre las condiciones físicas y psíquicas para su autorrealización personal o ayudarle a recuperarlas[18].

Esta tarea de la medicina ha sido ampliada y de nuevo limitada de maneras diversas en el curso de la historia[19]. También hoy asistimos a un cambio. Es verdad que actualmente la definición preponderante del médico podría ser descrita en el

[16] En el mismo sentido, la "Resolución sobre el tratamiento de enfermos mortales y moribundos", publicada por la Sociedad Alemana de Cirugía, admite una renuncia al tratamiento de recién nacidos con malformaciones "congénitas graves", fundada no ya en los supuestos de escasa esperanza de vida, sino solo "cuando a causa de los graves menoscabos de las funciones vitales es obvio que no existe ninguna capacidad de vida" (Pos. II 4, "Beilage zu Mitteilungen der Dt. Ges. f. Chirurgie", Heft 3, 1979).

[17] Para otros detalles, con indicaciones, cfr. ESER, en AUER/MENZEL/ESER, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 126 y ss.

[18] En el mismo sentido, la contribución de P. HENKE al libro colectivo, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, Thieme, Stuttgart, 1982.

[19] Instructivo al respecto H. SCHADEWALDT, "Der Arzt vor der Frage Von Leben und Tod", en *Klinische Wochenschrift* 47 (1969), págs. 557 y ss.

sentido de que, al lado del deber de curar y aliviar dolores forma parte de sus tareas, principalmente, la conservación y prolongación de la vida; de manera que aún en 1955 un médico y experto en política cultural tan importante como HELLBACH pudo postular que "el médico o mantiene la vida incondicionalmente o deja de ser médico"[20]. Frente a esto, el Consejo de Europa cree no poder considerar ya la prolongación de la vida, en cuanto tal, "como objetivo exclusivo de la práctica médica"[21]. Y si bien con alguna diferencia, esta interpretación no es ni mucho menos aislada desde hace algún tiempo; pues renunciando a meros éxitos de carácter fundamentalmente técnico-científico, la medicina empieza con razón a asumir de nuevo sus tareas, fundamentalmente humanas, de servir al "bienestar común de los hombres" y a dejar de ver por tanto su objetivo esencial en sus posibilidades técnicas, o en la conservación y restablecimiento aislados de órganos particulares: no la prolongación cuantitativo-biológica de la vida, en sí misma, sino para posibilitar al menos un mínimo de autorrealización personal; lo que constituye un objetivo más ambicioso y al mismo tiempo más limitado. Si aquello se muestra como inalcanzable, un esfuerzo médico ulterior ya no servirá en el fondo a este ser humano. Y entonces tampoco puede ser exigido jurídicamente.

Si de esto se intenta extraer consecuencias jurídico-penales, habrá que resaltar, por un lado, el deber de mantener la vida y, por lo tanto, resistir a la tentación de limitar, de entrada, el deber médico de curar y aliviar el dolor; pues si sucumbiera a esta tentación, el médico podría abandonar al enfermo a su suerte —si bien aliviando los dolores— cuando la enfermedad básica resulte incurable e inevitablemente mortal. Por otro lado, el deber de mantener la vida, en principio irrenunciable, solo debe regirse por el objetivo de posibilitar a la persona un mínimo de autorrealización. Por tanto, el deber de mantener la vida terminará allí donde el ser humano esté privado de toda posibilidad de conciencia y autorrealización a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción. Y esto es lo que sucede en el caso de coma irreversible acreditado[22]. A este respecto, las directrices suizas sobre "la ayuda médica al agonizante" merecen en principio también aprobación. Pero si la pérdida de "relación con el mundo circundante" va a justificar, sin más, una limitación del tratamiento[23], no podemos callar nuestras reservas ante la vaguedad de este concepto.

4.4. *La defensa de la dignidad del hombre*. Otro aspecto puede ser significativo para la concesión del deber de tratamiento: el respeto a la dignidad del enfermo afectado. Con esto, sin embargo, no quisiera ser contado, ni mucho menos, entre los que consideran ya una violación de la dignidad del hombre que una persona

[20] Citado por SCHADEWALDT, *loc. cit.*, pág. 560.

[21] Recomendación núm. 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de enero de 1976, núm. 6.

[22] Esta frontera de la suerte encuentra, en cualquier caso, reconocimiento creciente en la literatura jurídico-penal alemana; cfr. las indicaciones de ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, ob. cit. *supra*, nota 9, núm. 29, antes del § 211 (pág. 1342).

[23] Directrices de la Academia Suiza de Ciencias Médicas, de 5 de nov. de 1976, núm. II d.

sea conectada a aparatos; pues si esto fuera correcto toda la medicina tendría que retroceder varios siglos. Decisivo es otro aspecto: la degradación del enfermo a la categoría de mero objeto. Si el moribundo ya ha perdido su capacidad de decisión y si con la conservación de su vida ya no se trata de su permanencia como individuo concreto, entonces puede verse, en toda caso, en la mera prolongación de la agonía una violación de la dignidad humana, si el enfermo se mantiene vivo solo como objeto de artificios médicos, o el retraso de su muerte está determinado solo por consideraciones políticas (por ej., Franco y Tito), o por intereses económicos de los familiares (por ej., mantenimiento de un derecho de pensión) o del hospital (interés de ocupar plazas). Si de esta manera se degradara al moribundo a condición de puro objeto, el médico tendría entonces no solo el derecho sino incluso el deber de interrumpir el tratamiento.

4.5. *Renuncia al tratamiento en caso de desproporcionalidad del esfuerzo*. Mientras que las anteriores limitaciones del deber de tratamiento se derivaban de forma inmanente de la correspondiente limitación del fin de la misión del médico, queda por resolver la cuestión, mucho más problemática, de hasta qué punto el deber de mantener la vida puede posponerse, en determinadas circunstancias, a *otros intereses*. Dicho brevemente: se trata del problema tabú, pero de ningún modo irreal, de la desproporción entre esfuerzo y éxito potencial. Puede que sea llamativo, ciertamente, poner en relación la conservación de la vida con el esfuerzo necesario para su mantenimiento. Pues si, según la opinión tradicional, ni siquiera una vida se puede ponderar con otra ¿cuánto menos se podrá evaluar la vida con bienes materiales? Sin embargo, parece que también en este punto los nobles principios jurídicos son sobrepasados por el funcionamiento real de los hospitales modernos: lo que empieza con la inevitable selección del médico por sus posibilidades limitadas de actuación, y pasa por la incapacidad de pagar determinadas terapias posiblemente vitales, termina no pocas veces con la pregunta de si la aplicación de una medida de prolongación de la vida realmente "vale la pena".

En la cuestión planteada sobre la ponderación "externa" de los intereses del enfermo en mantener la vida frente a los intereses de otros o de la comunidad, se distinguirán esencialmente tres situaciones básicas:

a) En el caso de que varios enfermos necesiten *simultáneamente* la misma atención sin que el personal o el equipo sea suficiente para el tratamiento de todos, el médico tiene una facultad de selección que está sometida solamente a control por abuso de poder.

b) En caso de que la necesidad de tratamiento *no* surja *simultáneamente* respecto de varios enfermos, sino que, por ejemplo, uno ya esté conectado al único aparato disponible, no puede este ser "desconectado" sin más en favor de un enfermo ingresado posteriormente. Por lo tanto, en principio existe *prioridad cronológica*.

c) Pero, aunque se asegura siempre que la vida está exenta de cualquier evaluación y que así debe seguir siendo, parece que la práctica —como ya insinuamos— ha pasado por alto, desde hace mucho, tales postulados, seleccionando de forma callada y estableciendo prioridades.

Esto obedece a la tendencia clara, incluso en atención a intereses distintos de los del enfermo, a no tomar el deber de mantener la vida como absoluto sino someterlo a evaluación; sea en atención a la necesidad de tratamiento urgente de otros enfermos, sea en consideración a intereses familiares-sociales, y, no en último lugar, también por factores económicos[24]. Detrás de ello late la idea de que la expectativa de ayuda del individuo estará en relación con lo posible según las circunstancias y con lo exigible en atención a los intereses de otros, y por lo tanto el deber de tratamiento del médico se limita, de entrada, a la ayuda que el individuo puede esperar del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, la *necesidad de evaluación* está implícita en el deber de conservación de la vida. Sin embargo, sigue siendo una cuestión de palpitante actualidad desde el punto de vista jurídico y político-social, cuánto está dispuesta a hacer nuestra sociedad para la conservación de la vida moribunda y cómo quiere establecer las prioridades.

Seguramente sería demasiado pronto enunciar algo definitivo; las cuestiones relacionadas con esto fueron durante demasiado tiempo tabú, lo que impide tener una visión general de las consecuencias de una u otra decisión. Razón de más esta para romper el silencio sobre semejante práctica y, en vez de enmascarar los problemas, hacer evidentes las auténticas necesidades. Pues en cuanto ya no se trate de una mera evaluación "interna" de los intereses del enfermo individual —así, entre su vida y su sufrimiento— sino de la consideración, al propio tiempo, de intereses "externos" (de otros enfermos o de factores económicos generales), se traspasa el ámbito de la pura medicina y se entra en el ámbito de la política social.

5. Renuncia al tratamiento en caso de recién nacidos: del auxilio a morir a la eugenesia

Más acuciante aún se presenta la problemática del tratamiento de recién nacidos con lesiones. Naturalmente, al hablar de la interrupción del tratamiento se piensa en principio solo en la vida "agonizante". Pero problemas semejantes se presentan también en la vida que justamente "comienza" si el niño nace con defectos que permiten concebir esperanzas, así sean escasas, sobre un desarrollo razonable de su vida: malformaciones físicas, daños cerebrales por complicaciones durante el parto, u otras deficiencias. Si no se puede evitar al recién nacido un grave destino omitiendo, simplemente, intervenciones o medidas de atención necesarias para el mantenimiento de la vida, dicha posibilidad no se plantea solo como una cuestión[25]

[24] Indicaciones particulares sobre esta constatación, así como sobre la anterior facultad de elección, en Auer/Menzel/Eser, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 133 y ss. Cfr. También las diferentes contribuciones del volumen *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs und Behandlungspflicht*, cit. *supra*, nota 18.

[25] Cfr., por ej., las recomendaciones del Consejo de la salud holandés sobre el dejar morir a los niños que a consecuencia de la falta de funcionamiento del cerebro están excluídos de la normal comunicación entre los hombres (informe del *FAZ*, de 15.1.1975, núm. 239). Digna también de atención al respecto la "Encuesta Allensbach", a comienzos de los años 70, en que la muerte de enfermos psíquicos era en todo caso recomendada por un 25% de los practicantes de las confesiones católica y evangélica, F. Tennstädt, *Euthanasie im Urteil der öffentlichen Meinung*. Herderkorrespondenz 28 (1974), págs. 175-178.

sino que es ya practicada abiertamente[26] e incluso se legitima ahora judicialmente: pues en el caso al principio descrito se niega, al fin y al cabo, la lesión del deber por el médico y los padres alegando que una intervención quirúrgica no hubiera sido exigible pues el médico habría tenido que actuar no solo contra la muerte sino también contra el dolor y el sufrimiento; que mediante la negativa a la intervención se evitaba al recién nacido el sufrimiento desmesurado así como otras intervenciones deformadoras y que, por tanto, la denegación del tratamiento "serviría al bien del niño".

Tal vez no se pueda evitar la negativa consciente al tratamiento si la sociedad humana, a la larga, no se quiere exigir demasiado. Por ello sería probablemente correcta, en líneas generales, la absolución de la Fiscalía. Sin embargo, queda cierto malestar contra su fundamentación porque —consciente o inconscientemente— obra a manera de equiparación, que encubre el problema, entre la coadyuvancia a morir y la eugenesia. Frente a ello debería ser destacada la diferencia fundamental existente entre el auxilio a morir a los moribundos y el dejar morir a recién nacidos con malformaciones: en el caso de un moribundo, que ha vivido su vida, se trata en el fondo de facilitarle la muerte y, por lo tanto, primariamente de una ayuda a él mismo. Tales motivos de ayuda y compasión podrían jugar también su papel en el caso de "eutanasia precoz"; pero sería un autoengaño pensar que se evita solo al recién nacido y no también —si no ante todo— a la familia y a la sociedad un futuro difícil. Por ello no solo sería incorrecto sino incluso peligroso querer someter a la misma medida el dejar morir a recién nacidos y el auxilio a morir ante una muerte inevitable[27]. Ciertamente que no se puede olvidar —sobre todo considerando la mayor facilidad para la interrupción del embarazo— que la tendencia actual hacia un relajamiento de la protección de la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte tiene en este aspecto una base de pensamiento común, pues cada vez más se sustituye una consideración de la vida desde un punto de vista puramente biológico-cuantitativo por un punto de vista personal-cualitativo[28]. Tal valoración del "sentido" de la vida, sin embargo, solo deja de ser peligrosa

[26] Cfr. la contribución de Bachmann al volumen *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs und Behandlungspflicht*, cit. *supra*, nota 18; especialmente también T. Regenbrecht, "Zum Problem der Sterbehilfe. Gedanken zur Operationsindikation bei schwersten Fehlbildungen Neugeborener", *Münchener Medizinische Wochenschrift*, 115 (1973), págs. 601 y ss., así como M. D. Heifetz, *Das Recht zu Sterben*, Frankfurt/Main, 1976, págs. 47 y ss.

[27] También en este punto la fundamentación del sobreseimiento de la Fiscalía contribuye más bien al enmascaramiento del problema cuando, en definitiva, es traída a colación, en este caso, la idea, en sí misma apreciable, de que el médico no podría estar obligado a un "mero alargamiento de la vida", pues desde el momento en que mediante la eliminación de la oclusión intestinal se certificaba la capacidad de vida del niño (cfr. *supra*, nota 1), ya no podría hablarse aquí de un mero alargamiento de la vida. No puede sorprender, en verdad, este tipo de argumentación; es precisamente típico de la generalizada precipitación en la equiparación irreflexiva entre auxilio a morir y "eutanasia precoz"; así, por ej., ya en el título de la contribución de Regenbrecht, ob. cit. *supra*, nota 26).

[28] En general, sobre las cambiantes tendencias en la evaluación del merecimiento de protección de la vida, cfr. Eser, "Zwieschen «Heiligkeit» und «Qualität» des lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschuts", en J. Gernhuber, (Hrsg.), *Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1977, págs. 377-414.

cuando la evaluación se deja al criterio de la persona de que se trate, como, por ejemplo, en el caso de dejar morir "de mutua conformidad", o cuando toda posibilidad de vivencia sensorial personal está excluída definitivamente, como en el caso de coma irreversible. El peligro está allí donde la sociedad —aunque sea de "buena fe"— se cree legitimada para negar el sentido de la vida, pues entonces ya no se está lejos de la destrucción de la llamada "vida sin valor vital". Entonces ya no se trataría solo de la ayuda al propio afectado sino de la eugenesia útil a la sociedad[29]. Y este precisamente es el punto crítico en que la "eutanasia precoz" va más allá del auxilio a morir y donde precisamente la visión alemana se obscurece con espectros del pasado cruel.

Nunca es demasiado pronto para poner esto de manifiesto. No para rechazar de antemano cualquier reflexión en este sentido, pues para un sí o un no los contornos del problema están aún muy poco claros. En todo caso, sin embargo, quedan por atender consecuencias profundas, que se tendrían que hacer patentes para la comprensión vital de una sociedad, si el derecho a la vida comenzara y terminara con su utilidad para la misma.

[29] Cfr. también sobre todo, R. SCHMITT, "Eugenische Indikation vor und nach der Geburt", en *Festschrift für U. Klug*, Köln, 1983, Bd. II, págs. 329 y ss.

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA*

PRIMERA PARTE

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL COMO HECHO PUNIBLE

1. INTRODUCCIÓN

El decreto 100 de 1980 consagró en su art. 280 la *Inseminación artificial no consentida*, ubicándola en el capítulo III ("De los delitos contra la autonomía personal"), del título X ("Delitos contra la libertad individual y otras garantías").

Pretendemos en este trabajo enjuiciar en forma crítica el tratamiento que el legislador colombiano ha dado al fenómeno biológico-instrumental de la inseminación artificial. Esta primera parte está dedicada a la práctica inseminatoria artificial como hecho punible; a tal efecto reseñaremos las diferentes posiciones doctrinarias que propugnan la tipificación de este fenómeno, como ilícito atentatorio contra la institución familiar; la segunda estará orientada a estudiar la ubicación que el legislador consideró prudente dispensar a esta práctica como hecho punible violatorio de la libertad individual (autonomía personal) de la mujer, siempre que se practique sin el consentimiento de esta.

Es sorprendente la forma como los tratadistas y comentaristas del nuevo Código Penal han ignorado este fenómeno[1]. Para nadie es un secreto el auge y el desarrollo que han adquirido en los últimos tiempos las prácticas inseminatorias artificiales en seres humanos. También en nuestro país se tiene conocimiento de la existencia en la ciudad de Bogotá de un banco de semen, dirigido por el Centro Colombiano de Esterilidad y Fertilidad, donde han nacido varios niños mediante la técnica del semen congelado en nitrógeno líquido.

* El autor se desempeña como juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín y como catedrático de derecho probatorio de la Universidad de Medellín.

[1] Que conozcamos, solamente el profesor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, ha analizado, con seriedad, las implicaciones jurídicas que se desprenden de la consagración legislativa de la inseminación artificial en el Código Penal de 1980. Cfr. "Inseminación y Fecundación artificiales en sus relaciones con el Derecho Penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Núm. 8, Cali, 1983.

2. Concepto de inseminación y fecundación artificiales

Es preciso tener clara la definición del verbo rector *inseminar*, para evitar equívocos al momento de entrar a calificar la acción delictiva.

¿Qué se entiende por *inseminación artificial*? La doctrina la ha definido como un método o artificio distinto de los dados por la naturaleza para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer[2].

Waming Bender la define como el método de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto de la forma natural[3].

Por *fecundación artificial* debe entenderse toda operación que tenga por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides recurriendo a procedimientos no naturales, siendo el método más llamativo de esta técnica el efectuado *in vitro*, lográndose así el desarrollo del óvulo fuera del útero materno[4].

Ahora bien, puede ocurrir, de otro lado, que se realice la inseminación artificial de la mujer y que no se produzca la fecundación que se esperaba; de ahí que se haya dicho que la denominación fecundación artificial no es exacta, ya que lo artificial es solo el modo de practicar la inseminación, no el semen utilizado para llevarla a cabo[5].

García Aguilera ha dicho que la fecundación efectiva, o sea la concepción, podrá realizarse o no, por lo que es más exacto designar el procedimiento mismo con la expresión "inseminación artificial" y reservar la expresión fecundación artificial a los casos de éxito positivo, es decir, de efectiva concepción[6].

Para obviar los inconvenientes que aparejan los términos "inseminación" y "fecundación" artificiales, algunos autores españoles han patrocinado el uso de

[2] Raúl Palmer, citado por José Antonio García Aguilera, en "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, núms. 51-52, julio-diciembre de 1972, pág. 177.

[3] Citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 177. También Luis Carlos Giraldo Marín, siguiendo a Octavio Aparicio, la define como las maniobras realizadas por el médico para introducir en el órgano femenino, el semen previamente recolectado. *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. II, Bogotá, 1981, Colección Pequeño Foro, pág. 548. En forma equivocada Alfonso Ortíz Rodríguez confunde los conceptos de inseminación y fecundación artificiales, al definir la primera como la acción "de impregnar con semen y por lo tanto fecundación artificial del óvulo", en *Manual de derecho penal especial*, Medellín, 1983, Colección Universidad de Medellín, pág. 439.

[4] Giraldo Marín, ob. cit., pág. 548.

[5] Lener, citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 178.

[6] García Aguilera, ob. cit., pág. 178. El profesor Manuel Serrano Rodríguez, señala que la "fecundación artificial en un aspecto corresponde desde luego a lo sexual como conjunción de elementos masculinos y femeninos. Habría que ver los conceptos de inseminar, insertar como sembrar, enlazar, entrelazar, mezclar, unión, etc., para precisar hasta qué punto inseminar y fecundar pueden precisarse en sentido exacto, valga la redundancia, pues esto es muy interesante a efectos de la frustración tipificada en un problema de *lege ferenda*, ligar, juntar, reunir y en qué modo, son puntos a precisar, pues pienso, finaliza Serrano Rodríguez, que por voces etimológicas y posición real de las palabras trasladadas al hecho existe un problema de encadenamiento de causa y concausas o de causa y condiciones en relación con el acto germinativo y de concepción en lo inseminador y fecundante", citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 178.

la palabra *eutelegenesia*, que proviene de tres radicales griegas que significan "bien", "a distancia" y "engendramiento", es decir, "fecundación selecta a distancia", según Ramón María de Veciana[7]; otros han utilizado las denominaciones *insemination artificielle*[8], *Spermiosemina artificiale*[9], *spermateifora instrumentale*[10], *inseminatio artificialis*[11], etc.

La inseminación y fecundación artificiales, se clasifican en *heteróloga*, cuando se practican con esperma o semen de donador que no sea el marido, y *homóloga*, cuando el líquido fertilizante corresponde al marido. Según los estudiosos de la materia que nos ocupa, los términos *homológo* y *heterólogo*, son aplicables únicamente a la práctica inseminatoria artificial en *mujer casada*; esta situación nos permite criticar el incorrecto uso que de ellos se ha venido haciendo al aplicarlos a la inseminación en mujer soltera[12].

3. Relevancia jurídica de la distinción entre inseminación y fecundación artificiales

¿Podrá derivarse alguna trascendencia jurídica de la distinción conceptual entre inseminación y fecundación artificiales? De acuerdo con las definiciones que de ellas expusimos en el numeral anterior, no hay duda que es al *Derecho Penal* a 'quien' debe interesar la regulación de la práctica inseminatoria artificial si se quiere evitar la *turbatio sanguinis* en la familia; la cual no se lograría incriminando la fecundación como tal, sino sancionando aquellos comportamientos que precisamente tienden a lograrla, en la medida en que ponen en peligro la estabilidad de la familia. Por ello, siempre hemos propugnado la incriminación de la inseminación artificial en aquellos eventos en los cuales no sea necesaria biológicamente dicha práctica (inseminación artificial heteróloga cuando las circunstancias biológicas y médicas no lo exijan), por cuanto altera los lineamientos éticos y sociales que han servido de soporte a la institución familiar[13].

[7] Citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 178. Utilizan también este término en España Manuel Batlle, "La eutelegenesia y el Derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio de 1949; José María Martínez Val, *La eutelegenesia y su tratamiento penal*, Madrid, Ed. Gráficas Osca, 1952. Enrique Díaz de Guijarro critica la utilización de este término, anotando que *eutelegenesia* es una expresión sonora, "con un eufemismo elegante para no tener que decir inseminación artificial, porque en realidad no puede decirse que inseminación artificial sea lo mismo que eutelegenesia, está la partícula *eu*, que significa *bello* o *perfecto*, y no siempre la inseminación artificial supone una inseminación eugenésica en el sentido de buscar una perfección...". (Cfr. "Las modernas técnicas biológicas y el derecho de familia", en *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, núm. 48, 1964, pág. 383).

[8] Los franceses Devraique, Donay, Tiberghien, citados por García Aguilera, ob. cit., pág. 179.

[9] Los italianos Berutti, Traina-Rao, Tesauro y Abruzze, citados por García Aguilera, ob. cit., pág. 179.

[10] Durango, citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 179.

[11] José Castán Tobeñas, citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 181.

[12] Cfr. Bernardo Gaitán Mahecha, "Inseminación artificial en seres humanos ante el Derecho Colombiano", en *Universitas*, núm. 29, Bogotá, 1965, pág. 168 (habla de "inseminación artificial heteróloga en mujer soltera o no ligada a un matrimonio").

[13] Cfr. Alirio Sanguino Madariaga, "La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos", en *Estudios de Derecho* (órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), Medellín, núm. 100, septiembre de 1981, págs. 371 a 412.

Ahora bien, practicada la inseminación artificial con éxito, ya sea en sus modalidades permitidas (homóloga y heteróloga cuando las circunstancias orgánicas lo exijan), como en las prohibidas, el *producto* de tal práctica biológica-instrumental ha de encontrar una legislación jurídica que le permita el goce de las atribuciones a que tiene derecho como miembro de la sociedad y a la seguridad jurídica en sus relaciones con los demás miembros de la familia; sobre todo en lo que respecta a la filiación, paternidad, derechos hereditarios, etc.[14]; situación que obliga al derecho civil a regular la fecundación artificial en sus efectos y consecuencias. Por ello, creemos urgente la iniciación de dicha tarea, para evitar que seres humanos nacidos mediante el *procedimiento de la inseminación artificial*, se encuentren con una legislación arcaica, en la cual estos fenómenos biológicos no eran previsibles.

La doctrina se ha preocupado por la situación que puede surgir desde el momento en que se tipifique la inseminación artificial como hecho delictuoso con respecto al nuevo ser producto de dicha práctica. Supuesta la tipificación penal de esta, la condena al medio, al *procedimiento*, no evitará que se presente el problema del *hijo concebido mediante dicho procedimiento*. Ni el derecho ni la sociedad podrán negar que se está ante un nuevo ser, que es un fin en sí, una nueva vida creada a pesar del medio empleado para engendrarla. "Ese hijo —ha dicho ZANNONI—, más allá de la condena de sus mayores por la sociedad, requiere un adecuado emplazamiento en el estado de familia. La reglamentación de los efectos de la inseminación artificial debería solo establecer pautas de certidumbre en las relaciones jurídicas que protagoniza el hijo, sin por ello dejar de condenar, si es el caso, el medio"[15].

4. ¿DEBE TIPIFICARSE COMO HECHO PUNIBLE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL?

Entendida la *inseminación artificial* como el método de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, ¿estaríase vulnerando con ello algún valor o interés social o familiar digno de tutela jurídica?

Antes de entrar a responder este interrogante es importante anotar que la práctica de la inseminación artificial, en un momento dado, salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal, entre marido y mujer; en muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril; así, por ejemplo, trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, aplasia ovárica, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, entre muchas otras. No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido (homóloga).

En lo que respecta a la heteróloga, puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido, v. gr., por azoospermia, necrospermia, etc., la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero; en este caso,

[14] Ibídem.

[15] EDUARDO A. ZANNONI, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978, págs. 79 y 80.

la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que además aporta un componente genético, ausente en la pareja, para fecundar. Es por ello por lo que DAMASCENO WEYNE ha dicho que la inseminación artificial heteróloga "tiene aplicación, precisamente, en la hipótesis de esterilidad del marido, cuando se requiera para la fecundación semen normal... la inseminación artificial es una terapéutica contra la esterilidad"[16].

Creemos que cuando se ha recurrido a la inseminación artificial, en los supuestos antes reseñados, es decir, cuando se han aceptado los métodos y técnicas que la ciencia moderna pone al alcance del hombre para la consecución del fin, no importa una afrenta a la naturaleza. Del mismo modo que extirpa un tumor canceroso que la naturaleza produce espontáneamente en el cuerpo, o acepta una transfusión de sangre o un trasplante de corazón, el hombre *asume su naturaleza* y la completa; igual cosa ocurre cuando la inseminación artificial se utiliza para superar *carencias naturales*[17].

A contrario sensu, sostenemos que si se recurre a la técnica artificial para procrear, cuando terapéuticamente no es exigible, se contraría la naturaleza ética que solo en la concepción matrimonial ve el modo apetecible de generar la vida. No aludimos a la naturaleza biológica, por cuanto la fecundación se cumple conforme a las leyes de la naturaleza; lo que repugna es el medio: la implementación de la naturaleza biológica para afrentar la naturaleza ética de la procreación humana, cuando su logro es posible en el matrimonio.

Por este motivo, solo debe permitirse en el matrimonio la utilización del semen de un tercero "donante", ÚNICAMENTE cuando este aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar; en todos los demás casos debe ser censurada esta práctica inseminatoria, AUN CON EL CONSENTIMIENTO DEL MARIDO. "La fecundación por donador, aun con el consentimiento del marido —dice MARTÍNEZ VAL— atenta a la unidad del matrimonio y a las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos ínsita en el matrimonio. Porque esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino las consecuencias naturales que de la misma pueden derivarse...

[16] VASCO DAMASCENO WEYNE, "Inseminaçao Artificial Previsao no Código Penal de 1969", *Justitia* (Orgao do Ministerio Público de Sao Paulo), pág. 108.

[17] En el año de 1961, se celebró en la Argentina el III Congreso Nacional de Derecho Civil y al considerarse el tema relativo a las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología (tema 20), la comisión que debatió sobre este tema produjo dos conceptos: uno suscrito por LUIS MOISSET DE ESPANES y PEDRO LEÓN FEIT, manifestando que "no obstante los adelantos alcanzados en el campo de la inseminación artificial, no se introduzca ninguna reforma en nuestra legislación que le dé cabida". El otro fue suscrito por ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO, JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL y RUBÉN A. SIMONET, y decía: "La inseminación artificial constituye un procedimiento que se practica para superar las deficiencias funcionales —inseminación homóloga— o para suplir la esterilidad masculina —inseminación heteróloga—; las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen". Propiciaban la creación de un "régimen que fije las consecuencias legales de la práctica de la inseminación artificial". (ZANNONI, ob. cit., págs. 81 y 82).

A nadie le es lícito traspasar los límites de un orden imperado por la naturaleza misma de las cosas y de las instituciones sociales"[18].

No existe unanimidad de criterios en la doctrina en cuanto a la aceptación o rechazo de la práctica inseminatoria artificial. Podríanse resumir tales criterios en tres grupos:

a) Quienes censuran dicha práctica sin hacer distinciones;

b) Quienes solo aceptan la práctica de la inseminación artificial *homóloga*; y

c) Quienes aceptan la *homóloga* y la *heteróloga*, siempre y cuando exista previo consentimiento del marido.

5. Grupo que pregona la ilicitud de la inseminación artificial homóloga y heteróloga

Quienes se afilian a esta posición rechazan incondicionalmente la práctica de la inseminación artificial por cuanto la consideran como una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido; y como el derecho actual no ofrece términos hábiles y suficientes para ello, el legislador debe adoptar posiciones frente al mal que se va difundiendo y atajarlo con disposiciones especiales, creando en el Código Penal el delito de inseminación artificial, con sanciones adecuadas a la gravedad de los hechos[19]; afirman también que no puede el Estado ser indiferente a la implantación de esta técnica, la que tiende a disolver la familia legítima y tornar legalmente incierta la paternidad, considerando igualmente grave que se practique en mujer soltera o casada, con o sin consentimiento del marido; en el primer caso, el hijo jamás podrá tener padre conocido; en el segundo, el marido manchará en cierta forma su propio hogar, como aquel que consiente en la práctica del adulterio por parte de su mujer. "No es posible que el Estado consienta la instalación de una industria, en la cual los fornicadores de semen reciban dinero para que médicos especializados, mediante retribución, practiquen inseminaciones artificiales, para la «fabricación» de hijos de padres ignorados"[20].

Otros estudiosos del tema consideran que esta práctica trae consigo "una peligrosidad potencial para la salud de las razas por la posibilidad de numerosos cruces

[18] Martínez Val, ob. cit., págs. 52-53. Hace más de 30 años, el dr. Robert Forbes, planteó una posibilidad que con el correr del tiempo, va logrando su materialización. Afirmaba que basta con 0.01 c.c. de semen para la fecundación, la cantidad de esperma normal en cada aportación de un donador es de 5 a 6 cc, y sobre el supuesto, perfectamente válido, de dos aportaciones por semana, resultan 10 cc. y, por tanto, unos 500 intentos de fecundación semanales por cada donador. Al año, cada donador podía, pues, ser base de unas 26.500 fecundaciones y descontando un 30% de frustraciones (7.800) se concluye que un solo donador puede ser padre, por vía de fecundación artificial, de unos 18.000 hijos anualmente (Martínez Val, ob. cit., pág. 33, nota 13). También el profesor Romero Soto ha dicho que "no hay duda de que la inseminación artificial heteróloga en el caso de que el semen del esposo sea perfectamente apto para la fecundación, debe ser condenable..." (ob. cit., pág. 25).

[19] Batlle, ob. cit., pág. 670. Igualmente José Castán Tobeñas, *Los problemas civiles de la llamada 'inseminatio artificialis'*, Zaragoza, 1952, pág. 110.

[20] Francisco Pereira de Buhloes Carvalho, citado por Weyne, ob. cit., pág. 110.

entre consanguíneos"[21]; que atenta contra la dignidad humana[22]; que con su práctica indiscriminada en mujeres casadas, estas se exponen seriamente al peligro de introducir un extraño en la familia e imponerlo mentirosamente al marido desarmado, como se ve por la máxima *pater is est qui nuptiae demonstrant*[23].

6. Grupo que acepta la licitud de la inseminación artificial homóloga y condena la heteróloga

Afirman los integrantes de este grupo que la inseminación artificial heteróloga atenta contra al dignidad humana, mientras que la homóloga persigue el fin de procrear descendencia a los cónyuges que no la pueden lograr mediante la cópula normal, lo que obliga a considerarla de modo completamente diferente[24].

Para Ellis Hermydio Figueira es "lícita la inseminación artificial homóloga, desde que comprobadas deficiencias orgánicas o fisiológicas entre los cónyuges, impidan lograr la finalidad del matrimonio: la procreación legítima"[25].

7. Grupo que acepta la inseminación artificial homóloga y condena la heteróloga practicada sin consentimiento del marido

Sus seguidores afirman que la ley penal no debe prohibir la inseminación artificial, salvo los casos en que la citada intervención sea practicada sin el consentimiento del marido. Cuando la inseminación artificial haya de ser practicada utilizando el semen de una tercera persona, los adecuados procedimientos administrativos deberían reglamentar la manera de obtener el consentimiento del esposo para la práctica de la operación. La ley civil deberá establecer disposiciones especiales para proteger a los niños concebidos mediante este método; habiendo otorgado el marido

[21] Martínez Val, ob. cit., pág. 33. Mientras hay quienes manifiestan que el peligro de incesto en la inseminación artificial heteróloga, es de tal modo remoto que no debe causar la más mínima preocupación (prof. Reynold H. Boyd, en simposio médico sobre la "Inseminaçao artificial", celebrado en Londres el 10 de febrero de 1970, en el "Charing Cross Hospital Medical School", citado por Weyne, ob. cit., pág. 111), otros por el contrario, consideran inminente la posibilidad del incesto, tal es el caso del dr. Girond, quien en el mismo simposio, para demostrar su aserto, indica que en un barrio de Johanesburgo, en el África del Sur, viven 90 jóvenes nacidos de semen de un mismo donante (cita de Weyne, ob. cit., pág. 126).

[22] Richard Sturn, citado por García Aguilera, ob. cit., pág. 202.

[23] Paul Savatier, "La inseminación artificial ante el derecho positivo francés", en *Fecundación artificial en los seres humanos*, Madrid, Colección Problemas de Hoy, 1950. Cfr., además, Gian Domenico Pisapia, cita de García Aguilera, ob. cit., pág. 199, Georges Levasseur, cita de García Aguilera, ob. cit., pág. 203.

[24] Entre otros: Martínez Val, ob. cit., págs. 52 y 53; Luis Manzanares, "La inseminación artificial en la especie humana", en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, núm. 149, págs. 2547-2553; Marco Aurelio S. Viana "Da inseminanacao artificial", en *Revista de facultade de Direito* (Universidade Federal de Minas Gerais), Bello Horizonte, maio de 1979, núm. 21, pág. 254.

[25] Ellis Hermydio Figueira, "Inegociabilidade da matéria organica. Transplante de órgaos ou partes do corpo, o sangue o leite e o semen", en *Justitia*, Sao Paulo, núm. 64, 1969, pág. 151.

su consentimiento para la inseminación de la mujer, la ley civil deberá también reglamentar las responsabilidades de aquel con referencia al hijo nacido mediante la reseñada práctica[26].

VASCO DAMASCENO WEYNE ha sugerido que se tipifique la inseminación artificial como ilícito propio de los "crimines" contra el matrimonio, con la siguiente redacción: "Permitir a una mujer casada su propia inseminación, sin consentimiento del marido y con semen de otro hombre"[27].

8. INTENTOS DE CODIFICACIÓN LEGAL

Los estudiosos de este tema, desde hace algunos años han venido planteando la necesidad de abordar legislativamente la práctica de la inseminación artificial, y han llegado a sugerir posibilidades de ubicación en los distintos estatutos punitivos, las cuales han sido aceptadas en algunos proyectos de codificación en países como Alemania e Italia. Finalmente el Código Penal de Brasil del año de 1969, consagró en su art. 268 este fenómeno biológico-instrumental como delito contra el estado de filiación.

Reseñaremos en seguida tales posibilidades de codificación:

8.1. *Sugerencias doctrinarias de codificación.* El profesor SERRANO RODRÍGUEZ, refiriéndose al Código Penal español, considera que la práctica de la inseminación artificial es sancionable sin necesidad de acudir a la analogía, ubicándola como un delito contra la honestidad, entendida esta como "modestia, recato, compostura, decencia y moderación en la persona"[28]; LUIS MANZANARES propone la inclusión de esta práctica en el Código Penal con la denominación "Delitos contra el sentido religioso y moral de los españoles"[29]; MANUEL RICO LARA afirma que el tema estudiado, de tener en un futuro próximo acogida en el texto legal, pudiera ubicársele como un "delito clínico", porque en ellos es la intervención médico-clínica la que sobresale, al ofrecer su patrimonio científico para un fin que contraviene las normas de la naturaleza, a la cual no debe sustituir hábilmente, sino ayudar en su progresiva evolución[30]. También MARTÍNEZ VAL cree que a pesar de conservarse la acción de "yacer" como presupuesto de la tipificación de los delitos de violación, estupro y adulterio, era lógico este requisito antes de que surgiera la posibilidad de la inseminación artificial; mas, ahora, coincidiendo con el hecho de la inseminación, los requisitos exigidos por el Código Penal para tipificar cada uno de estos delitos podría subsumirse la inseminación en sus respectivas figuras, aunque tuviera una penalidad atenuada; pero admite este autor que su planteamiento pugna con la constante práctica judicial penal enemiga de la analogía; sin embargo, insiste en sus proposiciones para evitar que ante la ausencia de reglamentación queden sin sanción los eventos de inseminación artificial practicada con violencia, engaño o infidelidad conyugal[31].

8.2. *Proyectos de ley incriminadores de la inseminación artificial.* El proyecto alemán del Código Penal de 1962 asimila la práctica de la inseminación artificial heteróloga al adulterio; es así como en su art. 203, del grupo "Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas" preceptúa.

> "1°. El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial será castigado con prisión hasta por tres años;
>
> "2°. La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial, será castigada con prisión hasta de dos años o con arresto penal;
>
> "3°. Los párrafos 1° y 2° no serán aplicables cuando el médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a su mujer;
>
> "4°. Si el hecho del párrafo 1° fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será superior a seis meses"[32]

En la exposición de motivos del citado proyecto oficial, se alude a la inseminación artificial heteróloga, anotando que ella consiste en la fecundación (sic) de la esposa con semen distinto al del marido, asemejándola al adulterio; "cuando llega el momento del nacimiento del niño, se hace presente la influencia del extraño que ha donado el semen. Con perjuicio se le coloca en lugar del esposo en las relaciones con la mujer y en el del padre en lo que hace al niño. También influye perjudicialmente en las de la mujer con su marido. Sin que pueda menospreciarse la posible vinculación sentimental de la esposa con el donante, lo que puede conducir, en un buen número de casos, al rompimiento del matrimonio o, por lo menos, al de la armonía entre los esposos frustrando así los fines que, seguramente, se trató de conseguir con la inseminación artificial..."[33].

Al parlamento italiano presentó Giuseppe Gonella el 25 de noviembre de 1958 un proyecto de artículo, redactado en los siguientes términos:

> "La mujer que permita sobre sí, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminatorias, será castigada con reclusión hasta de un año. Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así también el tercero dador del semen, y cualquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial"

[26] ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 22. En igual forma PISAPIA, citado por GARCÍA AGUILERA, pág. 199; ARTURO SANTORO, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., págs. 201 y 202; MANUEL RICO LARA, "La inseminación artificial (sus problemas morales y jurídicos)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, núms. 31-32, 1968, pág. 152; GÜNTHER BLAU, citado por GARCÍA AGUILERA, ob. cit., pág. 202; ZANNONI, (ob. cit., pág. 123), quien se limita a proponer "la tipificación de la inseminación y fecundación heteróloga practicada sin consentimiento del marido y excluye la realizada con ese consentimiento"; HUGO GATTI, "La familia y la técnica actual", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, núm. 1, 1961, pág. 33, EUGENIO CUELLO CALÓN, citado por RICO LARA, ob. cit., pág. 149; GIULIANO VASELLI, "La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica", en *Revista de la Facultad de Derecho* (órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela), Caracas, núm. 30.

[27] WEYNE, ob. cit., pág. 124. En igual forma ALCIDES MUNHOZ NETTO, "Inseminaçao artificial no Código Penal de 1969", en *Justitia*, Sao Paulo, núm. 89, 1975, págs. 189 y 190.

[28] Citado por RICO LARA, ob. cit., pág. 151, nota 1.

[29] MANZANARES, ob. cit., pág. 2547.

[30] RICO LARA, ob. cit., pág. 153.

[31] MARTÍNEZ VAL, ob. cit., págs. 111 y 112.

[32] SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 395.

[33] ROMERO SOTO, ob. cit., pág. 22.

Al año siguiente Russo Spena y Frunzio presentaron, también al parlamento italiano, una prolija reglamentación sobre la materia que, en esencia, contenía sanciones para todas las personas que participaran en la práctica de la inseminación artificial de una mujer, con o sin el consentimiento de esta o del marido, así como para este; igual cosa para la mujer soltera, terminando por conceder al marido la facultad de desconocer "al hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial heteróloga". Al ser discutido este proyecto en la Comisión respectiva del parlamento italiano, se le dio trámite favorable, pero rechazando el art. 4° que prohibía la inseminación artificial homóloga.

En la exposición de motivos del anterior proyecto se decía que "la fecundación artificial constituye una clara violación de la leyes naturales y positivas que regulan el origen de la vida humana, y un atentado a la institución del matrimonio, puesto que abre una brecha en la estabilidad de la familia"; agregaba luego que "la fecundación artificial sobrepasa los límites del derecho que los esposos se han otorgado cuando contraen matrimonio, y por eso es antijurídica"[34].

8.3. *La inseminación artificial en el Código Penal de Brasil de 1969.* El Código Penal brasileño (decreto-ley núm. 1004 del 21 de octubre de 1969), tipificó el fenómeno biológico-instrumental objeto de estudio, como hecho punible "*contra el estado de filiación*", en su art. 268, en los siguientes términos:

"Permitir a una mujer casada su propia fecundación por medio artificial, con semen de otro hombre, sin que lo consienta el marido. La pena es de detención, hasta por dos (2) años. Solamente se procede mediante querella"[35].

Tal como se halla redactado el art. 268 del Código Penal del Brasil, no escapa a objeciones de tipo jurídico:

a) *El "nomen juris"*. Creemos que no fue afortunado el legislador brasileño, al escoger los términos "fecundaçao artificial", como verbo rector del ilícito que se pretende regular. En otro aparte decíamos que el derecho penal debe incriminar, no el producto de ella (la fecundación), sino la acción de inseminar, con independencia de que se logre el resultado apetecido (fecundación)[36].

Con el empleo del término *fecundación*, surge un interrogante de singular interés práctico relacionado con la tentativa y consumación del ilícito: ¿Cuál es el momento consumativo de este delito? ¿El de la inoculación del semen en los órganos genitales femeninos, o la impregnación del óvulo por los espermatozoides? "Esta última hipótesis —sostiene DAMASCENO WEYNE— sería extraordinariamente difícil, por razones obvias, precisar el momento exacto de consumación. Además, surgirían litigios mayores al pretender establecer el cálculo del lapso prescripcional y la fijación de la competencia ratione loci...".

Definido el momento consumativo del ilícito en la concreta fecundación del óvulo, habría que admitir, como meramente preparatorios, los actos relativos al consentimiento formal del agente, la recolección, examen, selección y conservación del semen, en cuanto serían típicos actos de ejecución las maniobras de inoculación del esperma. "Es este caso, frustrada la fusión de los gametos, por circunstancias ajenas a la voluntad del (o los) agente (s), y así concluída la inoculación, habría simple tentativa[37].

La inseminación artificial como hecho punible es de peligro pues el acto de derramar en la cavidad o en el colo uterino, en período fértil, semen masculino normal, constituye en sí una conducta peligrosa que la norma penal pretende prohibir[38].

DAMASCENO WEYNE concluye manifestando que el legislador pretendió significar que el delito se consuma con la mera dispersión de esperma en los genitales femeninos.

b) *Ubicación*. El Código Penal brasileño consagró como delito la práctica de la inseminación artificial en el capítulo III ("De los crímenes contra el estado de filiación"), del título VII ("De los crímenes contra la familia"). Al respecto anota DAMASCENO WEYNE que su ubicación es correcta, por ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, donde el hombre moldea sus primeros pasos, en el calor de un ambiente de confianza e intimidad forjado por el "matrimonio". Cualquier acontecimiento que atente contra esa armonía, que amenace o viole ese orden intangible, "es contra la familia, en primer lugar que se dirige".

A pesar de que el legislador consideró de mayor gravedad la infracción a la filiación que al matrimonio, este autor considera que la conducta descrita en el art. 268, antes que atentar contra el estado de filiación, pone en peligro la sociedad conyugal. Sustenta su posición agregando que la inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido compromete de tal manera el orden jurídico del matrimonio, que inclusive juristas como CHIAROTT y BATAGLINI, llegaron al consenso de que tal conducta es típica de adulterio. Por ello, su lugar debe estar al lado del adulterio, entre los crímenes contra el matrimonio; la protección al estado de filiación ocurriría, sin duda, por vía de consecuencia[39].

c) *Sujeto pasivo*. ¿Quién, fuera del Estado, es el sujeto pasivo en este ilícito? Se pregunta DAMASCENO WEYNE. Sin duda el marido como tal, o sea, como el otro elemento de la sociedad conyugal. El derecho del marido es el violado, es él la persona perjudicada con la infracción; su disenso torna el hecho en antijurídico, si consiente no habrá ilicitud en la conducta de la inseminada, pues su consentimiento implica la renuncia de un derecho que se ha adquirido con el matrimonio[40].

[34] Ibidem, pág. 23.

[35] "Dos crimes contra o estado de filiaçao", está ubicado en el capítulo III del título VII, "Dos crimes contra a familia", cita de WEYNE, ob. cit., pág. 11. En forma equivocada el profesor ROMERO SOTO, en trabajo citado, refiriéndose al art. 268 del C. P. del Brasil, manifiesta que este se encuentra ubicado "entre los (delitos) que lesionan la autonomía personal", cuando la verdad es otra. Seguidamente transcribe el art. 408 del proyecto del 78, convencido de que se trata de la disposición brasileña y agrega: "como se ve, tanto en su ubicación como en su redacción la norma que se acaba de transcribir corresponde punto por punto, al artículo 280 del nuevo Código Penal colombiano" (pág. 23). Como puede observarse el art. 280 del estatuto punitivo colombiano, es completamente diferente del art. 268 del brasileño.

[36] SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 397.

[37] WEYNE, ob. cit., pág. 114.

[38] Ibídem.

[39] Ibídem, pág. 118.

[40] Ibídem, págs. 118 y 119.

Nosotros hemos considerado conveniente negar al marido el derecho de consentir la inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando no existan razones de tipo terapéutico que la justifiquen. ¿Podrá afirmarse que el derecho de consentir la inseminación artificial heteróloga, por parte del marido, es un derecho que emana del matrimonio? Creemos que no, pues el consentimiento o voluntad del marido sería irrelevante, por cuanto operaría el principio de la indisponibilidad de los derechos de familia, tan combatido por algunos[41].

d) *Sujeto activo*. El delito de inseminación artificial exige la presencia de varios elementos, cuyo sujeto activo es una persona que debe reunir determinadas cualidades o condiciones jurídicas o de hecho. En primer término, se requiere de un agente principal que permite, esto es, que se somete a la inseminación, un donante que suministra el semen, un inseminador que ejecuta la operación; "actuaciones que rigurosamente deben ser delimitadas". Además no hay que olvidar, y en esto estamos de acuerdo con DAMASCENO WEYNE, que el sujeto activo del delito en estudio, es la esposa; pues el hombre jamás podrá ser sujeto activo de la citada conducta punible[42].

9. SUGERENCIA PERSONAL: PROYECTO DE ARTICULADO

La posición que hemos venido sosteniendo en este trabajo en torno a la licitud o ilicitud de la práctica de la inseminación artificial creemos haberla podido resumir, en lo fundamental, en los siguientes artículos, que proponemos en gracia de discusión y en los cuales incorporamos los aspectos más importantes que han motivado la controversia planteada en el mismo.

Colocamos el delito de inseminación artificial heteróloga entre los ilícitos contra la familia, al lado del incesto, la bigamia y los matrimonios ilegales, de la supresión, alteración o suposición del estado civil y de los delitos contra la asistencia alimentaria[42 bis].

Proponemos pues, la siguiente redacción:

CAPÍTULO...

De la inseminación artificial

Artículo... *Inseminación artificial heteróloga*. La mujer que ejecute sobre sí, o permita que otro le ejecutare, con semen total o parcialmente distinto al del marido, prácticas inseminadoras, incurrirá en prisión de ——— a ——— años.

[41] MUNHOZ NETTO, de la Universidad de Paraná, sugiere la supresión del art. 268 del C. P. brasileño, por cuanto en los países latinos el fenómeno de la inseminación artificial es rarísimo y quizás inexistente. No concibe, por otra parte, que la práctica de la inseminación artificial deba subordinarse "al disenso del marido", ya que si lo que se quiere preservar es el estado civil y los intereses patrimoniales de la "prole legítima", el consentimiento del marido tiene que ser irrelevante (ob. cit., pág. 189).

[42] WEYNE, ob. cit., pág. 220.

[42 bis] "De ahí que deba meditarse —ha dicho ROMERO SOTO— si no sería más conveniente cambiar su ubicación y situarlo... entre los ilícitos contra la familia, lo que daría lugar a una protección no solo más amplia sino también más adecuada, ya que no hay duda de que la conducta examinada (inseminación artificial) viola, ante todo, los intereses de la familia en lo referente al hecho de que, dentro de ella, no debe haber hijos que no sean del esposo o, al menos, engendrados con el consentimiento de este" (ob. cit., pág. 25).

A la misma sanción estarán sujetos el tercero que con conocimiento de causa done, venda o facilite el esperma, y cualquiera que sobre mujer casada cumpla actos idóneos de inseminación artificial.

Artículo... *Exclusión de pena*. No habrá lugar a la sanción prevista en el artículo anterior, cuando la inseminación fuere practicada previo consentimiento de los cónyuges y mediando comprobadas razones de orden médico que la justifiquen, por esterilidad en el marido o por otros motivos de orden fisiológico o patológico que impidan la utilización del semen del cónyuge.

Pretendemos con la tipificación de la inseminación artificial, en las modalidades que consideramos censurables, responder al interrogante que nos plantean las conquistas de la moderna genética y de la embriología permitiendo, de diversas formas, ayudar, facilitar y hasta posibilitar el acto biológico de la fecundación. Esta ayuda, facilitación o posibilitación no es, por sí misma, ni buena ni mala si no se las vincula con el entorno ético en que se aplica. "Creemos que son buenos —dice ZANNONI— en la medida que no violenten la participación personal e indelegable de los genitores en la creación de la vida del hijo"[43].

Creemos que la tipificación de la inseminación artificial heteróloga va encaminada a la protección de las bases sobre las cuales se edifica la institución familiar. Su práctica indiscriminada atenta contra la autenticidad de la misma, contra la consanguinidad real, la cual es base y médula del parentesco; el padre auténtico ignorará a su verdadero hijo. La paternidad y la filiación, hechos tan extrañables, quedarán deshumanizados.

Refiriéndose a la situación moral del hijo, producto de la inseminación artificial, anota MARTÍNEZ VAL que una serie de complejos sicológicos, desde el de inferioridad hasta el de desarraigo de la institución familiar en su más noble y entrañable raíz: la paternidad, "se habrá convertido para él en un mero proceso de bioquímica". El descubrimiento de un padre anónimo y de la falsedad de los lazos familiares que haya conocido hasta entonces, le llevará, sin duda, a la desconfianza de los sentimientos humanos y a no respetar en el fondo nada de lo social, puesto que habrá perdido la fe en lo más respetable y digno de veneración: el padre, la madre, la familia[44].

VASALLI por su parte sostiene que no hay duda de que, aparte de los peligros de carácter biológico que puede acarrear para las futuras generaciones la práctica de la inseminación artificial, la personalidad del nuevo ser, justamente en el aspecto de indignidad, podría resultar en cualquier caso comprometida[45].

[43] Ob. cit., págs. 114 y 115. Al respecto ha anotado ROMERO SOTO que "no hay duda de que la inseminación heteróloga, en el caso de que el semen del esposo sea perfectamente apto para la fecundación, debe ser condenable. Pero no parece que deba sancionarse penalmente a los agentes y partícipes del hecho contemplado cuando no es posible la inseminación con esperma procedente del marido y tanto este como su esposa quieran un niño". (Ob. cit., pág. 25).

[44] MARTÍNEZ VAL, ob. cit., pág. 54.

[45] VASALLI, ob. cit, pág. 26.

No estamos contra la práctica de la inseminación artificial; la censuramos en cuanto con ella se ofenda la dignidad del hombre, convirtiéndolo en un simple "portador de gérmenes", a la mujer reduciéndola a la categoría de "máquina de gestación", y al hogar haciendo de él simplemente "laboratorio biológico".

El delito de inseminación artificial heteróloga plantea un original problema de autoría: la mujer, salvo que la inseminación se practique sin o contra su voluntad, debe ser considerada *autora* o *sujeto activo*, en cuanto es partícipe directa de la ejecución del hecho. Y el deber de ser fecundada por el esposo, es específico de la esposa; por lo tanto, ella puede cumplirlo o violentarlo, de allí que el hombre no pueda ser sujeto activo de este ilícito ni tampoco la mujer soltera o viuda.

El delito de inseminación artificial heteróloga requiere, normalmente, la presencia de tres personas: el dador, el inseminador y la inseminada.

El dador será extraño al matrimonio, anónimo o conocido, casado o soltero. Su responsabilidad está condicionada al conocimiento del destino ilícito que le van a dar a su semen. No en el caso, debidamente probado, de que su donación hubiese sido para otros fines (por ejemplo, experiencias de laboratorio, análisis, etc.), y ello porque resulta evidente que sin su acto y su líquido seminal no hubiera podido ejecutarse la inseminación.

El inseminador es el agente técnico, médico en la mayoría de los casos. Aunque podría tener otra calificación: genetista, biologista o cualquier persona que posea la técnica necesaria para inseminar[46].

En varios apartes de este trabajo hemos fijado nuestra posición en torno al consentimiento otorgado por el marido para la práctica de la inseminación artificial heteróloga. Al respecto manifiesta DAMASCENO WEYNE, que "solo el marido puede admitir que su esposa sea inseminada con espermatozoides de otro hombre"[47], tesis que compartimos, solo en cuanto razones de orden terapéutico la exijan, tal como lo sostuvimos.

SEGUNDA PARTE

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL "NO CONSENTIDA" EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

10. INTRODUCCIÓN

Decíamos al comenzar este trabajo, que el Código Penal colombiano de 1980 tipificó la inseminación artificial "no consentida" como delito atentatorio contra la autonomía personal (cap. III).

Ello indica que el legislador colombiano consideró que la inseminación artificial, fuere homóloga o heteróloga, no suscitaba ningún tipo de preocupación y por lo

[46] En Inglaterra como en los Estados Unidos de Norte América, esa técnica es una especialización de la medicina, como cualquiera otra, con sus congresos, equipos, laboratorios y sus "bancos de semen".

[47] *Vide supra*, núm. 4.

tanto carecía de relevancia jurídica como fenómeno biológico; solamente la tuvo en cuenta para reprimir la *violencia real o presunta* con que se practique; de ahí su lugar de ubicación: "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" (título X).

Preceptúa el art. 280 del Código Penal:

> "*Inseminación artificial no consentida*. El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.
>
> "La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de soltera menor de dieciséis (16) años"[48].

La inseminación artificial no consentida, como hecho punible, aparece en el proyecto de 1978 (art. 408). Posteriormente, la Comisión del 79, en sesión de octubre 4 (Acta núm. 29), consideró el art. 408 del anterior proyecto, "como una necesaria e importante innovación".

En las escasas motivaciones sobre el citado artículo, se dijo por parte del comisionado dr. GIRALDO MARÍN que la Comisión había estimado que solo debía preverse como delito "la inseminación no consentida por la mujer, es decir, la que se hace por medio de violencia o engaños, cuando la víctima no está en condiciones de oponerse. También se consagró una agravación de la pena, si se trata de mujer casada, víctima de la inseminación heteróloga, o de mujer menor de dieciséis (16) años, aun con su consentimiento"[49]; sin tener en cuenta otros intereses que pueden resultar lesionados, como el de la familia.

11. LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO. CRÍTICAS

Obrar con autonomía personal significa gozar de absoluta independencia para dirigir las propias acciones; si se constriñe a hacer, omitir o tolerar algo, se vulnera aquella independencia, y como quiera que esta hace parte de la libertad individual, principio consagrado en la Constitución Política, la tutela penal se ejerce precisamente para salvaguardar, por medio de la fuerza coercitiva de la sanción, todo acto que restrinja esa garantía personal.

No nos oponemos a la tipificación que se ha hecho de la inseminación artificial "no consentida" como ilícito atentatorio contra la autonomía personal, bien jurídico que no consideramos superior a la familia, el cual fue dejado de lado por el legislador colombiano; de ahí que ROMERO SOTO haya dicho que es "más adecuado ubicar este ilícito entre los delitos contra la familia, ya que este bien es más importante que la autonomía individual"[50].

Que se quiera proteger la libertad individual de la mujer, para que ella "voluntariamente" opte por la práctica inseminatoria, si así lo desea, está bien. Hasta este punto es plausible la intención del legislador, pero lo que no compagina con su "querer", son los agravantes que consagró en el inciso 2° del artículo en mención, tal como lo demostraremos más adelante.

[48] *Diario Oficial*, Bogotá, febrero 20 de 1980, núm. 35.461.

[49] Actas del nuevo Código Penal colombiano, citado, pág. 537.

[50] Ibídem. pág. 554.

12. Ausencia de consentimiento como elemento tipificador

La inseminación artificial "no consentida", tal como fue consagrada en el Código Penal colombiano, requiere el disentimiento o ausencia de consentimiento, como elemento tipificador, por parte del sujeto pasivo. El consentimiento en materia penal, ha sido definido como "una manifestación unilateral de voluntad expresa o tácita, que acepta una conducta ajena relacionada con determinado interés de la persona"[51].

¿Cuándo se podrá afirmar que una mujer no ha consentido o no ha hecho expresa o tácita manifestación de voluntad que excluya la antijuricidad de la conducta del inseminador? O, en otras palabras, ¿qué formas o modalidades puede adquirir el disentimiento de la mujer, para que pueda hablarse de inseminación artificial "no consentida"? Creemos que puede hablarse de inseminación artificial "no consentida", cuando el sujeto pasivo no ha consentido la práctica inseminatoria, o cuando, pese a haber dado su consentimiento, este estuvo viciado[52]. El consentimiento pudo haber sido arrancado mediante constreñimiento físico (violencia física)[53] o moral (violencia moral)[54]. También se tipifica esta conducta mediante actos que son exactamente de violencia pero que, por razones especiales, el legislador los asimila a ella; trátase de una violencia que puede denominarse *impropia o presunta*, que a su vez puede ser *natural* cuando es una circunstancia de la naturaleza lo que sirve para calificarla, como la edad (menor de 16 años, en nuestro caso)[55]; y *accidental*, cuando se insemina a una mujer a la que se haya puesto, por cualquier medio, en estado de inconsciencia[56]; o padeciere de alienación mental o se aprovechare de la inconsciencia en que pudiera encontrarse[57].

[51] Lisandro Martínez Zúñiga, *Derecho penal sexual*, tomo I, Bogotá, Ed. Temis, 1972, pág. 154.

[52] Ibídem.

[53] "Violencia física, consentimiento y resistencia están íntimamente ligados entre sí... a la violencia debe oponerse una resistencia y esta debe ser expresión de falta de consentimiento... (pero) si la resistencia falta, no significa que no se configura el elemento violencia, como en el caso del golpe fulmíneo que desmaya. A veces la víctima puede estimar completamente ineficaz la resistencia en contra de la ventaja que ha comenzado a soportar" (Martínez Zúñiga, ob. cit., págs. 213 y 214).

[54] "Equipáranse los conceptos de violencia moral y amenaza, a la constricción moral o a la intimidación. Aquí existe un consentimiento, pero está viciado generalmente por el temor. No solo su voluntad ha sido coartada, su libertad limitada, sino que, lo que es más, se ha penetrado por regla general en el campo de la tranquilidad individual, tan respetable como su libertad" (ibídem, pág. 223).

[55] *Vide infra*, núm. 13. b).

[56] Una persona puede ser colocada en estado de inconsciencia, por medios *síquicos*, como el hipnotismo y los electrochoques; o *sicotrópicos* (sustancias que deprimen la actividad mental, de origen natural o artificial que causan un tropismo sicológico, esto es, que son susceptibles de cualquier modificación de la actividad mental sin determinar el tipo de tal modificación), como la cafeína, anfetaminas, mezcalina, LSD-25, *canabis sativa*, barbitúricos, morfina, codeína, éter, cloroformo, escopolamina, alcohol, etc.

[57] Creemos que el no-consentimiento, como elemento estructurante del ilícito objeto de estudio, no se agota con la simple "negativa expresa o tácita de la mujer a ser inseminada artificialmente", como lo sostiene el profesor Romero Soto, (ob. cit., pág. 29).

Al respecto ha anotado Ortíz Rodríguez que la libertad de la mujer para decidir sobre si quiere o no ser fecundada artificialmente es el derecho protegido en este caso. La incolumidad de este derecho es el interés jurídico tutelado y el que se lesiona o pone en peligro con la ejecución de la conducta objetiva o externa. "Precisamente, en esa lesión o exposición al peligro consiste la antijuridicidad material de esa conducta"[58].

Por otra parte, Luis Carlos Pérez afirma que la conducta es antijurídica cuando no se ha obtenido el consentimiento expreso o tácito. "La ley no contiene limitaciones ni excepciones. Expreso, cuando la mujer así lo manifiesta por cualquier medio: hablado, escrito o con ademanes. Tácito, cuando se allana a la práctica sin estos medios de asentir. La contrariedad ha de ser evidente. Nadie puede consentir por ella, como en otra suerte de actividades, verbigracia las quirúrgicas, pues en estos casos se trata de salvar la salud personal afectada síquica o biológicamente. En cambio, en la inseminación se pretende un bien a veces por vanidad o egoísmo, y no siempre se obtiene conforme al deseo". Termina este autor agregando que "no importan los motivos que aduzca el agente. Puede ser la necesidad de complementarse familiarmente, el deseo de una compañía, la proyección y defensa del patrimonio intelectual, moral o económico. Basta que la práctica se efectúe contra la voluntad de la mujer"[59].

13. Sujeto pasivo

Tal como se halla redactado el art. 280 del Código Penal, el único sujeto pasivo es la mujer, sea casada o soltera, que no haya prestado su consentimiento para la práctica inseminatoria.

Si lo que el legislador se propuso fue "proteger" la autonomía personal de la mujer, le hubiera bastado, para lograr su objetivo, haber limitado el artículo al primer inciso: "El que insemine artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, incurrirá en...". Hasta aquí todo habría quedado circunscrito a los marcos fijados por el correspondiente título: la libertad individual.

Nadie podría negar que inseminar artificialmente a una mujer, sin su consentimiento, estaría lesionando aquello que el legislador quiso proteger: su facultad de determinación, independientemente de su estado civil, ya que tanto derecho tiene la mujer casada a que se le respete su autonomía personal, como la soltera o viuda.

En los delitos contra la libertad individual se han tenido en cuenta las condiciones personales, ya sean físicas o síquicas, del sujeto pasivo, como circunstancias de agravación punitiva, *verbi gratia*: cuando el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de determinada edad, etc.

El legislador colombiano inmiscuyó un elemento que nada tiene que ver con las condiciones personales de la ofendida, como circunstancia punitiva: la procedencia del semen utilizado en la inseminación.

El inciso segundo del art. 280 consagra dos circunstancias de agravación punitiva:

[58] Alfonso Ortíz Rodríguez, ob. cit, pág. 439.

[59] Luis Carlos Pérez, *Derecho penal*. Partes general y especial, t. IV, Bogotá, Ed. Temis, 1985, págs. 415 y 416.

a) "Si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga", o

b) Si se tratare de mujer "soltera menor de dieciséis años"[60].

a) *Primera agravante: Inseminación artificial heteróloga*. Interrogantes por resolver: ¿Cómo es que a un individuo que viola el derecho de autonomía de una mujer casada, al inseminarla artificialmente "sin su consentimiento", además de responder por una infracción contra la libertad individual, por ser este el bien ofendido, deba agravársele su conducta por haber utilizado líquido fertilizante no correspondiente al marido de esta? ¿Qué tiene que ver la procedencia del semen en la tipificación de un delito contra la libertad? ¿Acaso esta no se encuentra igualmente violada, independientemente de que el semen provenga del marido o de un extraño?

¿Qué tendría en mente el legislador al considerar más gravosa la conducta de quien insemina sin consentimiento a una mujer casada, utilizando semen que no es del marido? No hay que entrar en mayores elucubraciones jurídicas para entender que el legislador fue más allá de la simple protección de la autonomía personal: pensó en los trastornos que podrían ocasionársele a la familia, con los hijos "ilegítimos", los cuales, en virtud del principio *pater est quem nuptiae demonstrant*, se presumen hijos del marido.

No deja de ser inquietante la posición del legislador. A primera vista pareciera indicar que se está rechazando la inseminación artificial heteróloga, pero no es así. No es así, porque se está incriminando con mayor énfasis la inseminación artificial heteróloga "no consentida" por la mujer, pero al mismo tiempo se está aceptando esta práctica, previo consentimiento de aquella, así se utilice semen que no es del marido, e, inclusive, en contra o sin el consentimiento de este.

A pesar de todo, el legislador pensó en la familia, en el derecho que el esposo tiene a que su compañera le brinde hijos engendrados por él, es decir, en la *turbatio sanguinis*, pero ha debido desplazar esta inquietud al capítulo del Código en el que se protege la familia[61].

¿Podría afirmarse, entonces, que además de la autonomía personal de la mujer el inciso 2° del art. 280 del Código Penal estaría protegiendo otro u otros intereses jurídicos, como la familia? Para una respuesta afirmativa, surge otro interrogante: ¿Qué sucede si el inseminador es el propio esposo y la practica con semen de otro hombre (heteróloga)? ¿Existirá la agravante? ¿Se estará en este evento protegiendo la familia? Creemos que sí, ya que la institución familiar no está conformada exclusivamente por el esposo.

Nuestra principal crítica a esta agravante radica en la errónea ubicación que le dio el legislador; ha debido, interpretando su intención, tipificar el delito de inseminación artificial heteróloga, con las salvedades del caso, como atentatorio contra la institución familiar.

[60] Lo que indica que no existirá la agravante: 1) si la mujer inseminada "sin su consentimiento fuere casada y el semen utilizado en dicha práctica proviniere de su esposo (*homóloga*), y 2) si la mujer, siendo casada e inseminada "sin su consentimiento" con semen de su esposo, fuere menor de dieciséis años.

[61] SANGUINO MADARIAGA, "La inseminación y fecundación...", citado, pág. 407.

b) *Segunda agravante: Inseminación artificial en mujer soltera menor de dieciséis (16) años*. El legislador colombiano ha considerado intrascendente el consentimiento que puede otorgar la mujer soltera menor de dieciséis (16) años, en la tipificación del ilícito que estudiamos[62].

Él ha presumido que la mujer soltera menor de dieciséis años es incapaz de consentir, que carece de todo discernimiento y de toda voluntad para disponer libremente de su cuerpo y que por ello mismo está imposibilitada física y moralmente para defenderse. Esta clase de violencia es conocida en la doctrina con el nombre de *ope legis*, porque dimana de una mera imposición legal, cuyo fundamento surge de la falta de consentimiento presuntivo, debido precisamente a la edad de la víctima.

La ley presupone que el menor puede dar su consentimiento, hijo de su espontaneidad, pero no producto de su voluntad.

Un caso similar al estudiado, se presenta en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales[63].

Refiriéndose a este último tema, la H. Corte Suprema de Justicia dijo en alguna oportunidad: "...lo que ocurre es que el legislador, para dictar dicha disposición, seguramente tuvo en cuenta o se inspiró en la presunción humana de que el menor que no ha cumplido la edad que fija la ley en este caso, no ha alcanzado el grado de conocimiento o de madurez necesario para obrar libre y conscientemente en la práctica de los actos sexuales"[64].

Traemos a colación esta jurisprudencia, por cuanto es aplicable, en su espíritu, a la inseminación artificial practicada en soltera menor de dieciséis años.

Se nos ocurre un interrogante: ¿Qué debe entenderse por *mujer soltera*? ¿La que no ha contraído matrimonio? ¿La que ha enviudado? ¿La que sin haber contraído matrimonio, hace vida marital? ¿La que se ha divorciado?

Específicamente, ¿qué interés jurídico pretendió tutelar el legislador al otorgar un tratamiento diferencial a la mujer soltera menor de dieciséis años? Si se pensó en la presunta incapacidad de consentimiento, o en la falta de madurez sicofísica de la menor de dieciséis años, ¿cómo es que se desconoció a la mujer casada o viuda menor de dicha edad?

¿Tendría en mente el legislador tutelar en forma especial a la mujer no unida mediante vínculo matrimonial (viuda, concubina, divorciada) o a la mujer que aún no ha contraído matrimonio (soltera)?

No hay forma de saberlo. No hay forma porque estamos en presencia de un ilícito contra la autonomía personal, y cuando de esto se trata, no deben primar circunstancias ajenas a las condiciones físicas o personales del sujeto pasivo. El estado civil de una persona no debe ser óbice para crear agravantes, al menos en este tipo de delitos.

[62] El art. 408 del anteproyecto de 1978, en su inciso 2°, reza: "...la pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de mujer casada y la inseminación fuere heteróloga, o de mujer soltera menor de dieciséis (16) años, *aun con su consentimiento*" (subrayas nuestras).

[63] El art. 330 del C. P. preceptúa: "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de uno a seis años.

[64] *Gaceta Judicial*, t. XVII, pág. 302.

Ejemplifiquemos y se verá más nítida nuestra inquietud:

1) Si se insemina artificialmente a mujer *casada* menor de dieciséis años, *sin* su consentimiento, con semen de su esposo, *no existirá la agravante*[65].

2) Si se insemina artificialmente a mujer *soltera* menor de dieciséis años, *con* o *sin* su consentimiento, *existirá la agravante*.

Ahora bien, ¿existe o no existe agravante en los siguientes casos?:

1) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años, con semen de su *concubino*?

2) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años que ha enviudado?

3) ¿Si se insemina artificialmente a mujer menor de dieciséis años, que se ha divorciado? ¿Y si la práctica se realiza con semen de su exmarido o de un extraño?

No existen antecedentes que nos permitan llegar a una respuesta valedera. Pero, arbitrariamente, podría llegarse a pensar que el legislador tuvo en mente sancionar con mayor drasticidad a quien insemine artificialmente a mujer soltera, entendiendo por tal aquella que no ha contraído matrimonio.

Pero, ¿qué tiene que ver el matrimonio en un delito contra la autonomía personal? Siendo consecuentes con nuestra preocupación, creemos que la agravante *debe* hacerse extensiva a quien insemine a mujer menor de dieciséis años, sea cual fuere su condición civil.

El segundo inciso del art. 280, debe entenderse de la siguiente manera: "la pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se tratare de inseminación heteróloga[66], o de menor de dieciséis (16) años".

14. Sujeto activo

Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, pues siempre que el Código usa para indicarlo la locución *el que*, debe entenderse que no existe especificación alguna en cuanto a la designación de tal sujeto. En consecuencia, este puede ser un hombre o una mujer.

Creemos que ha debido agravarse la pena, cuando se cometiere con el concurso de otra u otras personas, y cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza[67].

15. La conducta punible

Otro de los elementos del tipo penal es la *conducta* en él descrita, la cual se halla cobijada por un verbo rector. La acción delictiva en el hecho punible

[65] No puede aceptarse, sin previas aclaraciones, la afirmación de Luis Carlos Pérez, cuando anota que "la menor de dieciséis años es capaz de consentir, pero si se produce el hecho sin su consentimiento, la incriminación se agrava" (ob. cit., pág. 415), por cuanto la agravante solo se configura cuando la menor es *soltera*.

[66] Consideramos antitécnica la expresión "mujer casada y la inseminación fuere heteróloga", por redundante, ya que desde el momento que se habla de inseminación heteróloga, se está aludiendo a la mujer casada. Jamás podrá hablarse de inseminación heteróloga en mujer soltera.

[67] En sentido similar, cfr. Romero Soto, ob. cit., pág. 29.

objeto de estudio, consiste en ejecutar actos directamente encaminados a lograr la *inseminación* en forma "artificial", sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Se describe como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias. El hecho se perfecciona con la introducción del espermatozoide en el órgano reproductor de la mujer, sin que sea necesario que se inicie el proceso de embarazo[68].

Atendiendo a su contenido, el ilícito investigado es de conducta instantánea, por cuanto la realización del comportamiento descrito (inseminar) se agota en un solo momento[69].

16. Inseminación artificial no consentida e infanticidio

Reza el art. 328 del Código Penal:

"*Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida*. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años"

En el anteproyecto de 1974, se dedicaron 2 artículos al infanticidio: el 347, que consagraba el "infanticidio por causa de honor"[70], y el 348, el "infanticidio como resultado de violación carnal"[71].

[68] Martínez Val, afirma que "el delito de inseminación debe considerarse consumado por la mera introducción artificiosa del semen en los órganos genitales de la mujer, independientemente de los efectos generativos que pueda o no pueda tener" (ob. cit., pág. 118). Tal como fue consagrada la inseminación artificial por el legislador colombiano, carece de sentido discutir las implicaciones del hecho de inseminar a una mujer que se encuentre en estado gravídico o en mujer núbil, o el empleo de líquido seminal inidóneo o de instrumental inadecuado, ello por cuanto el art. 280 del Código Penal, pretende tutelar la autonomía personal de la mujer, la cual siempre resultará igualmente violada, aunque se dé cualquiera de la circunstancias anotadas.

No pensaríamos de igual manera, si la inseminación artificial se tipificara como delito contra la familia, por ser diferente el bien jurídico tutelado.

[69] Atendiendo a la *tentativa*, en la exposición de motivos del proyecto alemán de 1962, se afirmó que el hecho se perfecciona con la introducción del espermatozoide en el órgano reproductor de la mujer y que los actos preparatorios o de conato son, en verdad, reprobables desde el punto de vista ético-social; pero no resulta una necesidad su reconocimiento por el derecho penal; sin embargo, Romero Soto afirma que a pesar de tratarse de un delito instantáneo, puede el *iter criminis* descrito admitir, sin lugar a dudas, fragmentación y haciendo factible jurídicamente hablando, la tentativa. "En efecto —anota este autor—, no es posible negar que si la acción es detenida, por un factor extraño, en el momento en que el médico o la enfermera u otra persona se apresta a introducir el espermatozoide o el óvulo fecundado en la cavidad uterina se está en presencia de un comienzo de ejecución, punible a tenor de lo estatuído en el artículo 22 del C. P., es decir, en calidad de tentativa... en nuestro derecho, repetimos, puede configurarse la tentativa del delito de inseminación o fecundación artificial y tal modalidad es punible" (ob. cit., pág. 29).

[70] "La madre que para ocultar su deshonra matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días subsiguientes, estará sujeta a la pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

[71] "La madre que, habiendo quedado embarazada como resultado de acceso carnal violento, matare a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días subsiguientes, estará sujeta a la pena de uno (1) a cinco (5) años de prisión". (En *Revista del Colegio de Abogados de Medellín*, núm. 99, 1974, pág. 91).

En la redacción final desapareció el llamado infanticidio por causa de honor, dejándose el que se ocasionare como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial.

El dr. JULIO SALGADO VÁSQUEZ, miembro de la Comisión redactora de 1974, en conferencia dictada en el Paraninfo de la Universidad de Antioquia el 14 de septiembre de 1973, afirmaba:

"Cuando la mujer queda en estado de gravidez, al ser accedida mediante violencia carnal, si mata al hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes, se le concede una rebaja considerable de pena. La razón de este tratamiento privilegiado radica en la circunstancia de que ella ha sido víctima de un delito y su fecundación fue consecuencia de un hecho punible. Por tal motivo esta clase de infanticidio debe ser tratado en forma más benigna que el infanticidio por causa de honor, puesto que en este caso el acceso carnal fue consentido"[72].

Es radical la diferencia entre la forma como el Código Penal de 1980 regula la institución del infanticidio y la utilizada por el de 1936. En este se exigía que la muerte dada al niño "en el momento de nacer o dentro de los ocho días subsiguientes", fuere con el fin de "ocultar su deshonra" y siempre y cuando no hubiere sido "inscrito en los registros del Estado Civil" (art. 369).

El segundo inciso de esta disposición, hacía extensivo este precepto a quien cometiera el hecho, "para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana".

17. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y ABORTO

Preceptúa el art. 345 del Código Penal:

"La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de *inseminación artificial no consentida* que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

"En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias". (Cursivas fuera de texto).

El Código Penal de 1936, consagraba en su art. 389 el llamado aborto *honoris causa*. Se disminuía la sanción hasta la mitad o se concedía el perdón judicial, "cuando el aborto se haya causado por salvar el honor propio, o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana".

Esta modalidad desaparece con la expedición del nuevo Código Penal de 1980, dando nacimiento al llamado "aborto por indicación ética o humanitaria"[73].

"Es el que se causa —dice HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ— por razón de que el producto de la concepción tuvo su origen en un acto ilícito contra la libertad

[72] JULIO SALGADO VÁSQUEZ, "El homicidio en el anteproyecto del Nuevo Código Penal", *Derecho* (Revista del Colegio de Abogados de Medellín), Medellín, núm. 99, 1974, pág. 135.

[73] Así lo llama HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "El aborto", en *Derecho*, rev. cit., pág. 202.

sexual (y la autonomía personal —agregamos nosotros—)[74] de la mujer, como cuando ha sido víctima de una violación"[75].

18. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y EL ABANDONO DE MENORES

Dispone el art. 347 del Código Penal:

"*Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida*. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de *inseminación artificial no consentida*, incurrirá en arresto de seis meses a tres años". (Las últimas cursivas no son del texto).

Según el art. 348, si del abandono "se siguiere para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad", es decir, hasta cuatro años y medio de arresto.

El Código Penal de 1936, consagraba el llamado abandono o exposición *honoris causa*, que consistía en el abandono de un niño recién nacido, no inscrito aún en los registros del Estado Civil, con el fin de salvar "el honor propio o el de su madre, mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana..." (art. 395, inc. 2°).

19. CARACTERIZACIONES COMUNES A LOS TRES NUMERALES ANTERIORES

Los arts. 328 (infanticidio), 345 (aborto) y 347 (abandono) del Código Penal, ubicados entre los delitos contra la vida y la integridad personal (título XIII), fueron redactados siguiendo una misma pauta: permitir a la mujer que ha sido víctima de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, poner fin a una vida que ha sido engendrada, como sus nombres lo indican, sin su consentimiento.

De tal manera que, la mujer que ha sido sujeto pasivo de alguno de estos ilícitos, puede deshacerse del producto del mismo, abortando, dando muerte o abandonando a su hijo dentro de los ocho días siguientes al nacimiento.

La justificación a este proceder, está dada doctrinariamente siguiendo diversas instituciones jurídicas: estado de necesidad (MANZINI), no exigibilidad de otra conducta, etc.

Los tres hechos punibles analizados, ya decíamos, tienen en común liberar a la mujer de una maternidad que nunca quiso, que no fue producto de su voluntad, sino resultado de una conducta que violó su libertad sexual o autonomía personal.

Lo anterior apareja un inmenso interrogante, insalvable atendiendo a la redacción del actual estatuto punitivo: ¿Deberá el juez que está conociendo de algunos de estos ilícitos, esperar a que se haya proferido sentencia condenatoria contra

[74] El dr. LONDOÑO JIMÉNEZ, se refería al art. 368 del anteproyecto de 1974, que no aludía aún a la inseminación artificial no consentida. Estipulaba esta disposición: "Si la mujer causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, como resultado de acceso violento, incurrirá en arresto de seis (6) a dos (2) años" (ibídem, pág. 94).

[75] LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 202.

el sujeto activo del acceso carnal violento o abusivo o de la inseminación artificial no consentida, para entrar a resolver sobre la existencia o inexistencia de aquellos?

¿Qué sucede si la mujer no ha denunciado el delito contra la libertad sexual o la autonomía personal, del cual ha sido víctima, pero en cambio procede a abortar, dar muerte o abandonar a su hijo?

Una de las soluciones, sería la propuesta por LONDOÑO JIMÉNEZ en el sentido de conferir competencia "para que el juez que conociere del aborto (infanticidio y abandono) pudiere hacer lo mismo con el de violación (e inseminación artificial no consentida), para conseguir así una armonía judicial en las dos decisiones, bien con la condenación por el aborto y la absolución por la violencia carnal, o la condenación por este y la absolución por aquel, o la absolución en caso de duda, en las dos hipótesis. Porque lo sorprendente sería la condena en las dos situaciones planteadas..."[76].

En otras palabras, con ello se evitaría que a quien insemine a una mujer sin su consentimiento, se le condene por este hecho y a esta por aborto, homicidio o abandono de menor.

La confrontación de las disposiciones analizadas, nos conduce al descubrimiento de fenómenos dignos de mayor atención. Tal es el caso de la mujer soltera menor de dieciséis años que 'consintiera' la práctica de la inseminación artificial. El art. 280 del Código Penal prevé esta situación como inseminación artificial no consentida; sin embargo, a pesar del "consentimiento" otorgado por la mujer, la ley penal le permite, a manera de desagravio, el aborto, el infanticidio y el abandono de su hijo.

No sobra anotar que los arts. 328, 345 y 347 del Código Penal no son aplicables cuando la mujer, siendo menor de dieciséis años, fuere casada y hubiere consentido la práctica inseminatoria.

¿Tendría en mente el legislador colombiano, consagrar este tipo de discriminación? Lo cierto es que el texto no indica otra cosa.

Los arts. 328, 345 y 347 aluden expresamente a la mujer que aborta, mata o abandona a su hijo, "fruto de acceso carnal violento o abusivo...". ¿Qué sucede con el estupro o acceso carnal mediante engaño? Creemos que el legislador ha debido emplear la proposición "fruto de acceso carnal no consentido", que cobijaría el acceso logrado mediante violencia, amenaza, sugestión, engaño, o cuando se trata de mujer menor de catorce años o que carezca de la capacidad de entender y querer[77].

¿Se justifica el "permiso" que la ley otorga a la mujer inseminada sin su consentimiento o accedida violenta o abusivamente, para deshacerse del fruto de tales actos? Creemos que de ninguna manera. La vida, como valor supremo, no puede ser sacrificada en aras de valores de inferior categoría.

[76] LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 204.

[77] "Para BINDING y MANZINI, donde haya existido violencia, inducción al engaño, se justifica el que la mujer no tenga que obligarse a soportar las consecuencias de un delito de esta naturaleza, por lo cual, en caso de quedar encinta, debería interrumpir la gestación" (LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 206).

Al respecto, ha anotado LONDOÑO JIMÉNEZ:

> "De todas maneras, para nosotros, lo que se quiere preservar con esta mal llamada indicación ética, es infinitamente inferior al bien jurídico que se querría sacrificar. El sentimiento de venganza de la mujer hacia su violador, puede explicar pero no justificar el que dicho sentimiento adverso se canalice hacia la destrucción del producto de la concepción..."[78].

20. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL NO CONSENTIDA Y EL CONSTREÑIMIENTO ILEGAL

El art. 276, correspondiente al capítulo tercero "De los delitos contra la autonomía personal", preceptúa:

"El que constriña a otro a hacer, *tolerar* u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de seis meses a dos años".

Una ligera lectura a esta disposición, nos motiva un interrogante: ¿Acaso el hecho de inseminar "sin su consentimiento" a una mujer, no equivale a constreñirla a *tolerar una cosa*, que en diferentes condiciones y voluntariamente no lo hubiera permitido? Si lo único que se quiso proteger al consagrar la inseminación artificial no consentida, fue la autonomía personal de la mujer, ¿no lo estaría igualmente en el supuesto de que no existiere el art. 280?

La respuesta debe ser afirmativa, puesto que el legislador al consagrar el art. 280 del Código Penal, no hizo más que resaltar uno de los tantos comportamientos que el art. 276 comprende bajo las expresiones *constreñir "a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa"*.

Con razón ha dicho MAGALHAES NORONHA, citado por DAMASCENO WEYNE: "...mas, el inseminador podrá incurrir, eventualmente, en el crimen de constreñimiento ilegal (art. 146 del Código Penal de 1940): practicando la inseminación contra la voluntad de la inseminada, un menor, persona demente, o de otro modo sin capacidad de consentimiento"[79].

Si el objetivo que el legislador se trazó al incriminar la inseminación artificial no consentida, fue el de hacer más gravosa la conducta del inseminador, bien pudo haber agregado un segundo inciso al art. 276, así:

> "La pena anterior se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:
>
> "a) Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo o menor de dieciséis años;
>
> "b) Si el delito se comete en persona a la cual se haya puesto en incapacidad de resistir, en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender el hecho criminoso;
>
> "c) Si se cometiere con el concurso de otra u otras personas;
>
> "d) Si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza".

En lo que respecta a las otras agravantes que trae el art. 280, soltera menor de dieciséis años e inseminación artificial heteróloga, no tienen justificación en

[78] LONDOÑO JIMÉNEZ, ob. cit., pág. 206.

[79] WEYNE, ob. cit., pág. 110.

el título correspondiente a los delitos atentatorios contra la libertad individual, tal como quedó planteado en otro aparte de este trabajo.

Dejamos así, ligeramente esbozada, nuestra posición en torno al tratamiento otorgado por el Código Penal colombiano, a la inseminación artificial.

BIBLIOGRAFÍA

ANALES DEL CONGRESO (Órgano de publicidad de las Cámaras Legislativas), No. 17, Bogotá, agosto de 1978.

ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, vol. II, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1981.

BATLLE MANUEL, "La eutelegenesia y el derecho", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, España, junio de 1949.

Diario Oficial, núm. 35.461, febrero 20 de 1980.

DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "Las modernas técnicas biológicas y el derecho de familia", en *Revista del Ministerio de Justicia*, Caracas, núm. 48, enero/febrero/marzo de 1964.

GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, "Inseminación artificial en los seres humanos", en *Universitas*, núm. 29, Bogotá, 1965.

GARCÍA AGUILERA, JOSÉ ANTONIO, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial con especial referencia a las cuestiones penales", en *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, España, núms. 51/52, julio/diciembre de 1972.

GATTI, HUGO, "La familia y la técnica actual", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, No. 1, enero/marzo de 1961.

FIGUEIRA, ELLIS HERMYDIO, "Inegociabilidade da matéria organica —Transplante de órgaos ou partes do corpo, o sangue o leite e o semen", en *Justitia* (Orgao do Ministério Público de Sao Paulo), vol. 64, Sao Paulo, 1969.

LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO, "El aborto", en *Derecho* (Revista del Colegio de Abogados de Medellín), núm. 99, Medellín, 1974.

MANZANARES, LUIS, "La inseminación artificial en la especie humana", en *Revista de la Escuela de Estudios Penintenciarios*. núm. 149.

MARTÍNEZ-VAL, JOSÉ MARÍA, *La eutelegenesia y su tratamiento penal*, Madrid, España, Ed. Gráfica Osca, 1952.

MUNHOZ NETTO, ALCIDES, "Inseminaçao artifical no Código Penal de 1969", en *Justitia*, núm. 89, Sao Paulo, Brasil, 1975.

NEVES, SERRANO, "Adultério, inseminaçao e mimetismo", en *Revista da Facultade de Direito da Universidade de Uberlandia*, núm. 2 Uberlandia, Brasil, 1977.

RICO LARA, MANUEL, "La inseminación artificial (sus problemas morales y jurídicos)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núms. 31/32, Madrid, España, 1968.

ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE, "Inseminación y fecundación artificiales en sus relaciones con el derecho penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 8, Cali, 1983.

SALGADO VÁSQUEZ, JULIO , "El homicidio en el anteproyecto del nuevo Código Penal", en *Derecho*, núm. 99, Medellín, 1974.

SANGUINO MADARIAGA, ALIRIO, "La inseminación y fecundación artificiales: aspectos jurídicos", en *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), núm. 100, Medellín, septiembre de 1981; "La fecundación artificial y su implicación en los conceptos de filiación y paternidad", *Estudios de Derecho* (Órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia), Medellín, núms. 101/102, marzo/septiembre de 1982.

SAVATIER, PAUL, "La inseminación artificial ante el derecho positivo francés", en *La fecundación artificial en los seres humanos*, Colección Problemas de Hoy, Studium, Madrid, Buenos Aires, 1950.

VASALLI, GIULIANO, "La protección de la esfera de la personalidad en la era de la técnica", en *Revista de la Facultad de Derecho* (Órgano de la Universidad Central de Venezuela), núm. 30.

VIANA, MARCO AURELIO S., "Da inseminaçao artificial", en *Revista da Facultade de Direito* (Universidad Federal de Minas Gerais), núm. 21, vol. 27, Bello Horizonte, Brasil, maio de 1979.

WEYNE, VASCO DAMASCENO, "Inseminaçao, artificial —Previsao no Código Penal de 1969", en *Justitia* (Orgao do Ministério Público de Sao Paulo), núm. 75, Sao Paulo, Brasil.

ZANNONI, EDUARDO A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA Y POLÍTICA CRIMINAL

CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORAS

Profesor Dr. KLAUS TIEDEMANN*

I. *INTRODUCCIÓN*

El desarrollo de la técnica constituye un factor novedoso dentro del polifacético conjunto de factores de la criminalidad económica y de la situación económico-social de una colectividad. Así como la motorización y el aumento del tránsito colocaron ante nuevos problemas al derecho y la jurisdicción penales, pero especialmente a la política en materia de tránsito y de salud pública, del mismo modo la introducción y difusión de máquinas en la industria, el comercio y la administración pública, pero sobre todo en el sector de bancos y seguros, implica, de manera general, además de una racionalización y de un progreso, la posibilidad y el medio para la comisión de nuevos hechos punibles.

Dicho fenómeno será examinado seguidamente, en particular desde los puntos de vista penal y criminológico. Pero valga destacar por adelantado que la llamada criminalidad mediante computadoras, pese a las diferencias de matices, en lo fundamental es independiente de la conformación de los sistemas económicos, pues ella se presenta donde quiera que se incorporan computadoras. Así, en abril de 1983 la agencia de noticias "Tanjug", no sin cierto orgullo por el estado alcanzado por la técnica en Yugoslavia, informó acerca del caso en que tres empleados del "Banco de Istria" habían programado la computadora de esa entidad para que les girase un millón de dinares a quince cuentas privadas; según las versiones de los autores, fueron impulsados a ese hecho por los informes de diarios italianos sobre esa clase de delincuencia.

En el acápite II presentaremos un breve concepto de "criminalidad mediante computadoras", así como una amplia descripción sistemática de sus modalidades, factores, frecuencia, conocimiento por parte de las autoridades, perjuicios y tipos de autores. En el acápite III trataremos los problemas jurídicos que la mencionada forma de criminalidad ofrece y la consiguiente necesidad de reforma de las disposiciones vigentes. Y en el acápite IV nos ocuparemos del abuso de "cajeros automáticos".

* Profesor de la Universidad de Friburgo de Brisgovia en la República Federal de Alemania. Supervisión de la traducción española a cargo de la dra. Amelia Mantilla viuda de Sandoval.

II. *CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA CRIMINALIDAD MEDIANTE COMPUTADORAS*

A) CONCEPTO. Con la expresión "criminalidad mediante computadoras" se alude a todos los comportamientos antijurídicos según la ley vigente (o socialmente perjudiciales y por eso punibles en el futuro) realizados merced al empleo de un equipo automático de procesamiento de datos. Dicho concepto, pues, abarca, por una parte, el problema de la *amenaza a la esfera privada* del ciudadano mediante la acumulación, archivo, asociación y divulgación de datos mediante computadoras; de hecho, sin embargo, hasta el momento en Alemania Federal solo se han conocido pocos casos de violación de derechos personalísimos en razón del aprovechamiento abusivo de datos conservados en una computadora. De cualquier forma, el legislador alemán, en la "Ley Federal de Protección de Datos", reforzó la regulación con normas penales poco precisas. Y, por otra parte, el concepto aludido se refiere a los *daños patrimoniales* producidos por el uso abusivo de datos procesados automáticamente; las consideraciones siguientes se circunscriben a este segundo ámbito.

B) MODALIDADES. En Alemania Federal el punto de partida de la discusión acerca de la criminalidad mediante computadoras, consistió en determinar si efectivamente existía dicha forma de delincuencia. Gracias a las investigaciones efectuadas desde hace diez años por el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo, actualmente se puede ofrecer una recopilación bastante completa de asuntos penales tanto de la República Federal de Alemania como del ámbito europeo, para acreditar la existencia de tal criminología.

Esos casos de delincuencia mediante computadoras revisten especial importancia no solo por la creciente automatización de los procesos contables, sino porque en la República Federal, tanto los productores como también y muy especialmente los usuarios de computadoras, han descuidado gravemente el aspecto de la seguridad, por lo cual se puede y se debe suponer que este tipo de criminalidad se ha difundido notablemente en los últimos años. En especial, pero de ningún modo exclusivamente, el medio bancario ofrece innumerables posibilidades para esa delincuencia y los riesgos aumentarían si se concretase el proyecto de introducir un sistema de transferencia sin comprobantes. Además, la práctica actual de centralizar y trasladar los equipos de contabilidad al extranjero, dificulta tanto práctica como legalmente la iniciación y adelantamiento de procesos penales. El primer caso argentino decidido por un tribunal de Buenos Aires con fecha 15 de febrero de 1983 concierne a otro campo: la adulteración de las notas finales en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires y la errónea expedición de títulos universitarios por el sistema de información electrónica. (*Jurisprudencia Argentina*, núm. 5368, del 18 de julio de 1984, págs. 13 y ss.).

Parece imposible realizar un cálculo siquiera aproximado de la cifra desconocida (o "cifra negra") en el ámbito de la criminalidad mediante computadoras.

En la mayor parte de los procesos penales alemanes, el descubrimiento de los hechos se produjo por pura casualidad; además, generalmente cuando se detectan esa clase

de actividades, las empresas afectadas y sobre todo los bancos, no efectúan la denuncia correspondiente, pues temen por su buen nombre ante la publicidad a que se verían sometidas y consideran que la reparación del daño resultaría afectada si el responsable es condenado a una pena privativa de libertad, en cuyo caso dejaría de trabajar y de percibir una remuneración.

Los hechos conocidos pueden ser divididos en cuatro grupos, sin tomar en cuenta el empleo de computadoras para la comisión de hechos económicos punibles de carácter general (v.gr. delitos en balances y delitos fiscales, que han sido estudiados en capítulos precedentes). Tales grupos son: manipulaciones, espionaje, sabotaje y hurto de tiempo.

1) *Manipulaciones*. Estas pueden afectar tanto la fase de suministro o alimentación (*input*) de datos, como la de su salida (*output*) y la de su procesamiento (en la forma de manipulaciones en el programa o en la consola). Por el contrario, poco importantes resultan las manipulaciones en el *hardware*, al cual pertenecen los elementos mecánicos del equipo de procesamiento de datos.

Como ejemplo de manipulación en el *input* se puede mencionar el primer caso que, en Alemania Federal, llegó a conocimiento judicial. Su autor trabajaba como empleado técnico en la "Sección de Asignaciones Familiares" de una "Oficina del Trabajo" en el Estado Federado de Baviera. Tras falsificar las iniciales de otro empleado técnico, transfirió ilegalmente asignaciones familiares por hijo, por un monto entre 5.000 y 10.000 marcos alemanes, a diversas cuentas bancarias suyas o de miembros de su familia. La computadora efectuó las transferencias de acuerdo con sus instrucciones. En un período aproximado de diez meses, realizó veintinueve manipulaciones de ese tipo, mediante las cuales él y sus abuelos —¡de más de 80 años!— se beneficiaron con más de 250.000 marcos. En 1973 fue condenado a pena privativa de libertad de tres años por abuso de confianza ("infidelidad", *Untreue*) continuado, falsificación de documentos y falsificación de documentos en el ejercicio de un cargo público. Las manipulaciones fueron descubiertas por casualidad: el director del banco en el cual el autor del hecho tenía sus cuentas, comía regularmente con el superior jerárquico del implicado y en alguna oportunidad le mencionó la posibilidad de enriquecerse por el hecho de tener numerosos hijos.

Como ejemplo de una manipulación en el *programa*, se puede traer a colación un caso ocurrido también en el sur de Alemania. Su autor era programador en una gran sociedad anónima alemana. Sirviéndose de un programa en el que figuraban los datos de los salarios de la empresa, introdujo informaciones sobre sueldos de personas ficticias y como cuenta bancaria a la cual debían ser giradas tales remuneraciones, indicó su propia cuenta. Esa manipulación, que podría efectuarse con éxito en numerosas empresas, habría sido detectada en la firma afectada pues la computadora emitía formularios de sueldos, listas de control, resúmenes contables y balances, que eran controlados y evaluados cuidadosamente por la misma empresa. Para evitar que la manipulación fuera advertida en esos controles, el autor modificó el programa de pagos de salarios de modo que por los sueldos de los empleados ficticios no se emitieran formularios ni figuraran en las listas de control. Y mediante

otra manipulación en el programa que emitía los resúmenes contables y balances de la empresa, logró finalmente que los importes escamoteados se dedujeran del impuesto sobre salarios que se debía a la oficina tributaria respectiva y que de ese modo no se observaran los montos faltantes. Hasta el descubrimiento, también casual, de sus manipulaciones, el autor se apropió de 193.000 marcos. Fue condenado a pena privativa de libertad de dos años, por defraudación y abuso de confianza ("infidelidad", *Untreue*).

La más espectacular manipulación de *consola* fue realizada en relación con la caída del banco privado "Herstatt". En este caso no se informó (o se hizo tardíamente) a la computadora del banco sobre una cantidad considerable de operaciones a término en divisas. Se evitaron los asientos pulsando una tecla llamada "de interrupción", gracias a lo cual se ocultaron pérdidas y se mantuvieron aparentemente bajos el volumen general de las operaciones a término y la denominada "posición neta". En esa forma no se asentaron (o no se hizo de modo regular) sumas por varios miles de millones de dólares norteamericanos.

Los sistemas para el procesamiento de datos operados a distancia, que de manera creciente han sido incorporados durante los últimos años, ofrecen una variante especialmente interesante, con muchas perspectivas de ulteriores desarrollos, para las técnicas de manipulación aquí descritas: si se puede acceder a la computadora, por ejemplo, a través de la red telefónica mediante una terminal que opera a distancia, el autor puede efectuar la manipulación desde su casa con su propia terminal, sin necesidad de introducirse personalmente en la empresa perjudicada. Como ejemplo se puede mencionar la manipulación de un estudiante norteamericano quien, ya en los años 70, desde su apartamento y por medio del teléfono logró alcanzar la computadora central de la "Pacific Telephone Corporation" y ordenarle que le enviara gratuitamente mercancías por valor de un millón de dólares. Según los informes del "New York Times" de comienzos de septiembre de 1983, con la ayuda de sus computadoras personales —de las cuales hay actualmente más de 600.000 en los Estados Unidos— cientos de jóvenes norteamericanos interfieren las grandes computadoras comerciales (véase "Frankfurter Allgemeine Zeitung" del 7 de septiembre de 1983, pág. 7).

En estos casos se observan claramente varias características de la criminalidad mediante computadoras: en esta, a diferencia de lo que ocurre en los delitos patrimoniales clásicos, la acción y el efecto se verifican por separado, lo cual dificulta sobremanera el *descubrimiento del hecho*. A ello se suma el *efecto continuado* de esa forma de delincuencia: si en la primera ocasión se actúa con éxito, este frecuentemente se vuelve permanente, especialmente en la manipulación de programas y de los llamados "datos básicos", hasta que se descubre el hecho por casualidad o por un control específico. Sin embargo, los controles posteriores prácticamente carecen de sentido, pues resultarían sumamente engorrosos por el número extraordinario de procesos resueltos mediante la computadora y, en última instancia, anularían el efecto de racionalización perseguido con la introducción de dicho aparato. De ahí proviene el hecho de que, frecuentemente, los *perjuicios* ocasionados por la criminalidad mediante computadoras tengan una especial envergadura.

Respecto a la *personalidad de los autores* de estas manipulaciones se puede anotar que casi siempre se trata de principiantes o de autores casuales, quienes, contrariamente al punto de vista sostenido principalmente por la doctrina norteamericana, no son en modo alguno personas con una inteligencia superior a la media. En especial las frecuentes manipulaciones del *input* o del *output* por parte de empleados técnicos, no suponen conocimientos previos de computación. Por otro lado, el mencionado grupo de jóvenes, quienes por razones casi deportivas intentan penetrar las grandes computadoras comerciales, constituye un nuevo tipo criminológico.

De la dimensión del daño y de la forma de comisión del hecho, se derivan también nuevos aspectos para los casos examinados a continuación.

2) *Espionaje*. En el ámbito del procesamiento de datos el espionaje económico se ve favorecido por el hecho de que las informaciones se encuentran archivadas en un espacio mínimo y pueden ser transferidas sin ningún problema a otro soporte.

Además, en el centro del uso indebido de datos figura siempre el también llamado hurto de *software* o empleo indebido de programas de computación, cuya elaboración implica generalmente una considerable inversión de esfuerzos y a menudo encierran un valioso *know how* comercial. En forma accesoria, se trata principalmente de datos de investigación, archivos referidos a clientes y balances.

El siguiente ejemplo de un hurto de *software* tiene especial significación por cuanto actualmente se encuentra a consideración de la Corte Suprema alemana y probablemente conducirá a una decisión sobre la muy discutida posibilidad de proteger los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de computación por parte del derecho civil:

El autor A de este hecho, empleado sin relación de dependencia en una empresa de cobranzas, había desarrollado en dicha firma y en colaboración con otros empleados, un complicado sistema de programación en el cual se incluyó también un archivo de datos elaborado por la empresa luego de largos años de esfuerzos y único en la República Federal de Alemania. Para poder realizar el trabajo de programación, A tenía acceso libre al centro de cómputos de la empresa, especialmente durante los fines de semana. A fines de 1979 se descubrió por casualidad, merced al control realizado por el nuevo jefe del centro de cómputos, que A, el 13 de octubre de ese año, había copiado las partes más importantes del programa y de los archivos de la empresa en un disco magnético que llevara al efecto. Las averiguaciones efectuadas posteriormente por la misma entidad, mostraron que entre tanto A había fundado una empresa propia de provisión de servicios para computadoras, había ofrecido a diversas firmas competidoras un sistema idéntico en líneas generales y se encontraron indicios de que dicho programa ya se estaba empleando en otros dos centros de cómputos.

El espionaje mediante computadoras no es utilizado únicamente con propósitos económicos por empresas rivales, sino también con finalidades políticas por Estados extranjeros. En un proceso penal realizado en Alemania Federal en los años 70, se supo que las posibilidades de espionaje mediante computadoras fueron advertidas muy tempranamente en los países del Este, en especial por parte de la República

Democrática Alemana. De acuerdo con esas informaciones, ya en 1964 se elaboró en Berlín Oriental un "plan con perspectivas de largo alcance" en cuyo marco los futuros agentes recibían primeramente una formación básica en computación, con el encargo de perfeccionarse luego en la industria procesadora de datos de la República Federal.

3) *Sabotaje*. Tanto desde la perspectiva de la magnitud del daño como desde la del modo de realizar el hecho, son dignos de considerar los casos de sabotaje en el procesamiento de datos. También estos resultan favorecidos por la alta compresión de informaciones en un mínimo espacio. La destrucción total de programas y datos —por ejemplo mediante atentados incendiarios, imanes o "programas borradores" especialmente elaborados—, puede poner en jaque la continuidad de toda una empresa.

Los servicios secretos de otros países, los fanáticos políticos y los empleados deseosos de venganza, deben ser considerados como posibles autores.

En un proceso penal efectuado en Alemania Federal a finales de la década del 70, el Ministerio Público acusó a un ingeniero, dependiente de la empresa perjudicada, de haber borrado comentarios importantes y programas de trabajo del archivo de la computadora y, en consecuencia, haber puesto en peligro el cumplimiento de un encargo por valor de un millón de marcos, así como la existencia de la firma. El acusado reconoció haber borrado los comentarios referidos al programa, pero en su defensa adujo que lo había hecho para evitar una sobrecarga al disco que contenía el archivo, que previamente había grabado los programas con sus comentarios en un "cassette", y que si esta desapareció con posterioridad a ello, él no era responsable. Como tal argumento no se pudo rebatir, el acusado fue absuelto el 13 de diciembre de 1979 por fallo del tribunal de primera instancia, en el que se dijo: "pese a los importantes puntos oscuros referidos al comportamiento del acusado, se le concede el beneficio de la duda".

Más espectacular fue un atentado con explosivos, efectuado por "células revolucionarias", contra el centro de cómputos de las industrias "Man" en Ginsheim-Gustavsburg, como expresión de protesta contra el "armamentismo" y la industria de armamentos. En los Estados Unidos se conocieron atentados terroristas similares en vinculación con el movimiento de protesta por la guerra de Vietnam.

4) *Hurto de tiempo*. Este es el último grupo de casos de criminalidad mediante computadoras. La utilización indebida de instalaciones de cómputos por parte de empleados desleales o de extraños, puede producir pérdidas considerables, especialmente en aquellos sistemas de procesamiento de datos a distancia, al efectuarse cómputos con números de "Account" ajenos.

Como ejemplo de hurto de tiempo, además de las actividades en Estados Unidos ya mencionadas en el acápite II B) 1) , sirve también el proceso penal iniciado en uno de los Estados Federados de Alemania, en el cual se acusa a un empleado del mismo Estado de haber fundado una empresa propia de provisión de servicios para computadoras y efectuado los correspondientes cómputos en la computadora de propiedad estatal, sin autorización y bajo una descripción falsa del programa y de la tarea. Se le acusa de abuso de confianza ("infidelidad" *Untreue*).

III. *REGULACIÓN PENAL Y NECESIDAD DE REFORMAS*

El concepto de criminalidad mediante computadoras, descrito sintéticamente en los párrafos precedentes, resume criminológicamente una nueva categoría de comportamientos punibles, desde la perspectiva del medio empleado. Esa delincuencia a menudo recae sobre objetos intangibles como dinero en los bancos, secretos comerciales, *know how* y otras informaciones. Por lo tanto no debe sorprender que las normas penales existentes solo logren abarcar aquellos comportamientos en forma parcial y más bien casual, aunque con diferentes resultados en los diversos sistemas jurídicos.

Las consideraciones siguientes presentan someramente las figuras penales más relevantes para la comprensión de la criminalidad mediante computadoras y, paralelamente, señalan las necesidades de reforma del derecho penal sustantivo.

A) HURTO DE TIEMPO. La utilización indebida de instalaciones de cómputos, no está prevista en ninguno de los tipos penales de la normatividad alemana. Así, el llamado "hurto de uso" (§ 248 b del Código Penal) es punible únicamente cuando se realiza sobre vehículos de motor y bicicletas; la figura específica de la sustracción indebida de energía eléctrica (§ 248c), tampoco resulta aplicable por cuanto en ninguno de los casos relevantes se recurrió a un "aprovechamiento irregular de energía" de un determinado conductor eléctrico; y el abuso de confianza (§ 266), que supone tanto un cierto ámbito para que el autor ejecute el hecho como también un perjuicio patrimonial de la víctima, es aplicable solo en casos especiales.

Hay que destacar que en el hurto de tiempo la actividad reprochable no consiste tanto en el escaso consumo de energía eléctrica ni el mínimo desgaste del equipo de cómputos, como y sobre todo en el notable enriquecimiento del autor proveniente del uso indebido de la computadora. La acción implica, pues, la captación fraudulenta de una ventaja, semejante, pero no idéntica, a la descrita en los §§ 248 b y 266 a. El hurto de tiempo, por consiguiente, requiere un nuevo tipo penal que lo encuadre adecuadamente, siempre y cuando se considere necesaria la introducción de esa norma, ya que en la actualidad el uso indebido de otros bienes valiosos, sin apropiación de ellos, tampoco es punible.

B) SABOTAJE. Todos los actos de sabotaje relacionados con computadoras quedan, en cambio, abarcados plenamente por la figura del daño material (§ 303), ya que la doctrina y la jurisprudencia prevalecientes en Alemania consideran que ese tipo penal se refiere, no solo al mero perjuicio mecánico en la sustancia de un objeto, sino también a la limitación de su capacidad de funcionamiento.

Conforme a dicha opinión, pues, borrar informaciones de bandas magnéticas constituye "daño", aunque el objeto mismo pueda seguir siendo usado para el fin previsto y lo destruído sea la información que contenía, y aunque la propiedad del objeto, bien jurídico protegido por el § 303, no sea el fin específico del hecho.

No es necesaria, por consiguiente en el derecho alemán, una figura específica para el sabotaje en relación con computadoras. Pero si se incorporara una norma penal sobre sabotaje industrial en general (como la del § 179 del Proyecto Alternativo

de Código Penal), ella podría y debería referirse también a los actos de sabotaje contra computadoras, programas y demás datos.

C) HURTO DE "SOFTWARE" Y ESPIONAJE. De la valoración jurídica de estos hechos, se derivan los problemas más interesantes tanto para el derecho penal como para el civil.

Según la legislación y la jurisprudencia penales alemanas la simple obtención de copias no constituye, incluso desde el punto de vista de la denominada "teoría del valor del objeto", apropiación en el sentido de las figuras del hurto y la apropiación indebida (dejando de lado la problemática sobre la calidad de "cosa" de los programas y datos). Dado que, por otra parte, existe consenso en la doctrina acerca de la restringida posibilidad de proteger los programas de computación mediante el derecho de patentes, la discusión actual se centra entonces sobre la *protección de los derechos de propiedad intelectual respecto de los programas de computación.*

La doctrina dominante al respecto en Alemania Federal, afirma la posibilidad de proteger los derechos de propiedad intelectual sobre programas de computación, ya que estos constituyen una "creación intelectual personal" en el sentido del § 2, párrafo II, de la "Ley sobre la Propiedad Intelectual". El Tribunal Superior Regional (Oberlandesgericht) de Karlsruhe adoptó ese punto de vista en la decisión dictada en el ya mencionado caso de hurto de *software* por parte de A (véase acápite II B 2). Está pendiente, de todos modos, la sentencia del Tribunal Supremo Federal. Resultaría conveniente que dicha corporación sostuviera también la posibilidad de proteger los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de continuación, ya que de *lege lata* únicamente la propiedad intelectual sobre el *software* goza de la protección legal debida; aquella tutela debería impedir igualmente la "adquisición de buena fe", por parte de intermediarios de *software* de programas de computación sustraídos.

Las disposiciones penales en materia de competencia que sancionan la revelación de secretos comerciales e industriales (§§ 17, 18 y 20 de la "Ley contra la Competencia Desleal"), ofrecen así mismo protección frente al autor y al intermediario de *software* que actúen dolosamente. Esas figuras penales se vieron reforzadas en el proyecto de reforma presentado por el anterior gobierno federal, según el cual no solo resultan punibles la revelación de secretos comerciales a terceras personas y el aprovechamiento de tales secretos, sino que también lo serían su mera apropiación u obtención indebida mediante el empleo de medios técnicos subrepticios y la elaboración clandestina de una reproducción tangible del secreto. Entre tanto, el nuevo gobierno federal no ha considerado necesaria una reforma. Tampoco parece punible, de *lege lata,* la mencionada penetración de computadoras por parte de jóvenes por puro espíritu deportivo o por curiosidad.

D) MANIPULACIONES. Estas originan problemas penales específicos en materia de criminalidad mediante computadoras.

Contrariamente a lo que ocurre en los sistemas penales de Francia y Suiza, la doctrina alemana dominante considera que el dinero en bancos o escrituras no constituye una "cosa", en el sentido de los §§ 242 y 246 del Código Penal. Por consiguiente, la acreditación o extracción de un importe de una cuenta bancaria o a favor de ella, resultante de un acto indebido o doloso, no constituye hurto

ni apropiación indebida. Además, dado que el autor se convierte en propietario de los importes acreditados al serle abonados, las normas penales que protegen el derecho de propiedad no le son aplicables. Los problemas penales de la criminalidad mediante computadoras, por tanto, se concentran alrededor de los hechos punibles contra el patrimonio (en especial la estafa y el abuso de confianza), así como sobre las falsificaciones (de documentos y de reproducciones técnicas).

El tipo penal de la *estafa* (§ 263 del Código Penal alemán, lo mismo que las normas respectivas de las legislaciones española y suiza) supone el engaño y el error de una persona (mientras que la norma francesa se conforma con "maquinaciones engañosas", lo cual implica menos problemas al enfrentar la criminalidad mediante computadoras). Por lo tanto, el "error de la computadora" es irrelevante para el derecho penal alemán. De todos modos, muchas manipulaciones debidas a la intervención de empleados técnicos, personas con firma autorizada o revisores, pese a la limitación establecida por el requisito del error humano, pueden ser encuadradas dentro del tipo penal de la estafa. Esta posibilidad, sin embargo, depende de las características particulares de cada caso y no debe llevar a engaño, pues ante un considerable número de manipulaciones no puede ser aplicado el § 263. Por ello resulta procedente proponer la incorporación de un tipo penal específico, semejante al de la estafa.

El tipo penal sobre *abuso de confianza* o "infidelidad" (*Untreue*, § 266 del Código Penal alemán, art. 319 del portugués y desconocido, por lo menos en esa forma, en las legislaciones que siguen la tradición latina), apenas parcialmente puede cubrir las omisiones del mencionado tipo de estafa. En efecto, el § 266 no resulta aplicable, por lo general, a perforadores, programadores, operadores y personas ajenas a la empresa, por cuanto en sus casos falta el requisito exigido por la jurisprudencia alemana en el sentido de que exista una esfera de actuación, es decir, una cierta independencia y responsabilidad propias. La programación de una computadora exige, por cierto, considerables conocimientos técnicos, pero los resultados de los procesos se verifican comúnmente de acuerdo con instrucciones precisas, las cuales no dejan espacio para decisiones independientes. En general, el § 266 es solo aplicable a los empleados técnicos que elaboran y verifican los datos concernientes al *input*. Respecto del personal subalterno técnico, los tribunales regionales alemanes suelen aplicar la norma del abuso de confianza cuando ha existido un cierto margen de decisión propio.

El tipo penal sobre *falsificación de documentos* (§ 267) exige que el documento sea "la expresión tangible y probatoria" de un pensamiento humano. Aunque se cuestione este requisito, los datos y programas de las computadoras no son en ninguna forma documentos, por cuanto los datos archivados electromagnéticamente no son reconocibles visualmente. Por lo general, además, no permiten individualizar a sus autores, y actualmente —en lo que hace a los programas y supervisores pertenecientes a una empresa— no se satisfacen las exigencias legales y probatorias provenientes de la definición de "documento". Por otro lado, cuando el documento (público) está firmado por una persona, como en el caso argentino mencionado de delito de falsificación ideológica, no existen problemas de punibilidad.

Debido a que la opinión predominante relacionaba el concepto de documento con el de la expresión de un pensamiento humano, en 1969 se incorporó al Código Penal alemán (§ 268) la figura específica de la *falsificación de reproducciones técnicas*. Sin embargo, de acuerdo también con la opinión mayoritaria, las modificaciones efectuadas en el programa de una computadora no constituyen, por sí mismas, grabaciones técnicas. Y en los casos en que las manipulaciones afectan al *input*, el autor no modifica "el resultado de la grabación mediante interferencias perjudiciales sobre el proceso de grabación" como lo exige el § 268 III. Por ello la norma penal sobre falsificación de reproducciones técnicas tiene muy escaso campo de aplicación respecto de las manipulaciones sobre computadoras.

Se puede afirmar, en síntesis, que en la legislación penal alemana las manipulaciones en el procesamiento automático de datos son sancionadas frecuente aunque no inexorablemente. El proyecto de una segunda ley contra la delincuencia económica, dado a conocer por el anterior gobierno federal en junio de 1982 y presentado para su discusión legislativa por el actual en abril de 1983, propone la incorporación de dos nuevas figuras penales: la "estafa mediante computadoras" y la "falsificación de datos archivados" (véase *supra*). Con la aprobación, aún pendiente, de esas propuestas, quedarían subsanados los actuales vacíos del Código Penal respecto de las manipulaciones sobre computadoras.

IV. *ABUSO DE "CAJEROS AUTOMÁTICOS"*

Con una adecuada descripción de la "estafa mediante computadoras", incluída en el mencionado *proyecto de una segunda ley contra la delincuencia económica*, se podría solucionar también otro problema que se presenta por una aplicación especial de la cibernética en el ámbito bancario: el *abuso de las llamadas tarjetas para "cajeros automáticos"* o *"bancoautómatas"*.

Dichas tarjetas, que desde hace bastante tiempo se utilizan en los Estados Unidos, Japón, Francia y Suiza y que también han sido introducidas en Alemania, otorgan al cliente del banco, cuya tarjeta está grabada magnéticamente en forma similar a como ocurre con la tarjeta del cheque europeo, la posibilidad de, una vez por día, hacerse pagar, por el "cajero automático", una determinada suma de dinero en efectivo.

Para evitar abusos por parte de terceros, todos los sistemas de "cajeros automáticos" en funcionamiento o planeados, prevén que el cliente, además de introducir la tarjeta en la abertura correspondiente, informe al equipo un número personal y secreto conocido únicamente por él. Y solamente si la cifra grabada magnéticamente en la tarjeta coincide con la informada por el cliente, el "cajero automático" entregará la suma de dinero.

Para impedir que un cliente utilice su tarjeta para extraer dinero varias veces en el mismo día, en uno o en diferentes "bancoautómatas", tanto en Alemania como en otros países se están considerando diversas medidas de seguridad: la más efectiva sería la conexión permanente y directa de todos los "cajeros automáticos" con la central que maneja el estado de cuentas y su movimiento mediante el sistema

on line, pero las complicaciones organizativas y sus costos no la hacen viable. Algunos sistemas prevén, en consecuencia, que el "cajero automático" grabe en la tarjeta la extracción con la fecha del día y la bloquee para futuras operaciones en el mismo día. Otra estrategia consiste en que los movimientos de cuentas de todos los "cajeros automáticos", sean controlados y evaluados periódicamente por una central y en los casos de retiros repetidos, movimientos llamativos y otras irregularidades, se proceda a informar inmediatamente el bloqueo de la tarjeta involucrada a todos los "cajeros automáticos". La dificultad para aplicar estos sistemas de seguridad en Alemania, se origina en el hecho de que los bancos, cajas de ahorro y oficinas de giro postal aspiran a alcanzar un sistema en el que el titular de la tarjeta pueda efectuar extracciones no solo en los "cajeros automáticos" de una institución, sino también en los de las demás entidades bancarias. La compatibilización y administración conjunta de las medidas de seguridad de las diversas instituciones, presentan considerables dificultades.

Los frecuentes abusos observados en relación con las aludidas tarjetas, consisten, además de la violación contractual por retiros repetidos o en descubierto por parte del titular, principalmente en el *abuso de tarjetas extraviadas o sustraídas por terceros*, quienes con triquiñuelas o en cualquier otra forma consiguen conocer el número secreto necesario para efectuar extracciones. Si tales retiros ilegítimos son punibles o no, constituye una cuestión contradictoriamente tratada por la doctrina alemana.

Sin lugar a dudas, la figura penal de la *estafa* (§ 263) resulta inaplicable, ya que en el empleo indebido de una tarjeta de identificación falta tanto el "engaño" como el "error" de una persona.

La norma penal alemana sobre "abuso de un autómata" (§ 265 a) tampoco es generalmente aplicada en aquellos casos, con el discutible argumento de que el tipo penal mencionado se refiere únicamente a los autómatas que prestan un servicio —por ejemplo, un tocadiscos— pero no a los que entregan un objeto; además, el autor no habría actuado con el propósito requerido por el § 265 a, de "no abonar un precio" y, finalmente, faltaría el presupuesto legal de las "maquinaciones", ya que no se habría interferido el funcionamiento regular del autómata.

La discusión actual, entonces, radica en determinar si la extracción de dinero mediante una tarjeta ajena satisface el tipo penal del *hurto* (§ 242). En los casos en que la tarjeta sustraída no es devuelta, la respuesta es afirmativa: el hurto se refiere a la tarjeta. Si, por el contrario, el autor la devuelve tras haberla utilizado, resulta cuestionable la aplicación del citado § 242, pues este exige "la intención de apropiarse". La opinión predominante en Alemania niega que en esta hipótesis se estructure un hurto de la tarjeta, ya que no hay apropiación de su "sustancia" ni del "valor del objeto" (según su tipo y función de acuerdo con su destino regular).

Una reciente corriente de opinión, sin embargo, sostiene que cuando la tarjeta ha sido devuelta hay hurto del dinero, con el argumento de que los bancos están de acuerdo en que las sumas sean retiradas exclusivamente por los titulares de la tarjeta y del saldo en la cuenta bancaria y que, por consiguiente, solo a favor de esas personas están los bancos dispuestos a transferir la propiedad del dinero

en efectivo. Esta construcción jurídica no deja de ser cuestionable, por cuanto el consentimiento de las entidades bancarias únicamente se puede referir al uso de la tarjeta legítima de identificación y del número secreto correcto, pero su abuso no es equiparable a la extracción de mercancías de autómatas mediante dinero falsificado. Además, aquel razonamiento llevaría, en última instancia, a considerar también como hurto todo retiro en descubierto efectuado conscientemente por el titular legítimo de una tarjeta.

Por el contrario, un respetable sector de la doctrina penal alemana ha llegado a la conclusión completamente contraria: el empleo abusivo de la tarjeta de identificación acompañado por *la intención de devolverla inmediatamente a su titular, no es punible* conforme a la normatividad penal alemana vigente.

En el derecho penal francés, por el contrario, sin problemas se acepta que hay hurto cuando se usa abusivamente una de tales tarjetas, debido a que allí se tiene un concepto más amplio de "apropiación"; e igualmente se admite la existencia de una "*manoeuvre frauduleuse*" (maniobra fraudulenta) en el sentido de la figura penal de la "*escroquerie*".

Como los "cajeros automáticos" son dirigidos por computadoras, sería comprensible que la legislación alemana regulara el abuso de las tarjetas para dichos autómatas por parte de terceros, dentro del nuevo tipo penal de la "estafa mediante computadoras" contenido en la proyectada "Segunda Ley contra la Delincuencia Económica".

En su conjunto, las novísimas posibilidades de abuso en el marco de las técnicas modernas en materia de pagos y transferencias, así como las cuestiones dudosas sobre su tratamiento penal, demuestran nuevamente que la adaptación del derecho al progreso constituye una tarea permanente de la ciencia jurídica y de la legislación. El medio de la computadora para la comisión de un delito por cierto no cambia la naturaleza jurídica del tipo penal (hurto, estafa, etc.). Pero el uso de este medio moderno puede originar nuevos conflictos de intereses y, en consecuencia, hacer necesaria una protección de nuevos bienes jurídicos por vía de la reforma penal. El uso de balances falsos como medio para cometer estafas y la posterior introducción de tipos particulares de balance falso (como protección de derechos e intereses de información) constituye un ejemplo clásico de este desarrollo de la dogmática penal en su estrecha vinculación con la política criminal y la criminología.

EL CRIMEN IMPOSIBLE DE LOUK HULSMAN[1-2]

—ENTREVISTA CON LOUK HULSMAN—

"Es preciso abolir el sistema penal y repensar todos los conflictos. Nada más debe ser criminalizado".

Por GÉRARD MILLER

Un día, un profesor de derecho de la Universidad de Rotterdam que dirigía una investigación sobre los principios ampliamente aceptados por los juristas y los criminólogos, según los cuales una sentencia justa puede ser finalmente pronunciada (informaciones ciertas sobre el inculpado, proporcionalidad entre la pena y el delito, etc.), inventa un modelo normativo para expresar estos principios operacionales. Uno de sus colaboradores coloca ese modelo en el computador, y los dos proponen a la máquina probar sobre dos casos concretos.

"Experiencia pasmante, relata el profesor. Nosotros preguntamos: «En tal caso... y en tal otro... ¿Cuál es la pena correspondiente?». La máquina respondía siempre: «Ninguna pena». ¡Jamás las condiciones se encuentran reunidas para que el tribunal pueda pronunciar una pena justa dentro del cuadro del sistema!". Era 1970.

Después nada ha venido a desmentir la intuición del profesor: para LOUK HULSMAN, el sistema penal es un completo *sin-sentido*. Cuando lo encuentro en París, a principios de este año, se ha convertido en el líder del movimiento abolicionista. Publica, viaja, multiplica las conferencias, dialoga tanto al interior como al exterior del sistema que discute tan radicalmente: es discutiendo como lo veo esta tarde en Neuilly, en el domicilio de MIREILLE DELMAS-MARTY, profesora de Derecho en la Universidad de París-Sud (ella ha hecho parte de la Comisión de revisión del Código Penal), quien, alabando el aporte "estimulante" de LOUK HULSMAN, no comparte menos el deseo de "debilitar esta gran seguridad".

[1] Traducción hecha por la Dra. Tahí Barrios Hernández, de la Revista *L'Ane, le magazine Freudien* núm. 22, julio-septiembre de 1985.

[2] La entrevista que hoy publicamos nos sitúa ante la perspectiva abolicionista del sistema penal, que ha venido planteando el prof. holandés LOUK HULSMAN. Aquí encontrará el lector un aporte más a las novedosas tesis que el mencionado profesor planteara por primera vez entre nosotros, durante el Congreso Mundial de Criminología, que organizara la Universidad de Medellín el último año y que se pueden confrontar en el libro "Criminología Crítica. Primer Seminario", ediciones de la Universidad.

Una exposición más amplia y completa de su pensamiento se puede confrontar en su libro *Peines perdues* (Ediciones Centurion, 1982), el cual ha sido traducido al castellano por el prof. SERGIO POLITOFF, con el título *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (Ediciones Ariel, S.A. de Barcelona, con un interesante prólogo del prof. JUAN BUSTOS RAMÍREZ). Esta obra, debe advertirse, fue realizada conjuntamente por el profesor HULSMAN y JACQUELINE BERNAT DE CELIS. *(Nota de la Coordinación)*.

Si el movimiento abolicionista resuena por el nombre mismo que él escogió, las luchas contra la esclavitud en el continente norteamericano, se inscribe más precisamente en los años sesenta. Contemporáneo de los movimientos de emancipación que, en los campos de la homosexualidad o el aborto, pugnaban por la abolición de ciertas instituciones sociales, anunciado por ejemplo por los reagrupamientos de antiguos detenidos y de sus familias —concentradas primero en la prisión—, el abolicionismo ha encontrado su propio aliento hace una docena de años, remontando la cadena de la cual la prisión es el fin, y discutiendo su primer eslabón: el crimen, la noción-crimen.

¿Qué es un crimen? ¿Qué es un hecho punible? ¿Por qué el hecho de ser bígamo es sancionado en tal país y en otro no? ¿Por qué la blasfemia o la tentativa de suicidio, ayer delitos, no lo son hoy? ¿Qué es lo que en la naturaleza de los hechos, permite reconocer que se trata o no de delitos? Pues bien, puesto que es la ley la que dice dónde está el crimen, es la ley la que lo crea.

Una parábola

Lo penal es en primer lugar otro de los grandes temas de las definiciones. Al principio, hay simplemente situaciones, lo que LOUK HULSMAN llama *situaciones-problemas,* en las que individuos —no burocracias extrañas— están directamente implicados: situaciones y no necesariamente actos. "Transformar aquello que ha pasado en acto es el primer paso, y no es neutro del todo, explica LOUK HULSMAN. Una enorme cantidad de acontecimientos no son evaluados como tales. Y si nosotros preferimos hablar de «situaciones», es justamente porque ello no implica una persona". Como resalta MIREILLE DELMAS-MARTY, el abolicionismo va más lejos que el rechazo al derecho penal: él pone en tela de juicio el derecho mismo, pues respecto a la responsabilidad civil igualmente son relacionados acontecimientos e individuos. ¿Es, entonces, una puesta en tela de juicio de toda responsabilidad? "No absolutamente. Lo que se cuestiona, es el poder de atribuir responsabilidad. En el universo penal, la responsabilidad es atribuída en forma misteriosa por burocracias complejas, orientadas por una legislación central, dogmática, profesional, inaccesible. Si las claves abstractas, reductoras que el sistema penal aplica a los acontecimientos, fueran sustituídas por claves naturales que partieran de los individuos, de sus vivencias, se eliminaría la noción misma de crimen, y con ella la de autor". LOUK HULSMAN tiene una parábola de cinco estudiantes para explicarlo.

Cinco estudiantes viven juntos, uno de ellos se arroja sobre el televisor y lo quiebra. ¿Cómo reaccionan sus compañeros, ninguno de los cuales está contento? El primero, furioso, desea echar fuera al culpable; el segundo, calculador, sugiere que él compre un aparato; el tercero, traumatizado, propone conducirlo donde el siquiatra; el cuarto, pensativo, explica que él creía que todo iba bien entre ellos, pero que decididamente es menester hacer un examen de conciencia en conjunto. LOUK HULSMAN tiene su demostración: se tiene allí casi toda la gama de las reacciones posibles frente al hecho de un individuo: el estilo punitivo es una posibilidad entre otras —la compensatoria, la terapéutica, la conciliatoria—. Y no se diga que

la sociedad, ella, tiene necesidad de que haya culpables para que los daños causados sean reparados ¿Los sistemas de seguridad reposan es sobre la necesidad de riesgo y no sobre la de culpabilidad? "¿Por qué no asimilar a una catástrofe natural —desde el punto de vista de las pérdidas materiales sufridas— ciertos eventos «catastróficos», o gravemente dañosos, actualmente atribuídos a personas determinadas?".

"Conflictos robados"

LOUK HULSMAN tiene confianza en el "mundo de las vivencias" por oposición al "mundo de los sistemas". En el mundo de las vivencias, el matiz, el sentimiento, existe. Nada de estereotipos, nada de construcciones arbitrarias, como aquellas del Juicio Final que ha elaborado la teología moral, sino una diversidad de sentidos. Yo le pregunto: ¿Las personas implicadas no tienen también sus representaciones, sus imágenes? Naturalmente, pero ellas son todas diferentes, no hay representación única. ¿Y en qué son preferibles ellas a las del sistema? LOUK HULSMAN dibuja con sus manos inestables el aire: "Ellos constituyen la realidad. Las personas implicadas, la víctima, el culpable, tienen derecho a constituir esta realidad, ella les pertenece, es su conflicto, y no el de la policía, del legislador, de la sociedad. Esta es su vida, su vivencia".

El abolicionismo ha forjado una feliz expresión: habla de "conflictos robados". Difícil de redargüir que el mundo de las vivencias tiene fronteras por definición inciertas; que es, por ejemplo, imposible delimitar el círculo de personas implicadas y que el testigo, el vecino, el primo, ellos también, después de todo, tienen "derecho" sobre el acontecimiento... ¡De una minuciosa descripción —acertada y graciosa— del sistema jurídico resulta difícil ignorar los mil y un filtros del desposeimiento burocrático! Ejemplo, los procesos verbales: "En el sistema penal, no se escucha verdaderamente a las personas. No se anota lo que ellos dicen con sus propias palabras. En realidad, los formularios que la policía llena, formularios de tono invariable, llano, impersonal, reflejan los criterios, la ideología, los valores sociológicos de ese cuerpo que es una de las subculturas del sistema penal".

Una experiencia ...

¿La crítica abolicionista que apunta también a dar "a las personas su lugar" no ha sido implícitamente reconocida en la ley adoptada en 1983? Como lo recuerda MIREILLE DELMAS-MARTY, la circular que ha acompañado a la ley solicita a la policía, en lo sucesivo, hacer precisar a la víctima, en el momento en que ella presenta su queja, lo que espera —una indemnización, una sanción—: "Lo que es conveniente introducir en el sistema jurídico es el lugar dado a las personas, y no es de ninguna manera inherente al sistema penal excluir a las personas implicadas". Pero LOUK HULSMAN tiene una visión más grandiosa del mundo de las vivencias. ¿No ha experimentado él mismo la cosa?

"Hace seis meses, fui robado, tres veces en una semana. Interesante para reflexionar sobre los propios sentimientos, sobre lo que es puesto aparte en un proceso

penal. Al principio, cuando descubres que se han introducido en tu casa, que han robado, destruído, tú procuras comprender, ese es tu primer sentimiento, porque tú no comprendes nada. Tú entras en la casa, y aquello toma progresivamente el sentido de una destrucción intencional. Un sentimiento de venganza aparece, pero es un sentimiento. Hay otro, inmediatamente, cuando descubres que la mayor parte de los objetos no han sido destruídos, un sentimiento esta vez de felicidad. Y luego tú preguntas también: ¿quién, por qué, dentro de qué contexto? La segunda vez, mi mujer les ha sorprendido. Se les ha definido como jóvenes. La tercera vez, no han destruído nada. ¡Uno imagina estos ladrones, crea con ellos por esto una cierta relación! Y además he encontrado también valientes que regresan la tercera vez. ¡Ellos estaban interesados en mi casa! Pero también yo estaba interesado por mi casa. Y además ellos habían aprendido a no destruir más. Yo alimenté hacia ellos, sin conocerlos, una compleja relación".

Sin tercero

La historia debía tener un fin. La policía encuentra los susodichos jóvenes y LOUK HULSMAN solicita hablarles. Después habla a sus familiares, a quienes él describe como más trastornados que él. Lo siguiente confirma el posible desarrollo de la "vivencia": él hace venir la familia a su domicilio, y los jóvenes también, busca con ellos un objeto que no encontraba y al cual él tenía particular consideración ("esto, ellos podían comprenderlo, y me han ayudado"), constata que los familiares de los jóvenes ladrones, por primera vez, pudieron hablar, "verdaderamente hablar" con sus hijos... El profesor sonríe, esperando el efecto: "La policía, la justicia, no permite normalmente estas *verdaderas* confrontaciones".

MIREILLE DELMAS-MARTY ensaya sin embargo el golpe: "¿No puede uno imaginar que una confrontación tan directa no termine tan bien, termine incluso muy mal?" Él lo sabe, naturalmente: "Yo puedo imaginar todo, yo no generalizo. Yo digo solamente que el que trabaja en el sistema penal no sabe nada de esto, ni por su formación ni por su práctica". En ciertos casos no es una protección: un tercero, que no ha vivido el suceso, ¿quién tiene respecto a él otros ojos? "Sí, la legitimación penal se hace a menudo a partir de esta idea: ¡si las personas implicadas se encuentran, aquello se tornará violento! ¡Pero las personas son mucho más vengativas en sus relaciones personales, divorcios, relaciones padres-hijos, situaciones de trabajo, en síntesis, en las situaciones que no están criminalizadas!". "Uno encuentra muchos más eventos que podrían dar origen a sentimientos sangrientos en un contexto «civil» en los que finalmente la gente no se mata por más que la venganza exista: ¿Por qué querer que en este otro cuadro, aquel dé prioritariamente lugar a esas reacciones?".

Lo que le da fuerza a LOUK HULSMAN, es que él tiene una concepción del mundo y además del hombre. "No es tan raro como se cree que una persona lesionada no quiera realmente sancionar a alguien por un hecho por el cual ha sufrido". Según esto el sistema penal está concebido específicamente para hacer el mal. Se evoca con desesperación los "casos graves", no la pequeña o mediana

delincuencia, sino los crímenes de sangre, o incluso la "delincuencia profesional" del tipo mafia. Él resalta en primer lugar que el sistema penal no se ocupa sino muy raramente de esos asuntos, estadísticamente hablando; que el término "gravedad" es una mezcla de elementos heterogéneos, seguro extraños a la persona (se dice que un acto es grave cuando el perjuicio es grande); de otros concernientes, al contrario, a su fuero interno (su intención de dañar, su culpabilidad); y que es sin embargo difícil encontrar la medida a tomar contra un actor dosificando conjuntamente elementos que no tienen nada en común y no permiten conocer la situación de una manera útil a los interesados...

¿Cuáles límites?

Pero me ha parecido, sin embargo, que MIREILLE DELMAS-MARTY ha tocado el punto débil del discurso abolicionista. Él se sitúa así: señalando el derecho de punir reconocido al Estado, él no se afirma sin embargo opuesto a toda medida coercitiva, señalando en ello su cuidado de no excluir ninguna de las consecuencias posibles de las verdaderas confrontaciones. "Es preciso buscar aquellas condiciones, escribe por ejemplo LOUK HULSMAN, ciertos constreñimientos —encierro, confinamiento, obligación de reparar y de restituir, etc.— tienen alguna probabilidad de jugar un papel de reactivación pacífica...". Una jurisdicción podría decidir que "ciertos poderes de constreñimiento serían puestos a disposición de tales personas implicadas", la puesta en práctica de estos medios "dentro de los límites previstos por la ley y la jurisdicción" y en presencia de ellos "dependerá de quien ha demandado la intervención de la jurisdicción para la resolución de su conflicto".

MIREILLE DELMAS-MARTY se subleva: "¿De cuáles poderes de constreñimiento y de cuáles límites se trata? ¿Es preciso regresar a la definición previa de los comportamientos para los cuales el constreñimiento podría ser utilizado? En este caso el abolicionismo cambia apenas las palabras, pues uno encuentra allí una jurisdicción, una incriminación, un poder de constreñimiento. Y si no, ¿cuáles garantías dar a la persona implicada (en un evento calificado) de que el constreñimiento no se ejercerá en forma abusiva a capricho de las relaciones de poder entre los unos y los otros?".

Si el abolicionismo combate lo penal, deja asomar en realidad su relativa simpatía por el derecho civil. "Sí, el juez civil tiene al menos un mérito. Él sabe que no está allá para construir un mundo universal, sino solamente para responder al conflicto concreto que se le presente. Él sabe también que el juzgamiento no será ejecutado, a no ser que la parte que ha ganado así lo desee, a diferencia del sistema penal en el que nada puede detener la máquina. En civil, al menos, no hay juicio final.

"El Juicio Final, por su extremo totalitarismo —la misma ley para todos—, es la idea más horrible que yo conozco", me dirá LOUK HULSMAN al final de nuestra entrevista.

Lo más horrible, para el abolicionismo, son los hombres cuando se toman por Dios padre.

EL ANEXO SIQUIÁTRICO DE LA PICOTA:
¡Una vergüenza nacional!

Dr. JORGE ARENAS SALAZAR*

A la memoria de un interno del Psiquiátrico de La Picota, que, precisamente en la época que estuvimos trabajando allí, se suicidó ingiriendo una alta dosis de insecticida.

Agradecemos muy sinceramente a este Primer Congreso Nacional de Criminología por la participación que le ha dado a la Universidad Nacional y por la posibilidad que le ha brindado de demostrar a la opinión nacional, y ante todo a este medio judicial, que también trabajamos y que en esta labor podemos rendir, en igualdad de condiciones, tanto como puede rendir cualquier universitario del país.

Me siento muy honrado por esta invitación, pues estoy informado del trabajo que está realizando este grupo de hombres estudiosos del derecho penal y de la criminología, y porque tengo la intuición profunda de que este es el primer Congreso de muchos que habremos de celebrar y que van a poner un hito en la historia del Derecho Penal y de la Criminología en Colombia.

Eso es ya honroso, pero lo es mucho más cuando tenemos la oportunidad de decir a Medellín, donde se está gestando un movimiento profundo de transformación del derecho penal y de la criminología, porque aquí estamos por primera vez en Colombia, y eso hay que decirlo con mucha alegría, entendiendo la norma tal como el único jusfilósofo que hemos tenido quería que se entendiera. Como decía NIETO ARTETA: "Hay que entender la norma comprendiendo que está nutrida, que está transida de vida viviente", y porque tal vez estamos saturados de la dogmática, de la técnica jurídica, de ese conjunto normativo mal interpretado, aislado de la realidad y del contexto humano.

Saludo muy especialmente a estas personas que están dando luz al derecho penal desde Medellín; es que, realmente, se siente uno conmovido de tener un auditorio tan selecto como este. Yo no quisiera mencionar nombres porque realmente son muchos y todos muy eminentes, pero sí es bueno mencionar algunos, no sin antes dar excusas a los que muy probablemente olvide. Aquí se está jalonando el derecho penal por hombres como los doctores JUAN E. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, NÓDIER AGUDELO —trabajador y divulgador incansable del derecho—, JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA, HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ y HERNANDO LONDOÑO BERRÍO; se está transformando este derecho, se está produciendo. Especial mención quiero hacer hoy de un hombre muy claro en sus ideas y en su comprensión del problema de los inimputables y, ante todo, de un hombre que está dando ejemplo al país por su reciedumbre de carácter para presentar su opinión en relación con el tratamiento que se les da a estas personas, a los enfermos de la mente, me refiero a GUILLERMO ESCOBAR, quien, desde la Fiscalía del Tribunal, está haciendo una labor tesonera, una labor que es necesario reconocer, porque existe pereza, porque existe temor a hablar de lo que hay, sobre lo que se hace con los inimputables en Colombia. Tengo una gran deuda intelectual y mucha afinidad con él y de eso me enorgullezco, de poder compartir con él esa sensibilidad por el problema de los locos, por el problema de los inimputables en Colombia.

El trabajo que hemos adelantado en la Universidad Nacional, empezó con una encuesta llevada a cabo en las cárceles donde supuestamente había clínicas psiquiátricas; nos desplazamos a esos sitios y con la labor incansable de dos alumnos muy distinguidos de la Universidad Nacional, con la colaboración de GABRIEL PRADO y ALBERTO MUÑOZ, aquí presentes, fue posible esta investigación. Durante tres o cuatro meses estuvimos metidos en el sitio de trabajo, tanto en las oficinas donde se manejan las estadísticas como en los patios, en los dormitorios, en el espacio que tienen estos hombres, porque queríamos traer a ustedes una semblanza precisa, correcta, exacta de lo que es la realidad, esa amarga realidad de los inimputables en nuestro país.

Quiero hoy, al iniciar esta exposición, dedicarla —lo habíamos convenido con mis compañeros de equipo— a la memoria de un interno del Psiquiátrico de La Picota, precisamente un interno que en esa época que estuvimos trabajando allí, se suicidó ingiriendo una alta dosis de insecticida. Queremos rendir memoria hoy a ese interno cuyo nombre no deseamos mencionar, porque queremos ante todo mostrar esta realidad de todos los presos en Colombia, de todos los inimputables que hoy padecen en ese infierno de los mal llamados anexos psiquiátricos, que no sabemos por qué los llaman anexos, ni, menos aún, psiquiátricos, porque eso no es nada que se les parezca siquiera; eso es infame.

En Colombia se está cometiendo el más grave atropello, un atropello inenarrable contra estos hombres y precisamente contra los enfermos de la mente, contra los inimputables, contra los que no pueden hablar, contra los que no pueden razonar; por eso estamos angustiados de estar aquí, porque estamos en el deber de ser la voz, estamos en la obligación de ser elocuentes por los que no tienen razón, estamos en el deber de convencerlos a ustedes de la necesidad de grandes transformaciones, en nombre de quienes no pueden ser oídos, en nombre de quienes no pueden hablar porque están sumidos en verdaderos e inenarrables antros de miseria espiritual que a uno lo indignan y que a todos nos deben indignar.

* Profesor de la Universidad Nacional. Presentamos a nuestros lectores el texto de la conferencia que pronunciara el autor en el I Seminario Nacional de Criminología, realizado en la Universidad de Medellín el 25 de mayo de 1984 y que corresponde a un informe sobre una investigación de campo adelantada por el Dr. ARENAS en unión de los estudiantes de la Universidad Nacional, señores GABRIEL PRADO y ALBERTO MUÑOZ, sobre el Anexo Siquiátrico de La Picota en la ciudad de Bogotá, sitio a donde son remitidos los inimputables en Colombia. (Versión estenográfica).

Buscamos cuál era el soporte legal del supuesto tratamiento penitenciario o clínico para los inimputables, revisamos las normas, las leyes, los decretos donde estaba estatuído cómo se debía tratar a los inimputables en Colombia, y lo único que encontramos, esto para comenzar, fue que dicho régimen está contenido vergonzosamente en el art. 35 del decreto 1817 de 1964, que dice: "mientras se construyen los manicomios criminales, los delincuentes anormales estarán totalmente separados de los comunes y el régimen interno de alimentación, trabajo y disciplina y vigilancia será determinado por el servicio médico carcelario". Este es el régimen legal y penitenciario de los inimputables en Colombia... No hay más.

Entonces, nos fuimos y preguntamos dónde guardaban, dónde encarcelaban a los inimputables, porque sabíamos que no había tratamiento, y nos dijeron: "En el Anexo Psiquiátrico de La Picota" y preguntamos: ¿dónde más? y nos dijeron: "En el Anexo Psiquiátrico del Buen Pastor". En definitiva, ¡encontramos que estos eran los únicos lugares para tratar a los inimputables en nuestro país!

Nos fuimos para el Anexo Psiquiátrico de La Picota y hallamos que era un patio de la cárcel, como cualquier otro patio —mejor, digo mal— no era como cualquier otro patio, era el más pequeño, el más incómodo, el más aislado, el más antihigiénico; y empezamos a estudiar esta realidad pensando que debía existir alguna equivocación. Nos fuimos luego a estudiar el Código Penal de nuevo para establecer qué se podía hacer, qué se podía elaborar intelectualmente y tampoco encontramos nada.

Decidimos, entonces, buscar en la doctrina, en la jurisprudencia, a ver si podíamos establecer qué es lo que ha pasado con los inimputables pero nuestros esfuerzos fueron vanos y, así, decidimos elaborar esta ponencia, haciendo inicialmente una crítica a la concepción general de la inimputabilidad y de la imputabilidad.

En general en la doctrina, después lo veremos en el Código Penal y finalmente en la realidad penitenciaria, hay algo que siempre nos llamó la atención: los jusfilósofos que procuran explicar la estructura del Estado, que recurren a mil argumentos, que recurren a mil sofismas y que los ve uno angustiados en esos malabarismos jurídicos para dar una explicación sobre la esencia del Estado, no se han percatado de que tal esencia se ve en su forma más descarnada, más directa, en la aplicación física, en su concreción material; la ve uno en la fuerza que se ejerce en la captura, en esa fuerza material que nos indica la verdadera esencia del Estado. Y cuando a esa persona capturada la encierran en un sitio y le echan candado a las puertas y la dejan allí, siente uno, ve, palpa realmente la naturaleza del Estado; allí está toda la esencia que se concreta en ese poder aplastante de privar a un hombre de su libertad, para alejarlo de sí mismo. Pero, lo que más me ha llamado la atención es que los jueces, las personas que trabajan con la justicia, con el derecho, han decidido entender como normal la pena; ya nos hemos acostumbrado a ver normal el hecho de que un juez imponga una pena de cinco años, de diez, de veinte años de cárcel. Eso ya lo vemos normalmente, lo hacemos maquinalmente; pero por fortuna el derecho empieza a devolverse, gracias a personas que, como NOVOA MONREAL, están renovando el derecho penal, porque están entendiendo, denunciando, exigiendo, por primera vez, que el Estado explique por qué impone una pena y, con mayor razón, por qué se ve en la pena una solución.

Pero lo que más me aterra es la forma como hemos venido entendiendo la falsa correspondencia entre delito y pena; nos enseñaron una ecuación y desde la escuela de derecho se nos ha repetido que a un delito "X" corresponde una pena idéntica, una pena que resarce. Sin embargo, no se había reparado en que NIETZSCHE con su aguda capacidad de visualizar en lo más hondo de la humanidad, de la historia, nos llamó la atención, nos había dicho que esa igualdad supuesta entre pena y delito, es falsa, es un mito; no existe esa famosa correspondencia, por eso no creo en ella.

Nos llamaba también la atención, hablando de inimputables, la pretendida diferencia entre pena y medida de seguridad. ¿Quién dijo, quién demostró esa diferencia? Se nos hizo muy sospechoso que nos dijeran que había diferencia entre pena y medida de seguridad; veíamos genios como CARRARA y FERRI y tantos otros que ha producido el derecho penal, explicando esa diferenciación pero nos convencimos de que la misma no era seria. No era demostrable y termina uno, entonces, concluyendo algo muy claro en mi sentir: si tanta gente ha buscado tal diferenciación y no la ha encontrado, es porque es supuesta, porque no existe. En ambas se presenta un elemento fundamental, insoslayable: la capacidad del Estado de doblegar a una persona, la capacidad de doblegarla enferma: si es inimputable, por medio de una medida de seguridad compulsiva, coactiva, obligatoria; por medio de una pena si es un imputable. Esos elementos, que son comunes a ambas formas de sanción, nos demuestran que si existe una diferencia entre ambas es puramente accidental.

Pero nos llamaba mucho la atención la teoría de CARRARA porque él fundamentaba la pena en el supuesto de la libertad, en el libre albedrío; por supuesto que nunca demostró el libre albedrío: él lo supuso y lo hizo con un argumento que yo no podía entender: parto, dijo, del supuesto del libre albedrío porque sin él no se puede entender la ciencia del derecho penal. Y es que ello no se puede entender simplemente, pese a lo cual CARRARA procura explicar así el fundamento de la pena. Era realmente, como dicen algunos de sus admiradores, un edificio a la lógica, un monumento a la lógica jurídica.

Yo estoy de acuerdo en que la construcción del maestro de Pisa era un monumento a la lógica jurídica al demostrar el fundamento de la pena, al demostrar la razón de ser del castigo por parte del Estado; pero ¿qué hacer con los inimputables que no tienen libre albedrío? Este es el talón de Aquiles de la escuela de CARRARA, ello no se puede explicar desde su estructura lógica, no encuadra en ese edificio armonioso. La razón para imponer la medida de seguridad no reposa en la teoría clásica carrariana.

Y, después, con mucho más vuelo político, FERRI, este hombre tan controvertido, decide superar el planteamiento carrariano diciendo que, en definitiva, no es el libre albedrío el supuesto de la pena, que es la necesidad de la defensa social contra los peligrosos. Se acaba así el argumento de que eran los justos los que pedían la pena, pues según el sumo pontífice de la Escuela Positivista, es la sociedad en general la que necesita defenderse, no importa sobre qué supuestos.

Si FERRI pensó que solucionaba el problema de los inimputables y que ese era el remedio a la problemática que suscitaba la teoría de CARRARA, tal remedio, como ustedes lo saben, resultó peor que la enfermedad.

La tesis de la responsabilidad legal, de la responsabilidad social fundada en la necesidad de defenderse y en el juicio de peligrosidad, tampoco podía ser el fundamento de un nuevo Estado de Derecho y mucho menos democrático-liberal, como se ve en la práctica con lo acontecido con los regímenes totalitarios de Italia, Alemania y España. FERRI estaba profundamente equivocado, pero, lo peor para nosotros, es que después de habernos enseñado el positivismo nos dijeron: hay que quemar sus textos, es necesario dejarlo a un lado, es malo políticamente, es malo ideológicamente. Y nos dicen que lo dejemos, se nos recomienda como muy adecuado dejarlo, pero en los códigos el positivismo está allí, porque en teoría podemos ser carrarianos y el Estado puede defender las tesis carrarianas, pero no puede dejar a los inimputables por fuera; si el Estado quiere meterse con ellos, entonces somos carrarianos. Eso es positivismo, y si queremos ser sinceros debemos sacar conclusiones.

Esa cuestión no la vamos a tocar hoy aquí, pero sí vamos a demostrar cómo esa medida de seguridad para los inimputables sirve para dejar al descubierto la supuesta fundamentación de la pena para los inimputables, porque el argumento de CARRARA tiene mucha fuerza visto independientemente, pues uno dice: si la pena se fundamenta en la culpabilidad y esta se fundamenta en el libre albedrío, la teoría es fuerte; pero ¿qué pasa cuando el Estado se mete con los inimputables, incapaces de culpabilidad, incapaces de describir voluntariamente un acto racional comprendido? Quiere decir que el Estado no está interesado en fundamentar esa pena en ninguna culpabilidad, sino que en definitiva no le importa más que defenderse.

Los juristas del mundo entero pueden seguir discutiendo el resto de su vida si la culpabilidad es el fundamento de la pena, pero el Estado mientras tanto sigue reprimiendo con igual fuerza y con igual violencia, con igual eficacia. A mí me llama mucho la atención que algún jurista sostenga que la suerte del derecho penal está echada con la suerte de la culpabilidad y afirme que mientras no se decida la suerte de la culpabilidad el derecho penal estará a la deriva; pero resulta que la suerte de la culpabilidad no ha sido hasta ahora aclarada y no ha pasado nada con el derecho penal. Y también nos dicen que mientras no se decida el asunto de la imputabilidad o la naturaleza de la pena, su naturaleza represiva, el derecho penal va a la deriva. Pues sí, va a la deriva porque no se ha decidido la cuestión de la pena; no se ha decidido porque el derecho penal se ha mitificado, lo han idealizado, porque esta es también su función, si no la más importante, pues aparentemente se trata de una estructura lógica. Sin embargo, ese derecho penal, como todo derecho, cumple una función de alienación.

En el período esclavista, en el feudal, la relación de explotación, de extorsión, era una relación clara, transparente: el esclavista mata, lesiona y viola, ejerce un acto de poder y nunca el sistema penal reprimía esos actos realizados por el esclavista contra el esclavo. Y el derecho feudal también oprime: a la persona la adscribían a la gleba y le daban el sustento, le arrancaban la fuerza de trabajo, era una

explotación clara y directa; pero, con el advenimiento del capitalismo, con ese fenómeno extraordinario que tanto admirara HEGEL y que tantas veces después repitiera MARX cuando por primera vez en la historia aparecen teorías adelante de la realidad, cuando por primera vez los bueyes van adelante de la carreta, entonces ese derecho penal, esa ideología comienza a justificarse en proyección, a justificar el futuro, el futuro acto de poder. Es así como lo que antes era claro y transparente se nos ha convertido en un contrato laboral. Un hombre va a buscar empleo y le hacen firmar un contrato de trabajo, y los jusfilósofos, los laboralistas eminentes, afirman que se trata de un contrato libre de trabajo, que tiene los elementos del contrato laboral: la subordinación y el salario; con posterioridad esa persona recibe su salario y con él intenta la compra de los bienes que necesita para subsistir, y llega entonces al discurso sobre los elementos del contrato libre y de una vez identifican el contrato de compraventa. Son tan libres... y estamos ahora en frente a un contrato de compraventa.

Pero si ese hombre no quiso trabajar por el salario mínimo y decide apropiarse de los bienes y hurta, entonces llega el derecho penal y le dice: delito contra la propiedad, hurto calificado, hurto agravado, típico, antijurídico, culpable y una pena de cinco años. Mientras tanto se nos ha escondido lo que hay en el fondo: se está vedando la realidad, que en definitiva es pura y simple, es una extorsión, es un acto político de opresión por parte de quienes detentan el poder.

Los que detentan el poder han dicho: "Queremos una sociedad en estas condiciones: si el que no tiene dinero quiere subsistir debe vender su fuerza de trabajo y debe venderla de acuerdo con nuestras condiciones; si no le gusta así, el derecho penal lo espera y lo recoge y lo reduce". Esa es la única realidad concreta en esta materia. Entonces, siendo esto así, no nos angustiemos porque no encontremos lógica en muchas instituciones del derecho penal; yo no quiero venir aquí a presentarme en plan de sorprendido con las incongruencias del derecho penal, ¡no nos preocupemos, que todo es incongruente!

Recuerdo mucho el famoso discurso de la legalidad ridiculizado por ANATOLE FRANCE cuando dice: "La ley realmente es igual, la ley es igual para ricos y pobres, la ley para ricos y pobres prohíbe dormir debajo de los puentes"; esa es realmente la igualdad de esa norma jurídica. Aquí queremos decir, entonces, que para CARRARA el esfuerzo fue vano y, para FERRI, que quería solucionar el problema que no había solucionado CARRARA, resultó también mucho más grave, resultó peor esa solución. En conclusión, en esta materia no creemos, porque no son serios los argumentos, en la supuesta dicotomía entre penas y medidas de seguridad, y hablo desde el punto de vista puramente teórico, no hablo de la práctica porque es asunto de posteriores tratamientos.

Pero ahora nuestros legisladores al conformar el nuevo Código Penal han llegado con sus teorías para desechar el Código anterior, el cual se criticó porque era positivista, porque era ferriano; pero resulta que ahora con este estatuto del 80 quedamos con un código más retrógrado que si fuera lombrosiano, retrocedimos más allá de LOMBROSO.

Este aporte, este estudio ha sido hecho también por los juristas de Medellín; fundamentalmente NÓDIER AGUDELO ha destacado ese aspecto, ese retroceso de nuestro Código Penal, porque en definitiva parece que nosotros estuviéramos condenados siempre a recoger las tesis ya cuando están trasnochadas, siempre nos llegan viejas, no de 10 años ni de 100 años, sino viejas de 200 y 300 años; ahora, si fuéramos lombrosianos, si fuéramos peligrosistas en su más cruda expresión, un inimputable podría salir del hospital psiquiátrico o del anexo psiquiátrico cuando dejara de ser peligroso. Pero con el nuevo Código, con el modernismo, solamente puede salir cuando recupere su salud mental; y si es enfermo crónico, si es un enfermo incurable, si sufre de un trastorno mental permanente, entonces ese inimputable está condenado a morirse en los anexos psiquiátricos. No tiene forma de salir porque entonces el abogado podría decirle al juez: "Señor juez, aquí está demostrado que este hombre no es peligroso"; y el juez dice: "Correcto, pero demuéstreme que no está enfermo".

Porque la condición legal de este Código moderno, de este artículo 94 no es que deje de ser peligroso, sino que deje de estar enfermo; esto yo no lo he podido entender: ¿cómo puede el Estado ensañarse así en una persona por el hecho de ser enferma y cómo se puede ensañar contra una persona que está enferma por razones, por causas de las cuales el principal responsable —cuando no el único responsable— es este mismo Estado, esa misma sociedad? Y esa es la ideología de los artículos 94 y 95: se ensañan en una persona por la circunstancia de que es enferma y en esta ocasión porque es enferma de la mente, es una responsabilidad del agente; si en otras oportunidades, si en teoría del derecho penal se dice que ya superamos la época de responsabilidad de autor, de responsabilidad de agente y que debe responderse por el acto, aquí también se ha ido más allá de la responsabilidad de autor y de la responsabilidad de agente; debemos decir que el inimputable está condenado a padecer las medidas de seguridad por la sola circunstancia de ser enfermo, circunstancia de la cual el sano podrá ser responsable; pero la verdad clara y nítida no es ni más ni menos, ni es otra distinta. Esa ideología de la responsabilidad objetiva también se puede ver con el tratamiento que le están dando al enfermo mental transitorio cuya enfermedad deja secuelas.

Yo recuerdo que este hombre extraordinario, este fiscal que tanto admiramos del Tribunal de Medellín haciendo una defensa de los inimputables, buscando cómo aligerar esa carga que sobre ellos pesa, decía que tenía temor de excederse en los adjetivos, en los verbos, en los sustantivos. No, doctor ESCOBAR: hablando de los inimputables, tratando de los inimputables, no hay forma, no es posible exagerar; ningún verbo, ningún adjetivo, ningún sustantivo alcanza para describir su inenarrable miseria; ese hundimiento material, espiritual, no es posible describirlo. Yo me aterraba con los psiquiatras conductistas que hablaban de lobotomía, y estamos en profundo desacuerdo con esas manipulaciones del hombre que chocan contra los más elementales principios de respeto y dignidad; pero cuando uno va al psiquiátrico de La Picota, encuentra que a todas las personas allí recluídas las mantienen dopadas, que a base de psicofármacos las mantienen absolutamente inocuizadas, perdidas por completo, como entes, como vegetales; entonces, piensa uno que la lobotomía

sería mejor, porque ese aniquilamiento espiritual, ese hundimiento mediante psicofármacos, no es compatible con la dignidad humana. No los guardan, no los tratan, no los aniquilan: los inocuizan, les dan pastas, les dan psicofármacos que los mantienen siempre así. Eso, en mi opinión, es peor que todo.

Y ¿quiénes son los inimputables que van al psiquiátrico? Los tienen rotulados, y entre doscientas posibilidades, un siquiatra, seguramente muy respetable, decide hacerlo de una forma que yo nunca había visto: de las doscientas posibilidades de rotulación, existían en el anexo psiquiátrico 72 de enfermos, inclusive de insomnio, mientras que a otros les diagnostican un retraso intelectual. Y a ese del insomnio, a ese del retraso intelectual, lo mezclan con el paranoico, con el esquizofrénico, los meten —porque es una forma adecuada de decirlo—, los depositan, los almacenan como cosas, en las mismas condiciones, en las mismas lamentables condiciones. ¿Para qué esa farsa de la rotulación? ¿Si van a sufrir el mismo tratamiento, el mismo maltratamiento? porque eso no es tratamiento, eso es absolutamente estúpido: rotular a una persona para terminar dándole un tratamiento igual al de todos, ¡eso es una farsa!

Pero, de todo esto, nos preocupó mucho el caso de 90 personas cuyo diagnóstico decía: "Deben salir" y, sin embargo, a pesar de ser sintomático, de ser normal, allí estaban; y nos entró la inquietud de saber por qué estaban allí y hallamos que había algunas personas condenadas, mientras que otras tenían auto de detención, o estaban en tránsito para que se les practicara un examen médico-legal. Está bien que el juez pueda disponer del cuerpo de una persona para que se le practique un examen pericial; pero lo que no puede hacer, lo que es absolutamente ilegal, lo que es cruel, inhumano, es que con el pretexto de un examen médico-legal se recluya a una persona normal durante varias semanas, varios meses o años en un psiquiátrico como el de La Picota a la espera de un dictamen. Allí, esta persona se va desvelando, le va dando insomnio porque tiene que cuidarse de los otros, de los que realmente están enfermos, porque son real y potencialmente peligrosos y comienzan a consumir los psicofármacos y las pastas y los dopantes y esa persona termina desequilibrada, y entonces ese anexo no solamente es un sitio para tratar sino que es una verdadera fábrica eficaz y muy productiva de locura.

Esas noventa y dos personas que están en el psiquiátrico con el diagnóstico de "normal" o "asintomático", lo están de una manera absoluta y francamente ilegal, arbitraria y abusiva. Y, sin embargo, están allá y al preguntar por qué esta gente no sale, la respuesta es que no hay presupuesto para la remisión porque ellos llegan de todos los lugares de Colombia. Este es uno de los problemas; es tal vez más dolorosa la transhumancia a que se somete a estas personas enfermas o supuestamente enfermas de la mente. Desde la Guajira, Pasto, Buenaventura o Leticia mandan a una persona para Bogotá, para el Psiquiátrico de La Picota o del Buen Pastor y después no la pueden regresar porque no hay presupuesto para la remisión; entonces se queda aquí y termina enloqueciéndose.

El desvelo, el insomnio, la soledad, eso es necesario que se denuncie, es necesario reaccionar; y las otras personas, las que pudiéramos decir que están enfermas, o aquellas respecto de las cuales se ha hecho un diagnóstico de enfermedad mental, ¿en qué

condiciones están? Están con auto de detención el 81% y los demás están condenados. Creemos que esa detención es ilegal por dos razones: primero, porque los requisitos para detener en Colombia son fundamentalmente dos:

—que contra el delito por el cual se procede haya una pena privativa de la libertad, y

—que contra la persona existan pruebas de responsabilidad.

Aquí en Colombia ya hay jurisprudencia, ya hay estudios doctrinarios que entienden que esa medida de seguridad no puede jamás asimilarse a una pena privativa de la libertad. Desde el punto de vista jurídico y técnico no lo es.

Pero no discutamos eso que es discutible; yo me quedo con el segundo argumento, según el cual no hay prueba de responsabilidad porque el artículo 5° del Código Penal colombiano proscribió toda forma de responsabilidad objetiva; y si un juez dice que contra un inimputable encontró prueba de responsabilidad está faltando a la verdad, porque si hay prueba de que es un inimputable y si el juez se da cuenta con posterioridad que es inimputable también debe declarar que no hay prueba de responsabilidad sino que hay prueba de ausencia de responsabilidad y debe, en estricto derecho, revocar ese auto de detención.

Pero también es ilegal la detención de los *inimputables* por el sitio donde se realiza esa detención. Yo, que tanto quiero este Tribunal de Medellín, me sorprendí cuando en una de sus providencias decían los magistrados que ciertamente era doloroso que eso debiera pasar, que era cruel mandar a esas personas a esos sitios donde no podían ser tratados, pero que ellos tampoco corrían el riesgo infringiendo la ley. Yo pienso que se infringe más la ley mandándolos a esos sitios; para mí es claro que eso es ilegal, que simplemente se deben abstener los jueces de imponer una medida o de ordenar ese internamiento.

Yo vengo aquí a proponer que asumamos esta actitud con valentía porque, si no es así, con ese argumento un juez de pueblo podría decir que por no haber allí cárcel, el preso debe ser recluído debajo de las escaleras de la Alcaidía. Yo he visto casos así y creo que para ustedes como para nadie, no es un secreto que esta es una forma ilegal de encarcelar a una persona. ¿Y por qué para el inimputable no es ello claro?

El argumento es que el Estado colombiano no puede dejar de reprimir, pero este Estado está física y moralmente impedido para ordenar este internamiento.

Esa ley que les decía del año 1964, según la cual "Mientras se construyen los manicomios criminales... estén separados los enfermos mentales..."; así que "mientras...", y "mientras se construyen" han pasado más de 20 años, y pasarán 60 y 100 años y así no van a construir nunca un hospital siquiátrico. Entonces, ¿con qué autoridad moral puede uno decir: "es inmoral", "es ilegal", "es indebido" dejarlos por la calle, no reprimirlos o no internarlos?

Un Estado que no cumple con este deber no solo de justicia sino de solidaridad con las personas, un Estado que no ha podido construir un hospital siquiátrico para tratar a los inimputables, no puede llamarse a engaño si un juez, en un momento dado, en un momento de valor y de reciedumbre moral, decide que no manda a ese inimputable a ese sitio porque no es el sitio que la ley manda. Pero hay otro argumento ya no relacionado con el sitio, es el relacionado con el tratamiento.

La medida de seguridad supuestamente es para tratar al enfermo, es para rehabilitarlo; pero el psiquiátrico no solamente no trata, no rehabilita, sino que por su forma, por todo lo que es, enferma a los que llegan sanos de la mente y agrava a los que llegan enfermos. Existe un depósito de hombres, un depósito de unos remanentes humanos que fueron hombres y a eso lo llaman un "anexo psiquiátrico"; yo no sé por qué le dicen "anexo psiquiátrico", yo no sé qué esconden detrás de ese nombre, porque ni es anexo ni es psiquiátrico.

Alguna vez la Federación Médica dijo: "Ese es un patio de una cárcel con una mala enfermería de psiquiatría", esto lo dijo durante una visita hecha a esta institución. Esto es muy poco decir, porque el drama de los inimputables en Colombia no empieza allí, sino que empieza con eso que decíamos, ese drama de la transhumancia; lo más elemental que un enfermo de la mente necesita, a lo menos para no empeorar, es un medio familiar, un medio social propicio y adecuado. Con el inimputable se empieza por arrancarlo de su familia, de su pueblo, de su medio y someterlo a una transhumancia cruel a Bogotá. Ese es el primer factor negativo para el tratamiento del inimputable, y allá queda ese hombre perdido.

Yo he visto la forma como trasladan caballos en Colombia; he visto trasladar ganado; y a fe que los encargados de hacerlo son más humanos, son menos crueles que quienes trasladan a los enfermos de la mente, a los inimputables; es un verdadero viacrusis al que son sometidas estas personas. Se les arranca de su medio y se les mete allí, se les almacena, no es posible decir que se les recluye o se les deja; les depositan, les tiran allá a su suerte; y muchas veces una de estas personas no puede hablar, no puede decir cuál es su caso, ni siquiera puede llamar a un abogado, ni siquiera a los de oficio; ahí queda sumido ese hombre, queda perdido y comienza este proceso de degradación de las capacidades físicas y mentales; y se dan casos —como muestran las estadísticas que hemos traído a este congreso— de personas que llevan allí cinco, diez años, y cuyo delito o cuya lesión es de ínfima dañosidad, de poca trascendencia jurídica y estas personas se encuentran en las condiciones más miserables que puedan registrarse.

Traíamos para ustedes una propuesta: que pensáramos en la proporcionalidad de las medidas de seguridad como un remedio a largo o mediano plazo; y comenzamos a buscar antecedentes en códigos penales y encontramos que estos códigos vigentes hoy establecen un límite máximo a la medida de seguridad. Yo propongo, quiero que se estudie la idea, que no solamente sea un límite máximo como lo piensa el Código Penal Tipo para Latinoamérica de 15 años, sino que en ningún evento y habida consideración de lo que es la realidad y para que no sigamos esperando mientras nos hacen los manicomios, que en ningún caso la medida de seguridad tenga una duración mayor de la que correspondería si se tratara de una pena para los imputables, porque es que al enfermo de la mente se le está discriminando de la peor forma y esto no ocurre solamente en las cárceles.

Hay una animosidad del Estado, de la autoridad, contra el enfermo mental; siento terror cuando a cualquier oficial de la policía —para estrenar salida—, con los 10 policías que tiene a su mando, le da por buscar a los locos que están debajo

de los puentes; ¿por qué desacomodar a los locos que buscan refugio debajo de un puente? No estorban. Queremos negarles hasta la más elemental protección contra la intemperie, y entonces todo policía de cualquier rango quiere iniciarse yendo debajo de los puentes a coger a puntapiés a los enfermos de la mente y sacarlos, espantarlos a donde se mojen.

Esa misma mentalidad, esa misma actitud con el enfermo de la mente de la calle está reflejada en la cárcel; pero allí es peor, es más honda esa incomprensión. Yo quiero decirles a ustedes que también los que están allá, ya no en virtud de un auto de detención sino de una condena a medida de seguridad, lo están en forma ilegal, están en forma arbitraria allí, porque la ley ordena que a tales personas se las interne en un hospital psiquiátrico oficial destinado para ello, y ... eso no es un hospital. ¡Una pocilga es mucho decir, para indicar el sitio donde viven los inimputables condenados en Colombia!

Se los están comiendo los insectos, las pulgas, los piojos; todo cuanto mal sea posible mencionar, generado por la miseria, por la contaminación, por un contacto antihigiénico; todo eso está carcomiendo la salud física y también mental de esos inimputables almacenados en el Psiquiátrico de La Picota; y sufren hambre porque estas drogas psicolépticas, los psicofármacos tienen el efecto colateral de producir un hambre devoradora y la alimentación de ellos en nada se diferencia de la alimentación de los presos de La Picota y andan cautelosos a la espera de que una rata aparezca. ¡A eso se le llama anexo psiquiátrico, a eso se le quiere dar el nombre de hospital!

Yo pretendía, y eso propongo, que en un acto de honestidad se libere a esas personas, porque en la calle por lo menos pueden disputarles a los perros los residuos, la basura de la calle, por lo menos puede que le ganen al perro. Pero allá no, en el psiquiátrico no tienen ni siquiera esta oportunidad.

Decía alguna vez OSCAR WILDE: "Hay fenómenos, hay actos, hay hechos que destrozan el corazón", y está bien porque, al fin y al cabo, agrega, "el corazón está para que se reviente, su destino es estallar algún día". Lo grave, lo terrible es que esos hechos endurezcan el corazón volviendo a ese ser humano insensible y nosotros nos estamos insensibilizando. Una sociedad que no puede tener un verdadero psiquiátrico, una sociedad que mantiene sitios como estos donde se aniquila al hombre en todas sus formas, es una sociedad que no está legitimada, desde ningún punto de vista, para disponer ese internamiento.

Si un enfermo mental transitorio comete un delito o realiza un hecho de los descritos en la ley como punibles y su trastorno mental deja secuelas, debe ser internado en un psiquiátrico con un mínimo de duración de seis meses. La pregunta es, ¿a título de qué esos seis meses? Supongamos que la persona recupera su salud mental después de un mes de tratamiento, y durante los cinco meses restantes ¿a título de qué va a permanecer internado en un anexo psiquiátrico? Si eso no es responsabilidad objetiva, entonces que vengan los iluminados y nos digan qué es responsabilidad objetiva; y la más cruda y la más burda, precisamente contra el enfermo, contra el enfermo de la mente. Entonces esa ideología se ha plasmado en ese Código malo, ese Código que no puede ni siquiera ser tildado de lombrosiano

porque es un honor que no merece; en eso ha retrocedido el derecho penal colombiano mucho tiempo; estamos de acuerdo con las interpretaciones que se están buscando, aquí también estamos haciendo esfuerzos interpretativos y a mí me parece bueno que se haga; si yo en algo puedo contribuir, también contribuyo a interpretar y vamos a buscar fórmulas. Pero estamos de todas maneras a merced de un juez que decida o no aceptar nuestras propuestas; entonces el inimputable también está siendo maltratado desde el Código Penal.

Ahora, mirando otra vez lo que es esa realidad penitenciaria, queremos decir que el trabajo investigativo es siempre un trabajo placentero, siempre produce alegría, siempre produce satisfacción; pero tratándose de este trabajo con los inimputables nos duele decir que realmente no produce alegría, ni siquiera produce la satisfacción de un deber cumplido porque las condiciones de miseria, las condiciones infrahumanas en que están los inimputables en Colombia son francamente indescriptibles.

Yo pienso, en primer lugar, que está bien que la Universidad proponga a este foro que se admita que el internamiento de los inimputables en Colombia —como está sucediendo— es absolutamente ilegal, porque los están internando en un sitio que no es un hospital psiquiátrico. Segundo, es ilegal ese internamiento porque la función de rehabilitación y tratamiento tampoco se está cumpliendo, y para respaldar esa propuesta de admisión de la realidad jurídico-procesal entrevistamos a seis psiquiatras directores del psiquiátrico de La Picota y del psiquiátrico del Buen Pastor, y todos estuvieron de acuerdo en admitir —porque no podían hacer menos— que eso no es un hospital ni un psiquiátrico, y que lo que allí se aplica a los enfermos tampoco es un tratamiento y mucho menos tratamiento rehabilitador.

A mí me parece que si eso es ilegal los jueces harían bien en no aceptar ni decretar esa medida o supuesta medida de seguridad. Esa es mi propuesta, pero como es difícil, como de pronto no existe la condición adecuada, entonces propongo que pensemos, que meditemos, en un acto limpio de conciencia, si no es mejor que se acabe esa diferencia entre imputables e inimputables en favor de estos últimos, porque la discriminación es de todo orden. En realidad las condiciones en que están los inimputables en Colombia son más gravosas que las condiciones en que están los imputables, físicamente más gravosas, la punición es mayor.

Pero, ¿qué es lo que está en contra de ellos, que están indefinidamente internos? Si los trataran como imputables, por lo menos al cabo de un tiempo podrían recuperar su libertad; si los trataran como imputables podrían beneficiarse de la condena condicional, de la excarcelación. ¿Por qué nosotros, que somos la razón o que tenemos razón o que razonamos formalmente, por qué engañamos? Es malo engañar, eso no es ético, eso no está bien, no es correcto. Engañar a un inimputable, a un enfermo de la mente, a un loco y encarcelarlo en un sitio como La Picota con todos los padecimientos, con todas las privaciones, en peor forma que los imputables, encerrarlo allá y decirle: "Esto es una medida de seguridad", es un engaño que no es digno de nosotros, es un engaño cruel, la palabra vana, la palabra sin contenido.

Lo único cierto que hay allí es que nos estamos "deshaciendo" de ellos, esto sí es cierto, eso sí es concreto. Entonces, seamos también sinceros y digamos que lo que no queremos es a los locos, lo que queremos es aniquilarlos; y aniquilémoslos si es que eso es lo que se quiere, pero no digamos más mentiras, no digamos que son medidas de seguridad, porque no lo son; es un aplastamiento, es un aniquilamiento y eso no está bien, eso es fascismo, eso es vergonzoso, eso no es correcto, ¿por qué engañarnos? Ustedes saben, nosotros sabemos que eso no es una medida de seguridad, admitamos eso, ¿o nos da vergüenza admitirlo? Entonces la propuesta es: "Que se declare que el internamiento para los inimputables en nuestro país es ilegal, por las razones expuestas; y que se promueva una acción de la Procuraduría, que se promueva una acción de Derechos Humanos, una acción de carácter internacional, si es que no alcanza nuestra fuerza, porque no se puede continuar con ese genocidio psiquiátrico, con ese genocidio psicológico, con ese aniquilamiento de los hombres".

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

—Sala Plena—

EXEQUIBILIDAD DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 233 DEL C. DE P. P. EN EL DELITO DE HURTO

La norma en mención consagra una presunción legal (*iuris et de iure*) que admite prueba en contrario, debiendo el juez, en cada caso, obrar frente a la misma dentro de la libre convicción probatoria que le atribuye el legislador, resolviendo toda duda que se presente en favor del procesado. Tal presunción ciertamente es antitécnica, sobre todo a la luz del nuevo Código Penal que eliminó la peligrosidad y la reincidencia, pero ello no significa que sea inconstitucional.

Mag. ponente: Dr. RICARDO MEDINA MOYANO

Junio 13 de 1985

I. *La demanda*

Haciendo uso de la acción pública consagrada en el art. 214 de la Constitución Nacional, el ciudadano Héctor Rodríguez Cruz, "abogado en ejercicio", solicita a la Corte "declare *inexequible* el art. 233 del Código de Procedimiento Penal (decreto-ley N° 409 de 1971), dictado por el señor Presidente de la República en base (sic) a las atribuciones a él conferidas de acuerdo al art. 76 de la Carta Fundamental".

Admitida en su oportunidad la demanda por reunir los requisitos de rigor y obtenido el pronunciamiento del ministerio público, corresponde a la Corte tomar la decisión respectiva.

II. *La norma acusada*

La transcripción literal del precepto acusado, comprendidos los acápites correspondientes del decreto del cual forma parte, es la siguiente:

"DECRETO NÚMERO 409 DE 1971
"(marzo 27)

"Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas.

"*El Presidente de la República de Colombia,*

"en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, y atendido el concepto de la Comisión Asesora que la primera prevé,

"DECRETA:

"CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

.....

"Art. 233. *Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo.*

"Constituye así mismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad".

III. *Normas de la Constitución que se estiman violadas*

En cuanto a las normas de la Constitución, cuya transgresión sirve de base a la petición de inexequibilidad, afirma el demandante: "Estimo que la norma acusada de inconstitucionalidad es atentatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional".

IV. *Fundamentos de la demanda*

En punto a la fundamentación del ataque de inconstitucionalidad, el demandante empieza por determinar el alcance del art. 26 de la Constitución a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, cita algunos autores, para detenerse luego en la interpretación de los arts. 232 y 217 del Código de Procedimiento Penal, para concluir respecto del artículo acusado que:

"...al funcionario judicial, que debe limitarse únicamente a aplicarlos, no le queda más que condenar a quien ha sido cogido con la cosa hurtada, tal como se denomina en el nuevo Código Penal, en la modalidad de simple o calificada según la investigación penal de los hechos, si esa persona con anterioridad ha sido condenada por delito alguno contra el patrimonio económico, como se denomina actualmente en la legislación penal; el bien jurídico tutelado, al igual que el robo, ha cambiado, su *nomen iuris* por el de hurto calificado, siendo la descripción de la conducta igual a la que hace relación el artículo 233 del C. de P. P. con la del C. Penal derogado, pues lo que ha cambiado es el *nomen juris*, de la infracción; lo cual a todas luces es aberrante, si se tiene en cuenta que dentro de las más importantes funciones del procedimiento están las de rodear de garantías al individuo a quien se le atribuye la comisión de un hecho sancionable...".

Más adelante, el actor insiste en que se viola el art. 26 citado, toda vez que la norma cuestionada no permite la aplicación de los principios de duda y favorabilidad, y al efecto expresa:

"...en tales casos no se puede aplicar la duda a favor del sindicado, porque el hecho de haber sido condenado por delito contra el patrimonio económico con anterioridad ya le hace responsable, culpable para la legislación procedimental, ni tampoco ninguno de los principios de favorabilidad del art. 26 de la Carta, desarrollados por la ley 153 de 1887, como en caso de duda bien sea para absolver; o aún como se haría para un auto de vocación a juicio, en el caso de que la conducta sea encubrimiento y no hurto...".

V. *Concepto de la Procuraduría*

Mediante el concepto N° 868 (f. 7 y ss.) del 14 del mes de marzo del presente año, el ministerio público descorrió el traslado ordenado por la Constitución, solicitando a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma acusada.

Similarmente a lo hecho por el demandante, la Procuraduría empieza por precisar el alcance del art. 26 de la Constitución Nacional, especialmente a la luz de la jurisprudencia. Luego alude concretamente al aspecto de la favorabilidad ya mencionado, acerca del cual dice:

"En cuanto al principio de favorabilidad instituído en el canon que se analiza, cabe anotar que su obligatoria observancia supone el caso de que una misma situación se regule de distintas maneras, debiéndose aplicar la ley que favorezca al sindicado en vez de la que le sea desfavorable, aunque ella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito".

Luego se detiene en la naturaleza de la presunción consagrada en el artículo acusado, tema sobre el cual concluye:

"Es decir, el actor parte del presupuesto de que la presunción establecida en la norma bajo examen, no es desvirtuable pero resulta que es todo lo contrario como que se trata de una presunción legal y la disposición no establece ninguna restricción probatoria, por lo cual tampoco es cierto que el juez ante esa presunción no le quede otra alternativa que condenar, pues el sindicado tiene a su disposición todos los medios de prueba que considere necesarios para demostrar el verdadero significado de las circunstancias indicadoras de su supuesta culpabilidad, todo ello dentro del debido proceso seguido ante el juez competente y pudiendo obtener la aplicación de la ley que le sea más favorable.

.....

"Cabe aclarar que no es precisamente la ley la que genera la responsabilidad penal, sino la conducta de las personas y su adecuación a un delito tipo, porque son los hechos los que originan las presunciones, y de los mismos se deducen los indicios y se conforman las pruebas. Por tal razón, las circunstancias planteadas por la norma que se analiza, por sí solas son indicadoras de una supuesta responsabilidad aun prescindiendo de la presunción establecida, por lo que es apenas lógico que deban justificarse".

VI. *Consideraciones de la Corte*

1ª) *Competencia.* La norma acusada forma parte de un decreto-ley dictado por el presidente en uso de facultades extraordinarias. Por lo tanto, según las voces del art. 214 de la Carta Política, la Corte es competente para conocer de su constitucionalidad. Por lo demás, como lo ha señalado la Corte en otras ocasiones, el decreto 409 de 1971 reformatorio del Código de Procedimiento Penal fue dictado dentro del plazo señalado por el Congreso.

2ª) *Constitucionalidad del precepto acusado.* No encuentra la Corte que la norma demandada cause agravio al art. 26, indicado por el actor, ni a ninguno otro de la Constitución, de lo cual se deduce su exequibilidad. Las razones para llegar a dicha conclusión se pueden exponer en la siguiente forma:

1. Importa señalar en primer término que, tanto desde el punto de vista de la temporalidad como desde el punto de vista de su contenido, la norma cuestionada se ajusta a las facultades otorgadas al ejecutivo por el Congreso. En efecto, la ley 16 de 1968 en su art. 20, revistió al presidente de la República por el término de tres años, de facultades extraordinarias, entre otras cosas (ord. 11), "para reorganizar el procedimiento penal". El literal a) del mismo artículo fijó al ejecutivo determinadas bases, que ulteriormente fueron ampliadas y precisadas por el art. 6° de la ley 16 de 1969.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal vigente (ley 94 de 1938) en su art. 221 contenía una norma sustancial y formalmente idéntica a la que ahora es objeto del juicio de constitucionalidad de la Corte, frente a la cual la única reforma introducida por aquella consiste en haber cambiado la palabra "irrevocable", por la expresión "ejecutoriada".

2. En el derecho procesal o más exactamente en el derecho probatorio, de antiguo se ha distinguido por la doctrina y la jurisprudencia entre el indicio y la presunción, en el entendimiento de que aquel se presenta cuando de un hecho demostrado se infiere la existencia de otro, mientras que la presunción constituye la inferencia que hace la ley sobre probadas reglas de experiencia,

tal como ocurre, por ejemplo, en el caso contemplado por el art. 92 del Código Civil. En otras ocasiones la ley crea ficciones, en cuanto reconoce como un hecho real lo que la experiencia no ha demostrado que exista como tal, como acontece en la mal llamada presunción del conocimiento de la ley.

Conviene advertir finalmente que la presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario, esto es, que la inferencia vale hasta prueba en contrario. En cambio la presunción de derecho *iuris et de iure* no admite prueba en contrario; en otras palabras, la inferencia tiene un valor absoluto, no aceptándose por el legislador en tal caso la prueba de la inexistencia del hecho deducido.

El Código de Procedimiento Penal colombiano, reformado y compilado por el decreto-ley 409 de 1971, en el libro primero (disposiciones generales) le consagró el título V a las pruebas, y dentro de este, el capítulo III, a los indicios. Por último, en el articulado de este capítulo incluyó la "Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo" que el demandante califica como inconstitucional.

3. Para comprender cabalmente el alcance de la norma acusada, que no su constitucionalidad, a la cual se referirá la Corte más adelante, resulta indispensable aludir a otras disposiciones complementarias del mismo título, sin las cuales sería imposible desentrañar dicho sentido. En primer término, según el art. 216, en el proceso penal las pruebas se aprecian por su estimación legal, debiéndose resolver a favor del procesado toda duda, cuando quiera que no haya existido modo de eliminarla; en segundo lugar, según las voces del art. 217, es prueba plena la reconocida por la ley como suficiente para que el juzgador declare la existencia de un hecho; y por otra parte, al tenor del art. 230 que determina el valor probatorio de un solo indicio, este no puede constituir "jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada"; y, finalmente, según el 232, existe presunción legal cuando quiera que la ley ordene que "un hecho se tenga como prueba plena de otro".

Significa todo lo anterior que el art. 233 del Código de Procedimiento Penal sometido al análisis constitucional de la Corte, como una modalidad indiciaria consagra ciertamente una presunción, pero se trata no de una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario; que el juez en todo caso debe obrar frente a la misma dentro de la libre convicción probatoria que le atribuye el legislador, y que en el caso de encontrarse de todas maneras en presencia de una duda, debe resolverla a favor del procesado.

Consiguientemente, en ningún caso es aceptable la hipótesis de que el juez frente a la circunstancia prevista en el artículo en examen se encuentre obligado a condenar, la cual corresponde a la tesis planteada por el demandante, quien afirma que en tales circunstancias, el juez "no le queda más que condenar a quien haya sido cogido con la cosa hurtada".

4. Cabe señalar que el derecho procesal contemporáneo se inclina a la eliminación de las presunciones legales, por considerarlas seguramente antitécnicas e innecesarias a la luz del extraordinario desarrollo de la prueba indiciaria; y que en Colombia, frente a los postulados del nuevo Código Penal, en el cual desapareció toda referencia expresa al proceso de peligrosidad, como desapareció también la reincidencia en todas sus formas y consecuencias, parece harto discutible la existencia de la presunción legal comentada; con más veras si se tiene en cuenta que la ley 52 de 1984 le otorgó al ejecutivo facultades extraordinarias para elaborar un nuevo Código de Procedimiento Penal "que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal"; pero, por supuesto, todo lo anterior no permite ni con mucho llegar a una conclusión de inconstitucionalidad de la norma de que se trata.

Efectivamente, de conformidad con lo expresado, la norma acusada en ningún caso significa limitación y menos aún desconocimiento del derecho de defensa del procesado. Nada en ella implica que no se actúe dentro del debido proceso, menos aún que el sindicado no pueda ejercer ampliamente los derechos de impugnación y contradicción con el propósito de desvirtuar el valor probatorio de la presunción legal mencionada. Nada pues en la norma acusada vulnera el derecho de defensa, cuyo alcance la Corte ha precisado en numerosas oportunidades, al decir por ejemplo:

"El *derecho de defensa*.

"El derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y convertidos en norma nacional mediante nuestra ley 74 de 1968, donde se determina:

"«Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales». (Parte II, 3 a). Recuérdese aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se oriente también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo". (*Gaceta Judicial*, t. CXLIV, núm. 2405, págs. 324 y 325).

Así, pues, no encuentra la Corte, desde ningún ángulo visual, que la norma acusada viole el derecho de defensa ni inflija tampoco agravio a los principios de duda y de favorabilidad.

VII. *Decisión*

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional, escuchada la Procuraduría General de la Nación y en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 214 de la Constitución.

RESUELVE:

Primero. Declárase exequible, por no ser contrario a la Constitución, el art. 233 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Artículo 233. *Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo.*

"Constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad".

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

COMENTARIO

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Considero que la H. Corte debió declarar inexequible el texto impugnado, no solo por atentar contra los principios de la duda y del *favor rei*, no el de favorabilidad, invocados por el actor en su demanda, sino porque la norma pugna abiertamente con el *Título Primero* del Código Penal, que consagra las "normas rectoras de la ley penal colombiana", que a su turno son emanación de disposiciones de rango constitucional. Por ello, creemos que el art. 233 del C. de P. P. es inexequible, a cuyo efecto nos apoyamos en las siguientes consideraciones:

1ª) *Viola el principio del acto o del hecho o de la objetividad material del delito*. Esta disposición procedimental nos enfrenta a un *derecho penal de autor*, esto es, un derecho penal, que se dirige no a lo que el hombre hace sino a lo que es, a un derecho penal que no castiga, para el caso el hurto o la acción de apoderarse de cosa mueble ajena, sino la calidad de ladrón; semejante disposición no tiene cabida en un derecho penal que como el colombiano consagra, sin ningún género de dudas, un *derecho penal de acto o de hecho*, que se rige por el principio del acto o del hecho o de la objetividad material del delito.

Que nuestro derecho penal es *de acto* y no *de autor*, se desprende de diversos textos legales: en primera instancia, debe mencionarse el art. 26 de la Carta, que en su párrafo 1 establece que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes prexistentes *al acto* que se imputa...", con lo cual no cabe duda que el derecho penal solo se puede referir a actos humanos; en segunda instancia, tenemos el art. 2° del C. P. consagratorio del principio en mención, al lado del concepto dogmático de delito: "*Para que una conducta sea punible* debe ser típica, antijurídica y culpable", disposición que se complementa con el texto del art. 19 del mismo estatuto: "*Acción y omisión*. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión". Como si esto fuera poco, en diversas disposiciones de la Parte General se exige que el derecho penal se refiera a una "conducta humana" (arts. 5°, 36 a 39, 4), o a "un hecho" (arts. 1, 3 C. P., e inclusive en el art. 28 de la C. N.); en la Parte Especial y en el derecho penal complementario, cuando en cada tipo penal se describe una o varias acciones humanas desvaloradas negativamente por el legislador, a las cuales se conecta una determinada consecuencia jurídica, se exige lógicamente la referencia a una conducta humana.

A lo anterior agrégense las exigencias legales vertidas en el art. 9° de la ley 16 de 1972, que incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, y

el art. 5° de la ley 74 de 1968 que incorporó, a su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, suscrita en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, disposiciones en las cuales se exige que el derecho penal se dirija solo a "actos u omisiones" realizados por seres humanos.

El art. 233 del C. de P. P. constituye una flagrante violación del principio del acto o del hecho, pues olvida que para poder afirmar la existencia de un delito tiene que probarse la existencia de una conducta humana activa u omisiva; en otros términos, olvida que *no hay delito sin conducta humana*, que el delito no puede ser un hecho interno de la sique del sujeto, o una determinada manifestación de su pensamiento, sino un acaecimiento en el mundo externo que se refiere a un comportamiento del hombre. Que el delito se traduzca en una *exterioridad* es una de las mayores conquistas del hombre, y ello ha permitido que la pena solo pueda ser impuesta a alguien por algo realmente hecho por él, y no por lo pensado, deseado o meramente propuesto; ya ULPIANO (Fr. 18, D, 48, 19), decía: "*cogitationis poenam nemo patitur*", esto es, que nadie tenga pena por sus pensamientos. Esta conquista que ha olvidado nuestro supremo tribunal de justicia al declarar exequible la disposición mencionada, ha sido de tal trascendencia que ya CARRARA, quien bebió de las fuentes del pensamiento de la ilustración, forjador como ninguno de un derecho penal de cuño liberal, postulaba en su concepto de delito como ente jurídico la exigencia de que este tenía que provenir de "un acto externo del hombre", ya que el derecho no se puede ofender con actos internos y la autoridad humana no puede gobernar sobre las opiniones de los hombres, sobre sus deseos; suyas son las siguientes palabras:

"Los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho de pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio... Y cuando decimos que la ley penal no puede castigar los *pensamientos*, queremos significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras que no hayan sido llevados a su ejecución"[1].

Pero ¿qué es lo que castiga la presunción del art. 233? El haber sido ladrón, el haber atentado alguna vez contra la propiedad o contra el patrimonio económico, no la realización externa de tal conducta. Se castigan determinadas actitudes personales del agente, su supuesta peligrosidad, hasta sus posibles pensamientos. Pero, si de un lado el principio del acto impide considerar como delito actividades puramente internas de la persona[2], del otro tiene también una eficacia excluyente, deri-

[1] FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. I, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 47.

[2] Sobre el principio del acto puede consultarse la siguiente bibliografía: GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, trad. de Faustino Gutiérrez, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, págs. 110 y ss.; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 346 y ss.; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Edit. TEA, 1978, pág. 245; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 51; JOSÉ SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, t. I, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 40; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 185; JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981, págs. 25 y ss.; HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz C. y Santiago Mir Puig, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 75.

vada de la anterior: impide caracterizar el delito, como lo quiere hacer el art. 233, como un modo de ser de la persona: a la persona no se la castiga por lo que es sino por lo que hace; y esto se ha olvidado en la providencia comentada, para la cual lo más importante es hablar de ladrón, usurero, estafador, homicida y no de hurto, usura, estafa, homicidio. Estamos legitimando un *derecho penal de autor*, al estilo del que se quiso implantar durante la vigencia de regímenes totalitarios como el alemán, el italiano o el español; nos estamos olvidando del carácter manifiestamente liberal de nuestro derecho penal, sin hacer caso a la advertencia de BETTIOL, quien afirmaba:

"Solo los regímenes totalitarios escudriñan en «lo íntimo» del hombre e indagan —con el fin de su examen— el más liviano pensamiento. Los regímenes de carácter liberal, por el contrario, exigen que el delito se tenga que manifestar en un dato objetivo, para no remitir el juicio sobre la existencia del delito a la fijación, a menudo difícil, si no imposible, de momentos puramente internos a la psique del sujeto"[3].

En las anteriores condiciones, no se entiende por qué, si, como dice la H. Corte, el actual Código Penal eliminó la peligrosidad, se sigue manteniendo a toda costa la presunción del art. 233 del C. de P. P., que justamente da cabida a la misma, que da pie a levantar un derecho penal de autor. A sabiendas de que el derecho penal colombiano, por mandato de sus normas rectoras y no por capricho del intérprete o de la jurisprudencia, es un derecho penal de acto o de hecho.

2ª) *Viola el principio de culpabilidad.* Pero la inconstitucionalidad de la disposición no para ahí, pues al atentar contra el derecho penal de acto, que es trasunto de una culpabilidad por el hecho o por el acto y no de una culpabilidad "por la conducción de vida" (derecho penal de autor), atenta contra *el principio de culpabilidad,* según el cual toda pena supone culpabilidad (*nulla poena sine culpa*); la pena solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho realizado puede serle reprochado al autor e implica dos cosas:

a) No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad: toda pena supone culpabilidad; con ello se excluye la *responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el resultado.*

b) La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la *medición de la pena dentro del marco máximo de culpabilidad,* lo cual significa que el agente no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor) sino por su hacer (derecho penal de acto)[4].

[3] G. BETTIOL, ob. cit., pág. 110.

[4] Sobre el principio de culpabilidad, véase: JESCHECK, ob. cit., pág. 30; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., págs. 359 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., págs. 53 y ss.; SAINZ CANTERO, ob. cit., pág. 41; ENRIQUE BACIGALUPO, "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 18, Bogotá, Librería del Profesional, 1982, págs. 247 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal,* Madrid, Edit. Civitas, 1976, págs. 60 y ss.; J. BAUMANN, ob. cit., págs. 215 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "El principio de culpabilidad", en *Jornadas de los profesores de la Universidad Santiago de Compostela,* Santiago, ediciones Universidad, 1975, págs. 222 y ss.; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español,* Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 356 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal,* Parte general, Barcelona, Promociones publicaciones Universitarias, 1984, págs. 79 y ss.; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal.* Parte general, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, págs. 79 y ss.

Este principio, que entre nosotros no está consagrado de manera expresa en la Constitución pero que aparece de manera inobjetable en el derecho penal positivo, tiene en el Código Penal las siguientes manifestaciones: art. 5°: "Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (responsabilidad por el hecho); art. 35 en armonía con el 1°: "Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención"; y del mismo art. 39: "La conducta preterintencional y culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley" (solo se puede punir a título de dolo, culpa o preterintención). Así mismo, se ha establecido en la primera parte del art. 5°: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad" (la reprochabilidad); y, finalmente, en el art. 61.1, como criterio para imponer la pena, se tiene en cuenta "el grado de culpabilidad".

Cuando el art. 233 del C. de P. P. tiene en cuenta *la reincidencia*, está cayendo en una flagrante violación del principio de culpabilidad, pues está dando cabida a la *responsabilidad objetiva,* a la responsabilidad por el mero resultado, que repugna al actual derecho penal. Por ello cabe preguntar, ante la decisión de la H. Corte, ¿en qué queda el principio de culpabilidad si se ha legitimado un derecho penal de autor? ¿Si se ha legitimado la reincidencia? ¿En qué queda el título primero del C. P. si se patrocina abiertamente su violación, al declarar "exequible" un artículo abiertamente inconstitucional e ilegal? No creemos que la corporación se pueda escudar en argumentos tan contradictorios, cuando reconoce que el C. P. ha abolido la reincidencia y a renglón seguido le da cabida, patrocina la violación de los principios que inspiran nuestro derecho penal, diciendo que una disposición que le da amplia cabida es constitucional; diciendo que es constitucional una disposición que permite, como ninguna otra, la entronización de la peligrosidad criminal. Es contradictoria la H. Corte cuando califica la disposición como "antitécnica" mas no como "inconstitucional"; ¿o será que por arte de esas jugadas del lenguaje, lo inconstitucional se puede motejar como antitécnico y quedan todos los problemas resueltos?

Pero lo más preocupante es que se patrocine la entronización de este tipo de presunciones ilegales en tratándose de delitos contra el patrimonio económico y no se proceda de igual manera cuando, por ejemplo, se trata del delito de tortura o de los delitos contra la administración pública o contra el orden económico social, donde están en juego la integridad de las personas ante el desbordamiento del poder del Estado, o los intereses de la colectividad, ante la arremetida salvaje contra estos bienes jurídicos colectivos que vienen siendo escandalosamente pisoteados por una turba de delincuentes de cuello blanco. Todo indica que cuando se trata sobre todo de pequeñas delincuencias contra el patrimonio económico, realizadas por desposeídos, hambrientos, el peso de la ley se descarga con toda su inclemencia, aun a costa del sacrificio de los postulados que inspiran el derecho represivo, que muestra a este nivel su faz desigualitaria e inhumana.

3ª) *Viola el principio del "in dubio pro reo".* También, la vigencia del art. 233 venía siendo comprometida y lo sigue estando mientras rija el actual estatuto procesal penal, ya que el art. 215 del mismo estatuto ha consagrado el principio de

que toda duda debe resolverse en favor del reo cuando no haya manera de eliminarla. Este axioma es uno de los fundamentales de toda la legislación procesal y parece contener dentro de sí el muy análogo principio del *favor rei* e inclusive el de *la carga de la prueba sobre el Estado*, que tiene un carácter más restringido que los dos anteriores.

El aforismo se compone de dos sustantivos: *duda* y *reo*. *Duda*, estar en duda (*in dubio*), significa carecer de certeza, encontrarse en incertidumbre, lo cual, cuando es imposible de disipar o esclarecer, debe traducirse en una sentencia absolutoria, al no adquirir el juzgador la necesaria certidumbre para poder condenar, al no ser la prueba suficiente para formar la convicción acerca de la culpabilidad del encausado[5]. El otro sustantivo, *reo*, es una palabra genérica que comprende, en el campo jurídico, a una de las partes litigantes y que en el proceso penal es el imputado o procesado.

Este postulado, que campea en el art. 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, conforme al cual "Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable", aparece también en el art. 14.2 de la ley 74 de 1968: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley", y en el 8.2 de la ley 16 de 1972. Contra esta presunción de inocencia atenta abiertamente el art. 233, cuando consagra peligrosas presunciones de responsabilidad penal, que desconocen toda la estructura del derecho procesal penal y sus principios inspiradores, que atentan contra los postulados mismos del derecho penal liberal, de donde emanan dichos principios.

Por ello, ha sostenido DEVIS ECHANDÍA que "se opone también a este principio el consagrar en la ley presunciones de responsabilidad penal, pues, como mundialmente ha sido reconocido desde tiempos remotos, el imputado debe gozar de una presunción de inocencia, pues una verdadera presunción de culpabilidad o responsabilidad implicaría imponer al imputado la carga de probar su inocencia, ya que la función normal de toda presunción *iuris tantum*, es decir, que admita prueba en contrario, es invertir la carga de esta dejándola en cabeza de quien sufre tal presunción. Creemos que tales presunciones de culpabilidad o responsabilidad son, además de injurídicas, inconstitucionales, puesto que violan el principio de que al procesado no se le puede condenar sin habérsele probado plenamente, es decir, en forma que haya certeza, de su responsabilidad"[6].

Consecuentemente, si aparece evidente que no se puede presumir en contra del procesado sino a su favor, una norma que consagra tal presunción no puede ser constitucional, debe ser declarada *inexequible*, ya que contraría el *principio de la carga de la prueba*, que, como sabemos, recae sobre el Estado, al paso que atenta contra el postulado constitucional del cual se deriva toda la legalidad del proceso, según el cual deben observarse "las formas propias de cada juicio", comprensivo a su vez de todas las garantías procesales que inspiran el proceso penal, dentro de las cuales cabe observar, justamente, la máxima *in dubio pro reo* (arts. 26.1 de la Const. Nal., 11 del C. P. y 1° del C. de P. P.).

[5] Sobre el tema del *favor rei*, véase a G. BETTIOL, cit., págs. 262 y ss.; SANTIAGO SENTÍS MELENDO: "In dubio pro reo", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2 y 3, Madrid, 1971, págs. 503 y ss.; JORGE E. VÁSQUEZ ROSSI: *La defensa penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1978, págs. 169 y ss.; JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE, *Temas de derecho procesal penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, pág. 183.

[6] HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, "Principios fundamentales del derecho procesal penal", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, Madrid, Vicente Rico, S.A., 1982, pág. 584.

4ª) *La decisión de la Corte no ha medido los alcances del título I del C. P.* De lo hasta aquí dicho se desprende que los alcances "de las normas rectoras de la ley penal colombiana" no han sido tenidos en cuenta por la corporación, con lo cual el mencionado título I parece condenado a convertirse en una pieza de arqueología jurídica, digna de exhibirse para atraer incautos cultores de las disciplinas jurídicas que quieran admirarlo, olvidando que es el título en que se consagran los principios fundamentales del derecho penal colombiano, que consagra los principios capilares que lo inspiran no solo en el aspecto sustantivo sino también en el procesal y el penitenciario. Parecería como si tales normas rectoras no cumplierán ninguna función y se tradujeran en una mera declaración de buena voluntad del legislador.

Sin embargo, como entiendo que tal catálogo de postulados juega un cometido; como entiendo que es posible su *aplicación extensiva* "a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa" (C. P., art. 375), porque tal conjunto de axiomas nos permite invocar un derecho penal liberal dentro del marco de un Estado de derecho social y democrático, esto es, dentro del contexto de un Estado que garantice la participación real de todos los ciudadanos en la vida democrática y que cobije por igual a todos, es por lo que con este comentario quiero hacer un llamado de atención a nuestra doctrina y jurisprudencia, para que con una visión política y una vocación democrática amplias, aborden los diversos postulados vertidos por el legislador como norte y guía de nuestro derecho penal. De lo contrario solo nos espera el papel de exégetas y no el de constructores de un verdadero derecho penal, de un derecho penal que garantice efectivamente, no en el papel, la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos.

Afortunadamente, esta tesis de la Corte no presenta la necesaria consistencia como para pensar que pueda hacer carrera en el ámbito jurisprudencial, ya que la jurisprudencia de algunos tribunales así como la doctrina, ha venido sosteniendo la inaplicabilidad de tal disposición; al respecto debe citarse una decisión del Tribunal Superior de Medellín, compartida por varias de sus salas, así como por los juzgados del ámbito territorial a él asignado, según la cual debe entenderse abolido tal precepto por mandato del art. 5° del C. P.: "El art. 233 del Código de Procedimiento Penal debe tenerse como implícitamente abolido por el art. 5° del decreto 100 de 1980, por ser contrario abiertamente al principio de responsabilidad subjetiva en este último contenido y exigido sin restricciones" (Providencia de agosto 18 de 1982. Mag. ponente, Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA).

Ojalá la jurisprudencia de la Corte se oriente por otros caminos cuando se vuelva a ventilar tan interesante discusión y se vinculen los elementos que en esta oportunidad no se tuvieron en cuenta.

Corte Suprema de Justicia

—Sala Penal—

ALCANCE Y LÍMITES DE LA CAUSAL PRIMERA DE CASACIÓN

La Corte casa parcialmente una sentencia en un proceso por los delitos de falsedad y abuso de confianza, en la cual, por interpretación errónea de la disposición que consagra la condena de ejecución condicional (C. P., art. 68), se había negado el subrogado al procesado que eludió su comparecencia al juicio después de dictado el enjuiciamiento.

Mag. ponente: Dr. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO

Bogotá, julio 2 de 1985

La causal primera de casación en el num. 1° del art. 580 del C. de P. P., es procedente cuando el juzgador de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación. Dicha violación puede provenir de un juicio equivocado que llevó al Tribunal a desconocer la disposición que estaba llamada a regular el caso examinado, o a dar aplicación a una disposición cuyo mandato impersonal y abstracto no corresponde con los supuestos del caso resuelto, o cuando siendo acertada la selección de la norma reguladora se la aplica con desconocimiento de su alcance y sentido.

Esta violación de la ley sustancial también puede presentarse en forma indirecta cuando el juicio equivocado proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, caso en el cual es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto en concreto, y que demuestre que el juzgador incurrió en un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Repetidamente ha dicho esta Sala que los conceptos de error de hecho y error de derecho son diversos aun cuando los dos tienen origen en la estimación probatoria. En efecto, el error de hecho se presenta en los siguientes casos:

a) Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obre en el proceso y el juzgador omite su apreciación;

b) Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador; y

c) Cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

El error de derecho se presenta en los casos siguientes:

a) Cuando el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción;

b) Cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna; y

c) Cuando a la prueba se le da un valor diverso del que la ley le confiere.

Es indispensable, además, que cuando el recurrente alegue la violación indirecta de la ley sustancial, precise la forma de la violación y que, determinada la naturaleza del error, lo demuestre con claridad, señale, en caso de error de hecho, la norma que consagra el tipo de prueba sobre el cual recae y, en caso de error de derecho, que precise la disposición que determina el valor que debe asignarse a la prueba, que señale si la violación dio lugar a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de la ley y que compruebe la incidencia del error en el pronunciamiento del fallo acusado.

Sobre la procedencia del error de derecho ha dicho esta Sala: "De otra parte no sobra precisar que, como lo ha sostenido la Corte en forma reiterada, los errores en la apreciación del mérito de las pruebas están circunscritos a los de aquellas respecto de las cuales la propia ley determina su valor, como en los casos de los artículos 218, 228, 230, 233, 261, 264, por ejemplo (sistema tarifario o de tarifa legal) y no, por supuesto, en aquellos en los que las normas del procedimiento «deja librado su mérito a la sana crítica que de esos elementos de prueba haga el juez» (Casación 26 octubre 1978), según el análisis que de ello haga el funcionario en cada caso concreto en particular y en relación con todos los demás medios de convicción existentes en el proceso, como en los eventos de los artículos 229, 231, 236, 278, por ejemplo (sistema de la persuasión racional)". (Cas., de enero 24 1984).

Asimismo en otra oportunidad señaló: "En verdad, que por regla general, no pueden alegarse errores de derecho, por falso juicio de convicción, frente al testimonio y al dictamen pericial, ya que por ninguna parte la ley les asigna a estos medios de prueba un determinado valor probatorio. Ese valor lo otorga, en cada caso concreto, el juez, siguiendo las pautas generales que al efecto indican los preceptos respectivos. Si de testimonios se trata acudiendo a la sana crítica (C. de P. P., art. 236); si de pericias, apreciándolas razonadamente (C. de P. P., art. 278). Esto denota, sin lugar a dudas, que el legislador abandonó la tarifa probatoria remitiéndose expresamente a los conocimientos del juez y a su capacidad razonadora, para de tal modo permitir que con estos factores, de suyo extranormativos, haga la valoración de esas dos pruebas. Entonces, si la dicha valoración deviene de factores extraños a la normatividad, porque están sustancialmente fuera de ella, no es posible que el fallador caiga en violaciones de la ley al determinarla". (Cas., de junio 24 de 1980).

Aplicados los anteriores presupuestos al caso que ahora se examina, es necesario destacar las deficiencias técnicas que presenta la demanda. En efecto, el cargo formulado parte de la afirmación de que se violó la ley sustancial (todo parece indicar que por aplicación indebida), por error de derecho en la evaluación de las pruebas y dentro de ese cargo el actor se refiere a pruebas de diversa índole utilizadas por el Tribunal para demostrar la materialidad de las infracciones y la responsabilidad del procesado. Ocurre, sin embargo, que cuando lo que se alega es un falso juicio de convicción referido a pruebas de carácter testimonial o documentos privados no es procedente alegar error de derecho, pues la ley no ha conferido un valor tarifado a estos medios y, antes por el contrario, ha destacado que frente a ellos procede la valoración por el sistema de la persuasión racional.

El art. 262 del C. de P. P., establece que el documento privado se apreciará de con-

formidad con las normas de la crítica, esto es, que no existe tarifa legal para su apreciación. De modo que los documentos privados que fueron relacionados en la sentencia (contrato de trabajo, los que fueron adjuntados en la inspección judicial, los comprobantes de salida de bodega, las relaciones de pago), podían ser apreciados libremente por el juez, y, en caso de que se les hubiera dado un alcance diverso del que realmente tienen, el correspondiente ataque procedió por error de hecho, ya que en ese evento lo que se desconoce no es la realidad normativa sino la significación fáctica de la prueba.

Tampoco con relación al testimonio existe disposición legal que le atribuya un determinado valor a este medio de prueba; por el contrario, el art. 236 del C. de P. P. enseña que corresponde al juez apreciar razonablemente la credibilidad del declarante, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración. De modo que cuando la versión de un declarante no concuerda con la verdad, dicha versión desconoce la realidad fáctica y, por tanto, lo procedente en ese caso es alegar un error de hecho.

Estima el demandante que se violó el mandato del inciso segundo del art. 236 del C. de P. P. por cuanto en las actas correspondientes a los testimonios de O. R. A., R. B. R. y F. B. L., no fueron consignadas las condiciones y circunstancias conducentes para apreciar la credibilidad de dichos declarantes, quienes además son testigos sospechosos al tenor de lo dispuesto por el art. 217 del C. de P. C., ya que son empleados de la empresa defraudada. Las condiciones y circunstancias que en este caso concreto podrían tener incidencia en la credibilidad de dichos deponentes, tenía que ver con los nexos laborales de estas personas con la empresa comercial Tayrona, y basta con leer las pertinentes actas (fls. 43, 47 y 730) para percatarse de que se dejó expresamente consignado el vínculo de carácter laboral que unía a estas personas con la empresa defraudada y, además, en el caso de O. R., el parentesco que la unía con el procesado, con lo cual se observa que no se desconoció la formalidad legal reclamada por el impugnante. Además, el hecho de que el estatuto procesal civil estime que ciertos testigos son sospechosos, en manera alguna significa que no sean merecedores de credibilidad, con mayor razón en el proceso penal en donde lo que interesa es la demostración de lo realmente ocurrido, para lo cual existe libertad probatoria (C. de P. P., art. 336).

Para la práctica de la diligencia de inspección judicial solo es indispensable el nombramiento de peritos cuando los puntos que deben ser establecidos requieran conocimientos especiales, tal como se deduce de los arts. 223 y 265 del C. de P. P., de modo que el cargo que hace el impugnante a las diligencias de inspección judicial practicadas dentro de esta actuación, porque en ellas no intervinieron expertos, carece de apoyo en la ley.

De otra parte, es verdad que el art. 228 del ordenamiento procesal penal establece que el acta de inspección judicial hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos, observados por el juez y los peritos que en ella hayan intervenido, de modo que frente a esta concreta prueba es posible que pueda presentarse un error de derecho, precisamente frente al desconocimiento de lo que el juez haya percibido y consignado, cuando se le niega el carácter de plena prueba que le atribuye la ley. Sin embargo, en el presente caso el casacionista no pretende demostrar que se desconoció dicho valor a lo percibido por el juez, sino que critica la inferencia que de tales hechos se hizo para deducir la materialidad de las infracciones y la responsabilidad del procesado, de modo que el error alegado no aparece debidamente establecido.

Tampoco es válido aducir la inexistencia de prueba necesaria para condenar porque se haya omitido la práctica de pruebas que a juicio del recurrente eran indispensables, para demostrar la apropiación de dineros, porque, de acuerdo con lo establecido por el art. 336 del C. de P. P., para la demostración de los elementos del delito existe libertad probatoria, esto es, que no es indispensable acudir a medios específicos de prueba para su comprobación.

De otra parte, en el expediente obran pruebas que permiten afirmar la comisión de los delitos imputados al procesado y su correspondiente responsabilidad.

En efecto, entre la sociedad comercial Tayrona Ltda., con domicilio en la ciudad de Valledupar y el procesado A. H. M. V. se realizó, con fecha 18 de septiembre de 1978, un contrato de trabajo a término indefinido, de cuyas cláusulas, así como de las manifestaciones del propio incriminado, se infiere que este se responsabilizaría como verdadero administrador y bajo la directa y permanente vigilancia del patrono a manejar las zonas del Magdalena, Cesar y la Guajira con sede en la ciudad de Santa Marta y con facultades para visitar clientela, controlar ventas, manejar mercancía, recaudar cartera, etc., pero sin que, por otra parte, tuviera ningún poder de disposición sobre los dineros que ingresaban a las arcas de la compañía como consecuencia de las transacciones efectuadas, de todo lo cual debía dar cuenta diaria y con el debido detalle a la oficina principal

De las pruebas incorporadas a la investigación se concluye que M. V., consciente de las funciones y responsabilidades que tenía, se apropió de estimable cantidad de dinero bajo su recaudo y vigilancia, para lo cual desplegó maniobras fraudulentas para desvirtuar los cargos en su contra. Basta con señalar la forma como en los documentos de reporte diario que remitía a Valledupar sobre las ventas cumplidas, incluía guarismos inferiores a los que realmente aparecían en los archivos de Santa Marta y la forma como en sus versiones ante la justicia para explicar los faltantes, o por lo menos algunos de ellos, recurrió a la socorrida disculpa del accidente en que perdió la vida un menor al ser atropellado por un vehículo de la empresa y sostener de ahí la disposición de dineros para cancelar honorarios de abogado, indemnización a los familiares y un chantaje que por los mismos hechos se le hizo en peligro suyo y de su familia. Este último aspecto, con el que el procesado dice contó con la autorización de la compañía, ni siquiera fue puesto en conocimiento de la misma y resulta completamente falso, pues fue Tayrona Ltda. la que se hizo cargo de todos y cada uno de los gastos que el infortunado resultado representó. Tampoco se puede olvidar que fue a algunos representantes de la sociedad y que dan cuenta de ello en el expediente bajo la gravedad del juramento, que M. V., arrepentido y preocupado les "confesó" su participación en los hechos denunciados.

De lo dicho se infiere que más que un error en la apreciación de la prueba, lo que se presenta es una divergente opinión entre el fallador y el recurrente sobre ese tema, propio de la instancia pero en manera alguna razón suficiente para que prospere un cargo en casación.

Por último señala el censor que en el fallo recurrido se interpretó erróneamente el art. 68 del Código Penal, modificado por el decreto 141 de 1980, por cuanto se negó a su poderdante el beneficio de la condena de ejecución condicional con razonamientos totalmente equivocados. El funcionario del conocimiento concedió al condenado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional sobre la base de que la pena impuesta permitía su concesión; además, "la conducta del procesado, antes de los hechos siempre fue buena, y el grado de arrepentimiento que mostró durante el tiempo de las averiguaciones extra-proceso, realizadas *motu proprio* por los responsables de la entidad

afectada, permiten suponer que no requiere tratamiento penitenciario".

El Tribunal, por su parte, revocó el beneficio concedido, con los siguientes razonamientos: "Igualmente, la Sala de Decisión Penal resolvió revocar la ejecución de condena condicional debido a que el procesado, una vez que se profirió la detención preventiva, se evadió y se dio a las de Villadiego, en otras palabras, no quiso comparecer personalmente a juicio sino que por el contrario se dio a la fuga".

De conformidad con la vigente legislación penal, para que proceda la concesión de la condena de ejecución condicional es indispensable que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, y, además, que la personalidad del condenado, la naturaleza y las modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que no requiere tratamiento penitenciario. En la sentencia que se revisa no se dio cumplimiento al mandato del literal c), num. 5° del art. 171 del Código Penal, de modo que se desconocen las razones para la dosificación de la pena y, por tanto, las circunstancias concretas de agravación punitiva, especialmente aquellas derivadas de la personalidad del agente.

Ante este vacío, es obvio que la única razón que tuvo el Tribunal para negar el referido subrogado fue la falta de comparecencia del procesado al juicio. En el evento que se estudia no es del caso hablar de una total contumacia del condenado, pues se sabe que rindió indagatoria y estuvo presente en buena parte de la actuación procesal. Únicamente después de proferido el auto de proceder eludió su presentación. Realmente, a juicio de la Sala, esta sola circunstancia no puede impedir la concesión de la condena de ejecución condicional, pues en el caso examinado el condenado es una persona carente de toda clase de antecedentes, que con su esfuerzo personal puso en funcionamiento a la empresa que aparece como perjudicada y la llevó a un estado de relativo éxito comercial, lo que lleva a concluir que no requiera tratamiento penitenciario. En estas condiciones es obvio que el Tribunal interpretó erróneamente la disposición que consagra la condena condicional y, por lo tanto, la sentencia será casada parcialmente para reconocerle al condenado la gracia impetrada, tal como además lo demanda el señor procurador delegado en lo penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del ministerio público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Casar parcialmente la sentencia impugnada únicamente en lo relacionado con su numeral segundo en cuanto negó la condena de ejecución condicional al procesado H. M. V. En consecuencia, se le suspende al condenado la ejecución de la sentencia solo en lo relacionado con la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos años, que deberá garantizar con caución prendaria de treinta mil pesos ($ 30.000.oo) que depositará a nombre del juzgado del conocimiento. Como M. V., ya consignó la suma de diez mil pesos ($ 10.000.oo), se le tendrán en cuenta para completar el monto de la caución impuesta. Ante el mismo funcionario suscribirá la diligencia de compromiso a que alude el art. 69 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal,* Bogotá, Editorial Temis, 1985.

Ha llegado a nuestras manos la más reciente obra del profesor chileno JUAN BUSTOS RAMÍREZ, quien en la actualidad se desempeña como catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Formalmente la obra está dividida en dos partes: la primera trata sobre *las bases fundamentales del derecho penal,* en la cual estudia el concepto y contenido del derecho penal, la norma penal y el sistema jurídico penal y, finalmente, la pena y sus teorías explicativas. La segunda parte se refiere *al desarrollo epistemológico del derecho penal,* desde el pensamiento iluminista hasta nuestros días. Escrita en un lenguaje claro y sencillo, la obra se presenta accesible a quienes apenas se inician en el estudio de esta disciplina, a la vez que será de gran utilidad al estudioso; además, está respaldada por una abundante y seleccionada bibliografía, especialmente alemana, italiana y española, que el autor maneja con mucha propiedad.

El aspecto que más ha llamado nuestra atención es la *perspectiva política* que nos ofrece, en momentos en que la dogmática tradicional sufre lo que nosotros llamaríamos una "crisis de credibilidad" a raíz de los fuertes ataques de que ha sido objeto por parte de la llamada "criminología crítica", especialmente en lo referido a sus presupuestos ideológico-políticos. BUSTOS está de acuerdo con una *dogmática abierta* a los aportes de las otras ciencias sociales, lo que permitiría su adecuación a la realidad social. Con razón, expresa que "la incorporación a la dogmática penal de las finalidades político criminales transforma la dogmática penal de un sistema cerrado a un sistema abierto y, por tanto, en continua renovación y creación" (segunda parte, cap. V). Se trata, pues, de una revisión crítica y constante del contenido de la dogmática penal, mas no del abandono de su función garantizadora frente al poder estatal.

Y son precisamente estos dos conceptos los que dominan toda la obra: en primera instancia, la revisión crítica del contenido de la dogmática penal, mediante la introducción de conceptos provenientes de otras disciplinas, en especial de la criminología y, en segundo lugar, la posición *humanística* del autor, que lo lleva a no abandonar la función garantizadora del derecho penal como límite a la potestad punitiva del Estado: "El problema del derecho penal es siempre, en primer lugar, la defensa del hombre" (segunda parte, cap. V); función esta que cobra suma importancia en el ámbito latinoamericano, concretamente en nuestro país, donde los atentados contra las pocas garantías existentes son de ocurrencia diaria. Pero mejor veamos cómo el autor desarrolla en toda su obra los dos aspectos arriba mencionados (garantismo y revisión crítica):

En la primera parte de la obra ("Las bases fundamentales del derecho penal"), el cap. I trata del *Concepto y contenido del derecho penal* (la denominación "derecho penal" y su evolución, el derecho penal objetivo y su ámbito y el derecho penal subjetivo y su ámbito). Un primer aspecto para destacar en este capítulo es el tratamiento que da a las medidas de seguridad, tema este de candente actualidad en nuestro medio a raíz de la polémica ESTRADA-FERNÁN-

DEZ-AGUDELO[1]. BUSTOS se inclina por ubicar las medidas de seguridad postdelictuales dentro del derecho penal, pues considera que ellas no poseen diferencia estructural con las penas, ya que ambas implican tanto un mal como una afectación de los derechos individuales, al igual que tienden a un mismo fin (la resocialización); además, las dos se sustentan en un mismo presupuesto: la realización, por lo menos, de un injusto. Y es por esta misma razón por lo que el autor rechaza la inclusión de las medidas de seguridad predelictuales dentro del derecho penal, sosteniendo que "desde un punto de vista garantista una sanción penal solo se puede imponer en razón de la protección de un bien jurídico (de lo que da cuenta el injusto) y en cuanto el sujeto es responsable por el hecho que ha afectado ese bien jurídico" (culpabilidad), aspectos que, sin ninguna duda, no se encuentran presentes en las medidas de seguridad predelictuales.

En definitiva, en cuanto a la justificación de las penas y medidas de seguridad, se decide por un sistema monista, descalificando de paso la posición dualista por plantear realidades totalmente diferentes y por la imposibilidad de definir ambos conceptos (culpabilidad y peligrosidad). Insistir en el dualismo —dice— significaría tomar la culpabilidad ya no como concreción de garantía sino como fundamento ontológico, al tiempo que se trataría de "mantener la peligrosidad social como principio que entrega poderes omnímodos al Estado respecto del individuo en su defensa social".

Dentro de este mismo capítulo también vale la pena reseñar lo referente a los *límites al derecho de penar*, donde nos reitera de antemano que el derecho de penar "aparece ligado a lo que es el Estado y, por tanto, su justificación última habrá que encontrarla en lo que el Estado *realmente* es". En tal sentido nos expresa que "el Estado moderno es ejercicio y centralización excluyente de su aparato político de poder y violencia, sobre la base del reconocimiento de una sociedad hegemónicamente estructurada". A este respecto, pensamos que un análisis del *jus puniendi* en el plano latinoamericano deberá hacerse siempre sobre la base de que se trata de Estados dependientes y subdesarrollados, donde más que de una sociedad "hegemónicamente estructurada", se trata de relaciones de dominación, como ya han dicho otros[2]. La importancia de ahondar en el estudio del *jus puniendi* —destaca BUSTOS— reside en que de ello surgen ciertos límites y condicionamientos. Así, distingue entre límites materiales y límites formales, según se mire el Estado como tal o su configuración jurídico-constitucional.

Dentro de los límites materiales al derecho de penar tendríamos, en primer término, la necesidad de la intervención: "La intervención de la violencia penal del Estado solo está justificada en la medida que resulte *necesaria* para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática... Todo lo que vaya más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria"[3]. En esta parte se destaca igualmente el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal.

Otro límite material es el derivado del hecho de que "la intervención penal solo se lleve a cabo en casos muy precisos", los que, como dice BUSTOS, solo se pueden determinar sobre la base del *bien jurídico*, partiendo para su conceptualización del punto

[1] Véase la monografía de NÓDIER AGUDELO, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

[2] Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estructura jurídica y Estado en América Latina", Introducción a *Pena y estructura social* de RUSCHE y KIRCHHEIMER, Bogotá, Edit. Temis, 1984; revista "Sistema", 60/61, Número monográfico sobre América Latina, Madrid, junio de 1984, en la que además se encontrará una extensa bibliografía sobre Latinoamérica, recopilada por HUGO CHUMBITA.

[3] Aspecto también sujeto a revisión desde una perspectiva latinoamericana. Véase la nota anterior.

en que lo dejara VON LISZT; es decir, como algo concreto y en constante revisión. Por ello define el bien jurídico como una "fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada", con lo que se tiene en cuenta la posición que cada individuo ocupa en una situación concreta, determinada, y se evita caer en las abstracciones a que ha sido sometido dicho concepto; igualmente, por tratarse de una fórmula "normativa sintética", se entiende que sobre esa relación "opera la ideología y en especial la ideología jurídica seleccionando, transformando y sintetizando los elementos básicos de esa relación".

Nos pone de manifiesto, además, que el bien jurídico cumple una doble función dogmática: "Por una parte, precisa qué conductas concretas son relevantes dentro de la relación social y, por otra, determina cuáles son aquellas conductas que le producen una afección real", por lo que el bien jurídico surge, así, como límite material y como principio garantizador, al tener cada individuo la posibilidad de saber qué está prohibiendo el Estado en cada caso y poder de esta forma revisar críticamente dicha protección. Ahora bien, como el mismo autor ha expuesto en otra ocasión, "en Latinoamérica necesariamente hay que hacer una revisión crítica desde una investigación material del bien jurídico, luego no solo conceptual", para saber si ciertamente los bienes jurídicos obedecen a una efectiva participación de los individuos en las relaciones sociales o si son un mero producto ideológico[4].

El otro límite material lo constituye la dignidad de la persona humana, pero entendiendo a esta no como ser abstracto a la manera del jusnaturalismo, sino como ser concreto, sujeto a desigualdades y condicionamientos sociales, económicos y culturales, que provocan determinadas conductas. La dignidad humana también se debe tener en cuenta en relación con los medios utilizados por el derecho penal, "de ahí la abolición de la pena de muerte y la crisis que sufre la pena privativa de libertad". Como límites formales, trata los ya conocidos principios de legalidad, del juicio legal y de ejecución legal de las penas, propios de un Estado de Derecho.

Del cap. II, dedicado a la *norma penal* (teoría normativa monista y teoría de los elementos negativos del tipo; teoría normativa dualista y crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo; la teoría pura del derecho; norma y desvalor de acto y de resultado; norma y técnica legislativa; norma y Estado de Derecho), nosotros destacamos dos aspectos: en primera instancia, lo que tiene que ver con *desvalor de acto y de resultado*. Después de analizar la polémica que sobre el tema sostuvieron causalistas y finalistas, y considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto (normas prohibitivas, de mandato, permisivas y "las otras reglas jurídicas de conformación del orden social, que también implican valoraciones y que, por tanto, también juegan un rol en el injusto", y concretamente en la antijuridicidad), concluye que "para poder hablar de injusto es necesaria la existencia de desvalor de acto, resultado y la no presencia de una norma permisiva".

El otro punto para destacar es el de la *génesis o legitimación de las normas* en un Estado de Derecho. Analiza las llamadas "teorías del consenso" y "teoría del conflicto" y sostiene que "la norma penal no es acto de un sujeto, sino un proceso en primer lugar y, además, ya sea de la mayoría, de un grupo hegemónico o de una instancia institucionalizada, que a su vez implica un juego de diferentes fuerzas"; esto lo lleva a considerar la norma penal como un "orden relativo" en el cual su imposición

[4] "Criminología crítica y derecho penal latinoamericano", en *Criminología crítica. I Seminario*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, pág. 171.

es siempre el producto de un determinado compromiso.

En el cap. III de esta primera parte, sobre *la pena y sus teorías explicativas* (teorías absolutas de la pena, teorías relativas y teorías mixtas y de síntesis) es, sin lugar a dudas, uno de los más llamativos, y donde reitera la posición ya asumida en escritos anteriores[5]. En este aspecto adopta una actitud crítica ante las concepciones tradicionales (retribución y prevención general y especial), proponiendo la revisión de tales conceptos. La teoría de la pena, nos dice, va siempre ligada a la concepción de Estado, al tiempo que "el sentido y función que se dé a la pena determinará en gran medida el contenido material que se otorgue a las estructuras del presupuesto" de comportamiento establecido por la ley penal.

En el análisis de la pena, parte de las mismas bases planteadas por MIR PUIG, en el sentido de considerar la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho y teniendo en cuenta la misión política que esta cumple en la regulación activa de la vida social[6], mas no se queda en la concepción funcionalista-prevencionista de MIR PUIG. Sostiene que en el asunto de la pena hay que distinguir dos aspectos: el primero referido a *qué es* la pena y el segundo a la *imposición de la pena*. En cuanto al primero de estos aspectos, "la pena no es sino autoconstatación ideológica del Estado, no es pues neutral como no es neutral el Estado". Lo que desde una perspectiva crítica —nos parece— implicaría necesariamente una crítica política del Estado, lo que de por sí constituye un gran avance en la concepción del derecho penal. Concebida de esta forma, la pena (Estado) se basta a sí misma, por lo tanto de ella no puede surgir ningún fin, mas sí funciones: "Mediante la pena el Estado, al autoconstatarse (ideológicamente), ejerce la función de protección de su sistema, luego de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones concretas que ha determinado. Por eso la principal tarea dentro de un Estado democrático, y su diferencia con otras formas de Estado, reside en la constante revisión de la autoconstatación del Estado y consecuentemente de los bienes jurídicos protegidos"[7]. Manifiesta luego que la intimidación puede que sea, eventualmente, uno de los efectos de esa autoconstatación, "pero ello no agrega ni quita a la autoconstatación (ideológica); aunque no se produjera ninguno de tales efectos, de todos modos la pena seguiría siendo lo que es".

En cuanto a la imposición de la pena, conceptúa el profesor BUSTOS, "debe tener como base fundamental la consideración de la dignidad de la persona humana, que implica necesariamente que el hombre es un fin en sí mismo y, por tanto, no puede ser instrumento del Estado para sus fines". En este sentido rechaza el concepto de resocialización como referido a cierta "socialización" considerada como verdadera por parte del Estado; de lo que se trata, entonces, es de que "el Estado ofrezca al sujeto una coincidencia con sí mismo, con su propio fin, esto es, ser un sujeto liberado y crítico"[8]. No acepta por lo tanto la llamada "ideología de la diferenciación", que pregona la existencia de hombres normales y anormales, sanos y enfermos, ya que tal teoría (ideología) ignora que la configuración de tales conceptos, al igual que el delito, es un problema de definición[9].

"Lo que sí hay es que algunos hombres, por diferentes razones, fundamentalmente sociales, entran en conflicto con el orden fijado por el Estado. Se trata entonces de un problema esencialmente político". Aclara, sin embargo, que el fin de la pena ("remover los obstáculos para la participación libre y crítica del sujeto"), en última instancia queda reducido a un principio garantizador frente a lo que es la pena ("autoconstatación ideológica del Estado"), pues servirá para que "no se anule la participación libre y crítica, pero no para promoverla". La importancia de este capítulo radica en que, tal como lo manifiesta el autor, el problema de la pena y por ende del derecho penal es un problema político, por lo que consideramos —y esto se ha dicho mucho y desde hace bastante tiempo— que un análisis del derecho penal implica siempre asumir una posición política consciente o inconscientemente. Lo anterior porque en Colombia la mayor parte de los jueces y una gran cantidad de autores todavía pretenden asumir posiciones "neutrales" frente a la ley penal[10].

La segunda parte del libro el autor la dedica al desarrollo epistemológico del derecho penal, la cual divide en cinco capítulos, referido cada uno a las diferentes etapas experimentadas por esta disciplina, partiendo del Iluminismo y pasando por el racionalismo jusnaturalista de FEUERBACH y CARRARA, el positivismo de FERRI y VON LISZT, el neokantismo o ciencia de los valores en Alemania con MAYER y MEZGER a la cabeza, el irracionalismo de la Escuela de Kiel, el regreso a la racionalidad por parte del finalismo en Alemania y de BETTIOL y MAGGIORE en Italia, hasta llegar a las concep ciones político-criminales del momento (haciendo referencia, en cada etapa, a autores españoles). Pero BUSTOS no solo analiza las corrientes y etapas antes mencionadas sino que al mismo tiempo hace sus propios aportes, en cuanto a la revisión de los conceptos dogmáticos que se viene proponiendo últimamente, tanto en materia de injusto como de culpabilidad.

De toda esta segunda parte hay que destacar, entonces, la renovación metodológica que se ha venido gestando y a la que el autor aporta sus ideas. Primeramente hace resaltar el papel político que desempeñó el finalismo como reacción al irracionalismo de la Escuela de Kiel; mas, sin embargo, el finalismo no logra superar sus raíces jusnaturalistas (recuérdense las "estructuras lógico-objetivas"). "El finalismo, entonces, si bien logra en gran medida superar las contradicciones existentes en la dogmática tradicional, no lograr ir más allá y es solo su perfeccionamiento" (cap. IV), por lo tanto, —la conclusión es nuestra— sigue siendo un sistema cerrado que, al igual que el tradicio-

[5] Cfr. BUSTOS y HORMAZÁBAL, "Pena y Estado", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 115 y ss.

[6] Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", en *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 67 y ss.

[7] Sobre la manera como ha de entenderse tal "autoconstatación ideológica" en los Estados latinoamericanos, véase a J. BUSTOS RAMÍREZ, "Criminología crítica y derecho penal latinoamericano", ob. cit., págs. 169 y ss.

[8] Cfr. ALESSANDRO BARATTA, "Criminología crítica y política criminal alternativa", en *Derecho Penal y Criminología*, N° 5, Bogotá, Librería del Profesional, 1979, págs. 41 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito", en *Política criminal y reforma...*, págs. 131 y ss.; MARINO BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Edit. Bosch, 1980. Tal finalidad supone, lógicamente, una transformación de la ejecución penal —lo que aún está muy lejano, al menos en nuestro país—, como también lo señaló entre nosotros FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, N° 21, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 635.

[9] Cfr. entre otros, ALESSANDRO BARATTA, "*Criminología crítica y política criminal alternativa*", ob. cit.; LOLA ANIYAR DE C., *Criminología de la reacción social*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1977; WERNER RUTHER, "La criminalidad (o el 'delincuente') a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento)", en *Nuevo Foro Penal*, N° 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 767 y ss.

[10] Entre nosotros el tema ha sido planteado nuevamente por IVÁN VELÁSQUEZ G., "La ley penal y la justicia", en *Tribuna Penal*, N° 1, Medellín, Edit. Lealón, 1983, págs. 21 y ss.

nal, se ha mantenido más o menos alejado de la realidad[11]. "Esa falta de conexión plantea la cuestión de que es necesario el mantenimiento de una nueva exigencia que permita tal conexión y ella es la de introducir en el sistema penal la orientación de las finalidades político criminales"[12]; se trata, como ya se dijo, de crear un "sistema abierto, en continua rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental solo puede ser la dignidad del ser humano" (cap. v). Con base en tal concepción de la dogmática penal BUSTOS revisa de manera general y desde el punto de lo discutible, como él mismo lo indica, los principales conceptos dogmáticos: la pena, el injusto y la culpabilidad (siguiendo la línea ya trazada por autores como ROXIN, HASSEMER, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, entre los más conocidos en nuestro país[13], pero, consideramos, siendo más atrevido políticamente).

En cuanto a la pena, vimos que la define como "autoconstatación ideológica del Estado", por lo que remitimos a lo ya reseñado, agregando lo que nos dice, en el sentido de que "dado el actual estado de la ciencia no es posible pensar en una total abolición de la pena privativa de la libertad. Por ello se trata de limitarla al máximo de lo posible, de sustituírla por otro tipo de penas (...) o de introducirle en su ejecución formas que morigeren sus efectos".

Sobre el *injusto*, "ha de construirse conforme al fin de la norma penal, que no es otro que de protección de bienes jurídicos, como ha sido señalado por ROXIN y HASSEMER", teniendo en cuenta la "existencia de órdenes de valores objetivos diferentes, que pueden entrar a influir entonces en la consideración del injusto mismo", al igual que la interacción de dichos órdenes de valores dentro del sistema social[14].

Tocante a la *culpabilidad*, nos dice que en ella "se tienen que recoger los conocimientos aportados por la nueva criminología, la teoría de las subculturas, el *labelling approach*, por la psiquiatría alternativa, de que frente al individuo no existe un solo orden de valores, sino diferentes subórdenes y que el propio sistema jurídico penal y de control en general le ha marcado determinadas categorías" (cap. v). Defiende igualmente la función garantizadora del principio de culpabilidad, en el sentido de "precisar claramente a *quién* en concreto se le va a imponer la pena y *por qué*". De la misma forma, al dársele a la culpabilidad un sentido "social y concreto", esta queda en posibilidad de recoger los numerosos aportes provenientes de otras ciencias sociales, lo que traería una nueva concepción de sus

[11] Por ello mismo consideramos que sería un error "resucitar" en nuestro medio —como lo han insinuado algunos— discusiones sistemáticas ya superadas por el derecho penal. El problema del derecho penal es político y no sistemático, por lo que la discusión sobre temas de tal carácter debe limitarse a los casos en que se halla envuelta la solución de problemas político-criminales importantes.

[12] Cfr. CLAUS ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1972, págs. 15 y ss.

[13] Cfr. CLAUS ROXIN, "Política criminal y sistema...", ob. cit.; *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981; *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1981; WINFRIED HASSEMER, "La «renuncia a la pena» como instrumento político criminal", en *Política criminal y reforma...*, págs. 214 y ss.; *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1984; "Alternativas al principio de culpabilidad", en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 18, Madrid, Edit. Edersa, 1982, págs. 473 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976; "Función de la pena y teoría del delito...", ob. cit.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1975; *Teoría general del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

[14] Sobre el bien jurídico recuérdese lo ya dicho por el autor al considerarlo como límite del *jus puniendi*.

diferentes aspectos: "de imputabilidad, conforme a las teorías de las subculturas y de la psiquiatría alternativa[15]; de la exigibilidad, en relación a la teoría sociológica del rol, al interaccionismo simbólico y al *labelling approach*".

Toda esta revisión de los conceptos tradicionales de la dogmática penal es la que ha llevado a BUSTOS RAMÍREZ a afirmar que no existe una crisis de la dogmática sino, precisamente, "una revisión de los aspectos que ella debe considerar en la elaboración de su contenido" (cap. v).

Como hemos visto, esta es una obra llena de humanismo, eminentemente crítica y con una perspectiva política seria y consecuente y, sobre todo, *realista*, en el sentido de buscar un derecho penal acorde con la realidad social; de ahí que el autor comparta el sueño de VON LISZT de una "*ciencia penal integrada*"[16]. Se trata de un importante intento de relacionar criminología y derecho penal, con el fin de que este último se convierta, si no en un mecanismo de liberación[17], al menos sí en un *derecho penal crítico*[18] que, al tiempo que garantista sea superación de sí mismo o, como dice el propio BUSTOS, "que no solo reflexione conceptualmente sobre el contenido de la norma penal, sino que al mismo tiempo haga una revisión crítica de su origen, su presupuesto y sus efectos; que se plantee (...) como un aspecto del proceso de control y criminalización del Estado y, por tanto, indisolublemente unido a todos los demás aspectos de ese Estado y, en definitiva, como un instrumento político más de ese Estado"[19]. Ojalá la lectura de este libro motive a los autores colombianos a pensar y escribir sobre las bases filosóficas y políticas del derecho penal, pues, con la excepción de FERNÁNDEZ[20], ha sido un tema casi ignorado por los penalistas nacionales.

JUAN OBERTO SOTOMAYOR A.
octubre de 1985.

ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, México, Edit. Siglo XXI, 1985.

No requiere este autor de una ponderada presentación, ya que es considerado por seguidores y detractores como una de las principales figuras de la Criminología y de la Filosofía del Derecho, además de gestor de nuevas perspectivas dentro de estas disciplinas.

En el texto que hoy se expone se realiza por parte del profesor BARATTA un análisis breve, pero claro y profundo, de las diferentes concepciones criminológicas realizadas hasta nuestros días; presentando en forma acertada un estudio paralelo al de la evolución del Derecho Penal. Así, encontramos cómo a lo largo

[15] V. JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en *Bases críticas...*, págs. 87 y ss. La posibilidad de una revisión del concepto de imputabilidad partiendo de la teoría de las subculturas y de la antisiquiatría, la comparte en nuestro país FERNANDO VELÁSQUEZ V., "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en *Nuevo Foro Penal*, N° 22, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 715 y ss.

[16] Sobre este tema puede consultarse el estupendo trabajo de ALESSANDRO BARATTA, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integrado de la ciencia penal", en *Política criminal y reforma...*, págs. 28 y ss.

[17] Término utilizado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, pero que de momento se nos hace contradictorio, pues el derecho penal podría, a lo sumo, dejar de ser un obstáculo para la liberación, mas no creemos que mediante él se pueda promover dicho fin.

[18] Los presupuestos para un derecho penal crítico los expone BUSTOS RAMÍREZ en *Criminología crítica y derecho penal latinoamericano* (de allí hemos tomado varios de los conceptos que con relación a América Latina hemos expresado en esta reseña); el término ya lo había empleado F. MUÑOZ CONDE, "Hacia una ciencia crítica del derecho penal", en *Derecho Penal y Criminología*, N° 10, Bogotá, Librería del Profesional, 1980, págs. 65 y ss.

[19] *Criminología crítica y derecho penal latinoamericano*, pág. 176.

[20] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

de los XV capítulos de la obra se realiza una reconstrucción histórica, cuya finalidad consiste en mostrar en qué sentido y hasta qué punto el desarrollo del pensamiento criminológico posterior a los años treinta ha puesto en duda la ideología penal tradicional; en su capítulo I el texto se ocupa de "La Escuela Liberal Clásica del Derecho Penal y la Criminología Positivista", del que creo importante resaltar: "La concepción positivista de la ciencia como estudio de causas ha apadrinado a la criminología"; el capítulo III hace mención a las teorías psicoanalíticas de la criminalidad; el IV a la teoría estructural funcionalista; el V se refiere a la "Teoría de las subculturas criminales"; el VII nos presenta "El nuevo paradigma criminológico: el *labelling approach*"; el X trata las teorías conflictuales de la criminalidad y del derecho penal; el XIII, Sistema penal y reproducción de la realidad social; XIV, Cárcel y marginalidad social; dedicando el último acápite a criminología crítica y política criminal alternativa.

Como se puede apreciar, es un trabajo que contempla todas las perspectivas criminológicas sobre las cuales el autor realiza un examen crítico, serio y fundamentado, fruto de una larga actividad académica, por lo cual considero que este texto se convertirá en un volumen de consulta obligatoria para todos aquellos interesados en los nuevos rumbos de la ciencia penal y de la criminología.

El análisis atinente al derecho penal se realiza desde una perspectiva materialista "considerando el marxismo como un edificio teórico *abierto*, que, como cualquier otro, puede y debe ser continuamente controlado a través de la experiencia y la confrontación, crítica pero desprejuiciada, con los argumentos y los resultados provenientes de enfoques teóricos diversos", mostrando cómo en nuestro derecho penal burgués "Las clases subalternas son, en verdad, las seleccionadas negativamente por los mecanismos de criminalización"; esto como fruto de una sociedad capitalista basada en la desigualdad y en la subordinación. En última instancia, el origen de estas contradicciones de las cuales es eco el derecho penal, se evidencia en los esquemas de sociedad reinantes y no en el derecho penal mismo. Así las cosas, lo importante es enunciar un modelo de sociedad que pueda prescindir cada vez más del derecho penal y de la cárcel; en este punto nos presenta la sociedad socialista como una sociedad libre e igualitaria: "Esto debe afirmarse no solo como posición crítica respecto de la sociedad en que vivimos, sino también frente a las experiencias históricas y actuales del socialismo «real»".

En lo que respecta a la criminología, aparte del cuestionamiento que formula a las diferentes concepciones, enuncia como tareas —tanto teóricas como prácticas— "Elaborar una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los *comportamientos socialmente negativos* y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases subalternas en el sector de la desviación; he ahí las principales tareas que incumben a los representantes de la Criminología Crítica".

Ciertamente creo que sería ambicioso pretender abarcar en tan apretada síntesis todos los planteamientos expuestos por el autor, pero es necesario dejar en claro que es este texto un guía indispensable para lograr una ubicación crítica y política frente al derecho penal como instrumento de control y dominación y frente a la criminología como disciplina o ciencia en desarrollo, sin olvidar, claro está, la advertencia que formula el profesor BARATTA: "El discurso aquí presentado dista mucho, por cierto, de estar concluído, pero a ese fin se han elaborado ya muchos elementos, no solo en la labor llevada a cabo hasta ahora en el ámbito de la Criminología Crítica, sino también en el trabajo histórico realizado en obras ya clásicas y en el que se hace relativamente al desarrollo y función del sistema penal en nuestra sociedad".

OSCAR GILBERTO GONZÁLEZ R.
octubre de 1985.

SECCIÓN DE NOTICIAS

NOTA NECROLÓGICA

El pasado 20 de marzo de 1985, a la edad de 63 años, falleció el profesor alemán ARMIN KAUFMANN, cuando se desempeñaba como profesor de la Universidad de Bonn y director del Seminario de Filosofía Jurídica, donde había sucedido al profesor HANS WELZEL, de quien fue uno de sus más aventajados discípulos, honor que compartió con un grupo muy selecto de investigadores y profesores entre los que cabe mencionar a ECKHARD HORN, WOLFGANG SHÖNE, GEORG SCHILLING, DIETHART ZIELINSKI y EBERHARD STRUENSEE.

A su lado se formaron, además, diversos juristas latinoamericanos, entre los cuales podemos mencionar al director de nuestra Revista, Dr. NÓDIER AGUDELO, a los profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ENRIQUE BACIGALUPO, ERNESTO GARZÓN VALDÉS, MOISÉS MORENO, JULIO B. MAIER, GLADYS ROMERO, ALFONSO GÓMEZ, EUGENIO BULYGIN. Esto sin mencionar juristas provenientes de las más diversas latitudes del orbe, entre los que sobresalen españoles, norteamericanos, japoneses, griegos, etc.

Es especialmente conocido entre nosotros, por la publicación de su obra *Teoría de las normas,* traducida al español por Ernesto Garzón Valdés y Enrique Bacigalupo, así como por diversos artículos aparecidos en la revista argentina "Nuevo Pensamiento Penal". A estos trabajos que ha conocido el lector de habla hispana deben sumarse valiosos aportes sobre todo en materia de delitos de omisión, traducidos en diferentes libros y artículos suyos en las más importantes revistas alemanas.

Ha desaparecido un jurista de extraordinarias calidades humanas que mucho contribuyó al progreso de la dogmática jurídico-penal, no solo en Alemania sino fuera de ella, como lo muestran las huellas de su pensamiento en sus innumerables alumnos. Ojalá y su lucha en pro de una dogmática encaminada a descubrir las conexiones lógico-objetivas conformadoras del marco para toda regulación material, perviva en el pensamiento de muchos de sus continuadores.

Nuevo Foro Penal lamenta profundamente tan infausto acontecimiento y se suma al dolor que embarga a todos los estudiosos que de una o de otra forma compartieron las enseñanzas de tan destacado maestro. ¡Paz en su tumba!.

LINA ADARVE CALLE
Octubre de 1985.

ACTO DE PRESENTACIÓN DEL LIBRO

CONCEPTOS FISCALES. Por los que nacen procesados,
del doctor GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

El día trece de los corrientes, se llevó a cabo en el auditorio de la Universidad de Medellín, el acto de presentación del libro *Conceptos Fiscales. Por los que nacen procesados*, del doctor J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, al cual asistieron magistrados, jueces, estudiantes y diversas asociaciones de profesionales.

Al evento se sumó muy especialmente la asociación de empleados de la rama judicial ASONAL, haciendo un reconocimiento expreso de la trayectoria del doctor J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, por su vinculación a la Rama Judicial y el Ministerio Público durante más de dieciocho años, ocupando últimamente el cargo de Fiscal del Tribunal Superior de Medellín, donde cumplió una infatigable tarea por la democratización de la justicia, la defensa de los derechos humanos, el fortalecimiento del Estado de Derecho y la conquista de una justicia cualitativa.

Intervino en el evento, el doctor JOSÉ LEÓN JARAMILLO, quien en representación del Rector de la Universidad de Medellín se dirigió al auditorio destacando la labor y la trayectoria del autor de la obra. Seguidamente se escuchó la interpretación de algunas piezas musicales, a cargo de un cuarteto de música clásica del Instituto Bellas Artes.

Le correspondió al doctor FERNANDO VELÁSQUEZ V. hacer la presentación del libro. Durante ella hizo alusión al compromiso con un Estado de Derecho Real, con una justicia comprometida con las mayorías colombianas y como consecuencia, administrada cualitativamente, en contraposición a una justicia cuantitativa y masiva; aspectos como los que el presentador anunció, son postulados por los que el doctor ESCOBAR MEJÍA ha propugnado y luchado incansablemente. Seguidamente intervino en el evento, el gerente de la editorial TEMIS, doctor ERWIN GUERRERO, quien hizo un elevado elogio del autor y de la obra entregada.

Posteriormente el doctor J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, en su intervención hizo énfasis en los postulados que a lo largo de su vida, ha venido sosteniendo, como el de la justicia vigilante de los intereses mayoritarios, administrada cualificadamente y la reivindicación de la vida humana, como su valor supremo; concluyendo su discurso con una emocionada oración, por quienes perdieron la vida en la toma

del Palacio de Justicia en Bogotá, refiriéndose especialmente a EMIRO SANDOVAL HUERTAS, de quien hizo una sentida evocación.

La última intervención estuvo a cargo de la señora MAGDALENA TORO, representante de los Grupos Cristianos de Medellín, vinculados al movimiento de Derechos Humanos Penitenciarios, quien destacó el valioso trabajo que ha venido realizando el autor del autor del libro por los derechos humanos, especialmente en el campo penitenciario.

Finalmente, el acto fue clausurado con un coctel ofrecido por la Universidad de Medellín, entidad patrocinadora del mismo.

Nuevo Foro Penal celebra la presentación de esta obra y se enorgullece de contar entre los miembros de su Consejo Consultivo al doctor ESCOBAR MEJÍA.

JAVIER BOTERO MARTÍNEZ
Medellín, Diciembre 1985.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Código de Procedimiento Penal

Código de Procedimiento Civil

Código de Procedimiento Penal

* Números 27 a 30.

Código de Procedimiento Penal

Código Penal de 1936

Código Penal

Código Penal

Constitución Nacional

Decretos

Decretos

Leyes

Leyes

ÍNDICE DE MATERIAS

—D—

—E—

—F—

—H—

—I—

—J—

—L—

—M—

—N—

—P—

—R—

—S—

—T—

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES LITOGRÁFICOS DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA 26 DE MARZO DE 1986.

LABORE ET CONSTANTIA