

Facultad de Derecho

# TEMAS SOCIO- JURIDICOS

 UNIVERSIDAD  
AUTONOMA DE  
UNAB BUCARAMANGA

**Rector**  
**Decano**  
**Secretaria Académica**

GABRIEL BURGOS MANTILLA  
RODOLFO MANTILLA JACOME  
MARGARITA ROSA BARRERA GARCIA

**Coordinadores**

IVAN SANTOS BALLESTEROS  
JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ  
ALBERTO SUAREZ SANCHEZ  
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES  
LAUREANO GOMEZ SERRANO  
JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA  
LEONOR ORTIZ DE CADENA

**Coordinación Revista**

MARIA LUCILA RUEDA NEIRA  
Directora Oficina de Comunicaciones

**Publicidad, Suscripción y Venta**  
Oficina de Educación Continuada  
Calle 48 No. 39-234  
Tel: 475161 - 475111 ext: 64  
Directo 477195

# CONTENIDO

	PAG.
<b>PRESENTACION</b>	
<b>AREA DE DERECHO PUBLICO</b>	
<b>LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA: UN TRIBUNAL DE CASACION</b>	1
<b>AREA DE DERECHO PRIVADO</b>	
<b>EL PRINCIPIO DE PRESERVACION DEL NEGOCIO JURIDICO</b>	6
Negocios para la conservación	7
Conversión	7
Legitimación restringida	8
Ineficacia parcial	8
Interpretación preferencial por la eficacia	9
Principio de integración	9
Prescripción	10
Oportunidad procesal a la eficacia	10
Saneamiento de la ilegitimidad negocial	11
Supervivencia más allá del vencimiento	11
La relatividad de la declaración judicial	11
El control judicial como mecanismo de preservación	12
<b>AREA DE DERECHO LABORAL</b>	
<b>LA PROTECCION A LA MATERNIDAD EN LA LEY LABORAL COLOMBIANA</b>	14
1. Antecedentes	14

	PAG.
2. La protección en la regulación del Código Sustantivo del Trabajo	16
3. Protección para la menor embarazada	18
4. Protección relativa en el caso de la trabajadora embarazada	20
5. Protección de la maternidad en el sector público	21
6. Extensión de las garantías a la madre adoptante	22
7. Las reformas en la Ley 50 de 1990	24
8. Constitucionalización de amparo a la maternidad	29
<b>AREA DE DERECHO PENAL</b>	
<b>EUTANASIA</b>	
Introducción	30
Derecho a la vida	30
Titularidad del derecho a la vida	30
La actividad médica	34
<b>EL CONCEPTO DE ACCION PENAL</b>	
1. Introducción	35
2. Los diversos esquemas del delito	35
2.1 El causalismo naturalista	35
2.2 El causalismo valorativo	38
2.3 La teoría de la acción social	41
2.4 La teoría de la acción final	42
3. El concepto de acción	44
3.1 El concepto de acción como comportamiento humano	46
3.2 La acción como concepto natural	47
3.3 Lo normativo en el concepto de acción	48
3.3.1 En la teoría de la imputación objetiva	49
3.3.2 En los delitos de la omisión impropia	50

	PAG.
3.4 La acción como concepto social	56
3.5 La acción como concepto final	59
4. Reflexiones finales	60
<b>HOOLIGANS, GAMBERROS Y DELINCUENTES JUVENILES UNA FAUNA UTIL QUE CONSTRUIR</b>	
El rollo de la salvación	63
¿Un buen invento?	64
Función declarada - Función real	65
Consideraciones Finales	66
<b>AREA DERECHO PROCESAL</b>	
Las acciones populares en la constitución nacional y en el derecho privado	69
Generalidades	69
Nación de acciones populares	70
Las acciones populares en el derecho privado	70
Acción popular consagrada en favor de los usuarios y bienes de uso público	71
Acción popular en la Ley 9a. de 1989	72
Trámite procesal para el ejercicio de las acciones populares	72
Las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos en la constitución nacional	74
Acción de tutela	75
<b>LA LEY 23 DE 1991 O LA PROMOCION ESTATAL DE LA IMPUNIDAD</b>	
La violencia y los violentos	78
La violencia tiene fronteras	78
El delito como negocio lucrativo	79
Los efectos de la impunidad	79

	PAG.
La justicia es lo que el legislador quiere que sea	81
El nuevo parto de los montes, o la descongestión judicial	82
La alharaca de la desjudicialización	84
¿Qué hay detrás de la desjudicialización	84
Justicia bagatelaria	85
Conclusiones	86
<b>ETICA, ESTETICA Y PRESENCIA DEL JURISPERITO</b>	<b>87</b>
Introducción	87
Del bufete del abogado	88

## VEINTE AÑOS

La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga está celebrando sus primeros veinte años. Este tiempo indudablemente corto en la vida de las Instituciones Educativas, ha significado un importante esfuerzo regional por cimentar una escuela de Derecho en el oriente colombiano, conforme al querer de la Junta Directiva de la Universidad.

El balance que cabe hacer es positivo y alentador, porque sólo se contaba en un comienzo con la valiosa presencia de algunos distinguidos juristas que brillaban en el foro por su dedicación e inteligencia, pero no se tenía ni la infraestructura académica ni la formación pedagógica requerida.

Ese camino se ha recorrido con decisión y bien podemos afirmar que los resultados son satisfactorios en la medida en que poco a poco se ha venido formando un docente, que además de sus conocimientos reconocidos en las ciencias jurídicas, ha aprendido a enseñar el Derecho y se ha comprometido a formar el abogado que necesita el país ad portas del siglo XXI.

Los egresados de la Facultad de Derecho, ocupan con distinción cargos importantes en el sector público y privado, algunos como Magistrados, Jueces o administradores de la cosa pública, o también como asesores de empresas o litigantes, ejerciendo su actividad con decoro y dejando en la mayoría de los casos, la impronta de la facultad que los formó con ética, responsabilidad y suficiencia académica.

Pero apenas empezamos, queda un largo camino de esfuerzo y superación en búsqueda de la excelencia; de la cimentación de una escuela de Derecho que sin dejar de ser universal, sepa ser expresión de la manera de ser y del pensar regional y nacional.

Recordemos por ahora con gratitud a JORGE ORDUZ ARDILA, JOSE MANUEL ARIAS CARRIZOSA, JAIME GUTIERREZ RIBERO, GERMAN VILLALOBOS FERNANDEZ, JORGE GONZALEZ ARANDA, SERGIO RANGEL CONSUEGRA, GABRIEL BURGOS MANTILLA Y JORGE CASTILLO RUGELES, quienes han sido sus decanos y a sus profesores que con dedicación han cumplido tan importante tarea.

**RODOLFO MANTILLA JACOME**  
Decano

26      *Nov 1. 993*

Temas Socio Jurídicos Facultad de Derecho	Bucaramanga (Col.)	Vol. 11	No. 25	Julio 1992	I.S.S.N. 0120-8578
--	-----------------------	---------	--------	------------	--------------------

## LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA: UN TRIBUNAL DE CASACION

*JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA*

El Gobierno Nacional mediante el Decreto Legislativo 1926 de agosto 24 de 1990, expedido en ejercicio de las facultades excepcionales que en ese entonces le confería el artículo 121 de la Constitución Nacional, es decir bajo el estado de sitio, dispuso que la organización electoral procediera a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se llegaren a emitir el 9 de diciembre de 1990 por los ciudadanos colombianos, con el propósito de convocar e integrar una Asamblea Constitucional la que tendría como misión esencial, revisar la Constitución Política de 1886 y sus reformas<sup>1</sup>.

Este Decreto Legislativo fue remitido a la Corte Suprema de Justicia en virtud de lo previsto por el propio artículo 121 de la Carta Fundamental para su revisión constitucional.

La Sala Constitucional elaboró su ponencia a través de los Magistrados HERNANDO GOMEZ OTALORA y FABIO MORON DIAZ, y en la plenaria ocurrida el nueve (9) de octubre de ese mismo año lo consideró parcialmente ajustado a la Constitución Política, con una votación afirmativa de catorce (14) votos (por cuanto doce (12) estuvieron en contra de su constitucionalidad).

Quizás éste ha sido el fallo judicial más importante que la Corte Suprema de Justicia profiriera en este siglo, y de pronto el más controvertido porque permitió que a través de un Decreto de estado de sitio se convocara a una Asamblea Constitucional de origen democrático, a efecto de apartarse del procedimiento único previsto en ese entonces para reformar la Carta Fundamental que no era otro diferente al indicado por el artículo 218, a través de un Acto Legislativo expedido por el Congreso de la República.

Esa Asamblea Constitucional constituida por miembros de los diversos partidos y movimientos políticos existentes, sectores religiosos, económicos y étnicos, en número de setenta y cuatro (74), trabajaron en torno de varios proyectos presentados para reformar la Carta Fundamental, pero con la particularidad de que se proclamaron omnipotentes, es decir, que ya no estarían sometidos a las precisas materias que le había prefijado el Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo mencionado.

<sup>1</sup>El texto del Decreto Legislativo 1926 de 1990 aparece publicado en la revista Derecho Colombiano, tomo 62 #345 de septiembre de 1990, páginas 251 a 271.

Y, en torno de la Rama Jurisdiccional tomaron en cuenta el proyecto de Gobierno para la creación de la Corte Constitucional, como una institución independiente de la actual Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>.

Pero la creación de la Corte Constitucional no era una novedad del actual gobierno del Presidente GAVIRIA TRUJILLO. Es así como con anterioridad los gobiernos precedentes estaban interesados en deslindar la función pública de la Corte Suprema de Justicia, de aquella dedicada a la solución de los problemas civiles, penales y laborales.

En efecto, en 1957 DARIO ECHANDIA, EDUARDO ZULETA ANGEL y FERNANDO ISAZA, integrantes de la Comisión Paritaria de Reajuste institucional, eran del siguiente parecer:

"Pero entratándose de la guarda de la Constitución, hay otro problema vinculado también a la organización del Tribunal Supremo. Consiste en que la Corte, como está formada actualmente, no parece el tribunal más adecuado, por su composición y su funcionamiento interno, para desempeñar aquella función. La distribución del trabajo obliga a los magistrados a dedicar la casi totalidad de sus esfuerzos al despacho de los asuntos de su respectiva especialidad, de los pleitos civiles, criminales, laborales, etc., que competen a la Sala que pertenecen. Por otra parte, la selección de los magistrados se hace pensando en la distribución de trabajo entre esas Salas, y así se buscan civilistas para la Sala de Casación Civil y de Negocios Generales, criminalistas para la de Casación Criminal, especialistas en derecho del trabajo para los pleitos laborales, etc. Es natural que un magistrado de la Sala de Casación Criminal o de la Sala de Trabajo, tenga una preparación especial, unos hábitos mentales y hasta una disposición de espíritu que le permita ocuparse con más pericia y más eficacia de los asuntos propios de su Sala, que de los problemas de derecho público suscitados por las demandas sobre inexecutable de leyes y decretos. Por otra parte, siendo abrumador el trabajo de las respectivas Salas, estos magistrados que no son especialistas en Derecho Público, no van a disponer del tiempo suficiente para estudiar a fondo los problemas constitucionales. De aquí que pueda notarse en el conjunto del trabajo de la Corte Suprema, cierta negligencia o displicencia por esos pleitos de inexecutable, a lo cual se agrega que, por rozarse muchas veces estos pleitos con los problemas más candentes de la controversia política, jueces imparciales, sienten cierto desvío por su estudio y decisión.

"En resumen, las deficiencias del control de la constitucionalidad de los actos del gobierno y del Congreso por la Corte Suprema de Justicia, se refieren a tres órdenes de ideas: a la dependencia en que puedan encontrarse los magistrados respecto de los dos poderes cuyos actos pueden revisar y anular; a la influencia partidista en esa clase de fallos, y a la falta de especialización de los que son llamados a pronunciarlos. Estos defectos podrían corregirse quitándoles al gobierno y al

<sup>3</sup>Artículo 150 del proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución que el Gobierno sometió a consideración de la Asamblea Constitucional.

Congreso la facultad de nombrar esos magistrados, haciendo una Corte paritaria para que las decisiones no representen, en ningún caso, el criterio de un partido, y exigiendo conocimientos especiales en Derecho Público para el desempeño de tal cargo. Es decir que podría intentarse la solución de este problema con la creación de una Corte Constitucional distinta y separada de la Corte Suprema de Justicia"<sup>4</sup>

En los trabajos preparatorios de la Reforma Constitucional, la comisión cuarta de la Asamblea Constituyente, que estaba encargada de la reforma de la Administración de Justicia y el Ministerio Público, en términos similares justificó la separación del control jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia para que se depositase en un ente nuevo. Así se expresó en su informe-ponencia para la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente:

"En primer término, la Comisión IV propone, por mayoría, la creación de la Corte Constitucional".

Se propone la creación de la Corte Constitucional por la necesidad que se ha visto en todos los campos del derecho de lograr cada vez más una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional. Así como la labor de casación que cumplen las salas civil, penal y laboral requieren ser ejercidas por expertos en la materia, cada día el Derecho Público adquiere mayor especialidad.

Es por ello que dentro de la estructura de la nueva Constitución, resulta conveniente separar las funciones de Tribunal de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control de constitucionalidad.

Esta mayor especialización en el juzgamiento permitirá que con el tiempo se construya una jurisprudencia estable sobre los alcances de cada una de las normas de la nueva Carta, con claridad sobre las facultades de las ramas del Poder Público y en particular sobre la naturaleza excepcional de los Estados de Excepción.

Es igualmente importante que este nuevo organismo determine el alcance de los derechos y las libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente sobre su ejercicio.

Se trata de la creación de un organismo especializado, dedicado únicamente al juzgamiento constitucional e integrado por magistrados que, aunque conocedores de otras disciplinas jurídicas, cuenten con una formación básica en Derecho Constitucional"<sup>5</sup>

<sup>4</sup>Anales de la comisión paritaria de Reajuste Institucional #1, octubre 4 de 1957, página 139.

<sup>5</sup>Este informe obra en la Gaceta Constitucional No. 85 del 29 de mayo de 1991. Rendido por la Comisión Cuarta, de la Asamblea Constituyente, integrada por FERNANDO CARRILLO FLOREZ (Presidente), JAIME FAJARDO LANDAETA (Vicepresidente), CARLOS DANIEL ABELLO ROCA, MARIA TERESA GARCÉS LLOREDA, ALVARO GOMEZ HURTADO, ARMANDO HOLGUINSARRIA, HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ, JULIO SIMON SALGADO VASQUEZ y JOSE MARIA VELASCO GUERRERO.

Pues bien, la Asamblea Constitucional del año pasado encontró propicia la oportunidad para la creación de una Corte Constitucional, y así lo dispuso en el artículo 235 de la nueva Carta Fundamental<sup>6</sup>. Pero a mi modo de ver no supera en la diversidad de criterios a la Corte Suprema de Justicia que en Sala Plena tenía la función cardinal de preservar la Carta Fundamental.

En efecto, bajo la vigencia de la anterior Constitución Política, el control constitucional era ejercido por toda la Corporación, la que se encargaba de analizar el trabajo elaborado por la Sala Constitucional, integrada esta por magistrados especialistas en Derecho Público<sup>7</sup>. En esa Sala Plena todos los magistrados de la Corte Suprema podían intervenir enriqueciendo el debate, aportando sus propios puntos de vista, sus tesis, porque al fin y al cabo no hay un derecho puro en una ley o en un Decreto, siempre tendrá un contenido propio de alguna rama del derecho (civil, penal, laboral, etc.).

Es más, si revisamos el texto del artículo 239 de la Carta Fundamental recientemente promulgada, encontramos que el criterio de la especialidad de los integrantes de la Corte Constitucional no se abandona.

Luego, yo creo que las razones que se venían exponiendo de tiempo atrás no son valederas para haber trasladado el control de la supremacía de la Constitución a un organismo nuevo.

Pienso, que la Corte Suprema de Justicia venía ejerciendo un control serio, imparcial y científico en defensa de la Carta Fundamental, evitando que el Ejecutivo y el Legislativo se excediesen en el ejercicio del poder político, en especial el primero de estos en virtud de las facultades que le confería el derogado artículo 121, y no podía ser otro el mecanismo idóneo que el de crear una Corte Constitucional para privar a la Corte Suprema de Justicia del control de constitucionalidad, quedando reducida al cumplimiento de funciones exclusivamente jurisdiccionales como Tribunal de Casación dentro de la jurisdicción ordinaria, porque de los asuntos de que tratan los ordinales 2, 4, 5, 6 y 7 del actual artículo 235, anteriormente también tenía competencia de conformidad con lo expuesto en el artículo 151 de la Constitución derogada.

<sup>6</sup>"La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho".

"Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".

<sup>7</sup>"Los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos".

<sup>8</sup>Inciso 3°, numeral 2° del artículo 214 de la Constitución anterior en la redacción del artículo 71 del Acto Legislativo #1 de 1968.

De otro lado, la ocasión era propicia para acabar con el sistema de cooptación que le garantizaba a la Corte Suprema de Justicia la independencia en su integración, y en su autonomía en materia de decisiones, por cuanto ahora de conformidad con lo previsto en el artículo 235, los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos de ocho años; y los de la Corte Suprema de Justicia por la misma institución pero de listas que para el efecto integre y remita el Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia por virtud de la nueva Carta Política, sólo se dedicará a desempeñar las funciones propias de un Tribunal de Casación, según la especialidad de sus Salas.



## EL PRINCIPIO DE PRESERVACION DEL NEGOCIO JURIDICO

ANTONIO BOHORQUEZ ORDUZ

Sin duda alguna las reglas legales nuestras consagradas para disciplinar los negocios jurídicos no obedecen a una teoría definida y lógicamente estructurada. Las incongruencias entre las definiciones y clasificaciones que el legislador se aventuró a consagrar, de un lado, y las consecuencias de las anomalías que el negocio suele acusar en la vida de relación entre los particulares, del otro, son evidentes. Esto dificulta y a la vez incentiva -paradójicamente- el estudio de la ineficacia. Otro tanto ocurre con el *nomen* que suelen dar las normas a los fenómenos, pues aunque no podemos dejar de lado que el señalar las distintas especies de ineficacia es potestad que cae bajo el arbitrio del legislador, con frecuencia sucede que los redactores de los distintos estatutos no conservan una misma línea y así, lo que aquí es lógicamente nulidad más allá es inexistencia o simple inoponibilidad. El fenómeno, con todo, no es raro si se tiene en cuenta que las normas surgen en diversos y precisos momentos históricos y que sus redactores obran naturalmente influenciados por sus propias concepciones y, por qué no decirlo, por los intereses que generalmente representan. La solución, por supuesto, es la misma que desde antaño tiene averiguada la doctrina ante este tipo de dificultades: tales normas deben ser interpretadas de tal manera que entre ellas se guarde la mayor armonía posible (método sistemático, avalado por el artículo 30 del C.C.), enseñado por don Andrés Bello desde hace más de ciento cincuenta años!

Cuando el jurista se adentra en el estudio de la normativa nuestra sobre la materia queda un tanto obnubilado; son tan múltiples las incoherencias con que se tropieza el investigador entre la maraña de reglas que aparecen en los distintos códigos y leyes especiales que el académico se engolosina con el estudio de la ineficacia y se olvida de que la regla general es la eficacia. Ante tan ingentes posibilidades de ineficacia, pareciera que la regla general es la contraria, cuando en verdad la vocación natural de los negocios jurídicos es la de producir efectos. Si se lee con cuidado el conjunto de normas nos encontraremos con que en ellas subyace un principio general de derecho no enunciado expresamente, pero presente en toda la codificación de nuestro derecho privado: el de preservación o conservación del negocio jurídico, de acuerdo con el cual el legislador propende porque él genere los efectos a que está llamado; la ley vela por su defensa, no por su destrucción, como con alguna ligereza pudiera pensarse.

Es que la autonomía privada no sólo interesa a quienes la ejercen en un momento concreto y determinado; también interesa al conglomerado social pues significa seguridad en el tráfico de bienes y servicios y estabilidad en las relaciones jurídicas de los asociados con las cosas y con sus conegociantes.

El principio se manifiesta en una serie de mecanismos que el legislador consagró encaminados a salvar el negocio jurídico y en postulados como el de la buena fe negocial de acuerdo con el cual se presume que los celebrantes crean el negocio para que produzca efectos (art. 1603 C.C.); jamás podría entenderse que alguien realice

un negocio con el preciso objeto de que sea ineficaz, salvo los casos patológicos de simulación. De ahí que el incumplimiento en los contratos bilaterales no conduce irremediablemente a la ineficacia por declaración judicial, sino que el legislador, sin duda por ese ánimo de salvar el negocio de que venimos hablando, da al negociante obsecuente con sus deberes contractuales la opción de exigir el cumplimiento de lo acordado. De ahí también que la irrevocabilidad sea la regla general, de tal suerte que quienes concurren a la celebración de un negocio no tienen luego, salvo las excepciones legales, herramienta asequible para eludir su responsabilidad. El interés general así lo precisa. Entre los variados mecanismos colocados *ex profeso* por el legislador enderezados a la conservación del negocio jurídico, queremos mencionar algunos para resaltar la idea que estos párrafos recogen y en la cual queremos insistir: la ley propende siempre por salvar el negocio, antes que por conducirlo fatalmente a la inoperancia. De ahí que el intérprete del negocio sólo debe predicar su ineficacia una vez que haya probado estos instrumentos de salvación y hayan resultado inútiles para ese fin específico. Y en esa comprobación, nos parece, no debe descartarse la analogía como principio obsecuente con la conservación del negocio jurídico, ya que si ese es el espíritu del legislador no habría razón para impedir que un mecanismo creado para la redención del negocio en ciertos casos no fuera aplicable a otros similares.

A continuación señalaremos y comentaremos brevemente algunos de esos mecanismos instaurados para la conservación del negocio (hemos encontrado sólo los mencionados, pero seguramente hay otros en la ley):

### 1. NEGOCIOS PARA LA CONSERVACION

Ante la eventualidad de que en la práctica los particulares creen un negocio anormal o inoponible o viciado o difícil de cumplir o ininteligible o ante un inminente incumplimiento, la ley concede a los negociantes la oportunidad de redimirlo mediante otro negocio jurídico este sí válido, claro, susceptible de ser realizado y el cual viene a comunicar estas virtudes al original negocio entre las partes. Tal es el caso de la ratificación (para la venta de cosa ajena o la estipulación por otro, por ejemplo), de la convalidación (tácita o expresa, art. 1752 C.C.), de los negocios aclaratorios (salvarían eventualmente un negocio ineficaz por imposibilidad práctica, como es el caso del negocio abstruso, cuya ininteligibilidad lo hace inoperante), de los negocios complementarios, de las prórrogas, etc. Incluso, ante un contrato ya incumplido, las partes pueden salvarlo aún, con una prórroga posterior al hecho, con el beneplácito del ordenamiento, pues el negocio se salva.

### 2. CONVERSION

Este mecanismo es muy conocido como *principio de conversión* de los negocios jurídicos, en virtud del cual cuando un negocio creado por los particulares con una determinada finalidad no reúna los elementos esenciales del negocio anunciado pero sí los de otro, o habiendo nacido nulo ostente los elementos y presupuestos de otro negocio válido, el negocio aparentemente ineficaz se *convierte* en el otro, ese sí eficaz para preservar la relación jurídica anhelada por las partes y tutelada por el

derecho. Es lo que consagran tanto el artículo 1501 del C.C. cuando habla de que un contrato al que le falten las *cosas* esenciales *degenera* en otro y el artículo 904 del C. de Co. cuando pontifica que el contrato nulo podrá producir los efectos de otro contrato válido. Se trata en realidad de una labor de adecuación típica, terminología preferida por algunos doctrinantes, en razón de que la faena del jurista va a ser en tales casos, la de encontrar el tipo de negocio previsto en la ley y por tanto su verdadero *nomen* técnico, el que corresponde a la figura, teniendo en cuenta sus elementos esenciales o sus presupuestos de validez. Tal sería, por ejemplo, el caso del arrendamiento sobre un bien fungible que al no reunir los elementos esenciales del negocio anunciado por las partes en la denominación, diríamos que no es arrendamiento, que como tal no existe, pero que estamos en presencia de un mutuo. O el del arrendamiento gratuito de un bien que se convierte en comodato.

### 3. LEGITIMACION RESTRINGIDA

Al tiempo que el legislador previó las distintas formas de ineficacia del negocio jurídico, también dispuso qué personas estaban legitimadas por activa para deprecar del juez la correspondiente declaratoria. No cualquiera persona, aduciendo un interés particular, puede pedirla; y el juez a su vez puede declararla de oficio excepcionalmente. De esa manera, si la parte o persona en cuyo favor el legislador colocó la legitimación para demandar la ineficacia no lo hace, el negocio se mantiene incólume. Tal es el caso paradigmático de la nulidad relativa en el cual sólo puede pedirla la parte en cuyo beneficio la consagró la norma (o sus herederos y cesionarios - art. 1743 del C.C.-). Y aún en el caso de la nulidad absoluta donde si bien es cierto que, además de las partes, tiene legitimación para demandarla el ministerio público y los terceros, no debe dejarse de mirar que aquél sólo la tiene en interés de la moral o de la ley y éstos sólo si demuestran un interés jurídico, actual, propio y directamente vulnerado por el negocio, de acuerdo con la muy conocida doctrina del interés ampliamente desarrollada en la jurisprudencia patria. En el caso de la simulación estarían legitimados en primer lugar, desde luego, las partes (o sus herederos), el cónyuge inocente en el evento previsto por el artículo 1824, ib. y los acreedores que, como terceros, demuestren un interés legítimo, es decir con las características que atrás se enunciaron según ha reconocido la jurisprudencia colombiana por décadas, aunque el punto ha sido puesto últimamente en discusión. Y a propósito de los acreedores, la pretensión pauliana sólo a ellos beneficia. La lesión enorme sólo puede alegarla la parte afectada, es otro ejemplo. Y por lo demás, toda pretensión que tenga un origen contractual estará necesariamente circunscrita a las partes o a sus causahabientes (resolución, disolución, terminación, etc.).

### 4. INEFICACIA PARCIAL

Al celebrar un negocio jurídico es probable que las partes conculquen una norma legal, bien en abierta rebeldía frente al dictado de la ley o bien por ignorancia en torno a algún punto específico de quien redacta el clausulado. No obstante, ello no significa el derrumbamiento ineludible del negocio jurídico ya que si la ilicitud o la anormalidad contamina tan solo a una parte del negocio y el resto se puede salvar,

el legislador opta por ésta última solución, en razón de la filosofía que lo anima, de la cual venimos escribiendo. Así ocurre en las pretensiones de reductibilidad (reducción de intereses -arts 2231, C.C., 884, C. de Co. y 492 C. de P.C.; reducción de la cláusula penal -arts 1601, C.C., 867, C de Co. y 492, C. de P.C.; rebaja del precio o *quanti minoris* -arts 1924 ss, C.C. y 934, C. de Co.-, la reducción de la remuneración del mandatario -art 1264 del C. de Co.-, etc.), donde el negocio mantiene su operatividad a pesar del defecto particular que lo aqueja.

Este mismo principio es el que se detecta en actividad en las previsiones de los artículos 902 y 903 del C. de Co. En el primero propende el legislador por la salvación de un negocio nulo en parte o con alguna cláusula nula, a menos que la porción viciada comporte tal gravedad que arrastre consigo al negocio. En el otro artículo sigue el redactor de la norma idéntica orientación cuando prevé la nulidad circunscrita a la vinculación, para el evento en que en los negocios plurilaterales la intervención de uno de los copartícipes en el negocio resulte viciada, a menos, desde luego, que su presencia haya sido pactada como indispensable o de la naturaleza del asunto así se deduzca.

Creemos que este mecanismo puede y debe ser aplicado a otras hipótesis de ineficacia con criterio analógico, bajo los derroteros del principio de salvación del negocio jurídico que venimos pregonando. Es decir, esta ineficacia parcial como mecanismo de conservación del negocio no es criterio exclusivo de la nulidad sino que puede extenderse a otras especies de ineficacia; y además no es privilegio reservado para los negocios mercantiles sino que puede destinarse a proteger los negocios civiles también. Así las cosas, negocios como el acuerdo cooperativo, el contrato civil de sociedad, etc., se beneficiarían del mismo instrumento de guarda de la eficacia.

### 5. INTERPRETACION PREFERENCIAL POR LA EFICACIA

Muy conocida es la regla de interpretación de los contratos que nuestro código civil contempla en el artículo 1620 con el indiscutible propósito de preservar el negocio jurídico. Sólo que ha de advertirse que las dos interpretaciones han de ser válidas, atendibles desde el punto de vista jurídico: que se trate de dos alternativas situadas en pie de igualdad en el campo de la hermenéutica contractual, pues de lo contrario degeneraría el mecanismo en la arbitrariedad del intérprete. No obstante la redacción de la norma, el principio que ella recoge debe aplicarse también al negocio en su integridad y no sólo a una o a algunas de sus cláusulas.

### 6. PRINCIPIO DE INTEGRACION

El legislador tiene tanto afán en preservar la eficacia de los negocios jurídicos que en no pocas ocasiones entra a presumir un contenido negocial, no solamente en cuanto a elementos naturales del negocio, sino también en cosas que siempre hemos tenido como esenciales. Claro ejemplo de este mecanismo se halla a nuestro modo de ver en el art. 920 del C. de Co., pues la norma, sin dejar de considerar el *precio* como

elemento esencial ("*no habrá compraventa*"), presume que las partes aceptan el precio medio si el comprador recibe la cosa.

Otro tanto ocurre en el contrato de promesa cuando al faltar elementos que el artículo 89 de la ley 153 de 1887 trata como esenciales (léase en concordancia con el 1501 del C.C.), otras normas vienen en auxilio del negocio para conservarlo, como las reglas del pago cuando las partes han dejado de señalar el lugar donde se ha de celebrar el contrato prometido; aunque claro está que la jurisprudencia ha discernido con razón que el art. 1646, inc 2, del C.C., sólo resulta aplicable en el evento en que los contratantes tengan un domicilio común y en él exista notaría única. Cuando en el lugar existan dos o más notarías, de acuerdo con la doctrina tradicional, la ineficacia del negocio es inevitable; no obstante, creemos que otra solución viable estaría dada por el artículo 15 de la ley 29 de 1973, pues en esta disposición se consagró un *reparto* entre las varias notarías de una ciudad que, si bien hace relación a los negocios que deben celebrarse por escritura pública las entidades de derecho público y los establecimientos bancarios que desarrollan planes de vivienda y negocios de finca raíz, bien admite la norma una extensión de su cobijo en aras de la preservación del negocio jurídico. Muy sencilla resultará así la solución para los prometedores pues el día previsto para la celebración del contrato, si no habían señalado notaría para el efecto, les bastará acudir a la de reparto que con un procedimiento simple y expedito les determinará donde otorgar el instrumento. En concordancia con el principio de la buena fe (se presume que las partes han creado su negocio con el ánimo de que sea eficaz) y con el mecanismo arriba comentado según el cual entre dos interpretaciones válidas, una de las cuales signifique ineficacia, ha de preferirse aquella que conduzca al negocio a producir efectos, nos parece que este planteamiento es admisible en el derecho colombiano.

## 7. PRESCRIPCIÓN

El mero transcurso del tiempo sana el negocio amenazado por alguna de las especies conocidas de ineficacia. El legitimado para pretender el anodamiento de un negocio no mantiene tal derecho eternamente; ha de ejercerlo dentro de un término preestablecido por la ley so pena de que su eventual contrincante le oponga con éxito la excepción de prescripción. La nulidad absoluta prescribe en veinte años, la relativa en cuatro si se trata de un negocio civil y en dos si de uno mercantil, el derecho a pretender declaración de lesión enorme prescribe en cuatro años, etc. Pasado el lapso previsto para cada caso en particular, el negocio se erige como figura inexpugnable.

## 8. OPORTUNIDAD PROCESAL A LA EFICACIA

Aquí encasillamos casos muy específicos en que la normativa nuestra, procesal y sustancial en concierto, prevé para el demandado la posibilidad de atajar desde muy temprano la prosecución del proceso y con él desde luego la inminente sentencia dejando al negocio sin efectos. Así sucede en los eventos previstos por el artículo 406 del C. de P.C. (pacto comisorio calificado -art. 1937, C.C.- y pacto de mejor comprador -art. 1944, ib.-) en los cuales el demandado, allanándose, preserva su

negocio. Pasa igual en el supuesto del artículo 1407 del C.C. en relación con la lesión enorme en la partición.

## 9. SANEAMIENTO DE LA ILEGITIMIDAD NEGOCIAL

La ilegitimidad negocial tiene como consecuencia natural la inoponibilidad a menos que la ley prevea una sanción más grave. No obstante, los artículos 752, 1874 y 1875 del C.C. consagran un dispositivo que da vía libre a la operatividad del negocio generando los efectos que le son propios: si el enajenante que carece de la titularidad del interés adquiere luego la cosa, en forma automática se confieren los derechos o se verifica la tradición. El negocio original se salva y en modo alguno se requiere uno nuevo para que opere la tradición.

## 10. SUPERVIVENCIA MAS ALLA DEL VENCIMIENTO

En los contratos de ejecución sucesiva suelen los negociantes señalar un término de vigencia para los efectos del negocio, estipulación que viene siendo, como sabemos, una especie de ineficacia por disposición particular. El legislador ha encontrado, sin embargo, que en algunos casos no es conveniente para el conglomerado social el dejar a las partes en libertad absoluta para determinar la declinación del negocio por este medio y entonces ha ideado algunas reglas que mantienen al negocio con firmeza aún después de que se ha vencido el lapso previsto inicialmente por los contratantes. Tal es el caso del arrendamiento en sus distintas modalidades (arts. 2014 del C.C., 518 del C. de Co. y 8 de la ley 56 de 1985).

## 11. LA RELATIVIDAD DE LA DECLARACION JUDICIAL

En toda la fortaleza de la cosa juzgada, la sentencia en ocasiones se muestra tan frágil que un simple convenio entre particulares la puede tomar inocua. Y cuando se trata de salvar el negocio jurídico el legislador no se arredra ante la cosa juzgada pues aún en eventos ya fallados el derecho encuentra un resquicio para la preservación del negocio. Claro que se trata de casos especiales, pero en donde precisamente la sentencia se hace débil con tal de conservar el negocio.

El primer caso, este sí genérico, que podemos señalar de operancia del enunciado mecanismo, es el postulado según el cual el fallo sólo alcanza con su fuerza vinculante a quienes fueron parte en el proceso dentro del cual se declaró la ineficacia; naturalmente que esa suerte de pleitos plantea un litis consorcio necesario, pero bien ha podido suceder que no se haya advertido o que la ineficacia surgió como simple excepción en un proceso ejecutivo. Aquí se cumple este viejo y conocido principio latino: "*res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*" y la sentencia, no obstante reconocer la ineficacia de un negocio, sólo es obligatoria para quien fuera parte en el proceso.

Otro claro ejemplo de que la declaración judicial de ineficacia de un negocio jurídico puede tener un vigor relativo se halla en la declaración de simulación relativa, pues la investigación del juez se encamina a sacar a la luz la totalidad del contenido del

acto y una vez logrado tal cometido, el negocio adquiere su verdadera dimensión, incluso su verdadero *nomen*, pudiendo llegarse a que el negocio estipulado, no obstante reconocerse como simulado puede ser perfectamente eficaz, como en el caso de que el negocio resultante de esa investigación integradora del contenido fuese una donación inferior a cincuenta salarios mínimos. El negocio es simulado pero válido!

En el pacto de reserva de dominio hallamos otra hipótesis de las de este linaje: aún luego de restituida la cosa por orden del juez (lo cual significa desde luego resolución del contrato) el comprador goza de un término de dos meses dentro del cual puede restablecerle la eficacia al negocio ya muerto, pues pagando el precio más intereses el vendedor estaría obligado a entregarle la cosa, siempre y cuando aún la mantenga en su poder (Art. 966, C. de Co.).

Parecido predicamento cabe hacerse de las provisiones en torno a la lesión enorme en la compraventa de inmuebles donde a pesar de la declaratoria de ineficacia por lesión enorme, el demandado vencido puede "*consentir en la rescisión (sic)*" o *completar* el justo precio menos el 10%, si se trata del comprador, o *devolver* el exceso más el 10%, si se trata del vendedor, con indudable salvación para el negocio jurídico.

## 12. EL CONTROL JUDICIAL COMO MECANISMO DE PRESERVACION

El legislador, sabemos, ha previsto la intervención del juez en ciertos eventos, para controlar el contenido del negocio. Pues bien, esa posibilidad de control puede ser usada para salvar el negocio, como prevé, por ejemplo, el art. 868 del C. de Co., al tratar el fenómeno de la imprevisión: circunstancias extraordinarias han tornado, para una de las partes, excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación a su cargo; entonces el legislador admite que el juez determine un nuevo contenido al negocio, de manera que pueda ejecutarse y se conserve. Del mismo modo puede ocurrir en el evento en que las partes acudan al juez, de consuno, para que en un fallo en equidad les salve un negocio y determine las condiciones en que él ha de cumplirse (art. 281, del C. de P.C.).

## CONCLUSION

De lo anteriormente discurrido resulta evidente que el legislador está interesado en preservar el negocio jurídico. Jueces y abogados estamos llamados a tener muy presente este principio, olvidado con frecuencia infortunada pues a menudo nos sorprenderemos más bien en la tarea de buscar su derrumbamiento. No creemos que los mecanismos enunciados aquí, por medio de los cuales opera el principio estudiado, sean los únicos. Muy seguramente habrá más en lo extenso de nuestra legislación, pues esa tendencia del legislador es muy marcada y se hace más fuerte en la era moderna.

Habrà momentos en que convergiran varios mecanismos a la tarea de salvamento y entonces se hace más patente el propósito del legislador de que hemos venido

hablando; habrá otros en que la labor no resulta tan fácil, sin embargo no por ello ha de saltar el intérprete, *a priori*, a indicar ineficacia, pues es posible que aún por *analogía*, alguno de estos mecanismos resulte destinable al efecto. Hay que detectar el apropiado y aplicarlo. Por decir lo menos, nos parece salida de tono la tarea de algunos juristas que enfilan todos sus esfuerzos a buscar la ineficacia del negocio cuando el legislador propende por su salvación!

## LA PROTECCION A LA MATERNIDAD EN LA LEY LABORAL COLOMBIANA

JORGE EDUARDO LAMO GOMEZ

Desde los albores del derecho laboral ha constituido tema de especial interés para los legisladores, la protección de la maternidad vista desde los aspectos relativos al embarazo, parto y atención tanto al *naciturus* como al recién nacido. El desarrollo de la ley ha extendido la reglamentación tuitiva existente para la maternidad biológica, con referencia a algunos casos relacionados con la adopción.

### ANTECEDENTES

La reglamentación sobre la protección de la maternidad surgió como consecuencia de las disposiciones del Convenio 3 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 129 de 1931.

Caracterizó el primer período de normatización de estas garantías al apareamiento de normas destinadas a su regulación en algunos sectores estatales, sin que sea factible hablar de una uniformidad, dado el origen de la preceptiva. - A este respecto podemos citar como ejemplos:

- La resolución 268 de 1933 de la Administración General de los Ferrocarriles Nacionales, que estableció descanso remunerado y servicios médicos para obreras y empleadas embarazadas de tal empresa, situación que significaba la exclusión de trabajadoras y empleadas de ferrocarriles diferentes a los nacionales.
- Decreto 576 de 1934 sobre descanso remunerado, servicio médico y farmacéutico y alimentación suficiente (antes y después del parto), para empleadas y obreras de la Imprenta Nacional.
- Ordenanzas 31 de 1933 y 41 de 1936 de la Asamblea del Departamento de Santander y Decretos Números 501 y 667 de 1936 de la Gobernación de Santander, sobre descanso remunerado para trabajadoras embarazadas dependientes del Departamento de Santander y sus municipios.
- Acuerdo Número 14 de 1937 del Concejo Municipal de Barranquilla y Decreto Número 132 de 1937 de la Alcaldía de Barranquilla, sobre auxilio monetario y asistencia médica para empleadas y obreras al servicio del municipio de Barranquilla.

Fue solamente a partir de 1938 cuando el Congreso empezó a legislar dando cumplimiento al convenio citado, siendo las primeras leyes en este sentido las números 53 y 197 del año de 1938, las que reglamentaron por los decretos 1632 y 2350 de 1938 y 953 y 1766 de 1939. La protección que en ese entonces se otorgó, se puede señalar como regida conforme a los siguientes principios:

1. Su aplicación se daba tanto respecto de trabajadoras del sector público como del particular.
2. Se otorgó una garantía de estabilidad laboral, en los siguientes términos:  
"No podrá despedirse a ninguna empleada u obrera por motivos de embarazo o lactancia, y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado".
3. La mujer en estado de embarazo tenía derecho a ocho semanas de descanso remunerado para la época del parto, licencia que empezaba a contarse "desde el día indicado por el médico de la interesada". En caso de aborto o parto prematuro se reconocían dos semanas de incapacidad, y en caso de que "hubiera complicaciones que le obligaran a guardar quietud", la incapacidad se extendía hasta por cuatro semanas.

En las situaciones de parto prematuro viable, el decreto 1632 estableció su asimilación para efectos de la licencia a parto normal.

Ha de anotarse cómo el decreto reglamentario 1632 de 1932 varió con relación al parto prematuro no viable y al aborto, en el sentido de que las semanas a otorgar se hacían a título de licencia remunerada y no en virtud de incapacidad (Cfr, arts. 6° Ley 53 de 1938 y 5° Dcto. 1632 de 1938).

4. El salario a pagar durante la licencia estaba constituido "por la remuneración que le corresponda, tomando como base al jornal que la trabajadora hubiese devengado en los treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que debía concederse la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario representara, por el número de días a otorgar".
5. La garantía de estabilidad, determinaba para efectos del despido una cobertura con referencia a los tres meses anteriores y posteriores al parto (art. 3°, Ley 53 de 1938), la cual fue ampliada por el artículo 2° de la Ley 197 de 1938 así:

En el caso de las trabajadoras que hubieron prestado sus servicios a varias empresas durante el curso de la gestación, éstas para efectos de la licencia y su pago, estaban obligadas proporcionalmente con relación al tiempo en que la trabajadora hubiese prestado sus servicios en cada una. (Dcto. 953 de 1939, art. 2° y Dcto. 1766 de 1939 art. único), (Cfr HERNSDAT Ernesto "Tratado de Derecho Social Colombiano", Editorial A.B.C., Bogotá, 1947, pág 157).

"La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período de embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado del facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo, o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

6. El despido de la trabajadora embarazada debía estar precedido del aviso al Inspector del Trabajo, ya que -como lo indicaba la norma vigente "sin el concepto favorable del Inspector no podrá hacerse el despido".

En aquellos lugares en donde no existiera funcionario dependiente del Departamento General del Trabajo, el trámite debía surtirse ante el Alcalde, quien en caso de autorizar el despido lo hacía con carácter provisional, dentro del curso de diligencia administrativa en la cual debía levantarse un acta "firmada por el Alcalde, el Patrono, la Mujer Trabajadora o quien la represente y dos testigos".

Las únicas causas de despido eran las determinadas en los artículos 9 a 11 del Decreto 652 de 1935, a saber: injuria grave o maltrato; daño material grave o "cualquier acto que manifieste exteriormente el propósito de causarlo"; culpa grave que con ocasión del trabajo comprometa la seguridad de las personas o cosas; comisión de un delito por el cual se haya llamado a juicio o producido detención "por decisión de la justicia" por más de un mes; revelación de secretos o divulgaciones que ocasionen perjuicios a la otra parte; inducción al empleador a celebrar el contrato mediante la presentación de certificados falsos; ineptitud manifiesta; sistemática inexecución sin razones válidas de las obligaciones convencionales o legales; cualquier vicio de la trabajadora que perturbe habitualmente la disciplina de la empresa o "haga incapaz al empleado para cumplir en forma satisfactoria con sus obligaciones".

7. Permiso durante los primeros seis meses de vida del hijo con el objeto de que la madre pudiera amamantar al infante, consistente en dos intervalos diarios de veinte minutos cada uno dentro de la jornada de trabajo y que debían corresponder a las comidas de las 9:00 a.m. y las 3:00 p.m., debiendo el patrono conceder más intervalos, cuando la trabajadora mediante certificado médico demostrara tal necesidad.

Con anterioridad a las normas comentadas, se dictó, la Ley 6ª de 1945 o Ley General del Trabajo, observándose como en ninguno de sus 75 artículos se hizo referencia a la protección de la maternidad, lo cual se justifica en parte no solamente por cuanto la reglamentación preexistente continuaba vigente sino también porque el legislador sólo pretendió al dictarla establecer "algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo" como reza su enunciado general.- Tampoco se refirieron a tal materia las leyes 64 y 65 del año de 1946.

#### LA PROTECCION EN LA REGULACION DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo o decretos números 2663 y 3743 del 1950, no otra cosa se hizo sino mantener las orientaciones que venían inspirando el régimen precedente en lo concerniente al asunto objeto de estos

comentarios, pero su aplicabilidad solamente se estableció para los trabajadores del sector particular, por mandato expreso de sus artículos 3º y 4º en consonancia con el artículo 491 del estatuto, que determinaba para el sector público la vigencia de la preceptiva legal anterior.

Algunas de las normas se mantienen y son el fundamento de nuestro ordenamiento legal.

Las orientaciones de ésta normatividad se podían sintetizar así:

1. Garantía de estabilidad laboral, que significa la imposibilidad de despido por embarazo o lactancia.
2. Licencia de ocho semanas en la época de parto, remunerada con el salario que la trabajadora estuviera devengando al momento de entrar a disfrutar del descanso.
3. En caso de aborto o parto prematuro, la licencia a otorgar correspondía a un período de dos a cuatro semanas, y en caso de parto prematuro viable la licencia era igual al tiempo señalado para el parto normal. Es de señalar cómo en los casos de abortos o parto prematuro no viable, el legislador no expresó razón diferente de la necesidad de descanso, en donde es dable colegir que la protección en tal sentido emergía de la circunstancia señalada, más no del hecho biológico de la maternidad. Considero que en estas circunstancias resultaría mucho más razonable volver al originario criterio del artículo 6º de la ley 53 de 1938 y hablar de incapacidad antes que de la licencia remunerada, teniendo en cuenta el interés jurídico objeto de la tutela legal.
4. La garantía de estabilidad, genera la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, salvo por justa causa debidamente calificada por el Inspector del Trabajo o por el Alcalde Municipal (caso este último con carácter de provisional), y únicamente con fundamento "en algunas de las causas que tiene el patrono para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63 (hoy art. 7 del D.L. 2351 de 1965)".

A partir de entonces la nueva legislación eliminó el formalismo innecesario previsto para las tramitaciones ante los Alcaldes Municipales.

Hoy, para la obtención de la autorización de despido se sigue un trámite típicamente administrativo, dentro del cual "antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes". Resulta conveniente anotar cómo el aspecto de la conducencia de las pruebas, que agilizaría la tramitación de estos asuntos es cuestión no suficientemente tenida en cuenta por los funcionarios administrativos, quienes en muchas ocasiones decretan un cúmulo de pruebas las más de las veces ajenas a la cuestión por resolver

5. En los casos de despido con pretermisión de los requisitos anteriormente enunciado, que se presume ocurrieron por causa del embarazo o parto, dos son las posibles consecuencias:

Una primera consistente en el pago de una indemnización en favor de la trabajadora, equivalente a sesenta días de salario.

Una segunda, que tiene ocurrencia cuando la trabajadora esté disfrutando de los descansos remunerados o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto (art. 8° Dcto. 13 de 1967), caso en el cual el despido no produce efecto alguna y en consecuencia se genera la posibilidad de intentar ante la jurisdicción laboral el reintegro.

Complementario del Código del Trabajo se da el régimen de seguridad social que otorga a la trabajadora derechos médico asistenciales, durante la época del embarazo, del parto y hasta del primer año de vida del hijo, los cuales se prestan aún en el caso de que la trabajadora para el momento del parto se encuentre cesante, siempre y cuando se haya cotizado al I.S.S. por lo menos cuatro semanas.

El I.S.S. como subrogatario de las obligaciones del empleador, le corresponde el pago de las semanas de descanso remunerado, siempre y cuando para el momento del parto la trabajadora tenga vigente su contrato de trabajo. Caso contrario, el valor de dichos derechos económicos deberá sufragarlos el empleador, incluso, si el contrato de trabajo de la embarazada ha terminado sin la previa autorización de los funcionarios administrativos.

#### PROTECCION PARA LA MENOR EMBARAZADA

Suficientemente conocido es el hecho de que uno de los problemas estructurales que caracterizan la vida social y las relaciones económicas de los países subdesarrollados (eufemísticamente denominados en vía de desarrollo) está constituido por el trabajo de menores y de mujeres en condiciones que difieren respecto del trabajo de los hombres adultos.

En Colombia éste problema no ha sido ajeno al quehacer cotidiano del país y solamente y desde hace relativamente poco tiempo se han venido estableciendo los instrumentos legales necesarios para buscar, por una parte, la igualdad de condiciones entre hombre y mujer y, por otra, medios para la protección de la mujer y del menor trabajador.

Se puede afirmar que en cuanto alude a los menores de edad, solamente hasta el año de 1982 y gracias al impulso dado por el Presidente de esa época, el Dr. Turbay Ayala, se expidió un estatuto muy completo para el menor trabajador, cuya preceptiva en muchos aspectos contenía elementos de protección mucho más favorables que los posteriormente adoptados, como sucede en el caso de horarios de trabajo.

En lo atinente con la menor embarazada, el artículo 9° de la Ley 20 de 1982 fue muy enfático en cuanto a la estabilidad laboral, y para obtener tales propósitos instituyó:

"Queda absolutamente prohibido despedir a trabajadores menores de edad por motivo de embarazo, sin autorización de los funcionarios encargados de la vigilancia y control del trabajo de menores; el despido que se produjere en este estado y sin que medie la autorización prevista en el presente artículo NO PRODUCIRA EFECTO ALGUNO y acarreará las sanciones previstas en el numeral 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, aumentadas en una tercera parte".

El Código del Menor o Decreto 2737 de 1989 desarrolló este tema específico en su artículo 260, en los siguientes términos:

"Además de las prohibiciones contenidas en el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo y de las establecidas en el presente Código, no se podrá despedir a trabajadoras menores de edad cuando se encuentren en estado de embarazo o durante la lactancia, sin autorización de los funcionarios encargados de la vigilancia y control del trabajo de menores. El despido que se produjere sin esta autorización no produce efecto alguno. ..."

Confrontando los dos textos aquí transcritos, se observa cómo la modificación que el Código del Menor trajo se deriva en buena parte respecto de la eliminación de las sanciones económicas y ello está bien ya que no se justifican si la violación de la garantía de estabilidad no produce efecto alguno.

Ahora bien, se podría argumentar que las sanciones tienen cabida respecto del caso comentado, pero que ellas son iguales a cuando se está frente al despido de la trabajadora embarazada mayor de edad, aspecto este que surgiría de la aplicación supletoria de las normas laborales sustantivas y procedimentales ordenadas por el artículo 264 del Código. Pero ha de observarse que en este evento no hay lugar a tener en cuenta norma supletoria alguna por cuanto el legislador reguló en forma clara la concerniente a las consecuencias de un despido de esta naturaleza.

Problema interesante de dilucidar es el relativo a si la estabilidad laboral contemplada en el Código del Menor para la embarazada, así como también las demás normas protectivas del menor trabajador tienen aplicación con referencia a quienes se encuentren dentro de las calidades y condiciones que los clasifican como servidores públicos.

Si partimos del hecho legal de que el Código del Menor es un estatuto autónomo, debe deducirse que en cuanto a su aplicabilidad no interfieren para nada las reglas contenidas en los artículos 3° y 4° del Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia tienen sus preceptos vigencia *erga omnes*.

## PROTECCION RELATIVA EN EL CASO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

Pese a la existencia de los elementos de protección atrás enunciados, la verdad es que la interpretación jurisprudencial acerca de la manera como debe operar la garantía de protección relacionada con la maternidad de la trabajadora del sector particular, ha supeditado los fines perseguidos por el legislador al cumplimiento previo del formalismo de la notificación al patrono acerca de la existencia de tal estado, mediante el allegamiento de la certificación médica.

Si se tiene en cuenta el fenómeno creciente de maternidad en el caso de trabajadoras solteras y aún la existencia del equivocado criterio de mirar la maternidad de tales personas como hecho censurable, lo que determina buscar su ocultamiento, ha de colegirse que el exceso en el rigorismo formalista ha generado una protección relativa, como quiera que la falta de la oportuna presentación de la certificación médica y ante signos que más o menos evidencian el embarazo genera el despido injustificado de la trabajadora, sin que tal permita alegar con éxito la estabilidad de ley.

El criterio interpretativo a que nos hemos referido señala:

"El estado de embarazo en la mujer comienza a nivel celular y su diagnóstico puede fundarse en algunos signos particulares debidos a las modificaciones generales o locales que imprime el embarazo en el organismo de la mujer, diagnóstico que para hacerlo la ciencia médica ha elaborado diversos métodos. No siempre el crecimiento o abultamiento del vientre femenino se debe a un estado de embarazo, que también puede ser causado por tumores ováricos u otras masas intraabdominales como edemas o depósitos líquidos patológicos entre ellos en la denominada hidropesía.

Las circunstancias referidas conducen a concluir que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora, sino que ésta debe ponerlo en conocimiento al patrono su estado de embarazo de manera idónea como, por ejemplo, mediante una certificación médica, y una vez demostrado su estado de embarazo si la trabajadora es despedida durante ese período se presume legalmente que el despido se ha efectuado por motivo de ese estado, pero antes de tal comprobación no sería razonable ni fundado emplear dicha presunción, y debe demostrarse ese estado porque la misma afirmación de la trabajadora de estar embarazada no puede tomarse como prueba de ese hecho, pues el objetivo de la prueba es establecer la verdad en forma tal que de al juez suficiente convicción para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso, lo que se afectaría si se tiene como prueba la mera afirmación que conviene y beneficia a quien la hace, salvo que la parte contraria la acepte". (Cas. noviembre 19/86).

## PROTECCION DE LA MATERNIDAD EN EL SECTOR PUBLICO

Las normas anteriores al Código Sustantivo del trabajo ya reseñadas en este escrito (leyes 53 y 197 de 1938, Decretos 1632 y 2350 de 1938 y 953 y 1766 de 1939), tenían aplicación también en tratándose de trabajadoras vinculadas al sector público, fuese cual fuere la categoría en donde se clasificaren de conformidad con el en ese entonces vigente y hoy derogado parcialmente Código de Régimen Político y Municipal.

Los derechos así establecidos fueron modificados a partir de las normas relacionadas con la Caja Nacional de Previsión y posteriormente como resultado de las reformas administrativas del año de 1968, siendo así como en el Capítulo VII del Decreto 1848 de 1969 se reguló lo relativo al auxilio de maternidad, con cobertura para todo el sector público a nivel nacional, ya que allí se habla de "toda empleada oficial".

He de hacer referencia, así sea tangencial, acerca de si el decreto 1848 tiene aplicación para todo el sector público o solamente debe entenderse respecto de los empleados oficiales a nivel nacional. La verdad es que mientras que el criterio expuesto por el Dr. JAIME VIDAL PERDOMO, coautor de la reforma, es el de que solo se crearon derechos para los empleados a nivel nacional, se han dado pronunciamientos doctrinales conforme a los cuales su aplicación se extiende a los niveles departamental y municipal.

De todas maneras, se ha de hacer énfasis en que si por principio legal es al Legislador al único a quien corresponde crear prestaciones para el sector público, en éste caso tal requisito se cumple en la medida en que la reforma en comento fue el producto de las autorizaciones que el Congreso de la República dio al Presidente mediante la Ley 65 de 1967, las que se expresaron primeramente en el Decreto 3135 de 1968 y posteriormente en el Decreto reglamentario 1848 de 1969.

Básicamente las garantías que en el sector oficial se dan para la trabajadora o empleada son:

1. Licencia remunerada de doce semanas en la época del parto y de cuatro semanas en caso de aborto.
2. Prestaciones económicas conformadas por el pago de la licencia remunerada con el último salario asignado.
3. Prestaciones asistenciales consistentes en servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios, sin limitación alguna.
4. Prohibición de despido durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto. El retiro durante tales circunstancias sólo puede efectuarse por justa causa comprobada y "mediante autorización del Inspector de Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada".



Se establece adicionalmente la presunción de despido por causa de embarazo si se pretermiten las formalidades descritas, caso en el cual se estatuye el derecho a que la entidad en donde se desempeñe la empleada o trabajadora le pague una indemnización "equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, el pago de ocho semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado".

Se anota finalmente como para los efectos de auxilio de maternidad (art. 37 de Dcto., 1045 de 1978) y las prestaciones económicas que la ley otorga en estos casos, previamente deberá hacerse presentado "ante la respectiva unidad de personal, un certificado expedido por la entidad de previsión correspondiente o por el médico del organismo en el caso de que no esté afiliada a una entidad de previsión.

La locución justa causa que se utiliza para los efectos anotados, se ha entendido en la siguiente forma:

"Si se trata de una empleada pública, deberá consistir en una falta grave que amerite su destitución previo el trámite del proceso administrativo disciplinario; y si por el contrario se trata de una trabajadora oficial, deberá presentarse algunos de los motivos previstos como tales en el contrato mismo, es decir como causa grave de terminarlo, o haberse consagrado con tal carácter una conducta en el reglamento de trabajo, o en su defecto que se haya incurrido en una de las conductas calificadas en el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, factores estos cuya presencia o no servirán de base al Inspector del Trabajo para autorizar o no la medida". (Cfr. YOUNES MORENO, Diego. "Derecho Administrativo Laboral". Ed. Temis, Bogotá, 1978).

Ha de señalarse que disiento de las consideraciones precedentes en cuanto aluden al D.L. 2351 de 1965, ya que dichos preceptos no son aplicables para el sector de los trabajadores oficiales, por lo cual han de encontrarse las justas causas en la legislación anterior del Código del Trabajo.

#### EXTENSION DE LAS GARANTIAS A LA MADRE ADOPTANTE

Nuestro ordenamiento legal desde la normación original del Código Civil se ha preocupado por la reglamentación de la adopción de sus diferentes aspectos, siendo el criterio del sistema vigente entenderla como una medida de protección a través de la cual y bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación filial entre personas que no la tienen por naturaleza (Cfr. art. 88 Código del Menor).

De acuerdo a la ley citada, puede adoptar la persona capaz que haya cumplido 25 años de edad, y tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad

física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor, sin importar su estado civil.

Además, se establecen las siguientes posibilidades:

- a. Adopción conjunta por parte de los cónyuges o por la pareja de hombre y mujer que demuestren convivencia ininterrumpida por lo menos de tres años.
- b. El cónyuge respecto de los hijos del otro cónyuge, caso en el cual no se aplicará lo relativo a la edad.
- c. El guardador respecto de su pupilo una vez aprobadas las cuentas de la administración.

Ha de recordarse cómo la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de éste.

La Ley Laboral en cuanto a los aspectos de orden personal y familiar que gravitan en la vida del trabajador, se ha caracterizado por ser mucho más avanzada que la ley civil, siendo tal el caso de las consideraciones que desde la ley 90 de 1946 ha tenido respecto de compañero o compañera permanente para efectos de algunos derechos prestacionales.

En materia de las implicaciones de la adopción frente a las prestaciones derivadas de la protección a la maternidad, se dio un primer pronunciamiento mediante la Ley 24 de 1986 que en su artículo primero ordenó adicionar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos:

"Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente Capítulo para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años, asimilando a la fecha del parto de la entrega oficial del menor que se adopta".

La Ley pecó de vaguedad al no determinar en forma expresa cuáles provisiones y garantías se consideraba procedente extender, por lo cual, más por costumbre que por la existencia de una doctrina al respecto, se ha entendido que tales son: la licencia remunerada, la prohibición de despedir sin permiso y sin justa causa dentro de los tres meses posteriores a la entrega oficial del menor, las indemnizaciones en caso de despido, la nulidad del despido durante el descanso remunerado y los descansos por la lactancia (cuando a tal hay lugar) dentro de los primeros seis meses de edad del menor.

Posteriormente y para el sector oficial, se dictó la Ley 68 de 1988, cuya concepción normativa es similar a la que rige para el sector de trabajadores particulares.

Esta Ley en su artículo primero establece:

"Todas las provisiones y garantías que se hayan establecido para la madre biológica al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comercial de tipo oficial y sociedades de economía mixta, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando a la fecha del parto la de la entrega física del menor".

Como bien lo ha señalado la doctrina, ha de entenderse que en los casos de la madre biológica o adoptante la ley solamente otorga una estabilidad relativa (Cfr. Sentencia Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección II, marzo 17 de 1982), y en el caso que nos ocupa comprende las siguientes garantías especiales: Licencia remunerada, prohibición de despedir sin permiso y sin justa causa durante los tres meses posteriores a la entrega oficial del menor, las indemnizaciones especiales en caso de despido y los descansos remunerados durante la lactancia, que sólo proceden durante los primeros seis meses de edad del adoptado.

Dada la redacción del último precepto transcrito, considero que solamente era aplicable a las madres vinculadas a entidades de orden nacional y a las que trabajaban al servicio de empresas comerciales o industriales y sociedades de economía mixta de todo orden, más no para quienes se desempeñarán como empleadas oficiales en los Departamentos, Municipios y demás entidades territoriales.

#### LAS REFORMAS EN LA LEY 50 DE 1990

Tomando como elementos conceptuales tanto la exposición de motivos del Gobierno, como las ponencias presentadas dentro del debate legislativo, ha de establecerse como el propósito de la nueva Ley se dio como una respuesta a la "necesidad de reajuste estructural que permita adecuar los principios y normas de esta materia a la modernización e internacionalización de la economía colombiana... que se hace necesario se torne más flexible para darle mayor competitividad a nuestros productos, para promover la inversión e incrementar la generación de empleo..."

Entendida como un mecanismo más dentro del proceso de apertura económica en que se viene empeñando el país, la reforma se quiso constituyera una adecuación de las leyes del trabajo "a la globalización de la economía, para lograr una ventaja comparativa frente a los grandes polos económicos".

La ponencia para el debate en el Senado de la República, fueron aún más explícitos y en tales documentos se consignaron las siguientes argumentaciones:

"Las leyes no envejecen por motivos cronológicos; lo hacen por desuso, por impune desacato, por incapacidad de imponerse sobre los fenómenos de las nuevas coyunturas. La Ley clara, concisa y visionaria, aplicada y adaptada por actos de la administración y la jurisprudencia acertadas, difícilmente la marchita el mero discurrir del tiempo..."

"Una economía pobre, de autosubsistencia, con baja productividad, está llamada a desaparecer en la carrera competitiva mundial. La elevada productividad es premisa para emular en el mercado internacional y obtener niveles justos de remuneración al trabajo.- En estos habrá mayor incidencia de la fortaleza de los términos de intercambio, que a su vez se alimenta de productividad..."

"La reforma laboral debe permitir la superación de injusticias en las relaciones entre capital y trabajo y favorecer la nivelación histórica de una legislación afectada por la inaplicabilidad, los anacronismos y las incongruencias..."

"Asistimos al momento histórico del advenimiento de un nuevo tipo de sociedad, cuyas características se empiezan a demarcar con cierta precisión. Bajo los motes de sociedad post-industrial, post-moderna, sociedad programada o multimediática se reconoce la gestación de elementos diferentes en la estructura socio-económica. Así como los años de surgimiento de la sociedad industrial fueron testigos de una gran ebullición, ahora presenciamos las convulsiones propias de la transición hacia el nuevo orden social..."

"Llegamos con ocho años de retraso al movimiento de reconversión y reestructuración de la producción mundial, sin que sepamos a ciencia cierta, en que lugar de la nueva división internacional del trabajo queremos y podemos estar... La finalidad de la legislación laboral antes que la consagración de privilegios al empleador, la sobreprotección y otorgamiento de ventajas al trabajador, es la defensa del trabajo... Anteriormente se trataba de preservar la estabilidad del trabajador por vía de las ligaduras y las sanciones, hoy se trata de favorecer esa estabilidad por la ruta de una negociación más transparente entre capital y trabajo..."

Pero si ese fue el marco filosófico que inspiró la reforma en su contenido general, en cuanto toca con el tema que nos ocupa, se buscó corregir los reparos formulados a nuestro ordenamiento interno por la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la O.I.T., ya que la ley vigente no estaba acorde con el Convenio 3. de dicha organización, que había sido ratificado por Colombia desde hacia cerca de sesenta años. Adicionalmente, la ponencia presentada para segundo debate en la Cámara de Representantes analizó la participación de la mujer en el mercado laboral, asunto que consideró en los siguientes términos:

"Los cambios socio-culturales, la inserción femenina en el mercado laboral y las modificaciones de la estructura demográfica en lo referente a grupos, han determinado un aumento en las tasas globales de participación, que para el sector urbano pasaron de 55.8 a 57.1 entre 1985 y 1990, previéndose que llegarán a 59.2 en 1995 y a 60.9 en el año 2000.- Con independencia de las disposiciones en materia de salud ocupacional y mejoramiento social, o de decisiones como la extensión de la licencia de maternidad, las tasas de participación continuarán creciendo y la vinculación de la mano de obra femenina también, por lo menos durante los próximos 10 años".

Dentro de los parámetros conceptuales expuestos, la reforma laboral en el artículo 34 consagró:

"El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

**Artículo 236: Descanso remunerado en la época de parto**

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce semanas en la época del parto, remunerado con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.
3. Para efectos de la licencia de que se trata este artículo, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en el cual debe constar:
  - a. El estado de embarazo de la trabajadora;
  - b. La indicación del día probable del parto, y
  - c. La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.
4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente Capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

PARAGRAFO: La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio".

Analizada la norma transcrita, se infiere como el criterio reformador se dirigió hacia los siguientes aspectos:

1. La licencia remunerada pasó de ocho a doce semanas.
2. Las provisiones y garantías para la madre biológica, que se habían hecho extensivas para la madre adoptante, en cuanto a la licencia se amplió al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, lo cual constituye una

innovación importante, cuya finalidad ha de encontrarse en las necesidades de adaptación por parte del menor a su nuevo ámbito familiar.

Valga anotar que en éste caso la norma reconoce la realidad que se va abriendo en la sociedad colombiana acerca del rol del hombre dentro de la célula familiar, con unos esquemas en donde el concepto machista va quedando a la zaga respecto de las nuevas consideraciones que nacen de la igualdad de derechos y obligaciones del hombre y la mujer.

3. Los beneficios de la licencia remunerada y las provisiones y garantías de la madre biológica, aplicables a la madre adoptante y al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente, se extendieron al trabajador del sector público.

Algunos comentaristas han planteado frente a la locución "trabajador del sector público" un criterio de interpretación restringido conforme al cual la norma sólo tendría aplicación para los trabajadores oficiales.

He considerado que tal interpretación no es correcta, y que si hay claridad en la ley, es en cuanto a su propósito de buscar una cobertura más amplia, vale decir: la universalidad de la aplicación de la nueva preceptiva en cuanto atañe con esta materia tanto para el sector público como para el particular

A esta conclusión llego por cuanto:

- a. Si la ley colombiana buscó dar cumplimiento al Convenio 3 de la O.I.T. y a la ley 129 de 1931 que lo ratificó, tales fuentes de derecho en parte alguna hacen salvedades en cuanto a su inaplicabilidad para los trabajadores ligados a la Administración por una relación propia del derecho administrativo.

- b. Es cierto que la locución "trabajador del sector oficial" no obedece en estricto rigor a la terminología que a partir de los Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se ha adoptado para la clasificación de quienes se encuentran vinculados al sector público, esto es: empleados oficiales que se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales, la cual posteriormente fue adicionada con la de empleados de la seguridad social. Con la constitución de 1991 la denominación genérica es servidores públicos.

Pero, ha de tenerse en cuenta que otros textos legales han utilizado la denominación genérica de "trabajadores" para referirse a quienes están vinculados al Estado por un contrato de trabajo o por una relación de derecho público y en apoyo de tal aserción cito: el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que se refirió a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública y el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo que aludió a "los trabajadores que sean empleados públicos".

- c. Ha sido criterio que ha guiado a la H. Corte Suprema de Justicia al interpretar las leyes, el de que "el legislador no se repite".

¿Qué sentido tendría entonces la alusión a la madre adoptante en cuanto a la extensión de provisiones y garantías, cuando ya tales derechos se le habían otorgado en la ley 68 de 1988?. ¿Y ello no resulta aún más notorio, si se tiene en cuenta que la reforma laboral no se refería para nada a las prestaciones que rigen para el sector público?

La conclusión no puede ser diferente a la da que la nueva ley, para los efectos comentados -y solamente para ellos- ha de entenderse aplicable a los trabajadores del sector particular y del público, sean éstos empleados públicos, trabajadores oficiales, o empleados de la seguridad social.

- d. En el derecho laboral -como un principio de dicha normatividad- priva el criterio de la interpretación favorable.
4. La cesión de una semana de licencia al esposo o compañero permanente "para obtener de éste compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio".

La garantía así establecida tiene las siguientes características:

Solamente puede ser cedida hasta la primera semana del puerperio, ya que tal corresponde a la "fase inicial". No es aplicable al sector público por cuanto el parágrafo en que se consagró está ubicado con posterioridad al inciso en el cual se extendieron los beneficios reseñados, y énfasis en que la norma habla de "anteriores". Basta solamente que se trate del esposo o compañero permanente para que se aplique el derecho, lo que entraña que para estos efectos carece de relevancia jurídica si corresponde o no al padre biológico del recién nacido, ya que la norma busca que la madre biológica tenga "compañía y atención". No se aplica con referencia a la adopción, lo que se explica tanto por la manera como se consagró el derecho como por el fin específico perseguido.

La nueva ley, ha tenido problemas en su aplicación, que poco a poco se han ido superando los cuales tuvieron ocurrencia especialmente en lo tocante con las doce semanas de descanso remunerado.

En efecto, en un principio entidades de previsión social se negaron a darle aplicación pero el problema se empezó a despejar en la medida en que las Cajas de Previsión Social adaptaron sus estatutos a la nueva concepción legal.

Tal vez la Entidad más demorada en darle aplicación fue el Instituto de los Seguros Sociales, cuyos directivos enunciaron el criterio conforme al cual solamente dicha Entidad estaba obligada al pago de las prestaciones y derechos consagrados en sus reglamentos, planteamiento éste de por sí curioso dentro de un Estado de Derecho, en la medida en que desconoce el viejo principio de entender la ley como de imperiosa obligatoriedad. La negativa inicial por parte del I.S.S., por fuerza de las realidades y ante la presión de los sectores tanto obreros como empresariales, fue modificada y en tal virtud dictó el acuerdo 053

del 18 de marzo de 1991, aprobado por el Decreto número 960 del 12 de abril de 1991, con retroactividad en su aplicación a la fecha de vigencia de la ley 50 de 1990, como claramente se determinó en el artículo 4°.

## CONSTITUCIONALIZACION DEL AMPARO A LA MATERNIDAD

En el extenso articulado de la Constitución Política Colombiana de 1991, se consagraron aspectos protectivos de la mujer embarazada, razón por la cual puede afirmarse que las garantías que la legislación laboral venía institucionalizando (y de las cuales se hace recuento en este escrito), se han constitucionalizado, y por ende obedecen a los fines del derecho colombiano, en orden a "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo".

Cito en apoyo de lo expuesto, el principio consignado en el artículo 43 de la Carta, que señala:

"La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

El principio transcrito, se complementa con otros amparos, en especial en lo que concierne a los derechos fundamentales de los niños (art. 44) y los derechos en materia de seguridad social para los menores de un año (art. 50) y la obligatoriedad, al expedir el nuevo estatuto del trabajo, de que el Congreso tenga en cuenta la "protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad" (art. 53).

Los preceptos atrás citados, constituyen fundamento del derecho laboral colombiano, que necesariamente deben entenderse enmarcados dentro de la concepción del Estado Colombiano como "Estado social del derecho", lo cual determinará la guía tanto para efectos del desarrollo legislativo como para su cabal interpretación.

## EUTANASIA

Dr. RODOLFO MANTILLA JACOME

### INTRODUCCION

La eutanasia o muerte buena es fundamentalmente un problema filosófico con connotaciones entre otros en el ámbito de la política criminal del Estado, en el Derecho, en la Medicina y en la ética en general.

El tema en sí plantea interrogantes diversos en torno al denominado derecho a la vida y su titularidad, la cuestión de su disponibilidad, el conflicto vida-sufrimiento y la posibilidad y forma de desatarlo y sus consecuencias.

### DERECHO A LA VIDA

Sobre el derecho a la vida es indudable que se trata de un derecho fundamental, sustento de los demás en cuanto posibilidad de ser y de existir del hombre como conjunción biosférica en el espacio y en el tiempo, con opción de desarrollo de las facultades vitales, como sujeto de derechos y obligaciones en la comunidad a la que pertenece.

Por ello la humanidad ha venido conquistando en ocasiones postulados puramente teóricos y en otras felizmente prácticos que propenden por la protección al derecho a la vida, de su respeto y de su desarrollo; recuérdese sólo a manera de ejemplo la declaración universal de los Derechos Humanos, la vigilante lucha de amnistía internacional y la normatividad de los Códigos Penales del mundo.

### TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA

La titularidad del derecho a la vida la tiene sin discusión hoy en día dentro del mundo llamado civilizado el individuo como expresión vital; atrás quedaron en nuestro sentir las inútiles disquisiciones en torno a si la vida pertenece a Dios o al Estado.

Para el Derecho, éste es un postulado fundamental sobre el cual debe partir cualquier planteamiento sobre la cuestión de la eutanasia: "LA VIDA COMO DERECHO TIENE COMO TITULAR EXCLUSIVO AL SER HUMANO, quien por ello puede usarlo, gozarlo y disponerlo, lógicamente con las limitaciones que las razones de Estado o que la colectividad como expresión de interés social le impongan, como existen limitantes ciertas al derecho de propiedad también por razones Estatales o sociales.

Como desarrollo de tal postulado debe entonces establecerse que sólo el individuo es a quien le cabe disponer de su vida, como expresión de su propia autonomía lo cual permite concluir que el suicidio entendido como decisión autónoma de dejar de vivir no debe ser conducta delictiva, no porque sea imposible o no tenga sentido un castigo o demás finalidades de la pena sobre los despojos mortales, sino porque es

un acto de disposición del ser sobre su vitalidad, porque es en sí un acto legítimo.

Estamos planteando entonces es el derecho a morir, como desarrollo mismo del derecho a la vida, como expresión de titularidad de ella y como opción quizá la más dramática de todas cual es la de perderla por un acto de autonomía personal, se trata claro está de un derecho a morir amplio, sin presupuestos de necesidad o peligro o profundo dolor, derecho a morir simple y llano por decisión del titular que desea por sus propios motivos y con voluntad libre y consciente ponerle fin a su parábola vital.

Por ello no debería sancionarse penalmente a quien preste ayuda consciente al suicida; dentro de la lógica del discurso bastaría señalar el contrasentido que implica sancionar como punible la ayuda o colaboración en una obra que es esencialmente no punible.

El homicidio a petición, que es expresión más rigurosa que el denominado homicidio consentido, en cuanto indica el origen del deseo a morir en el suicida, tampoco debería sancionarse penalmente por cuanto la actividad del sujeto está determinada por la voluntad libre y expresa del titular suicida.

Conforme a ello el suicidio como acto de autonomía privada no debe ser ni prohibido ni impedido por autoridad, ni por los particulares, admitiéndose sólo las limitaciones propias que el beneficio social aconseja, como por ejemplo, la prohibición de hacerlo en público y en forma dramática que genere malestar, desasociado y pueda servir de vehículo multiplicador de tales actos y de fomento de la patología social. También debe ser impedido en aquellas situaciones en las cuales el deseo suicida obedece a trastorno mental.

Por el contrario, debe sancionarse penalmente y con el mismo rigor punitivo del determinador del homicidio, a quien induzca a una persona al suicidio.

Conforme a nuestra concepción del asunto en el caso de la ayuda al suicidio se le presta colaboración a alguien para que ejecute su derecho a morir y haga uso pleno de su libre determinación, al tiempo que quien induce a alguien al suicidio quiere y tiene interés en la muerte de esa persona y en lugar de hacerlo directamente utiliza a su víctima como factor instrumental de su propio homicidio y en ese orden de ideas también debe ser reprochable por lo menos a nivel contravencional la apología del suicidio como invitación genérica a tal acto.

Fácil resulta advertir que existe gran divergencia entre el Derecho Penal Colombiano y nuestro planteamiento, ya que allí, en el Código Penal se parte de la naturaleza ilícita del suicidio y aunque no se sanciona la tentativa de éste, si son punibles dentro de la misma fórmula legal la inducción y la ayuda al suicidio y lógicamente el homicidio a petición está en el ámbito ilícito del homicidio ya sea simple, agravado o piadoso, según el caso, pues el actual Código eliminó la forma atenuada conocida como homicidio consentido que contemplaba el Código Penal de 1936 en el artículo 368 de ese estatuto.

En ese aspecto debe anotarse que el Código Penal que actualmente nos rige significó un retroceso con relación al de 1936 al eliminar la figura atenuada del homicidio consentido.

Dos críticas fundamentales han de hacerse al artículo 327 del Código Penal Colombiano que se refiere a la inducción y ayuda al suicidio: La primera de ellas es la equiparar en su esencia ilícita ambos comportamientos cuando ya hemos visto que obedecen a fenómenos distintos.

La otra crítica que también debe hacerse a esta norma consiste en el manejo antitécnico de la coparticipación criminal al tipificar expresamente la conducta del determinador en la forma de inducción, con consecuencias punitivas inexplicablemente atenuadas frente a la regulación genérica del artículo 23 del Código Penal, pues conforme a la norma primeramente citada, quien induzca al suicidio merecerá pena de prisión de dos a seis años, al tiempo que la norma genérica del artículo 23 equipara punitivamente al determinador con el autor. Por esto la regulación del artículo 327 resulta inexplicable, pues como lo hemos señalado el inductor al suicidio es un determinador de homicidio que utiliza a su víctima como factor instrumental de su propia muerte.

Es claro que el Derecho Penal Colombiano parte de la idea de que la vida es de los bienes que no es susceptible de disposición, esto es, no admite la autonomía del titular para decidir su dejación o no, ello se traduce en la sistemática sanción penal del aborto consentido, la inducción y ayuda del suicidio, y lógicamente la sanción del homicidio a petición.

Nuestra tesis es diferente en el sentido de que debe dársele pleno valor a la autonomía personal en su decisión sobre la conservación o no de la vida para efectos de definir la delictuosidad del acto; siendo ello así repetimos se debe predicar la no punibilidad del suicidio, ni de la ayuda al suicidio, ni del homicidio a petición; dentro de esta última hipótesis podría ubicarse por vía de ejemplo y como caso extremo el comportamiento del médico en cuanto a decisión final de propiciar la muerte a petición del paciente que condiciona tal procedimiento a la imposibilidad razonable de curación o a la gravedad insalvable de la enfermedad.

Debe precisarse si que nuestro planteamiento se sustenta en el uso de la autonomía del titular, en forma libre y consciente e indelegable.

Las demás hipótesis, todas aquellas en que se pretenda suplantar, suplir, suponer o desconocer la voluntad de la persona para disponer de su vida, deben ser tratados como regla general en el ámbito del delito de homicidio, ya sea éste simple, agravado o pietista según el caso.

En este punto debe sostenerse otro postulado general que bien puede enunciarse así: NADIE TIENE DERECHO A QUITAR LA VIDA A UNA PERSONA SIN SU VOLUNTAD O CONTRA ELLA, SOPRETEXTO DE EVITARLE INGENTES SUFRIMIENTOS, O EXTINGUIR UN HILO VITAL INUTIL O TERMINAL. Aceptar lo contrario implicará

gravísimo atentado a la autonomía personal que hemos pregonado, al tiempo que generaría la más extraordinaria inseguridad jurídica y personal y sería una puerta abierta a la impunidad.

Este postulado general permite entonces predicar la ilicitud penal de los comportamientos enmarcados dentro del ámbito del homicidio pietista, lógicamente como lo aceptan la mayoría de las legislaciones entre ellas la Colombiana (326) con consecuencias punitivas menores atendiendo al comprobado móvil humanista del autor sustentado además en la realidad objetiva de los graves padecimientos, enfermedad incurable y muerte inminente.

Si aplicáramos el criterio del positivismo penal podríamos decir que tal acto intrínsecamente ilícito, no sería merecedor de pena, atendiendo a la bondad del móvil y la innecesaria rehabilitación, readaptación y resocialización de un ser que actúa así en un acto de solidaridad humana y no por maldad.

No compartimos el anterior criterio, pues a riesgo de asumir posición excesivamente ortodoxa, creemos que el derecho penal, el más drástico de los instrumentos de control social y última ratio dentro de la política criminal, sólo puede sustentar su utilidad y eficacia en el carácter retributivo y represivo de la pena para de esta manera lograr la protección de los bienes jurídicos fundamentales al tiempo que propiciar la creación y fortalecimiento de una ética colectiva.

Consideramos que desde el punto de vista de la seguridad jurídica de los asociados, desde un punto de vista ético, la política criminal de un Estado no puede hacer concesiones en torno al derecho a la vida, creando la posibilidad de que otros con el pretexto de hacer una buena obra despojen del derecho a la vida a sus semejantes, tal postura legal implicaría resquebrajamiento social y moral, generaría prácticas abusivas violentando la autonomía personal y creando inseguridad jurídica; no faltaría por esa vía quien considere inútil y dolorosa la vida de un anciano, de un parapléjico, de un pordiosero o de un niño deforme.

El denominado homicidio pietista es regulado en el Código Penal Colombiano en el artículo 326, norma especial que sanciona en forma atenuada el homicidio con prisión de seis meses a tres años cuando se comete para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable.

Esta modalidad delictiva, atenuada exige indudablemente la realidad objetiva de los intensos sufrimientos causados por lesión corporal o enfermedad grave o incurable, no pudiéndose aceptar la mera valoración subjetiva del actor, aunque debe admitirse que en algunas hipótesis el asunto puede resolverse a favor de éste por inculpabilidad generada por error conforme al numeral 4º del artículo 40 del Código Penal.

Desde el punto de vista punitivo, la sanción señalada de seis meses a tres años de prisión es notoriamente leve y conforme a los criterios de aplicación de los subrogados penales en la práctica mediante los mecanismos de la libertad provisional

y de la condena de ejecución condicional, tal conducta importa una sanción teórica sin consecuencias prácticas desde el punto de vista penal para el autor; ya en el campo civil el asunto tendrá repercusiones patrimoniales en el derecho hereditario por ejemplo.

## LA ACTIVIDAD MEDICA

La actividad médica debe analizarse y ubicarse dentro de estos planteamientos generales, pero además, recordando que la finalidad de la atención médica es fundamentalmente la curación y restablecimiento del paciente cuando ello es naturalmente posible, sin que sea un fin médico el mantenimiento de la vida artificialmente en condiciones precarias y con procedimientos heróicos; en tales casos lo lícito es aliviar al paciente, así el alivio acorte la vida siendo también admisible la denominada DISTANASIA entendida como la omisión de algo que prolonga la vida y dejar que la naturaleza obre, pues no se puede olvidar que la muerte también hace parte de la terapéutica médica.

## EL CONCEPTO DE ACCION PENAL

ALBERTO SUAREZ SANCHEZ

### 1. INTRODUCCION

El entendimiento de la estructura del delito puede partir de una dogmática que o prescinda de un especial concepto de acción o encuentre necesario definir que deba entenderse por acción antes de entrar a las categorías jurídicas del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Quienes optan por lo primero, no creen posible elaborar un concepto de acción que se anteponga a los elementos del delito, o creen que si es posible tal construcción, por su abstracción y excesiva generalidad, no sirve para nada o tiene poca importancia teórica, careciendo por completo de utilidad práctica<sup>1</sup>.

Intentaremos una definición de acción, buscando con ello no colocarla como un concepto superior, sino relieves sus características y asignarle las funciones que ha de cumplir como limitadora (reductora), al vincularse con la tipicidad y la antijuridicidad, pues no es posible referirla a la culpabilidad porque ésta, téngase como un juicio de reproche -tal como lo hacen los neoclásicos y los finalistas-, o como un límite a la actividad punitiva del Estado, sólo ha de estar vinculada al sujeto que actúa, pues la culpabilidad se predica del agente y no de su acción.

Antes del ejercicio intelectual en procura de dicha definición, conviene hacer un recorrido por los distintos esquemas del delito, pues no fue de la noche a la mañana, como por arte de magia, que apareció la fórmula tripartita del delito como acción típica, antijurídica y culpable (la que recoge nuestro C.P. en el art 3), en cuyo forjamiento el concepto de acción ha desempeñado importante y determinante rol, tal como lo veremos seguidamente.

### 2. LOS DIVERSOS ESQUEMAS DEL DELITO

#### 2.1 EL CAUSALISMO NATURALISTA

Con un supuesto naturalista, Von LISZT y BELING, elaboran la teoría del delito, orientados por un esquema de autonomía, al mostrar las características de aquel como elementos independientes y perfectamente deslindables. En el primer peldaño

<sup>1</sup>Profesor de derecho penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

<sup>1</sup>Cfr. ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Trad: Diego-Manuel Luzón P. Reus : Madrid, 1976. p. 85.

está la acción y en los restantes la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad<sup>2</sup>. Este esquema, también llamado clásico, concebía los elementos del delito de manera objetiva, de una parte, y subjetiva de la otra. Lo objetivo estaba integrado por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, mientras que lo subjetivo lo constituía la culpabilidad.

La acción es considerada como un hecho de la naturaleza, siendo suficiente un movimiento corporal adobado de un fragmento de voluntad humana que se concreta en un simple impulso. Esto, porque el sistema LISZT - BELING se identifica con el naturalismo-causalista, ya que LISZT nutre su pensamiento científico-jurídico, de las ciencias de la naturaleza, como consecuencia de su adhesión a las tesis del positivismo naturalista, definiendo la acción como "una mutación del mundo exterior", porque "el resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad)<sup>3</sup>". Da Von LISZT a la acción tres características: la manifestación de una voluntad, el resultado y la relación de causalidad. Esa forma de definir la acción como un fenómeno natural, cimentada sobre un proceso causal, fue lo que le valió la denominación de esquema causalista-naturalista.

Esta acción es la que le da vida al tipo y le da un contenido objetivo a la tipicidad, poniéndola a cumplir una función descriptiva, desprovista por completo de elementos valorativos y subjetivos, o sea que es algo "incolore" y "como un fantasma sin sangre" (BELING), a la cual sólo le importa la existencia del resultado como consecuencia de la acción, y el nexo entre ésta y aquel (la relación de causalidad). La valoración de esta acción (como simple proceso causal, como simple proceso de la naturaleza), le corresponde exclusivamente a la antijuridicidad, siendo, entonces, ésta (la antijuridicidad) un elemento objetivo-valorativo, que no tiene en consideración aspecto subjetivo alguno. Así lo entendía BELING: "Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquellas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquella que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Para una mejor información sobre la exposición sistemática de la evolución de la acción en los diversos esquemas del delito puede consultarse los siguientes trabajos: FONTAN BALLESTRA, Carlos. La Misión de garantía del Derecho Penal. Depalma: Buenos Aires, 1950. CORDOBA RODA, Juan. Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista. Ariel: Barcelona, 1963. JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Trad. S. Mir y F. Muñoz C. Tomo I. Bosch: Barcelona, 1981. p. 271-286. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar: Buenos Aires, 1981. En nuestro medio jurídico: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Diversos contenidos de la estructura del Delito. Revista Nuevo Foro Penal. No. 1. Medellín, 1978. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental. 2 ed. Vol. I. Temis, 1980. p. 204 y ss.

<sup>3</sup> Von LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Tomo II. Reus: Madrid, 1917. p. 292.

<sup>4</sup> Vori BELING, Ernst. Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Depalma: Buenos Aires, 1944. p. 21 y 22.

En cuanto al contenido de la voluntad se produce una escisión de la misma porque en la acción típica queda el simple impulso, la simple voluntariedad, pues aclaraba BELING que "Debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, voluntariedad), (fase interna, subjetiva de la acción); ello es, un "comportamiento corporal voluntario", consistente ya en un hacer (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, por ejemplo, levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya que en un no hacer (omisión), ello es, distensión de los músculos"<sup>5</sup>, mientras que en la culpabilidad se acredita la relación subjetiva-psicológica entre el sujeto y el hecho típico y antijurídico mediante el dolo y la culpa, convirtiéndose la culpabilidad en el aspecto subjetivo del delito o sea en la "colaboración", y la "sangre". La culpabilidad es un fenómeno síquico: "es la relación subjetiva entre el acto y el autor", decía LISZT<sup>6</sup>. Se agotaba la culpabilidad en el dolo y la culpa, pues éstos son sus formas o grados.

Para constatar la tipicidad de la acción no es necesario preguntar qué quiso en últimas el sujeto, basta establecer que éste quiso actuar (disparar el arma de fuego, por ejemplo), porque en esta sede se reclama un mínimo de actividad síquica, ya que el contenido mismo de la voluntad importa indagarlo y constatarlo en el terreno de la culpabilidad. Así, cuando alguien dispara y produce la muerte de otro, sólo se pregunta si el agente quiso disparar o no, es en la culpabilidad en donde se indaga si tuvo voluntad de herir, o de matar, o de intimidar, o de disparar al aire, etc. Esa voluntariedad se descarta con la existencia de una situación de total inconsciencia o de una vis absoluta (fuerza física absoluta).

En este esquema aparece la acción como un concepto superior, atribuyéndosele un doble papel: limitador, porque lo que no es acción nada importa en el sistema LISZT-BELING, y el de piedra angular o concepto fundamental de la construcción dogmática, pues es el eje alrededor del cual giran los demás elementos: acción típica y acción antijurídica. A las otras características del delito se les asigna, igualmente, el papel de delimitar (mediante un proceso reductor) el espacio de la acción. El injusto (como concepto que abarca a la acción típica y a la antijurídica), es de contenido objetivo, porque comprende tanto a lo objetivo-descriptivo de la tipicidad, como a lo objetivo-valorativo de la antijuridicidad, reservándosele todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Pero este sistema no soporta los embates de la crítica, la cual logra surtir efectos demoledores en aquello que parecía como algo diáfano y lógico, pues los autores que vinieron después del BELING enseñaron que la separación de los elementos del delito en campos perfectamente delimitados no existe, porque no es posible señalarle hitos infranqueables a lo descriptivo (lo típico), a lo valorativo (lo antijurídico) y a lo subjetivo (lo culpable), además de que no es cierta la total independencia de dichas

<sup>5</sup> Ibidem. p. 19 y 20.

<sup>6</sup> V. LISZT. Op. cit. Tomo II: p. 388.



características, pues se trata de conceptos entrelazados, interrelación que alcanza su mejor logro en el planteamiento de MEZGER, pues en este incide profundamente el pensamiento neokantiano, elaborándose un sistema integrado por lo valorativo, dando lugar así, a una concepción unitaria en la estructura del delito.

## 2.2 EL CAUSALISMO VALORATIVO

El resquebrajamiento del sistema LISZT-BELING se inicia con RADBRUCH, pues lo ataca partiendo de la consideración de que la acción no puede ser tenida como un concepto superior, pues la noción de acción no puede cobijar tanto a la acción como a la omisión, ya que de ser así ello implicaría tener a las dos nociones como realidades iguales. Si la acción es un comportamiento positivo y la omisión es negativo, la noción de acción no puede abarcar a las dos, pues así como no es cierto que "positivo y negativo y como A y no A, no pueden ser colocados bajo un concepto superior común, de la misma manera es cierto que la acción y la omisión tienen que permanecer independientes una junto a la otra"<sup>7</sup>.

Desde luego que con ello no estaba planteando RADBRUCH un divorcio del causalismo naturalista de LISZT-BELING, pero si logra dividir aquel esquema en dos: uno para la acción y otro para la omisión, de manera que siendo la acción naturalística una noción importante es indispensable acudir a un concepto fundamental de la teoría del delito que comprenda tanto a la acción como a la omisión, acogiéndose, entonces, el de la realización típica como piedra angular de la construcción dogmática.

Hasta ese momento permanecía invariable la separación entre lo objetivo y lo subjetivo y la diferenciación en el mismo seno de lo objetivo entre lo descriptivo (la tipicidad) y lo valorativo (la antijuridicidad). Parcelación aquella que comienza a superarse a partir de la influencia que ejerce el pensamiento del civilista HANS A. FISCHER, en 1911, quien en su obra "La antijuridicidad como especial consideración del derecho privado"<sup>8</sup> destaca la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta, lo cual es rescatado en el campo del derecho penal por AUGUST HEGLER, en su obra "Las características del delito"<sup>9</sup>, apareciendo, de esta manera, los elementos subjetivos del tipo, complementado esto por el aporte de MAX ERNST MAYER, quien se esfuerza en demostrar la existencia de elementos subjetivos en las causales de justificación, no siendo suficiente en la legítima defensa, por ejemplo, que se de lo fáctico de una injusta agresión, sino que se requiere también la conciencia de la existencia de una agresión y de la necesidad de la repulsa en quien pretenda beneficiarse con la justificante.

<sup>7</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan. Derecho Penal Español. p. 160.

<sup>8</sup>Ibidem.

<sup>9</sup>Ibidem. p. 161.

Con ello se debilita la tajante separación entre lo objetivo y subjetivo, pues además se constata la existencia de tipos penales cuyo ámbito está limitado por lo subjetivo, como lo hace el propósito de aprovechamiento, en el hurto, no bastando el puro aspecto objetivo-descriptivo en el tipo, así como el injusto requiere de especiales momentos subjetivos para el reconocimiento de causales de justificación. No es cierto, entonces, que la tipicidad sea objetiva y que pueda prescindir de momentos subjetivos, como tampoco es cierto que la antijuridicidad pueda existir siempre sin coloración subjetiva.

Pero acá no termina el desmoronamiento del sistema LISZT-BELING, pues además de opacarse la diferencia entre lo objetivo y lo subjetivo, también se desvanece la separación entre lo descriptivo y lo valorativo.

LISZT, para mantener indemne el concepto de acción como modificación del mundo exterior en el delito de injuria, afirma que en éste se produce la "provocación de vibraciones de aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del ofendido"<sup>10</sup>.

RADBRUCH, acudiendo a este ejemplo de LISZT, explicó que con él queda perfectamente entendido que al darle a la acción un contenido exclusivamente naturalístico, al tenersele como un simple movimiento corporal que produce "la mutación del mundo exterior" no se detecta la determinante en tal delito, o sea "el sentido lingüístico y la significación social de la injuria", porque en el mundo fenomenológico lo mismo es la acción de quien habla amenamente con su interlocutor que la de quien se expresa respecto de otra persona en forma ultrajante, considerando que es a partir del concepto de la realización típica que se puede hacer una valoración que permita captar el significado social de los hechos producidos, permitiendo esto, a su turno, diferenciar entre uno y otro comportamiento que naturalísticamente son iguales (la exposición oral).

Incluso, MAYER destacó la existencia de elementos normativos en el tipo, pues demostró que entre las circunstancias que aquel contiene se hallan algunas cuyo significado sólo es entendible a partir de un examen valorativo, como el concepto de "arbitrariamente", "injustamente", "ajenidad", etc.

Es EDMUND MEZGER, quien a través del causalismo valorativo logra polarizar todas esas críticas, al afirmar que "El concepto de acción, que hemos presentado como base de la pena, señala en la conducta humana que convierte en objeto de consideración jurídico-penal -un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia-. Como elemento del sistema normativo jurídico-penal, indica lo que debe ser castigado con pena, y está hecho para servir, en su ulterior estructuración, para apreciación de determinadas finalidades humanas. Por consiguiente, no está en lo cierto v. LISZT cuando ve en ese concepto tan sólo una 'abstracción de los hechos' (Lehrb., 103, nota 9). Pero es siempre, necesariamente, un concepto

<sup>10</sup> Citado por Hans WELZEL. Derecho Penal Alemán. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez. Jurídica de Chile: Santiago, 1987. p. 63.

realista y, por consiguiente, ontológico (esencial). La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la 'conducta humana' el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los verdaderos acontecimientos de la vida. Por ello, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico. La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en él, sino en sus elementos atributivos de la antijuridicidad y de la culpabilidad"<sup>11</sup>.

MEZGER, partiendo del mismo sistema LISZT-BELING, en el sentido de que el delito es acción, ve en ésta el concepto más amplio pero al mismo tiempo limitador del delito, desempeñando las demás circunstancias papeles de especificadoras y reductoras. Pero sigue siendo causal su sistema, porque siempre halla en la base del delito una acción, compuesta de un querer interno (el simple impulso de voluntad), un comportamiento externo y un resultado externo, aunados por la casualidad. Sigue surtiendo efectos el legado del positivismo. Con todo, le da a la antijuridicidad un contenido sustantivo, puntualizando que ésta tiene como esencia una norma objetiva de valoración.

No comparte entonces las tesis del sistema LISZT-BELING en el sentido de que el tipo es totalmente ajeno al valor, llegando a sostener la inseparabilidad entre tipicidad y antijuridicidad (definiendo el delito como conducta típicamente antijurídica), con lo cual resulta fácil constatar la existencia de elementos normativos en el tipo y la posibilidad de constituir los llamados elementos negativos del tipo (las causales de justificación).

Pero lo valorativo no sólo se traslada de la antijuridicidad a la tipicidad, sino que también invade el terreno propio de la culpabilidad, con el surgimiento de la llamada teoría normativa de la culpabilidad, siendo su primer exponente REINHARD FRANK, quién en 1907 demostró que la culpabilidad no se agota en el simple nexo psicológico entre el hecho y el agente, pues ante una plural e idéntica constatación de vinculación psicológica puede darse igual o diferente valoración, reprochándose todas las conductas o sólo algunas de ellas. Actualiza NODIER AGUDELO el ejemplo señalado por el autor alemán de la siguiente manera<sup>12</sup>: Un empleado bancario se apodera de cierta cantidad de dinero, la cual destina al pago de un tratamiento médico urgente que requiere su esposa gravemente enferma, careciendo de recursos para sufragar tales gastos; mientras que otro empleado se apodera de igual suma que destina a pasar momentos de placer. Ambos trabajadores tienen la misma vinculación psicológica con el hecho, pues han querido el apoderamiento del dinero ajeno. De manera que con un concepto de culpabilidad psicológica (la que se constata con la sola vinculación entre el hecho y el sujeto desde el ámbito subjetivo), ambos serían culpables (es de advertir que en Alemania existe el estado de necesidad

<sup>11</sup> MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudios. Edit. Bibliográfica Argentina : Buenos Aires, 1958. p. 87 y 88.

<sup>12</sup> AGUDELO, Nodier. Op. cit. p. 5.

justificante y el disculpante, de acuerdo a la entidad de los bienes jurídicos que estén en conflicto, aplicándose allí la teoría de la diferenciación), pero encuentra el autor germano que el comportamiento del uno es reprochable mientras que el del otro no, comenzando así a verse la culpabilidad no como un simple vínculo psicológico, entre el hecho y el autor, sino como un juicio de reproche. La culpabilidad, como juicio de reproche tiene como elementos la imputabilidad, el dolo, la culpa y la exigibilidad de la conducta; siguen el dolo y la culpa en ella. Perfeccionan este concepto de la culpabilidad normativa JAMES GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL.

Si la culpabilidad no se agota en una relación psicológica-subjetiva, sino en un juicio de reproche que se le hace a quien no se motiva ante el mandato o la prohibición de la norma, a pesar de que se puede comportar de acuerdo a derecho, se transforma, entonces, en un problema valorativo.

Queda, por lo tanto, totalmente desarticulada la armoniosa armazón construida por la teoría naturalista causalista y el esquema LISZT-BELING ha perdido su sencillez y su nitidez, tornándose ya complicado y borroso. El injusto ya no es exclusivamente objetivo, pues aparece adornado de lo valorativo y de lo subjetivo. Es la tipicidad objetiva, descriptiva, valorativa y con elementos subjetivos; la antijuridicidad es objetiva, valorativa, pero también con momentos subjetivos en las causales de justificación (conciencia de la necesidad de actuar); y la culpabilidad sigue siendo el hábitat de lo subjetivo, pero también valorativa.

En resumen, lo valorativo traspasa toda la teoría del delito, siendo ello la consecuencia de la aplicación de las tesis neokantianas valorativas y la incursión de la ciencia de los valores en el derecho penal, pero todo ello edificado sobre los cimientos echados por el positivismo naturalista, pues la acción sólo es concebida como causalidad.

### 2.3 LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL

Vimos como RADBRUCH proponía el concepto de la realización típica como piedra angular de la construcción de la sistemática del delito, aglutinando tanto a la acción como a la omisión, pues el concepto naturalístico de acción como lo proponían LISZT-BELING no lo consideraba el más apropiado para tenerlo como piedra angular del sistema del delito. Así mismo, hemos podido constatar que el mismo autor sostenía que sólo a partir de tal concepto de "realización típica" es posible captar una valoración jurídica, la cual permita percibir la significación social de los hechos producidos.

Surge la teoría de la acción social, la cual no hace una revisión crítica de la teoría causalista, sino que, por el contrario, se apoya en ella para profundizar en el concepto de acción, recogiendo el "sentido social de la acción" o sea teniendo en cuenta aspectos culturales, ambientales, de adecuación social, normativos, etc.. EBERHARD SCHMIDT (discípulo de LISZT), considerado como el fundador de esta teoría, afirmaba "Mientras Adán permanecía solo en el paraíso -desgraciadamente

solo muy corto tiempo- no había oportunidad de ver sus expresiones vitales bajo la problemática del *actuar*. Sólo la mancomunidad social de los hombres puede y tiene que hacer surgir esa problemática<sup>13</sup> y agrega: "Para la comunidad social las acciones se presentan como unidades de sentido social funcional, que han de ser *entendidas* primeramente como son concebidas, según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social"<sup>14</sup>. Conforme a esta teoría, se reafirma la acción como concepto general y omnicompreensivo del delito, por una parte, y por la otra como el concepto que excluye todo lo que no es relevante<sup>15</sup>.

Se advierte, de esta manera, que la definición de acción como movimiento corporal es insuficiente. Si una mujer deja morir de hambre a un niño, a partir de la simple constatación de su no actuar no se puede decir que ha realizado comportamiento relevante para el derecho penal y que es responsable; es necesario demostrarle a dicha mujer que tiene el deber jurídico de actuar, para que se le pueda señalar como autora, por omisión, del delito de homicidio, pues sabido es que la esencia de la omisión no está en el simple no hacer sino en la no evitación de algo que se tiene el deber jurídico de impedir. Es el mismo LISZT quien aceptó que en la omisión "la manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar voluntariamente un movimiento corporal que debiera haberse realizado"<sup>16</sup>.

#### 2.4 LA TEORIA DE LA ACCION FINAL

Con esta teoría se produce la culminación del proceso demoleedor del esquema clásico del delito, pues busca no sólo superar el causalismo valorativo, sino también las posiciones críticas surgidas contra éste. Comienza atacándose el fundamento del esquema causalista valorativo, o sea el concepto de acción y de esta manera llega a moldear un esquema nuevo, mediante la culminación del concepto de lo subjetivo en la tipicidad y de la estructuración de la culpabilidad como un juicio de reproche.

WELZEL, afirmó que la acción no se agota en la voluntariedad, sino que es necesario indagar sobre el contenido de esa acción: la voluntad. Encontrando que en la acción es factor decisivo la finalidad, al definirla como "ejercicio de actividad final", pues la actividad humana es *vidente* mientras que el proceso causal es *ciego*. Si un hombre dispara y mata a otro hombre, frente a un concepto causalista-naturalista (esquema clásico) o social de acción (esquema neoclásico), hay acción de homicidio, pues basta constatar que aquel quiso disparar y mató, pues la intención que tenía al disparar (matar, herir, intimidar, etc.), sólo importa auscultarla en sede de la culpabilidad, en donde se declarará que esa acción es dolosa de homicidio o de

<sup>13</sup>Cita de Juan BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal Español. p. 163.

<sup>14</sup>Ibidem.

<sup>15</sup>Ibidem.

<sup>16</sup>Von LISZT. Op. cit. Tomo II. p. 314.

lesiones, o culposa de homicidio o simplemente constitutiva en un caso fortuito; mientras que frente al finalismo es necesario indagar en el mismo terreno de la tipicidad, qué quiso el hombre que disparó: matar?, lesionar?, intimidar? o simplemente disparar al aire?, para de tal manera constatar que la acción es dolosa de homicidio o de lesiones personales, o culposa de homicidio, o fortuita, sin necesidad de subir al último peldaño del delito, o sea al de la culpabilidad, para indagar sobre el aspecto subjetivo.

La acción es final y no puramente causal: "Acción humana, dice WELZEL, es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer *final*, no solamente *causal*. La *finalidad* o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existente en cada caso. Por eso, la finalidad es -dicho en forma gráfica- *vidente*, la causalidad *ciega*"<sup>17</sup>.

Si la voluntad está en la acción, ha de ubicarse aquella en el tipo, quedando la culpabilidad despojada de ella, a diferencia de los esquemas clásico y neoclásico, que la conservan en la culpabilidad, sede, como ya se dijo, de lo esencial de lo subjetivo (la conciencia y la voluntad). Hay, entonces, para los finalistas, en el tipo aspectos objetivos y subjetivos, instalándose dentro de estos últimos el dolo y la culpa, al lado de los especiales momentos del ánimo (los llamados ingredientes subjetivos), quedando la culpabilidad relegada a un simple juicio de reproche, con elementos tales como la conciencia de la antijuridicidad, la imputabilidad y la exigibilidad de la conducta. Lo que para los clásicos y neoclásicos es acción (por ejemplo, matar por error, al creer el agente que mata a un animal, cuando está matando a un hombre), con reconocimiento de una excluyente de la culpabilidad (en este caso, un error sobre el tipo), para los finalistas no lo es, pues la acción para éstos debe ser dolosa o culposa, de manera que en el caso planteado concluirían que no hay acción de homicidio porque la finalidad que tenía el hombre que mató no fue la de matar a otro sino la de matar a un animal.

El injusto es una fusión de factores objetivos, subjetivos y valorativos. En la tipicidad se halla un aspecto objetivo (elementos descriptivos y normativos) y otro subjetivo (dolo, culpa e ingredientes subjetivos). La antijuridicidad, a pesar de que es un elemento objetivo-valorativo, está impregnada de elementos subjetivos, porque las causales de justificación tienen como base una acción final (dolosa o culposa).

<sup>17</sup>AGUDELO, Nodier. Op. cit. p. 5.

Finalmente, la culpabilidad es valorativa, pero con un contenido subjetivo, porque se edifica sobre el supuesto de la capacidad del sujeto de actuar de otro modo (exigibilidad de conducta diversa a la ejecutada) y se halla en ella la conciencia de la antijuridicidad. Ahora, lo subjetivo traspasa todo el delito.

Pero el planteamiento causal en el derecho penal no se destierra con el concepto final de acción, porque la acción como "ejercicio de una actividad final", es una "supradeterminación"<sup>18</sup> de los procesos causales que previamente planeados se dirigen a una meta. De manera que el concepto final de acción se levanta sobre el causalismo, pues hay finalidad en cuanto la experiencia causal ha enseñado que determinado comportamiento puede conducir a cierta meta.

### 3. EL CONCEPTO DE ACCION

Podemos apreciar que ha sido ardua la discusión doctrinal en torno al concepto de acción, hasta el punto de que todo el desarrollo de la teoría del delito, hasta bien entrada la última mitad de este siglo, estuvo dominado por la idea de que dicha noción era la piedra angular de cualquier sistema, pues la polémica entre el concepto causal y el concepto final tuvo como base la acción.

Los hegelianos mediante una tendencia unitaria consideraron al delito como acción y ataban lo objetivo y lo subjetivo en un todo indisoluble, al tener la acción como una estructura objetiva y subjetiva, ubicando todo lo subjetivo en la acción hasta confundir acción y culpabilidad. Fueron ellos, entonces, los pioneros del concepto de acción que habrían de tomar los finalistas, distanciándose en cuanto que éstos (los finalistas) si vendrían a separar la acción y la culpabilidad.

A pesar que de este planteamiento totalizante de los hegelianos no fue de recibo por parte de los causalistas, tanto naturalistas como valorativos, pues se apartaron de él en pos de una diáfana diferenciación entre las distintas categorías jurídicas del delito, al separar lo objetivo de lo subjetivo, a usanza de los hegelianos siguieron, sin embargo, sosteniendo que el delito es acción, por las razones ya vistas, o sea por la fuerte influencia del positivismo naturalista, pues el mismo MEZGER decía "siempre el delito ha de ser una acción. Lo que no es acción no interesa al derecho penal", con lo cual coincidía con V. LISZT, quien, como lo anotamos ya, tenía a la acción como la definición esencial del delito.

Sin embargo, RADBRUCH, lo vimos también, había relevado que junto a la acción estaba la omisión, a las cuales no se les podía aplicar la misma estructura, pudiendo, sí, ser cobijadas bajo el concepto de la "realización típica". A partir de este anuncio de RADBRUCH empieza a dejar de ser un concepto superior del sistema, pues ya no todo lo que no es acción queda por fuera del ámbito del derecho, porque en éste queda también incluida la omisión.

<sup>18</sup>ROXIN, Claus. Op. cit. p. 86.

Pero con ello no puede afirmarse que la acción ha perdido definitivamente su lugar de privilegio, pues se le sigue asignando un papel delimitante porque deja por fuera de su órbita aquellas acciones que no son definidas como delictivas por la ley (al referírsele a la tipicidad), pero a su turno se encuentra limitada por la antijuridicidad, la que reduce su espacio, no pudiéndosele vincular a la culpabilidad, porque ésta no obra como una limitante de la acción sino de la función punitiva del Estado (*ius puniendi*), pues el juicio de reproche que hacen los neoclásicos y los finalistas no se predica respecto de la acción sino del sujeto que realiza el injusto, en relación directa a su capacidad de motivación y de actuación.

Va, de esta manera, restringiéndose el papel que ha de desempeñar la acción, porque en sentido estricto quedaría reducida a los delitos de acción, pues no cobija todo el sistema (vimos que dejaría por fuera los delitos de omisión), y dentro de aquellos tendría significado solamente frente al injusto, porque la culpabilidad no tiene como fundamento a la acción sino al sujeto que actúa.

BUSTOS RAMIREZ, llega, incluso, a cuestionar el rol frente al injusto, pues considera que el fundamento de éste no es la acción sino el bien jurídico (esto lo desarrollaremos más adelante), porque es el bien jurídico el que determina cuáles acciones son o no relevantes para el derecho penal, de manera que la acción por sí sola es poco lo que dice, ya que solamente adquiere significado a partir del momento en que interfiera las relaciones sociales en cuya conservación está interesado el bien jurídico. Son estos sus conceptos: "Es el bien jurídico el fundamento desde el cual se puede determinar qué acciones pueden atribuirse a un tipo legal determinado y cuáles quedan sin consideración para el derecho penal, en otras palabras, la acción por sí sola no dice absolutamente nada para el derecho penal, es el bien jurídico el que permite que una determinada acción aparezca como relevante para el derecho penal. Desde el bien jurídico se determinan por medio de la norma los comportamientos prohibidos o mandados (la norma no puede prohibir o mandar resultados o causalidades). Luego, el comportamiento (acción u omisión) interesa en la medida en que puede ser atribuido en consideración al bien jurídico a un tipo determinado. Lo que interesa no es un comportamiento en abstracto en general, sino uno concreto, el comportamiento típico. Por eso el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción, sino el bien jurídico, y el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción sino la tipicidad"<sup>19</sup>.

Con esto no estamos planteando que deba prescindirse del concepto de acción, ni que nos desaliente el que haya sido reducido a la mínima importancia por parte del gran penalista ROXIN, quien considera que de él no se puede deducir nada que "no se supiera ya anteriormente"<sup>20</sup> porque el "producto de un proceso de abstracción

<sup>19</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual Derecho Penal Español. p. 169.

<sup>20</sup>ROXIN. Op. cit. p. 86.

nunca puede contener más que su sustrato"<sup>21</sup>, dándole solamente un "valor estético-arquitectónico"<sup>22</sup>.

Desde luego que la acción por sí sola, sin vincularse a una categoría jurídica del delito (a la tipicidad o a la antijuridicidad) no es mucho lo que dice, ya que la acción de acceder carnalmente a otra persona, o la acción de apoderarse de bien ajeno, o la acción de coaccionar a otro, por ejemplo, no es suficiente para indicarnos que estamos frente a un delito de acceso carnal violento o de estupro o de acceso carnal abusivo, en el primer supuesto, o ante uno de peculado o de hurto, en el segundo, o ante la extorsión o el constreñimiento ilegal, en el último. Por ello es necesario referirla al tipo para saber de qué es típica y la antijuridicidad para precisar su injusto, sin que ello impida que a dicho concepto se le tenga como una síntesis, en donde ha de confluír lo causal, lo normativo, lo valorativo, lo final y lo social, permitiendo ello atribuirle ciertas características y fijarle precisas funciones. Significa esto que más que el diseño de una noción sobre acción lo que ha de hacerse es señalarle su contenido y el rol que ha de cumplir frente a nuestra teoría del delito.

Entre las diversas acepciones de la palabra acción se señala: ejercicio de una potencia; efecto de hacer. El traslado de dicha definición a nuestra disciplina sirve para forjar un concepto limitado de acción, porque comprendería solamente la comisión o sea el "hacer algo", dejando por fuera la omisión o sea "el no hacer algo", motivo por el cual emplearemos la acepción en un sentido amplio que cobije tanto a la comisión como a la omisión, pues el omitir no consiste simplemente en un "no hacer" sino en un hacer negativo (un no hacer algo determinado)<sup>24</sup>.

Entendemos entonces, la acción, desde el punto de vista jurídico-penal, como el comportamiento humano que produce una interferencia en las relaciones sociales penalmente tutelada. Concurren a esta definición, como ya lo dijimos, lo humano, lo natural (lo causal), lo normativo, lo valorativo, lo social y lo final.

### 3.1 EL CONCEPTO DE ACCION COMO COMPORTAMIENTO HUMANO

Es un comportamiento humano, porque la acción en el sentido penal solamente es realizable por la persona natural, prescindiéndose de la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas (sociedades), las cuales sólo podrán ser destinatarias, en nuestro ordenamiento jurídico, de sanciones administrativas, alcanzando, sí, los correctivos penales a los directivos y representantes de esas personas jurídicas que escudándose en éstas, realizan prácticas constitutivas de injusto típico, como fraudes, por ejemplo. Desde luego, que no en todos los casos tal

<sup>21</sup>Ibidem

<sup>22</sup>Ibidem

<sup>24</sup>FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. p. 166.

comportamiento constituye delito, porque nuestra legislación no contempla el actuar de dicho directivo cuando no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que el correspondiente tipo penal requiera para poder ser sujeto activo del mismo, tal como lo hace, por ejemplo, el Código Penal Español, en su art. 15 bis<sup>25</sup>.

### 3.2 LA ACCION COMO CONCEPTO NATURAL

Vimos que el planteamiento causal ha ejercido una gran influencia en el derecho penal, mediante el mecánico traslado de conceptos de las ciencias naturales por parte del positivismo naturalista, a lo cual no escapó ninguno de los ya aludidos esquemas del delito, pues no fue dolencia exclusiva del causalismo naturalista, sino también del causalismo valorativo, el que superpuso a una base naturalista la teoría de los valores (dándose, como ya lo constatamos, en tal esquema una doble influencia: la de la causalidad y la de las ciencias de los valores propios del neokantismo) y hasta el finalismo, porque la finalidad se edifica sobre la causalidad, pues sólo se explica el fin en cuanto la experiencia causal ha enseñado que determinado comportamiento pueda conducir a una meta concreta.

Pero a partir de principios de este siglo, en el mismo ámbito de las ciencias naturales, se cuestionó el dogma de la causalidad, ya que la mecánica cuántica mostró definitivamente "la falta de validez de la ley causal" (HEISEMBERG), habiéndosele relegado a un concepto "metafísico".

Esa decadencia del dogma causal por su indemostrabilidad, aún en el seno en donde había recibido vida (en el de las ciencias naturales), sólo le hizo perder al concepto de acción el puesto de privilegio en el cual se le había colocado al tenerlo como lo más importante del delito, pues sigue siendo cierto que todos los intentos revisionistas de dicho concepto no han podido librarse de una vez por todas de la ascendencia del método de las ciencias naturales y del dogma causal, de manera que no podemos echar por completo la causalidad al cuarto del olvido, como tampoco podemos desconocer su utilidad para forjar la noción de acción, pues siempre habrá que partir de la equivalencia de las condiciones, la más caracterizada de las teorías de la causalidad, pero que por su amplitud no resuelve nada en el campo del derecho penal, lo que ha conducido a la elaboración de la moderna fórmula de la imputación objetiva, la cual le agrega un plus a lo natural: el del riesgo no permitido, para determinar el concepto de acción. Además, el art. 21 de nuestro C.P. bajo el título de la causalidad, dispone que "nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión", agregando que "cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

<sup>25</sup>Cfr. SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Delitos contra el patrimonio económico. Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1989. p. 58.

Desde luego que la causalidad en los delitos de omisión impropia ha sido siempre materia de controversia, pues una omisión es causal del resultado si supuestamente el desplazamiento de energía (el actuar conforme al mandato), el resultado seguramente no se hubiera producido. Ello obliga a centrar la discusión en torno a la teoría de la *conditio sine qua non*, de la cual se deducen dos supuestos: a. La relación causal entre la omisión y el resultado; y, b. La causalidad entre el hecho y la omisión.

A la primera situación tenemos que responder que no es posible comprobar la causalidad entre la omisión y el resultado, porque si suprimimos mentalmente la omisión y colocamos la acción debida, ello no nos ha de conducir necesariamente a la evitación del resultado, ya que a lo máximo se podría suponer que la acción tal vez hubiera evitado la transformación causal del mundo exterior, pues nada puede garantizar que el positivo comportamiento impediría con seguridad la lesión del derecho comprometido. No podemos afirmar con absoluta certeza que si el salvavidas hubiere intervenido, necesariamente la muerte del bañista no se hubiera producido, pues nada descarta que todos los esfuerzos de salvamento puedan resultar ineficaces. Esa relación sería, por lo tanto, hipotética: si el agente obligado a actuar, lo hubiera hecho, posiblemente el resultado no se hubiera producido.

Respecto a la segunda situación hay que decir, lo siguiente: con apoyo en la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual todas las condiciones son causa del resultado, pues sólo deja de serlo aquella que al ser suprimida mentalmente de todas maneras el resultado se produciría, tenemos que si suprimimos mentalmente al "omitente" la omisión también se hubiera producido, lo cual conduce a la afirmación de que "el omitente" no es causa de su omisión.

Además no es posible hallar un ligamen causal real entre un sujeto y una determinada falta de energía, pues esté el sujeto en el lugar y en el momento en que hubiera podido impedir el resultado, o bien falte allí, lo cierto es que la omisión no sufre modificación. Si mentalmente suprimimos al salvavidas y lo colocamos en cualquier otro lugar del universo, la omisión de todas formas persiste, pues en donde lo coloquemos estará omitiendo, reafirmando ello que la supresión del "omitente" no hace desaparecer la omisión.

Todo ello ha conducido a reconocer que la afirmación de la causalidad en la omisión sólo puede hacerse en el plano del pensamiento, pero no en el de la realidad misma. Esta causalidad hipotética es la que consigna nuestro C.P. al mandar que no evitar el resultado "equivale a producirlo", disponiendo el legislador que no impedir un resultado no es igual a causarlo, pero sí valorativamente igual.

### 3.3 LO NORMATIVO EN EL CONCEPTO DE ACCION

Esta característica la constatamos al revisar la teoría de la imputación objetiva y al analizar el alcance de la posición de garante del agente en la omisión impropia.

### 3.3.1 En la teoría de la imputación objetiva

Hemos visto cómo toda teoría del delito se construye sobre la acción y ésta a su vez se edifica sobre la causalidad. Tanto para el positivismo (concepto naturalista de la acción causal) como para el neokantismo (teoría valorativa de la acción causal), la causalidad sólo se entenderá a través de las ciencias naturales, o sea que la causalidad resultaba decisiva para la configuración de cualquier esquema del delito.

Como la única teoría correcta para explicar la necesaria relación que ha de existir entre la causa y el efecto, o sea la causalidad, era la de la equivalencia de condiciones, por no contaminarse de elementos extraños a las ciencias naturales, y como ésta resultaba demasiado amplia, hasta el punto de que casi todo terminaba siendo acción relevante para el derecho penal, los juristas se esforzaron en el hallazgo de fórmulas correctivas de la causalidad, habiendo sido pionera la tendencia del teleologismo de HONIG, al considerar que el proceso causal no se podía tener como una simple realidad natural, siendo necesario dotarla de un sentido, al integrarse al sistema normativo, al considerar el resultado como "lo puesto desde el objetivo"<sup>26</sup>, de manera que la relación de causalidad es significativa para el derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana, diciendo HONIG que "imputable es por eso aquel resultado, que puede ser pensando como puesto conforme al fin"<sup>27</sup>. Este primer intento fracasa porque pretendía hacer de la causalidad el único criterio de imputación de resultados.

El moderno concepto de la imputación objetiva se basa en la creación de "un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico" (ROXIN). Por eso hoy la doctrina acepta unánimemente que es principio general de la imputación objetiva "el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado"<sup>28</sup>.

Para que pueda imputarse objetivamente un resultado al sujeto debe partirse de la causalidad natural, más exactamente de la equivalencia de condiciones, requiriéndose, además, que el resultado producido sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, el cual ha sido creado por la acción<sup>29</sup>. Son elementos de la imputación objetiva:

- a. La causalidad edificada sobre la fórmula de la equivalencia de condiciones.
- b. La creación de un riesgo por la acción.

<sup>26</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. La imputación objetiva. Temis : Bogotá, 1989. p. 4.

<sup>27</sup>Ibidem

<sup>28</sup>LARRAURI, Elena. Op. cit. p. 78.

<sup>29</sup>BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis-Ilanud : Bogotá, 1984. p.99.

- c. Que ese riesgo sea jurídicamente desaprobado.
- d. Que ese riesgo se plasme en la realización de un resultado típico<sup>30</sup>.

De manera que esta contemporánea doctrina a lo natural agrega lo normativo. Es así como GIMBERNAT sostiene: "Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos ellos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo -y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto-, infracción del deber de cuidado, resultando típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, sino concurre también -lo cual se determina como la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle- la imputación objetiva<sup>31</sup> y agrega: "La imputación objetiva es, pues y positivamente, un elemento normativo del tipo. Y, negativamente, un elemento de tipo que se distingue de todos los restantes en que, mientras que estos son mencionados expresamente por la ley, a la imputación objetiva la ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)"<sup>32</sup>.

### 3.3.2 En los delitos de omisión impropia

Repetimos que nuestro ordenamiento penal contempla que tanto la acción como la omisión originan el hecho punible. La estructura de la acción y de la omisión es diferente porque mientras los delitos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, dándose cuando el agente ejecute una conducta diversa a la prevista, lo cual pone de manifiesto que no se requiere una pasividad física del autor, pues suele cometerse mediante la realización de una conducta distinta de la ordenada; si el médico, por ejemplo, encuentra al herido en la vía y se marcha dejándolo abandonado y sin prestarle la asistencia requerida, comete el delito de homicidio por omisión si el herido muere, porque ha desarrollado una conducta pasiva representada en el hecho de marcharse.

Lógicamente que el injusto de los delitos de acción y de omisión es diverso, porque mientras el de los tipos de acción se concreta en la infracción de la norma prohibitiva (no matarás), si no ocurre ninguna causal de justificación, el de la omisión se plasma

<sup>30</sup> LARRAURI, Elena. Op. cit. p. 78.

<sup>31</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Qué es la imputación objetiva? Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Vol. X. No. 34. Bogotá, 1988. p. 81.

<sup>32</sup> Ibidem.

en la infracción de una norma preceptiva (deberás evitar la muerte), si no existe ninguna causal de justificación. O sea que el injusto del delito de acción consiste en hacer lo que una norma prohíbe, en tanto que el de la omisión consiste en hacer algo distinto a lo obligado por una norma preceptiva.

La naturaleza de la norma infringida, prohibitiva o preceptiva, según el caso, es lo que diferencia la acción de la omisión. Con todo, hay casos en los cuales un comportamiento pareciera que desconociera ambas clases de normas, siendo necesario precisar frente a qué clase de delito nos hallamos (de acción o de omisión), por la importancia que conlleva tal diferenciación, ya que el delito de acción es de menor riqueza descriptiva que el de omisión, porque en éste último se exige un elemento adicional consistente en la posición de garante.

Cuando se presenta la acción y la omisión, primero hay que preguntar si el resultado ha sido causado por una acción positiva, pues sólo cuando la respuesta sea negativa habrá de constatarse si aparece el delito por omisión, de manera que la omisión cumple un efecto residual. En el tan citado caso del médico que en vez de novocaína, conforme a lo indicado, para anestesiarse a quien va a ser intervenido quirúrgicamente, le suministra cocaína, a consecuencia de lo cual muere, hay que preguntar primero: la acción positiva consistente en suministrar cocaína produjo el resultado letal? a lo cual hay que responder que sí, relevando ello de la necesidad de plantear la posibilidad de un delito de homicidio por omisión por no haberse suministrado novocaína. Otro ejemplo: el novio para agradar a su novia, ante la insistencia de ésta para que le deje conducir el vehículo, sin tener idoneidad para ello, permite que lo haga, causando un accidente con consecuencias mortales; acá el accidente no se debe a ninguna conducta positiva del novio, pues la acción la desplegó la novia, pero al permitir que ella tomara el volante entra a jugar papel la omisión, pues en tal caso el hombre tiene la posición de garante.

Pero el elemento valorativo es reclamado con mayor acento en los delitos de omisión impropia, por lo cual conviene que, así sea rápidamente, señalemos la diferencia entre la omisión propia y la impropia, denominada ésta, también, comisión por omisión.

Así como los tipos penales de acción se dividen en los de pura actividad y en los de resultado, los de omisión admiten también una clasificación dependiendo de si la omisión sólo consiste en un no hacer algo determinado o si además de ese no hacer algo se reclama la no evitación del resultado. Los primeros (los que les basta el no hacer algo) se llaman de omisión propia, mientras que los segundos, los que exigen la no evitación del resultado, son los de omisión impropia o comisión por omisión.

Sin embargo, se afirma que la distinción entre la omisión propia y la impropia consiste en que aquella es la expresamente regulada por la ley penal, en tanto que

ésta es la que no encuentra tal regulación en la parte especial. Esta es la posición de Novoa Monreal<sup>33</sup>.

Si la distinción hay que hallarla constatando si el tipo penal se contenta con el sólo no hacer (la omisión propia) o si demanda que el no hacer origine un resultado o por lo menos el riesgo (la omisión impropia), encontramos que las omisiones previstas en la ley pueden ser propias o impropias, y que las no descritas expresamente por ella, sólo pueden ser impropias, de manera que lo que cuenta entonces es el resultado, porque exista o no redacción legal, el fundamento de la omisión impropia hay que buscarlo en los tipos de resultado, porque sólo en estos opera la fórmula característica de la omisión impropia consistente en "no evitar el resultado pudiendo hacerlo, equivale a producirlo", tal como lo consagra el inciso 2 del art. 21 del C.P. nuestro, tipos estos que se pueden realizar tanto por conducta activa como por la no evitación del resultado con posición de garante. Esto equivale a decir que la no evitación del resultado se asemeja a su causación por la acción, cuando sea posible agregar un requisito normativo-valorativo no previsto en los tipos de la parte especial, consistente en la posición de garante del omitente frente al bien jurídico.

Nuestro C.P. consagra tipos penales de omisión en los arts. 150 (prevaricato por omisión), 153 (abuso de autoridad por omisión de denuncia) y 160 (omisión de apoyo), los cuales tratan casos de omisión pura o propia, porque no se exige en ellos un determinado resultado, pues es suficiente con el no hacer, el que se concreta en el art. 150 en omitir, rehusar o retardar un acto propio de las funciones del empleado oficial, en el art. 153 en no dar cuenta de la comisión de un delito a las autoridades y en el art. 160 en rehusar o demorar el apoyo demandado. Todos estos son de omisión impropia, porque basta el no hacer algo determinado, sin exigirse la no evitación de un resultado.

Se les llama de omisión impropia porque a través de la infracción de la norma preceptiva (la que manda hacer algo) se viola también la prohibitiva (la que prohíbe causar el resultado). Así, el médico que no da tratamiento, causando con su omisión la muerte del enfermo, infringe directamente la norma que ordena evitar la muerte e indirectamente la que prohíbe matar. Sin embargo, esta construcción encuentra actualmente rechazo en la doctrina con el argumento de que no puede infringirse mediante "un no hacer" una norma que prohíbe "un hacer"<sup>34</sup>.

Como nuestro C.P. tiene una construcción dogmática de la omisión impropia en el art. 21, ha de tenerse dicha figura como un dispositivo amplificador del tipo, debiéndose precisar los casos en los cuales opera el deber jurídico de evitar el resultado (posición de garante). Esto nos ahorra adentrarnos en la discusión de si la comisión por omisión es compatible o no con el principio de legalidad, tal como lo

<sup>33</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. Citado por FERNANDEZ CARRASQUILLA. Op. cit. p. 167.

<sup>34</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 2 ed. Promociones Publicaciones Universitarias: Barcelona, 1985. p. 255.

plantean los españoles, cuya legislación no contiene una preceptiva general que admita la omisión impropia de los tipos formulados positivamente.

Ahora sí veamos en qué consiste la normativo en el tipo de omisión impropia.

Son elementos de esta clase de omisión: a. La ausencia de una acción determinada; b. La producción de un resultado típico; c. La capacidad de evitarlo; y, d. La posición de garante<sup>35</sup>.

Ningún comentario amerita los dos primeros elementos citados, siendo necesario sí hacer una breve referencia a los dos últimos.

La capacidad de acción debe ser referida al poder personal del omitente, no al de otro que sí hubiera podido acatar al mandato. Como pensable es apenas que si no se cuenta con la posibilidad física de intervención para cualquier persona, no puede imputarse omisión. Esa capacidad de acción es medible atendiendo las fuerzas físicas personales del concreto autor y la advertencia que tenga de su poder de actuación, para lo cual, como ocurre en la teoría causal de la adecuación, hay que tener en cuenta el hombre física y mentalmente normal. "La capacidad general de acción, afirma JESCHECK, esto es, la posibilidad de que alguien, al que debe imaginarse en la plena posesión de todos los conocimientos y facultades propios del hombre medio, pudiera realizar la acción exigida, pertenece ya, en el marco de la teoría de la acción, al concepto de omisión como comportamiento humano socialmente relevante"<sup>36</sup>. Por consiguiente, no concurre tal poder cuando la acción debida por el garante no hubiere servido de nada porque aún con el desplazamiento de energía el resultado se hubiera producido.

No es suficiente en los delitos de omisión impropia que una acción determinada hubiera evitado el resultado para atribuirle al omitente la lesión del bien jurídico, pues "no puede existir un deber de prestar ayuda donde quiera que haga falta"<sup>37</sup>, pues sólo es posible la equivalencia de la omisión con la acción cuando el omitente tenga la condición de garante de la evitación del resultado. El omitente "es garante en la medida que a él le incumbe tomar una decisión definitiva con respecto a la producción del resultado"<sup>38</sup>. Por ese motivo el art. 21 del C.P. manda que el autor tenga "el deber jurídico de impedir el resultado".

<sup>35</sup>Cfr. JESCHECK, Hans. Op. cit. p. 848.

<sup>36</sup>Ibidem. p. 850.

<sup>37</sup>Ibidem. p. 854.

<sup>38</sup>BACIGALUPO, Enrique. Delitos impropios de omisión. 2 ed. Temis: Bogotá, 1983. p. 51.



Surge de esta manera el interrogante: ¿Cómo se determinan los deberes del garante? Tradicionalmente ha dominado la llamada teoría formal del deber jurídico, que tiene en cuenta la fuente de la que surge el deber jurídico, la cual se hace descansar en la ley, el contrato y el actuar peligroso<sup>39</sup>, de manera que quedan excluidos los deberes morales.

La doctrina actual, la iniciada por ARMIN KAUFMANN, se inclina por la llamada teoría de las funciones, según la cual los deberes de garante deben determinarse con criterios materiales. Por esta razón la problemática del garante ha de resolverse sobre la base del deber social, debiéndose reparar siempre en la fuente de la cual surge, con miras a evitar una extralimitada extensión. Es, entonces, la teoría de las funciones más amplia porque no hace depender los deberes del garante de fuentes meramente formales, sino de la solidaridad, en aras a asegurar la adecuada convivencia comunitaria.

¿Por cuál de estas dos teorías debemos tomar partido? Pareciera que nuestro C.P. acogiera la formal al consagrar en la fórmula de la omisión el aditamento del "deber jurídico de impedir el resultado", pero acá sí es necesario que hagamos la distinción entre el régimen jurídico existente antes y después de la promulgación de la actual Constitución Nacional, porque frente a la de 1.886 pudiera dudarse de la viabilidad de la aplicación de la teoría material de las funciones, porque esta no consagraba deberes sociales, por el excesivo individualismo plasmado en la misma, pero ante la actual, la que acaba de expedirse, la situación es más clara en favor de la adopción de la teoría de las funciones, porque este nuevo ordenamiento jurídico superior consagra como principio fundamental del Estado Social de Derecho, el que ahora nos rige, "la solidaridad de las personas" que integran nuestra República unitaria, de manera que la fuente de los deberes del garante no se agota en la ley o en el contrato, sino que van más allá, enriqueciéndose materialmente.

Pero debe manejarse y aplicarse con cuidado dicha teoría de las funciones para no caer en una desmedida ampliación, pues la solidaridad es del hombre con el hombre y con la sociedad en la cual se halla inmerso y no con el Estado, porque ésta última podría conducir a la puesta del individuo al servicio del Estado, lo cual es propio de los regímenes totalitarios, cuando lo correcto en lo democrático es que el Estado se ponga al servicio del individuo; por esta razón estimamos atinadas las advertencias de FERNANDEZ CARRASQUILLA, cuando escribe: "Todo esto depende, sin embargo, de la concepción que se profese acerca de los fines del Estado, el derecho y la pena criminal. A tono con ello, no se podía perder de vista que la tipificación penal de la omisión representa la imposición de especiales deberes sociales de actuación para los destinatarios y que el Estado no puede imponer a estos su ideología, ni menos constreñirlos a colaborar activamente en su realización o absolutización. El pluralismo ideológico de los Estados democráticos es seguramente la valla contra la proliferación innecesaria de los delitos omisivos, valla sin la cual el individuo podría terminar siendo literalmente un "esclavo" del Estado para la obtención de los fines

<sup>39</sup> Cfr. JESCHECK. Op. cit. p. 855.

de éste, con lo que ya se pasaría de un Estado personalista a otro en orientación transpersonalista, en el que se pretende hacer de cada ciudadano un funcionario"<sup>40</sup>.

Conforme a la teoría de las funciones, tales deberes han de surgir o bien de la función de protección de un determinado bien jurídico o de la obligación de control de una fuente determinada de peligro.

a. Los deberes de garante derivados de la función de protección relativos a determinados bienes jurídicos pueden surgir: a. De la existencia de una vinculación natural (familiar). b. De estrechas relaciones comunitarias. c. De la asunción voluntaria de custodia.<sup>41</sup> "Para la delimitación de los deberes de garante que se derivan de estas tres fuentes es necesario, además, que o bien exista una relación de dependencia entre los afectados, o bien que el titular del bien jurídico, o la persona en su caso responsable de su protección, hayan asumido riesgos más elevados confiando en la intervención del garante o hayan renunciado a otras medidas de protección"<sup>42</sup>.

La existencia de vinculación familiar se refiere a las relaciones más próximas que han de descansar en un vínculo jurídico, pues motivos de solidaridad natural hacen que los parientes más cercanos se obliguen recíprocamente a eliminar los peligros que amenacen la vida o la integridad personal, dudándose si el compromiso se puede extender a bienes jurídicos inferiores a este citado. Así, podrán detentar la posición de garantes los cónyuges, los compañeros permanentes, los padres, los hijos, los hermanos, por ejemplo. La jurisprudencia es la llamada a cerrar el círculo de la vinculación natural como generadora de deberes de garante.

Las estrechas relaciones comunitarias dan lugar a una fuente de deberes de garante, porque la participación voluntaria en una actividad peligrosa, en la cual intervienen varias personas, produce una confianza recíproca, que le permite a cada uno de los participantes en el riesgo común a contar con la intervención de alguien en el momento de un peligro para el bien jurídico comprometido. Ejemplo: el guía de una excursión está obligado a suministrar toda ayuda necesaria a quien por razones de debilidad no puede seguir adelante.

Hay asunción voluntaria cuando alguien confiando en la oportuna y eficaz intervención del garante se expone a un peligro mayor. Es garante, entonces, el vigilante, el salvavidas, el profesor de natación, por ejemplo.

<sup>40</sup>FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. cit. p. 162.

<sup>41</sup>Cfr. MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 265.

<sup>42</sup>JESCHECK. Op. Cit. p. 856.

b. La responsabilidad por determinadas fuentes de peligro se da: a. Por el actuar precedente. b. Por el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito social de dominio. c. Por la conducta de otra persona. Es necesario que el garante mantenga el control de la propia fuente de peligro.

La primera hipótesis (el deber de garante por el hecho peligroso precedente) consiste en que quien, con una conducta anterior crea una situación de peligro para determinado bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se plasme en una lesión. Así, quien atropelle a un peatón y huye sin socorrerle, sabiendo que posiblemente muere, es responsable de esa muerte, porque su injerencia (el actuar precedente que se concreta en el atropello), ha procurado el peligro para la vida del transeúnte. Valga la pena señalar que la responsabilidad se extiende tanto a quien produce dolosamente el peligro como a quien lo crea culposamente, quedando exento quien produce el peligro sin dolo ni culpa, como cuando el cuidadoso conductor atropella a quien imprudente o intencionalmente se arroja a las llantas del vehículo.

El segundo supuesto opera respecto de quien tiene bajo la esfera de su dominio una fuente de peligro para los bienes jurídicos, siendo responsable de la concreción de tal peligro, porque "la sociedad debe confiar en que, quien ejerce el poder de disponer sobre un espacio delimitado que se halla abierto a otros o desde el cual es posible incidir sobre otros, domine los peligros que en dicho ámbito pueden proceder de objetos, animales, instalaciones o maquinaria"<sup>43</sup>. Ejemplos: quien tiene una fiera en su casa y omite cerrar la jaula, será autor de homicidio o de lesiones personales si el animal mata o hiere a alguien. El controlador de vuelos que se distrae originando su omisión un accidente, es responsable de las muertes causadas (a título de dolo eventual o de culpa).

Hay responsabilidad por la conducta de otra persona, cuando quien tiene el deber de proteger, cuidar o vigilar a alguien, omite tal deber, dando ello lugar a la producción de daños, pues se halla en posición de garante respecto de los males que su dependiente pueda causar. El padre responde de los daños ocasionados por su hijo, cuando la omisión de la vigilancia debida da lugar a la lesión de un bien jurídico. Deber de garante tiene el maestro con respecto a las acciones de sus alumnos en el ámbito escolar, a igual que el personal de la prisión debe evitar que los presos cometan hechos punibles.

El deber de actuar del garante y el poder hacerlo, revelan la concurrencia de los normativo en el concepto jurídico-penal de acción.

### 3.4 LA ACCION COMO CONCEPTO SOCIAL

Si a través de la acción es que se cumple la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado, se pone de manifiesto, entonces, la perfecta relación

<sup>43</sup>ibidem. p. 861.

que existe entre estos dos conceptos (la acción y el bien jurídico), lo cual obliga a hacer un breve comentario sobre la noción del bien jurídico.

En un Estado de Derecho o en uno Social de Derecho, como el nuestro, el Estado acapara la potestad de penar (el *uis puniendi*), pero dicha potestad no es absoluta,

ya que tiene sus límites jurídicos. Esos límites están dados por "la necesidad de intervención"<sup>44</sup> o "el principio de necesidad de la pena"<sup>45</sup> o la "naturaleza subsidiaria del derecho penal"<sup>46</sup>, de manera que la intervención de la violencia penal del Estado sólo se justifica en cuanto se ajuste a la necesidad para la conservación de una vida comunitaria ordenada, lo cual se concreta en que el derecho penal es la *última ratio*, porque sólo es dable acudir a él cuando han fallado todos los demás mecanismos de control que están puestos al servicio del Estado, teniendo, además, un carácter fragmentario porque no puede utilizarse para regular gran parte de la actividad social, sino sólo frente a aquellos hechos de gran incidencia en la vida comunitaria.

Pero la sola necesidad de intervención no basta, pues el derecho a sancionar debe tener un telos: ha de estar dirigido a procurar la protección de los bienes jurídicos, ROXIN, dice: "esto significa que en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para la existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones"<sup>47</sup>.

La conceptualización del bien jurídico no puede partir de una fundamentación abstracta y exclusivamente jurídica-positiva, hasta el punto de considerar que cada norma jurídica lleva implícito su bien jurídico, agotándose todo en la norma (en un sentido inmanente del bien jurídico), hasta convertirlo en un concepto totalmente absoluto y dependiente de la norma<sup>48</sup>.

Ha de partirse, entonces, de un concepto trascendental, de un planteamiento concreto, o sea del lugar en donde lo dejó situado V. LISZT, pues el autor alemán arranca de la idea de que los bienes jurídicos no son de creación de la norma, sino que surgen de la vida, correspondiéndole al derecho reconocer y proteger estos intereses que aparecen en cabeza del individuo que se halla inmerso en una sociedad, de manera que los bienes jurídicos están más allá del derecho positivo. Frente a la

<sup>44</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Temis : Bogotá, 1986. p. 26.

<sup>45</sup>COBOS y VIVES, citado por BUSTOS RAMIREZ. Introducción... p. 265.

<sup>46</sup>ROXIN. Op. Cit. p. 21.

<sup>47</sup>ibidem.

<sup>48</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan. Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal. Temis : Bogotá, 1982. p. 15.

posición inmanente, a la pregunta: en dónde está el bien jurídico?, habría que responder: está en la norma y, a la pregunta: en dónde está la norma?, la respuesta sería: está en el bien jurídico; de suerte que se presentaría un reenvío de nunca acabar, mientras que con una posición trascendental, tal como lo anunció V. LISZT, habrá que responder que el bien jurídico está en la vida, en la vida del hombre en interacción.

Pudiera decirse que el bien jurídico es la ventana del hecho punible a través de la cual entra a éste la política criminal, para formar un todo indisoluble, y para marchar paralelamente, hombro a hombro, pues cuando el uno de los dos se adelanta el sistema falla, si la particular dogmática de una sociedad se regaza, por haber sido aventajada por la realidad social, el derecho penal entra en la obsolescencia, atraso que se produce por la impermeabilidad a la actualización del contenido de las diversas relaciones sociales que son materia de protección por parte del derecho penal, desconociéndose que dichas relaciones son cambiantes en el tiempo y en el espacio.

Mediante un concepto trascendental del bien jurídico se produce la vivificación del hecho punible, pues sin él sería algo abstracto reducible a un discurso simplemente lógico, a lo cual, desafortunadamente, se le ha querido llevar en nuestros tiempos y en nuestra geografía, por una terquedad a desconocer la influencia de los cambios sociales en la creación e interpretación de la ley penal, o por un temor a reconocer dicha realidad social, haciendo del concepto del delito algo abstracto, vacío y sin contenido, por el apego incondicional a una norma en la cual creemos hallar todo, a espaldas de lo social y lo axiológico, que es precisamente lo que nutre un determinado esquema del hecho punible.

Cuando el art. 2 del C.P. consagra el principio del acto, complementándose con el art. 4 (el principio de lesividad), se proclama en nuestro ordenamiento que la conducta del hombre merecedora de violencia estatal es aquella que tiene capacidad transformadora del mundo social. Con razón afirma JESCHECK que la acción es comportamiento humano socialmente relevante<sup>49</sup>, característica que adquiere "cuando afecte a la relación del individuo con su mundo circundante y alcance a éste último sus consecuencias. Es necesario para ello, que el comportamiento llegue a trascender al exterior, para lo que es suficiente en la omisión la ausencia de los efectos que hubiese entrañado el hacer esperado y conducible"<sup>50</sup>. Carácter social que le asigna en nuestro medio jurídico FERNANDEZ CARRASQUILLA al definir la acción como "la realización de un valor en el mundo social"<sup>51</sup>, porque considera que

<sup>49</sup>JESCHECK. Op. Cit. p. 295.

<sup>50</sup>Ibidem.

<sup>51</sup>FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan.

"apunta a un fin inmerso en el valor y que la propia voluntad para asumirlo como tal fin"<sup>52</sup>.

Si el bien jurídico concreta una relación social dialéctica y concreta<sup>53</sup> y debe estar en una permanente interdependencia con el concepto de acción, resulta fácil entender por qué ésta es una manifestación social que produce una "interferencia intersubjetiva"<sup>54</sup>. Quedan excluidos, por tanto, los fenómenos propios del fuero interno, como el modo de pensar y de creer, las conductas inidóneas, las inocuas, las imposibles y las putativas.

### 3.5 LA ACCION COMO CONCEPTO FINAL

El concepto de acción no se agota en lo externo (lo natural, lo normativo-valorativo y lo social), porque esa fenomenológica interferencia de lo social y de lo normativo necesariamente hay que ligarla con lo subjetivo, sin que ello signifique una absorción de lo culpable por parte del tipo y sin que ello se traduzca en una herejía frente a la dogmática local, pues nuestro esquema del hecho punible no amarra tanto como para cerrar definitivamente paso a un concepto de acción impregnado de cierto subjetivismo, a fin de evitar el inútil recorrido que a veces hay que hacer por los demás estadios del delito.

No hay por qué aferrarnos a la única idea de que lo subjetivo de la acción llega solo hasta la mera voluntariedad, conducidos por teorías exclusivamente causales o causales-valorativas, así como tampoco debemos admitir como verdad absoluta que la acción se agota en la sola finalidad, porque ello estaría abriendo camino a un derecho penal de autor, trayendo como consecuencia que en la antijuridicidad se haga solo un desvalor de acto, dejando a un lado, como lo hace el finalismo, el desvalor del resultado (como ocurre, por ejemplo, con la culpa). La acción es finalidad, en cuanto que el hombre que actúa debe poseer una voluntad suficientemente idónea para trascender el mundo externo, o sea el mundo de lo causal, de lo valorativo y de lo social, o sea que la acción supone en el agente una capacidad de buscar fines, o sea una "capacidad de voluntad final valorativa"<sup>55</sup>, de manera que por lo mínimo debe tener capacidad de entender el sentido de la acción, pues sin éste no es posible proponerse fines.

De ahí que no hay acción y son, por consiguiente, irrelevantes para el derecho penal en la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos reflejos. La fuerza irresistible se refiere a la vis física absoluta, o sea aquella que elimina toda posibilidad de reacción

<sup>52</sup>Ibidem.

<sup>53</sup>Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción... p. 30.

<sup>54</sup>FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Op. Cit. p. 133.

<sup>55</sup>Ibidem. p. 136.

voluntaria, no extendiéndose a la vis moral, porque ésta se encuentra contemplada como causal de exclusión de la culpabilidad en el numeral 2 del art. 40 del C.P. Son movimientos reflejos aquellos en los cuales no tiene lugar la voluntad porque se transmiten directamente por el subconsciente, como en los casos de paralización momentánea, ocasionados por una impresión física o síquica, como el deslumbramiento o el pánico, por ejemplo, o "las acciones de corto circuito" en las cuales a pesar de que existe el elemento volitivo, el movimiento reflejo es tan veloz que no permite que éste (el elemento volitivo) produzca reacciones contrarias. No hay acción por inconsciencia, en el hipnotismo, el sueño, etc.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

La revisión crítica de nuestro esquema del delito, iniciada, con razón, desde hace varios años por los profesores NODIER AGUDELO y JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, no ha de interpretarse, como equivocadamente lo han entendido algunos, como un trasplante al cuerpo de nuestra dogmática de órganos donados por esquemas foráneos, pues para mantener lo autóctono de nuestro derecho penal (si es que los hemos tenido después de la conquista) no hay que rechazar tercamente los aportes de las direcciones doctrinales que por su solidez han logrado trascender la esfera geográfica de los países de donde son originarias, pues así como hemos avanzado en pos del grado de superación de otras civilizaciones, también tenemos que adecuar nuestra normatividad a la realidad social que cambia hoy a pasos agigantados, sin que por ello se trate de una adopción incondicional de conceptos extranjeros, porque ya no es tiempo de las ciegas convicciones y porque muchas veces los trasplantes doctrinarios resultan rechazados, por incompatibilidad, por el cuerpo social al cual se pretende aplicarlos.

Además, no podemos posar de originales, porque la dogmática plasmada en el C.P. de 1980 se oxigenó con conceptualizaciones venidas de allende nuestras fronteras, procurándose, sí, no colocarle a tal estatuto una camisa de fuerza doctrinaria, pues los integrantes de las distintas Comisiones redactoras del actual código fueron insistentes en advertir que no se acogía un particular esquema, siendo el tiempo el encargado de darles la razón, porque lo importante no es la estructura del hecho punible que se adopte, sino la suficiencia que tenga para resolver en su seno la problemática que ponga en apuros el aseguramiento de una convivencia social, sin interesar la impronta que lleve: clásica, neoclásica, finalista o postfinalista. Lo que importa no es la senda que se escoja, sino llegar a la meta, o sea limitar el derecho de penar del Estado, de manera que la intervención de la violencia estatal esté regida por la necesidad de la misma y orientada a proteger bienes jurídicos determinados, teniendo siempre de presente el respeto por la dignidad del hombre, para hacer del derecho penal la carta magna del ciudadano.

Es por ello por lo que compartimos en su integridad el pensamiento de FERNANDEZ CARRASQUILLA, expuesto, así: "Un corte en este instante de la historia del pensamiento penal muestra a los penalistas divididos en dos bandos antagónicos, casi irreconciliables, que disputan arduamente sobre el concepto de acción y sus implicaciones sistemáticas en la construcción de la teoría del delito. Se debate

igualmente con denuedo sobre la composición y ubicación sistemática del dolo -cuyo concepto secular pretende cambiarse en el derecho penal-, la estructura del injusto (¿desvalor de acto solamente o también desvalor de resultado?) y el contenido de concepto de culpabilidad (psicologismo vs normativismo), entre otras muchas cosas. Para un observador externo, la lucha es tan encarnizada que parece importante y sería porque involucra dos concepciones teóricas harto diferentes del delito, que se supone, desde luego, han de producir consecuencias también muy diferentes en la aplicación del derecho penal, esto es, en la administración de la justicia penal. Esta es, sin embargo, una falsa apariencia, pues, salvo algunos casos aislados, los problemas acarreaban en ambos sistemas las mismas soluciones, aunque por caminos distintos y con distintos esfuerzos mentales; la principal diferencia estribaba en que unos resolvían en la acción típica lo que los otros atendían en la culpabilidad, asignado por supuesto diversos contenidos a estos conceptos (los llamados esquemas clásico, neoclásico y finalista del delito)"<sup>66</sup>.

La tendencia local revisionista ha de partir de lo que se entienda por bien jurídico, para no quedarnos en la simple búsqueda del concepto de acción, pues hemos visto que éste solo de nada sirve, sino se le pone en referencia con aquel. Es al amparo del bien jurídico que podremos librar las venideras batallas para hacer del derecho penal una disciplina impregnada de realidad social, en cuyo diseño debe haber una democrática y plural participación, tal como lo manda el art. 1 de la C.N., fijándose parámetros que permitan una interpretación y aplicación adecuada al medio en donde se halla inmerso el hombre social, pues es así como lograremos vivificar el derecho penal para que su destinatario, el hombre, el hombre de la calle, lo pueda entender y criticar.

<sup>66</sup>FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Delito y Error. Temis : Bogotá, 1990. p. 3.

## HOOLINGANS, GAMBERROS Y DELINCUENTES JUVENILES UNA FAUNA UTIL QUE CONSTRUIR

Eduardo José Talavera Carrascal.  
Londres, Mayo de 1990\*

"Independentistas y ecológicos, sois unos gilipollas,  
no os enteráis que Snnopy ha muerto... creced  
infantiles!"

Letrero en una pared de la Universidad de Barcelona.

En la mayoría de los textos sobre la juventud y su tratamiento fácilmente se observa cómo aún hoy en día prevalece la ideología reeducativa y reformadora con que tradicionalmente se ha mirado el tema. Es más, no se necesita una lectura especializada, basta escuchar ya sea la madre que patalea porque su hijo se pincha o al político que clama en el parlamento por los derechos del niño. No hace mucho, por ejemplo, el Consejo Superior Español de Protección al Menor, en consonancia con las conclusiones del Comité Interdisciplinario para el Desarrollo de la Juventud con sede en Luxemburgo, centró sus críticas en la carencia de medios materiales y de personal especializado, dejando intacta la crisis de todo un sistema ideológico que lleva en sí la "desviación juvenil".

Para comprender las instituciones no basta con analizar las funciones que desarrollan actualmente, es necesario considerar, también, las condiciones y fuerzas que gradualmente las han formado y definido en un sentido histórico. Por ello si queremos comprender el POR QUE y el COMO pervive este clásico discurso nos remitimos en primera instancia a sus raíces históricas, lo cual permitirá llegar al principal objetivo de esta ponencia: la construcción e institucionalización del concepto "hooligans, gamberros" y demás que se le asigna a la juventud "desviada". Así como en la pasada *common study program* en Saarbrücken<sup>2</sup> intenté exponer cómo la infancia y la juventud son el resultado de un complejo proceso de institucionalización; ahora, lo que se pretende es la hipótesis consistente en que la conceptualización de menor desviado deriva en diversos conjuntos de significaciones construidos socialmente y que expresan unas precisas funciones reales y/o simbólicas. Un enfoque contrario sería aceptar acríticamente unos clichés que presentan lo instituido como algo natural e identidad ontológica propia.

\* Ponencia en Middlesex Polytechnic Social Science Department (Londres) en la 4ta. *Common study programme* del doctorado en Justicia Criminal y Criminología Crítica del Programa Erasmus de la Comunidad Económica Europea.

<sup>2</sup> Se hace referencia a un informe presentado por el autor en una reunión conjunta de estudio de las universidades miembros del programa Erasmus realizada en la Universität des Saarlandes (Saarbrücken, Alemania).

## EL ROLLO DE LA SALVACION. Del desviado nato al desviado hecho.

Previene Platt<sup>3</sup> en la introducción de la 2<sup>a</sup> edición de su estudio sobre el movimiento de los pioneros de la justicia de menores en E.E.U.U. que aunque la delincuencia juvenil sistemática data del siglo XVII y que aún antes del movimiento pro salvación del niño se dieron esfuerzos para crear programas especiales para el menor, es al terminar el siglo XIX cuando se hace el intento general de formar un sistema de justicia de menores que, a su vez consolidará la categoría de "delincuente juvenil". En épocas anteriores era evidente el esfuerzo de apropiación e integración cultural de los menores por parte de la comunidad, sin embargo se trataba de una apropiación en donde la sociedad a los que no se integraban o no lograban ser reconocidos los expulsaba o los aniquilaba (piénsese en aquellos ritos de "iniciación" de los cuales nos habla P. Aries) porque no estaban preparados o en posesión de "relevancia humana para los demás". En las sociedades preindustriales los infantes eran vistos como objetos de poco valor, sin derechos y un estatus social muy bajo, de hecho se les consideraban como propiedad de sus padres quien tenía un derecho absoluto sobre ellos.

Se hace referencia, entonces, a los "salvadores de los niños" (término acuñado por Platt) al grupo de reformadores que se veían y sentían a sí mismos altruistas cuya misión era la de salvar a quienes ocupaban un lugar menos privilegiado en el orden social. Su ideal de salvación suponía la delincuencia como un síntoma patológico y al menor delincuente como un enfermo que debía ser tratado. Partiendo de esta anomalía se discutió sobre la naturaleza de las causas que desencadenaban la conducta: mientras algunos ponían el acento en lo permanente, irreversible y heredado del comportamiento desviado; otros sumaban a esta anomalía la influencia negativa del medio<sup>4</sup>.

Spencer y Lombroso con sus imágenes biológicas del darwinismo social proporcionaron las premisas ideológicas sobre una clase criminal<sup>5</sup>. Con el surgimiento de los profesionales especializados en las casas correccionales y asistentes médicos se intenta neutralizar el fatalismo darwinista: se reconoce una

<sup>3</sup> PLATT, Anthony. "Los Salvadores del niño". 2 ed. Siglo XXI, México, 1977.

<sup>4</sup> De cómo en 1880 y 1890 muchos intelectuales de clase media "descubren" la ciudad pobre ("el bracero al borde de la indigencia era más típico que el labrador acaudalado") con su gran concentración y miseria, de manera que ésta -la ciudad- encarnaba simbólicamente los males de los cuales había que salvar al menor (Platt, ob. cit. ps 52 y ss).

<sup>5</sup> Las teorías lombrosianas puestas a tono con el darwinismo facilitaban la institucionalización y tratamiento de una clase criminal: - Por anomalías físicas observables, ya sean atávicas o degenerativas; - El criminal pertenece a una clase moralmente inferior (relación entre determinismo biológico y selección natural) y; - En consecuencia está justificada la erradicación de los elementos peligrosos. Sobre el cómo y en qué medida el pensamiento criminológico americano estuvo dominado por los enfoques biológicos, resultaría interesante cuestionar o contrastar la hipótesis del "pragmatismo" planteada por Platt (p. 45 a 54).

"clase criminal" pero ya identificada, seleccionada y diagnosticada puede ser modificada y controlada. Simplemente es una visión cauta que admite el cambio y la redención, cuestión ésta que se consigue básicamente con la intervención religiosa y médica. Los principios de la selección natural no tenían por qué ser antagónicos con la reforma educativa, la benevolencia cristiana, la indulgencia de los ineptos y, en fin, el optimismo de la religión puede contrarrestar el pesimismo de la ciencia: así nacieron, así los criaron, pero hay que salvarlos"<sup>6</sup>.

### ¿UN BUEN INVENTO?

Partiendo del contexto socio-político en que surgen los "salvadores" Platt plantea la tesis que estas reformas eran parte de un movimiento mucho mayor encaminado a reajustar lo instituido, de manera tal que satisficieran los requerimientos del sistema emergente del capitalismo corporado por una parte y por la otra coaptar la surgente oleada de inconformismo popular. Es decir, un buen invento: desconfiad de los griegos que os traen regalos!

En este sentido lo que hace el citado autor es simplemente desarrollar en el área de menores la clásica idea de Rusche y Kirchheimer (1968) de que la transformación de los sistemas penales no pueden explicarse sólo por las cambiantes necesidades de la lucha contra el crimen; así, lo que reflejaría el movimiento de los SN son los cambios en el modo de producción: "desde el dejar-hacer hasta el capitalismo monopólico; y en la estrategia del control social de la ineficaz represión a la benevolencia del Estado Benefactor"<sup>7</sup>.

Sí caprichosamente ojeamos a Europa tenemos, por ejemplo en Italia que con el advenimiento de la industrialización se da un esfuerzo continuo de crear nuevas instituciones para los jóvenes de todas las capas sociales. Surge, entonces, un nuevo motivo de institucionalización: la desobediencia, la pereza al trabajo, el ser díscolo, etc.<sup>8</sup>.

En la España de 1880 surge, a nivel social, un movimiento análogo al de Chicago tres décadas antes o al de Italia a mediados del siglo XVII: Por ejemplo, en Barcelona (1880) a instancias de "varias señoras piadosas" el Patronato de Nuestra Señora de las Mercedes, el cual estaba dedicado a la redención de niños presos; la Escuela de Reforma Toribio Durán (1890) para menores vagabundos; igualmente existió en la

<sup>6</sup> Ibidem, p.69

<sup>7</sup> Ibidem, p. 21-22

<sup>8</sup> Nos informa GAETANO DE LEO en su obra sobre la justicia de menores (1985) que lo afirmado por A. Platt para los EE.UU. sucedió hace un siglo y medio en los estados italianos, aunque no de forma general y sistemática: Milán (1759), Palermo (1786), Nápoles (1759), Roma (1827).

época una escuela de tipo industrial dedicada al adiestramiento de jóvenes reclusos (entre 15 y 20 años) para labores fabriles y agrícolas<sup>9</sup>. Es interesante, a manera de glosa, anotar cómo estos centros florecieron precisamente en las zonas de temprana y pujante industria, como Catalunya y el País Vasco, lo cual sin duda obedece a un objetivo concreto y no anecdótico.

### FUNCION DECLARADA - FUNCION REAL

Partiendo de la función ideológica del movimiento de defensa del menor cabe ahora preguntarnos -desde una perspectiva histórica- sobre su función real. Es decir, si detrás del discurso benefactor se encontraban unos objetivos o funciones "no declarados" y, además, si se lograron o no.

Justamente el principal anhelo de A. Platt es desmitificar la idea de que la reforma contribuyó decididamente a la humanización del penal salvando a los menores de castigos y cárceles degradantes. Esta -la reforma- constituyó en EE.UU. todo lo contrario, pues no sólo fracasó sino que por demás contribuyó a crear un sistema que sometía a más menores a castigos arbitrarios y ultrajantes. De manera tal que los reformadores no pueden ser considerados libertadores y humanitarios: "la invención de la delincuencia consolida el estatus social inferior y la dependencia de los jóvenes de clase baja"<sup>10</sup>.

Otra opinión<sup>11</sup> señala que la visión de Platt -que en este punto es coincidente con la de M. Foucault -es limitada en "cuanto lo que en verdad ocurrió en la realidad": aunque los reformadores no se preocupaban por el poder político y social, se tenían el ideal de adecuar a los infantes dentro las virtudes religiosas y los valores modernos. Sin duda estas reformas conllevaron una extensión del control social frente a los menores "proletas", sin embargo a la vez este movimiento conllevó nuevas y positivas concepciones como por ejemplo, la convicción que la suerte de los desheredados, en especial la de los menores, nos afectaba a todos y que la sociedad tenía una responsabilidad en ello; la noción de que la violencia física es moralmente condenable como medio de educación y la creencia de la existencia de determinados valores alrededor del menor a los cuales hay que prestarles especial atención.

Por su parte De Leo califica la justicia protectora como un "privilegio negativo"<sup>12</sup>; el positivismo que informaba el movimiento era una nueva forma de legitimar el castigo, no atenuo ni relativizo en forma alguna ni la ley ni las penas, al contrario a

<sup>9</sup> Epílogo de GONZALEZ ZORRILLA, Carlos en la citada obra de G. de Leo "La Justicia de Menores" p.115.

<sup>10</sup> Platt. ob. cit. p. 188

<sup>11</sup> GENERALITAT D'CATALUNYA Institut de Estudis Social (El model de Protecció). Barcelona, 1989. p. 41 y ss.

<sup>12</sup> DE LEO, G. ob. cit. p. 17 y ss.

potenciarlas y a determinar nuevas categorías de sujetos y comportamientos. Igualmente subraya que los estratos más afectados por estos procesos son aquellos situados más al margen, es decir, los miembros del subproletariado y el proletariado. En la misma línea teórica podemos situar a Gimenez-Salinas y González Zorrilla para quienes la ideología tutelar sí consolidó la inferioridad social de las clases subalternas<sup>13</sup>.

#### CONSIDERACIONES FINALES (A manera de puntos de discusión)

1. Así como los términos de "infancia" o "juventud" no son categorías biológicas en el sentido de representar una etapa o fase entre la niñez y la vida adulta, en igual medida las categorías de "hooligans, gamberros, delincuente juvenil" y similares no tienen en sí ninguna entidad ontológica y mucho menos natural. Se trata de productos humanos que han sido contruidos (inventados) socialmente y que bajo determinados procesos de objetivación e institucionalización se han reificados<sup>14</sup>.
2. Esta institucionalización se ha dado en un determinado momento y contexto histórico, obedeciendo a precisas condiciones socio-económicas y políticas. De la observación de éstas surgen los siguientes puntos de análisis:
  - a. La "delincuencia juvenil" como fruto de un movimiento reformador que llevaba consigo tanto un fin (función real) como una función (función declarada o simbólica).
  - b. Es difícil (y estéril) predecir las "verdaderas motivaciones internas" de los reformadores de manera tal que podamos hacer un juicio de valor calificándolos con angelicales filántropos o agudos y maquiavélicos inventores de un control social más efectivo. Tampoco es fácil afirmar concluyentemente -con ánimo más o menos maniqueo- si ello fue bueno o malo para el menor.
3. Sin embargo, hago referencia a lo anotado en el literal anterior -lo cierto fue que en uno y otro caso se produjeron los siguientes efectos:

<sup>13</sup> GIMENEZ-SALINAS Y COLOMER, Esther. "Justicia de Menores y ejecución penal", en Revista Poder y Control No. 0 de 1986. p. 214 y ss. y GONZALEZ Z., ob. cit. p. 133 y ss.

<sup>14</sup> He encomillado los términos de objetivación e institucionalización ya que los utilizo con el significado que tienen en la Teoría Crítica y particularmente en la sociología del conocimiento de P. Berger y T. Luckman ("La construcción social de la realidad", Ed. Amorrortu, Madrid, 1986). En cuanto la reificación igualmente me remito al sentido que estos autores le dan a este término que deviene del marxismo (relacionado con el de "alienación"). Se debe entender, entonces, como la aprehensión de los fenómenos humanos como si fueran cosas, es decir, en términos no humanos o posiblemente supra humanos... la reificación implicaría que el hombre es capaz de olvidar que él mismo ha creado el mundo humano (p. 116 y ss.)

- a. Se construyó socialmente la categoría de "menor delincuente o desviado".
  - b. En la medida que este orden institucional requiere de una legitimación<sup>15</sup> se elabora el discurso protector que subsiste hoy en día.
  - c. Las instituciones necesitan desarrollar mecanismos especiales de control social<sup>16</sup>. Se amplía el ámbito de actuación a esferas que antaño eran exclusivas del menor o su familia: "ampliación de la red" y "nuevos clientes".
  - d. La institución reproduce el modelo a evitar: "profesía autoconfirmatoria" (principio por el cual el adolescente, y sobre todo aquel que ha sido internado en una institución tiende a asumir la identidad personal y social que con más insistencia y claridad se le ofrece: la identidad de desviado.
  - e. El control históricamente recayó en una determinada clase social y con unos claros propósitos disciplinarios<sup>17</sup>.
4. Las instituciones aunque una vez formadas tienden a persistir independientemente de su creador, éstas en absoluto son inmodificables.

<sup>15</sup> El mundo institucional requiere de la "legitimación", o sea los modos con qué explicarse y justificarse mediante fórmulas que deberán ser amplias y coherentes con ese mundo... la legitimación justifica el orden instituido adjudicándole una "dignidad" normativa a sus imperativos prácticos (ibid. p. 84 y ss.).

<sup>16</sup> Con la "historización" y objetivación surge también la necesidad de desarrollar mecanismos específicos de control social. Una vez que estas, las instituciones, llegan a ser realidades divorciadas de su relevancia original, es probable que se desvíen de los cursos de acción "programados" (ibid. p. 85).

<sup>17</sup> Sobre este punto se recomienda consultar las tesis de Dario MELOSSI en cuanto la creación de las cárceles en la Europa continental entre el siglo XVI y el XIX. Se puede observar, por ejemplo, cómo la punta de lanza que motivó las famosas "Raep-huis" de Amsterdam fue justamente la problemática de la juventud desviada. Lo cierto es que de las finalidades de estas primeras instituciones carcelarias se deducen los propósitos disciplinarios a que hacemos referencia (MELOSSI y PAVARINI "Cárcel y Fábrica", 1977).

En cuanto la clase social existen opiniones en el sentido que actualmente los "clientes" no son básicamente de la clase subalterna, o al menos se encuentran repartidos con el resto de clases sociales (tesis de BARBERO SANTOS, 1987). Aunque esta hipótesis está fuera del alcance inmediato de esta ponencia, al interesado le sería útil el contrastarla con el proceso histórico mencionado y los cambios que hoy en día se constatan en los sistemas de control social de la Europa Comunitaria, en especial el evidente descenso de la intervención por una parte y por la otra -¿paradójicamente?- la idea de la RESPONSABILIDAD POR SUS PROPIOS ACTOS que se les exige a los menores en algunas instancias judiciales (por ejemplo, Barcelona y Alemania en general).

## AREA DERECHO PROCESAL

*Dr. IVAN SANTOS BALLESTEROS*

### 1 LAS ACCIONES POPULARES EN LA CONSTITUCION NACIONAL Y EN EL DERECHO PRIVADO

#### 1.1 GENERALIDADES

Uno de los problemas del mundo moderno es el de la contaminación progresiva del medio ambiente urbano y rural. Quienes pertenecemos a las naciones del tercer mundo observamos con estupor el avance de un nuevo tipo de colonialismo proveniente de países industrializados: el "ecológico", como consecuencia de la exportación y establecimiento de industrias insalubres que las convierten en zonas de alto riesgo para sus habitantes, la producción de alimentos e integridad de los organismos en general.

Los estímulos de tipo legal a la inversión extranjera, su trato preferencial, acelera el proceso de modernización de un país en vía de desarrollo, aumenta la productividad y mejora el nivel de vida de un determinado grupo social, a cambio de la contaminación ambiental, mala gestión de áreas cultivables, defectuosa utilización de recursos mineros y naturales para obtener materias primas exportables o con destino a la industria nacional. Las anteriores actividades constituyen factores que perturban el equilibrio de un eco sistema.

La expedición de normas para la protección de los recursos naturales renovables y del medio ambiente no es la solución al problema planteado, mientras el Estado y los particulares no participen, en su preservación y manejo; ELLAS son de utilidad pública e interés social.

El Estado cumpliría con este deber si racionalizara y sistematizara la legislación pertinente, expidiendo normas de carácter punitivo y reparador, en lugar de consagrar exclusivamente medidas preventivas.

Los particulares cumplirían con este deber desde el momento en que adquieran, a través de la educación impartida por el Estado, una verdadera conciencia ecológica orientada hacia una eficaz actividad conservativa de los recursos naturales renovables y a una utilización racional de los mismos para que no se dificulte el ciclo biológico de regeneración y recuperación, que en muchos casos es cuestión de largos años.

Pero la conservación de los recursos naturales renovables no es actividad discrecional de los particulares. Si bien, el titular del derecho de propiedad satisface sus propias necesidades, está obligado también a la satisfacción de las necesidades sociales. De ahí que no pueda usar su derecho en forma caprichosa o arbitraria que atente contra intereses colectivos. La dimensión individual y social del derecho de propiedad tiene su fundamento constitucional en el artículo 58 de la C.N. al



consagrarlo como "función social que implica obligaciones" y que como tal le es inherente una función ecológica.

La destrucción de los recursos naturales y la contaminación al medio ambiente son problemas que originan daños colectivos. La complejidad del actual sistema de vida por los avances de la técnica, consumismo, masificación, produce efectos colectivos, algunas veces perjudiciales, por la inoperancia del Estado, ante la acción u omisión de sus agentes o de los particulares. El lanzamiento al mercado de productos alimenticios o para la higiene y preservación de la salud; de productos químicos y farmacéuticos defectuosos o discontinuados en países capitalistas; el permitir el tránsito de vehículos y aeronaves sin observar normas mínimas de seguridad; la invasión de espacios públicos para la construcción de obras privadas y estatales, originan además del agravio individual, daño colectivo. Para impedir que estos daños se prolonguen en el tiempo o para solicitar su reparación cuando se produzcan, la actividad individual no basta. Se requiere de una respuesta colectiva a través de las denominadas ACCIONES POPULARES o acciones de clase, o representativas como se conocen en el Derecho Anglo Sajón y Americano.

## 1.2 NOCION DE ACCIONES POPULARES

"Dábase este nombre a la que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos unidos, ya en beneficio particular, ya en los asuntos de interés para el pueblo, como en lo relativo a caudales, servidumbres públicas, etc."<sup>1</sup>

Entendidas las acciones populares como aquellas que la ley, les reconoce a cualquier persona para la defensa de un interés público, cuando el hecho que lo contraviene cause además un daño en su interés privado o pueda llegar a causarlo, constituyen mecanismos procesales para que el actor, ante el agravio recibido o bien como integrante de la comunidad que ha sufrido daño en los bienes de uso público, por la acción u omisión del Estado o particular, solicite la indemnización respectiva y en algunos casos obtenga una recompensa.

## 1.3 LAS ACCIONES POPULARES EN EL DERECHO PRIVADO

El Código Civil consagra algunas acciones populares que miran el interés de determinadas personas, aún en su condición de simplemente concebidas, como lo señala el artículo 91 del C.C. El inciso 3º del artículo 548 y el artículo 630 del mismo estatuto consagran acciones populares en beneficio de algunos incapaces. "Cualquiera del pueblo podrá provocar la interdicción del demente" cuando se trata de locura furiosa o cause notable incomodidad a los habitantes del lugar, señala la primera de las normas. La remoción de guardador podrá ser provocada aún por cualquiera persona del pueblo dice la segunda de ellas. Otras veces, la legislación civil consagra acciones populares en favor de los bienes de uso público y de los

<sup>1</sup>CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Heliasta : Buenos Aires, 1972. p. 51

usuarios (art. 1005 C.C.), de daño contingente (2359 C.C.) y en defensa del consumidor (decreto 3466 de 1982). Nos ocuparemos de la primera de estas.

### 1.3.1 Acción popular consagrada en favor de los usuarios y bienes de uso público

Art. 1005 C.C.: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados".

La primera parte de esta norma nos permite sacar las siguientes consecuencias:

- Esta acción popular se extiende también a las acciones posesorias del Título XIII (amparo, restitución y restablecimiento de la posesión).
- Como el medio ambiente es bien de uso público, no existe discusión alguna en concluir que su preservación y defensa se logra a través del ejercicio de esta acción popular.

El ambiente es "patrimonio común de la humanidad necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos", señala el artículo 1º del Código de Recursos Naturales Renovables.

Por su parte, el C.C. considera al medio ambiente como cosa que no puede ser objeto de apropiación (aire atmosférico, luz solar, etc.) y que la naturaleza hizo común a todos los hombres (*res communes omnium*).

"Las cosas comunes son inapropiables consideradas en su totalidad, pero nada se opone a que se aprovechen exclusivamente en forma parcial e inocua para el uso y goce de todos. Así se explica, por ejemplo, que libremente se extraiga oxígeno del aire y se venda aprisionado en tubos"<sup>2</sup>.

El último inciso del artículo 1005 dispone.

"Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

La acción popular que consagra este artículo, además de la defensa de los bienes de uso público, que se obtiene con la reparación e indemnización a título de daño

<sup>2</sup>ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales. Nascimento : Santiago de Chile, 1984. p. 92.

emergente y lucro cesante en favor de la respectiva entidad de derecho público, representante de la comunidad, busca la defensa del interés del actor. De ahí que corresponda a éste la carga de la prueba en orden a demostrar: el hecho intencional o culposo, en el querellado; el daño causado a un bien de uso público; relación de causalidad entre la conducta del querellado (acción u omisión) y el daño padecido por el bien de uso público y sus usuarios.

### 1.3.2 Acción popular en la ley 9ª de 1989

El artículo 8º de la Ley de Reforma Urbana consagra como medio de defensa de los elementos constitutivos del espacio público y del medio ambiente, la acción popular del artículo 1005 del C.C.

"Esta acción podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometiére el interés público o la seguridad de los usuarios".

El inciso primero de este artículo contempla las siguientes características:

- La protección al medio ambiente mediante el ejercicio de esta acción. Se consagra expresamente sin necesidad de acudir a vías de interpretación.
- Por expresa disposición de este artículo, esta acción se dirige contra cualquier persona de derecho público o privado, incluida la Nación.

Para lograr que las medidas tomadas por el Juez tengan cabal aplicación y de esta forma se evite el incumplimiento de ellas por el demandado, el inciso 2º del artículo 8º de esta ley consagra que si no cumple con las órdenes impartidas por el Juez en la respectiva providencia, su conducta se tipificará como delito: fraude a resolución judicial, en la forma prevista en el artículo 184 del C.P.:

"El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, incurrirá en arresto de seis meses a cuatro años y multa de dos mil a cien mil pesos".

### 1.4 TRAMITE PROCESAL PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POPULARES

El numeral 7º del párrafo 1º del artículo 435 del C. de P.C. dispone que se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario las acciones populares a que se refieren el artículo 2359 (acción popular de daño contingente) u el decreto 3466 de 1982, estatuto que regula la defensa y protección al consumidor.

Por su parte, el numeral 13 párrafo 2º del artículo 427 del C. de P.C. expresa que se tramitarán por el proceso verbal de mayor y menor cuantía, por razón de ella, "los asuntos de que trata el Decreto 3466 de 1982, debiéndose tener en cuenta las disposiciones especiales que dicho decreto consagra".

Aunque el C. de P.C. no establece ningún trámite específico para el ejercicio de las acciones populares del artículo 1005 del C.C., el numeral 6º del párrafo 1º del artículo 435 de aquel dice que "los posesorios especiales que regula el Código Civil" se tramitarán en única instancia por el procedimiento verbal sumario, en consideración a su naturaleza.

Ante la dualidad del trámite procesal para el ejercicio de la acción popular del Decreto 3466 del 1982 y la falta de norma expresa que regule el del artículo 1005 del C.C., es preciso señalar la vía procesal para cada una de ellas acudiendo a la interpretación sistemática a través de la integración de las anteriores normas con las contenidas en los artículos 986 y ss. del C. Civil: "DE ALGUNAS ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES":

- El trámite de los asuntos a que se refiere el Decreto 3466 de 1982 es el del proceso verbal sumario, atendiendo al principio contenido en el artículo 5º de la ley 57 de 1887, en su numeral 2º:

"Cuando las disposiciones tenga una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior;...".

Como las acciones populares del artículo 1005 del C.C., forman parte de las acciones posesorias especiales del C.C., su trámite será el del proceso verbal sumario, con fundamento en el numeral 6º del párrafo 2º del artículo 435 del C. de P.C. Actualmente el Art. 49 del decreto 2651 de 1991 consagra el trámite del proceso Abreviado, en dos instancias, para el ejercicio de las acciones populares. El Decreto 2303 de 1989, por medio del cual se crea y organiza la jurisdicción agraria regula este aspecto procesal en forma amplia dándole trámite especial a la "preservación del ambiente rural y de los recursos naturales renovables", aún cuando se hallen dentro de la categoría de bienes de uso público.

En efecto, el artículo 118 del decreto señala el trámite para la defensa del ambiente rural y de los recursos naturales renovables del dominio público integrantes de aquel, mediante el ejercicio de las acciones populares consagradas en los artículos 1005 y 2359 del C.C. Cualquier ciudadano puede ejercitar esta acción en cualquier tiempo y dirigirlas contra el Estado o los particulares. Se encamina a obtener la prevención del daño, su reparación o resarcimiento o más de uno de estos objetivos. Se dirige contra el Estado para que declare su responsabilidad civil por los daños ocasionados al hombre o a recursos naturales renovables de propiedad privada, como consecuencia de actividades que causen contaminación o detrimento del medio ambiente rural. Los particulares serán civilmente responsables, y la acción se dirigirá contra ellos por las anteriores razones y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales del Estado, de conformidad con el artículo 16, inciso 2º de la Ley 23 de 1977.

Si se trata del ejercicio de la acción popular del artículo 1005 del C.C. para la defensa de los bienes de uso público ubicados en zonas rurales, el trámite será el del proceso verbal, según lo señala el numeral 2º del artículo 63 del Decreto 23 03 de

1989, siempre que no estén comprendidos dichos asuntos dentro de las previsiones del citado artículo 118.

Un ejemplo elocuente que nos indica en que forma el ejercicio de la acción popular del artículo 1005 del C.C. puede llegar a convertirse en mecanismo de defensa y preservación del medio ambiente lo encontramos en el proceso promovido por los señores CARMEN ROSA SANCHEZ DE FERNANDEZ, JULIA ELENA TORRES DE MEJIA y otros contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos -EDIS- y tramitado en el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá.

A la demanda ordinaria se le dió trámite del proceso verbal sumario, ante el tránsito de legislación, una vez entró en vigencia el decreto 2282 de 1989. En audiencia del 15 de febrero de 1991, los actores aclararon y precisaron las pretensiones de la demanda, así: negligencia por parte de la demandada en la recolección y cuidado de las basuras producidas en la plaza de mercado el barrio "Las Ferias" de Bogotá; responsabilidad de la demandada del daño ambiental producido por los desechos de basura arrojados en el terreno de su propiedad que se encuentra en la esquina de la plaza de mercado y que provienen de allí; que la entidad demandada debe impedir que en dicho lote se arrojen y amontonen basuras y desechos provenientes de la plaza de mercado del barrio "Las Ferias" de Bogotá; que la demandada debe recompensar a los actores con una suma que no baje de la décima parte, ni exceda de la tercera parte del valor de las obras necesarias para impedir la acumulación de basuras en dicho lugar; y la condena en costas a la demandada.

El día 15 de marzo siguiente se continuó con la audiencia de que tratan los artículos 430 y 438 del C. de P.C. y allí mismo se profirió sentencia. En las consideraciones de esta providencia se expresa que de acuerdo con los hechos y pretensiones fijados al iniciar la audiencia, el Juzgado concluye encontrarse frente al "ejercicio de la ACCION POPULAR que regula el artículo 1005 y ss. del C.C.". En su parte resolutive declaró responsable a la demandada del daño ambiental ocasionado por su negligencia en el cuidado, recolección y destinos de las basuras que se depositan en el lote de su propiedad; consecuente con la anterior declaración ORDENA a la Empresa Distrital de Servicios Públicos -EDIS- efectuar las obras necesarias para impedir que el daño se siga produciendo y cuyo costo asciende a la suma de \$9.966.020, dentro del término de seis meses, contados a partir de la ejecutoria; condenó a la demandada a pagar en favor de los actores la suma de \$2.159.304.00, sobre las bases del valor de las obras que debe efectuar, por concepto de recompensa, dentro del término de treinta días, contados a partir de la ejecutoria; condenó en costas a la parte demandada.

#### 1.5 LAS ACCIONES POPULARES PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS EN LA CONSTITUCION NACIONAL

El Título II de la C.N.: "DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES", consagra en su Capítulo 3º. "Los derechos colectivos y del ambiente", en sus artículos 78 a 82. Eleva a norma constitucional lo pertinente al control de calidad

de bienes y servicios que se preste a la comunidad, así como la información al público en su comercialización, mediante su regulación, y serán responsables quienes en las actividades de producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, seguridad y adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Constituye garantía de este rango la participación de organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen, para lo cual deberán tener el carácter de representativas y observar procedimientos democráticos internos (art.78).

Toda persona tendrá derecho a gozar de un ambiente sano. El estado garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Implica un deber estatal la protección a la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de áreas de especial importancia ecológica. Constituye deber del Estado el fomento de la educación para alcanzar estos fines (art.79).

La planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales "para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución" corresponde al Estado.

Esta misma norma (art. 80) consagra como deber estatal prevenir y controlar factores que deterioran el ambiente; imponer sanciones legales, exigir la reparación de los daños causados.

Será necesario, entonces una reforma sustancial a la legislación sobre recursos naturales renovables y protección al medio ambiente dándole un contenido preventivo, represivo y reparador y no simplemente preventivo, principio aplicable a la actual legislación.

El artículo 82 le impone como otro deber al Estado el velar por la protección a la integridad del espacio público y por su destinación al uso común. Es de interés social el uso y disfrute del espacio público y tiene prelación sobre el interés particular.

El capítulo 4º del mismo Título consagra los mecanismos procesales para la protección y aplicación de los derechos:

**ACCION DE TUTELA** para reclamar de los Jueces en cualquier momento y lugar, a través de un procedimiento preferente y sumario, por el mismo actor o por conducto de su representante legal o apoderado, la protección inmediata de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 11 a 49, cuando quiera que estos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública.

La acción de tutela procede también contra las actuaciones de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuando con su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o bien, respecto de aquellos en que el peticionario se halle en estado de indefensión o de subordinación.

El Juez que conozca de esta acción ordenará a aquel respecto de quien se solicite la tutela para que actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, de cumplimiento inmediato, será susceptible de impugnación ante el funcionario competente, quien lo remitirá a la Corte Constitucional para su "eventual revisión".

Esta acción de tutela, tal como se estructura en la C.N. tiene el trámite propio de un juicio y se encuentra consagrada *URBI ET ORBE*. Igualmente se encuentra consagrada en el Derecho Internacional como medio de protección de los derechos fundamentales.

En efecto, algunos pactos, declaraciones y convenios tienen como propósitos el respeto de los derechos fundamentales del hombre a través de esta acción de tutela: artículo 8º de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre del 2 de mayo de 1928; artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; inciso 6º del artículo 7º y artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José) del 22 de noviembre de 1969; los artículos 2º inciso 3º y 9º inciso 1 y 4 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966. Igualmente lo consagra el artículo 14 de la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, del 4 de noviembre de 1950<sup>3</sup>.

Será procedente esta acción, según el artículo 88 de la C.N. cuando el interesado carezca de otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio en orden a evitar perjuicio irremediable.

**ACCIONES POPULARES:** para la defensa de derechos e intereses colectivos que tenga relación con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que será materia de definición en la ley que las regule.

Dentro de las funciones asignadas por el artículo 282 de la C.N. se encuentra la de "interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia" (numeral 5º), al Defensor del Pueblo.

El artículo 89 de la C.N. crea otro mecanismo a través de recursos, acciones y procedimientos que sean necesarios para propugnar por la integridad del orden

jurídico y por la protección de sus derechos individuales o colectivos frente a actuaciones u omisiones de autoridades públicas.

Con buen criterio la C.N. amplía las situaciones generadoras de acciones populares que tengan por objeto proteger los derechos e intereses colectivos. Será materia de regulación, igualmente, aquellas que se originen en los daños ocasionados a un

<sup>3</sup>ESCOBAR FORNOS, Iván. El Amparo. Monografías Jurídicas. Temis : Bogotá, 1990. p. 36 y ss.

número plural de personas, quienes tendrán derecho a ejercer las correspondientes acciones particulares.

La acción de tutela está limitada a la defensa de los derechos fundamentales, cuando por su naturaleza jurídica su ámbito es más amplio. Ha debido cobijar esta acción el cumplimiento de las demás normas consagradas en la C.N. , porque en su desarrollo no sólo entra en juego el interés particular, sino también el interés general.

Para que estos mecanismos procesales aseguren la efectividad de los derechos constitucionales se requiere de una verdadera reforma integral a la justicia que combata su lentitud, ineficacia, politización, al igual que la creación de condiciones para que las personas, en calidad de tales, o como integrantes de la colectividad tengan acceso a la administración de justicia y confíen en ella. De lo contrario, seguiría imperando el sistema de la autotutela del derecho y el cumplimiento de los derechos constitucionales, simples ilusiones.

## LA LEY 23 DE 1.991 O LA PROMOCION ESTATAL DE LA IMPUNIDAD

"Quién es aquí el más sensato de la comedia: el personaje Justicia o el personaje iniquidad? Es verdad ésto?."

SHAKESPEARE, en Medida por Medida.

Dr. GERMAN GAMEZ CARDENAS

### I. LA VIOLENCIA Y LOS VIOLENTOS

Cuando se hace el análisis de la situación colombiana, para obtener un diagnóstico de los males que aquejan a la población colombiana, inmediatamente surgen dos cuestiones fundamentales: de una parte, la opulencia ofensiva de unos pocos, que disponen de toda clase de bienes y servicios, y derrochan poder y riqueza, y la indigencia de un altísimo porcentaje de colombianos, que de hecho tiene la condición de parias dentro del Estado; de otra parte, los que en el lenguaje común se ha llamado "La Violencia".

El primer aspecto es tan importante como el segundo, pero sólo queremos hacer una ligera referencia a éste.

Los colombianos somos especialmente dados a usar términos abstractos para tratar hechos concretos. Así, los analistas no hablan de los violentos, sino de "La Violencia". No hablan de los congresistas corruptos, sino del Congreso corrupto. No hablan de los empleados públicos ladrones, sino del Estado ladrón. No hablan de la ineptitud de los administradores de la cosa pública, sino de la ineptitud del Estado como administrador. Y este lenguaje tiene la virtud de que nos saca de la realidad y nos coloca en el ámbito de las teorías. Es una peligrosa inversión de los términos, que nos permite evadir el problema real y hace metáforas, retruécanos y discusiones bizantinas alrededor de conceptos, mientras que los autores de hechos antisociales se convierten en personajes nacionales, o se esfuman y disfrutan del producto de sus crímenes.

Todo mundo coincide en hablar de "La Violencia". Creamos un personaje fantasmal, con mayúsculas. Entre tanto, los delincuentes se pasean libremente, por campos villorrios y ciudades, extorsionando, secuestrando, depredando y asesinando a personas de toda condición, credo o ideología.

### II. LA VIOLENCIA NO TIENE FRONTERAS

La violencia no es un problema que haya afectado y afecte sólo a Colombia. La violencia es una de las expresiones humanas más características, que está ínsita en

el alma colectiva, y que se encuentra latente en cada individuo. El analista político inglés que sostuvo que el hombre era un lobo para sus semejantes, conocía bien la historia de la humanidad, llena de intrigas, violencias, asesinatos y, en fin, de toda clase de crímenes. Lo que ocurre es que aún hay quienes sólo conocen una historia de la humanidad que es color rosa, y se rasgan las vestiduras por la afirmación de HOBBS. La violencia ha existido y se manifiesta en todos los países del mundo, aún en los más civilizados política, social y económicamente. Ha habido y hay violentos en Estados Unidos, en la Unión Soviética, en Suecia, en Alemania, en Gran Bretaña. Lo que sí no existe en esos países es la IMPUNIDAD.

### III. EL DELITO COMO NEGOCIO LUCRATIVO

Por lo menos un 90% de los delitos tienen origen económico. El delito, en un altísimo porcentaje, significa la relación de un hecho antisocial para conseguir un beneficio. En términos generales, para los delincuentes, el delito es origen y fuente de lucro, de ganancia. Y cuando hablamos de ganancia y lucro, no nos referimos solamente al lucro de naturaleza puramente económica, sino también a otro tipo de lucro más amplio y difuso. Unos roban para sobrevivir. Otros roban para vivir mejor. Otros roban, extorsionan, secuestran y asesinan para lograr protagonismo social, o económico, o político, o las tres cosas a la vez. Y sabemos que hay otros delincuentes, más peligrosos que los anteriores, incrustados en todos los organismos y corporaciones de la administración pública, que con la misma Constitución y la ley en la mano, cumplen el oficio de raperos del erario público por medio de auxilios parlamentarios, auxilios para diputados y auxilios para concejales, y de otras modalidades criminales. Esta última modalidad es tan generalizada que ha hecho pensar a los ciudadanos honestos que la administración pública se convirtió en el refugio de toda clase de antisociales. Quienes, ineptos para administrar sus propios negocios, entraron a administrar la cosa pública con míseros salarios o sueldos, son hoy los grandes señores de podridos feudos políticos, o los grandes empresarios particulares, en todo caso disfrutando del poder que da, impunemente, el dinero robado al erario público o producto del tráfico de influencia, el serrucho y la coima.

### IV. LOS EFECTOS DE LA IMPUNIDAD

Cuando el Estado es ineficaz y totalmente inepto para administrar justicia en todos los ámbitos y para sancionar los delitos, como ocurre con el Estado Colombiano de papel, se rompe el pacto social, la sociedad regresa a la ley de la selva, surge la justicia privada, que degenera en venganza y empieza a imperar, con todos sus efectos desastrosos, la razón de las bestias: la fuerza, la violencia. Los asociados, absolutamente desprotegidos, quedan a merced del más fuerte y, en últimas, del más violento.

Cuando se llega a estos extremos, hay otra consecuencia desoladora: el Estado se torna arbitrariamente prepotente con los débiles y asombrosamente manso con los poderosos y violentos. Mientras que los débiles, los que trabajan honestamente y carecen de todo poder económico, político y social, están siempre desorganizados e indefensos, los antisociales, organizados, poderosos y premiados por la impunidad,

evaden la administración de justicia. Como resultado final, no son los grandes facinerosos, los raponeros del erario público por medio de auxilios parlamentarios, los extorsionistas, los secuestradores y los asesinos a mansalva los que van a parar a las cárceles, sino las muchachas del servicio doméstico y los trabajadores pobres que agotados por el trabajo y omnubilados por la miseria, consumen productos etílicos que el Estado cantinero promueve y promociona insensata e incesantemente. El pueblo dice, entonces, que la justicia es para los de ruana. Y nunca en toda la historia de Colombia esta expresión popular había sido tan cierta como los es ahora.

En los pocos casos en los cuales los grandes facinerosos llegan a los estrados judiciales, reciben un tratamiento privilegiado. Los pobres van a "La Modelo", que sólo es modelo de trato inhumano, degradación, peligro y corrupción. Los poderosos van a cárceles especialmente seguras para su integridad física y provistas de los servicios esenciales.

De la impunidad se derivan muchos males sociales. Fuera de los anteriores, podemos agregar los siguientes:

1. Por la impunidad se reincide en el hecho punible, se acumula riqueza, se adquiere prestigio y poder político y social.
2. La impunidad permite que los delincuentes organicen empresas delictivas. Normalmente el delito es un hecho aislado; pero la impunidad permite que los delincuentes se unan y se fortalezcan por medio de organizaciones que generalmente exponen una ideología, para distraer incautos.
3. Esas organizaciones criminales empiezan por enfrentarse al Estado en condiciones de igualdad y, cosa sorprendente, a veces en condiciones de superioridad y terminan disputándole su poder y su soberanía.
4. Nada estimula tanto el crimen como la impunidad. Si el delito es un negocio rentable, se convierte en el medio que utilizan los ciudadanos para alcanzar sus fines y satisfacer la libido del dinero y del poder.
5. Nada hay tan corruptor de la sociedad como la impunidad. Se puede sentar este principio: si unos pocos pueden lograr poder económico, social y político delinquiendo, y no reciben ninguna sanción, todo mundo se considera con derecho a delinquir. En efecto, un hecho o es punible para todos, o no lo es para ninguno. Y si el delito es negocio rentable para unos pocos, debe serlo para todos, pues no se ve cómo el lucro pueda ser privilegio de unos pocos. O todos en la cárcel o todos disfrutando del poder que da el delito. Así, un delito impune estimula la comisión de tres o más: tres delitos impunes estimulan la comisión de nueve y sigue el ritmo en una progresión geométrica. En el estado de impunidad generalizada que vivimos, se invierten los valores: los individuos ineptos, con el producto del crimen disfrutan del poder en todas sus formas y los que tienen principios morales sólidos aparecen como seres menguados.

6. Paralelamente a la organización delictiva, los delincuentes, sin ningún tipo de sanción y sin temor a ésta, porque el castigo es una remota posibilidad, imponen la ley del silencio. Es así como asesinan a quienes se oponen a sus fechorías, a quienes los denuncian y a quienes, en cumplimiento de un deber cívico, declaran contra ellos o colaboran con las autoridades.
7. Se cierra así el círculo vicioso de que los funcionarios del Estado no sancionan a los delincuentes por falta de pruebas, y no hay pruebas porque el Estado es incapaz de garantizar la vida de quienes quisieran colaborar con la administración de justicia.
8. La ineptitud del Estado para hacer justicia, da origen a la justicia privada. Si el Estado es sólo de papel, si sólo existe en los códigos y en las mentes calenturientas de los legisladores y de los profesores de derecho, y no garantiza la vida, la honra, la propiedad y derechos que ciertos papeles mencionan, los ciudadanos recuperan el derecho a la autotutela. Pedirle justicia al Estado es como pedirle peras al olmo.

Pero la autotutela o la justicia privada es una espada de doble filo: sirve para que los ciudadanos honestos se defiendan de los malhechores, y puede servir también para que los facinerosos amplíen su criminal empresa. En principio, un Estado fantasma y de papel (Constitución, códigos, leyes, decretos, etc.) si le niega a los ciudadanos la defensa de sus derechos, no puede negarles el derecho a la autotutela.

Lo que ocurre es que la autotutela conduce a la venganza y no hay punto que las separe de la anarquía.

## V. LA JUSTICIA ES LO QUE EL LEGISLADOR QUIERE QUE SEA

Por causa de la impunidad, los jueces aparecen como los funcionarios ineficientes del Estado. Se les hace responsables de la falta de justicia legal. Algunos políticos, ignorantes o péfidos culpan a los jueces. Pero este postulado es absoluto: LA JUSTICIA ES LO QUE EL LEGISLADOR QUIERE QUE SEA. Las razones son obvias: los jueces no legislan sobre lo que es y debe ser la administración de justicia. Son los órganos de la administración pública, principalmente el Presidente de la República, y los políticos que integran el Congreso, quienes determinan si la justicia estatal debe ser óptima, buena, o pésima. Y siempre han optado por ésta. En efecto, son los legisladores los que determinan, mediante leyes o decretos todo lo concerniente a la organización, funcionamiento y marcha de la administración de justicia y los políticos, tanto los de la administración como de la rama legislativa, han castigado al pueblo colombiano, dándole la peor justicia del mundo. Es fácil demostrar que ellos, y sólo ellos, son los responsables:

1. El legislador es el que determina qué parte del presupuesto nacional se dedica a la administración de justicia. Y en este aspecto, han sido avaros y miopes, si se tiene en cuenta que a veces no alcanza ni siquiera al tres por ciento (3%)

del presupuesto nacional. Creemos que se necesita cierto idiotismo para creer que una nación pueda tener una buena administración de justicia con tan miserable presupuesto.

2. Han sido los políticos los que han determinado los sistemas de elección de jueces y los requisitos para acceder a los cargos judiciales. Hubo una época, relativamente antigua, durante la cual era bien recibido en la administración de justicia un abogado recién egresado de la universidad y sin ninguna experiencia. Eso ocurría cuando no había suficientes abogados. Pero el país se llenó de abogados y, no obstante, el sistema de elección de jueces y magistrados, salvo unos casos de elección por verdaderos méritos, siguió funcionando bajo las reglas del tráfico de palancas. Sólo hasta ahora se empieza a poner en vigencia un sistema de concursos que asegura la elección de los mejores. El hecho de que bastara un diploma de abogado para ser juez, sin exigirse experiencia ni idoneidad, fue desastroso para la justicia.
3. Han sido los políticos los que han dictado las normas procesales, buenas, regulares y malas. Las normas procesales y los métodos de juzgamiento que ellos establecen constituyen uno de los aspectos vertebrales en la administración de justicia.
4. Por falta absoluta de dinero, la administración de justicia nunca ha podido tecnificarse. Los sistemas de justicia siguen siendo los mismos, primitivos y rudimentarios, del siglo pasado. La justicia está anclada en el siglo XIX.

Los juzgados se han convertido en oficinas públicas medicantes, en las cuales las antiguas máquinas de escribir, las desvencijadas sillas, los escritorios rotos y otros implementos se arreglan con limosnas que provienen de los abogados litigantes y de las partes. Los jueces siguen trabajando con los mismos métodos e implementos de principios de siglo. La técnica es desconocida en los estratos judiciales. No hay ningún tipo de auxiliares idóneos en la administración de justicia. En materia penal, por ejemplo, la Policía Judicial es un organismo absolutamente ineficaz, inepto y obsoleto. En los juzgados colombianos, los jueces mendigan una hoja de papel, una cinta para máquina de escribir o un simple borrador, mientras los legisladores colombianos han andado por el mundo como príncipes o jeques árabes, derrochando los dineros del erario público. La justicia ha sido, entonces, lo que los legisladores han querido que sea.

## VI. EL NUEVO PARTO DE LOS MONTES, O LA DESCONGESTION JUDICIAL.

Son muchos los factores que han impedido que exista una administración de justicia eficaz. Y cualquiera que conozca el problema a fondo y no en forma superficial, sabe que en este ámbito se requieren medidas verdaderamente revolucionarias, y gobernantes que tengan una visión profunda de las deficiencias, decisiones audaces e inversiones económicas cuantiosas.

El país esperaba con ansias una solución de fondo. Y se oían los bramidos de los funcionarios del gobierno y de la casta política anunciando solución al problema de la impunidad. Pero, oh prodigios de la burocracia, cuando el país esperaba soluciones radicales y justas, el monte sí tuvo parto, pero sólo parió un ratoncito. Es el ratoncito de la descongestión y de la desjudicialización, de la Ley 23 de 1991.

Sabíamos que en los anaqueles de todos los juzgados del país había un impresionante número de expedientes, esperando tramitación o decisión. Y sabíamos que la congestión en la administración de justicia tiene una multiplicidad de factores, y que entre éstos sobresalen la falta de jueces idóneos y en número suficiente, la ausencia de procedimientos menos dilatorios, de medios técnicos y de falta de inversiones económicas cuantiosas, indispensables para que la administración de justicia pueda operar. Se esperaba que hubiera justicia, y no que hubiera impunidad oficial.

Pero la flamante Ley 23 de 1.991, en el capítulo noveno, como "disposiciones transitorias", contiene dos artículos que son la manifestación evidente de que el Estado, de una parte, protege a los grandes criminales, y de otra, que no le interesa la administración de justicia, sino asegurar la impunidad total.

El artículo 118 de esta ley, preceptuó: "Las indagaciones o diligencias preliminares en las que después de dos (2) años de iniciadas no se haya logrado determinar o identificar persona o personas imputadas, serán objeto de autoinhibitorio, con fuerza de cosa juzgada".

¿A quiénes beneficia esta norma?. La respuesta es fácil: a los grandes criminales y a los facinerosos organizados para delinquir. Antes de ponerse en vigencia esta funesta norma, sabían el gobierno y el Congreso de la República que en los dos últimos años se habían cometido magnicidios, masacres y crímenes horribles, de los cuales fueron víctimas políticos, magistrados, jueces, miembros de las fuerzas armadas y el mismo pueblo. Han sido crímenes repugnantes. Y todos sabemos que han sido cometidos por criminales avezados, organizados y astutos. Sólo a ellos favorece esta norma, y mientras para los delincuentes pobres, que no tienen la habilidad ni el poder para cometer delitos sin dejarse identificar, la justicia es inclemente, y para ellos no hay término corto de prescripción, para los grandes criminales dispone el bondadoso legislador que transcurridos los dos años no haya más investigaciones penales, que el juez dicte autos inhibitorios y que el manto de la cosa juzgada cubra sus fechorías. No hay duda que un delincuente que asesina en emboscada y que comete sus fechorías sin dejarse identificar resulta más peligroso que el que permite su identificación. Lo lógico hubiera sido que para los últimos se ampliaran los términos de prescripción de la acción penal. No es así y pronto todos esos profesionales del crimen, beneficiados por el funesto artículo 118, quedarán premiados con el trofeo de la impunidad que esta norma consagra. Habría que decir: bienaventurados los grandes malhechores que en la comisión de sus crímenes no se dejaron identificar, porque de ellos es el reino de la impunidad total.

## VII. LA ALHARACA DE LA DESJUDICIALIZACION

Otra "solución" que introdujo la Ley 23 de 1.991, consiste en quitarle el carácter de hechos punibles a una serie de comportamientos antijurídicos, para darles la naturaleza de contravenciones de policía. Algunas de estas normas lindan con la insensatez. Quién puede explicar, por ejemplo, por qué si un individuo se apropia de bienes muebles en cuantía que no exceda de diez salarios mínimos legales mensuales, comete una simple contravención, y, en cambio, si lo que se apropia es de valor de diez salarios mínimos legales más un peso, ya no se trata de una contravención sino de un delito?

El país desconoce quiénes son los autores del proyecto de Ley 23 de 1.991. Creo que existiría un interés público en conocerlos. Parece que fue un proyecto que el gobierno presentó a consideración del Congreso, y que éste, mansamente, aprobó. Lo que sí constituye es prueba contundente de que los políticos no están interesados en solucionar el problema de la administración de justicia y demuestra cómo a través de una serie de actuaciones improvisadas, el Estado está tolerando y patrocinando la total impunidad. No hay duda de que la Ley 23 de 1.991 pasará a la historia como la ley de la impunidad. Como había expedientes en los anaqueles de los juzgados, la brillantísima idea fue la de trasladar esos expedientes a oficinas administrativas, tal vez para dar la sensación entre los cándidos de que había una reforma a la administración de justicia. El país sabe que el problema no es de desjudicialización, ni mucho menos de esta pequeña e intrascendente reforma que consistió en pasar expedientes de una oficina a otra, con pérdida de tiempo para los jueces y con garantía de impunidad absoluta para los autores de hechos punibles.

## VIII. ¿QUE HAY DETRAS DE LA DESJUDICIALIZACION?

El artículo 1º de la Ley 23 de 1.991 viola todos los principios que establecen las diferencias entre delitos y contravenciones. Pero aceptando que los comportamientos que este artículo enumera, puedan ser convertidos por arte de juegos de cubilete, en simples contravenciones de policía, lo importante es saber si esas contravenciones van a ser o no sancionadas. Y la respuesta, nos parece, es esta: si no pudieron sancionarse como delitos, menos lo serán como contravenciones. Se puede afirmar esto, en primer lugar, porque no hay los funcionarios administrativos suficientes para investigar y sancionar, y en segundo lugar, porque esos funcionarios no están capacitados para cumplir sus funciones. En el fondo lo que existe es un zarpazo de los políticos a la administración de justicia, en virtud del cual crecerá la inepta burocracia administrativa, y se permitirá a los políticos nombrar más fichas incondicionales en los puestos públicos. En efecto:

1. La justicia administrada por inspectores de policía es de muy baja calidad. Basta saber que las inspecciones de policía están ocupadas por estudiantes de derecho o por abogados recién egresados, que no tienen ninguna teoría ni práctica jurídica. Y todos los abogados en ejercicio sabemos que los ciudadanos que tienen la desgracia de acudir a esas inspecciones de policía son los conejos de laboratorio de simples aprendices de brujería jurídica.

2. Los inspectores de policía son funcionarios nombrados por recomendaciones políticas. Esto es un hecho notorio. Y esta circunstancia les quita toda independencia para decidir. Los inspectores de policía han sido siempre, en Colombia, fichas políticas de partidos y de grupos políticos. Y esta circunstancia en manera alguna va a garantizar a los ciudadanos una decisión independiente.
3. Los inspectores de policía no tienen ninguna permanencia en el cargo. La experiencia demuestra que en las inspecciones de policía se nombre o a estudiantes de derecho que aún no han terminado sus estudios o aquellos que ya terminaron los estudios de la carrera, y necesitan cumplir con el requisito de la judicatura. Vencido el año, el inspector de policía es automáticamente sustituido por otro que permanecerá un año, y así sucesivamente. Consecuencia de esta inestabilidad es la de la ineficiencia y la superficialidad del funcionario en la ejecución de sus funciones.
4. Los inspectores de policía no están sometidos a un control jurídico, sino a un control político. En efecto, los que en la jerarquía administrativa cumplen funciones de segunda instancia, son generalmente funcionarios sin ninguna experiencia, políticos noveles, y que, como los mismos inspectores de policía, son nombrados merced al tráfico de influencias y palancas, que es el denominador común en la administración pública.

## IX. JUSTICIA BAGATELARIA

El artículo 119 de la Ley 23 de 1.991, dispuso lo siguiente: "Los procesos penales iniciados hace tres o más años que no hayan sido calificados al tiempo en que entre a regir esta ley, lo serán de inmediato si la investigación ha sido cerrada, y si no procederá a la clausura investigativa y la subsiguiente calificación, en el estado en que se encuentran las diligencias".

Los expedientes que permanecen en los anaqueles de los juzgados generalmente están allí porque la investigación penal no se ha perfeccionado. Es decir, o bien no se han esclarecido los hechos como para disponer sobreseimiento definitivo, o bien no se han allegado pruebas suficientes para formular la pretensión punitiva contra el sindicado. Entre esos procesos, existen varios millares de investigaciones sobre hechos punibles excepcional gravedad. Por ejemplo, es el caso de homicidios, en los cuales se ha identificado al autor o a los autores del hecho punible, pero no se ha logrado su captura. También estos delincuentes se verán favorecidos con el estatuto de la impunidad, pues disponer caprichosamente que una investigación penal se cierre y se califique, sin agotar las posibilidades que existen de esclarecer plenamente los hechos, es contribuir en forma directa al aumento de la impunidad.

Indica esa medida que a los políticos sólo les interesa una justicia bagatelaria, como lo llaman los italianos, es decir, una justicia de poco valor, en la cual la investigación de la verdad real no interesa.



## X. CONCLUSIONES

Podemos deducir, de la simple lectura de la Ley 23 de 1.991, las siguientes conclusiones:

1. La desjudicialización es una medida caprichosa del legislador, que sólo aumenta la impunidad.
2. La descongestión de despachos judiciales es una medida que no está encaminada a corregir la ineficacia de la administración de justicia, sino simplemente a trasladar unos expedientes de unos despachos judiciales a unos despachos administrativos. No se adquiere administrar justicia, sino que los anaqueles de los juzgados no tengan expedientes, para dar la falsa idea de que la justicia llega.
3. Ni el gobierno ni el Congreso de la República están interesados en solucionar los grandes problemas que aquejan a la administración de justicia. Sólo se toman medidas inocuas.
4. La disposición contenida en el artículo 118 de la Ley 23 de 1.991 es un premio que el Estado otorga a los grandes criminales, por su capacidad para cometer hechos punibles sin dejarse identificar, y establece una desigualdad jurídica en la lucha contra la delincuencia, pues permite tratar a quienes son menos hábiles o tienen menos astucia para cometer crímenes, con mayor drasticidad, mientras que a los más astutos y peligrosos los exonera de responsabilidad.
5. La disposición que ordena calificar los procesos penales en cualquier estado en que se encuentren, conduce a una farsa de justicia, por cuanto no se tienen en cuenta el criterio de establecer la verdad real, ya sea para sobreseer o absolver a los sindicados inocentes, o para condenar a los culpables. Sólo conduce a la descongestión de despachos judiciales, sin interesar el aspecto sustancial de la función jurisdiccional, que es el de hacer efectivos los derechos que tutelan las normas sustanciales.

GERMAN GAMEZ CARDENAS

## ETICA, ESTETICA Y, PRESENCIA DEL JURISPERITO

(para estudiantes de derecho..... que lo somos todos)

Dr. AVELINO CALDERON RANGEL

### INTRODUCCION

En 26 capítulos que se publicarán por entregas, y que recogen la experiencia, las observaciones y los íntimos pensamientos de un convencido de las bondades de la profesión del derecho, se irán anotando: con la colaboración de la Escuela de Jurisprudencia de la UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA, un tratamiento de rigor y algunas pinceladas de honor, sobre lo que ha de ser la edificación y dignificación de los conocedores de la ley en un país que, se precia a muchos años de un recio espíritu de respeto normativo; pero, donde no se oculta que en los últimos tiempos ha sobrevenido un notable descenso del status, la prestancia y la importancia de los Abogados, máxime en instantes en que se propende por divorciar sin ton ni son la judicatura y el magisterio en el campo de la jurisprudencia.

Casi pudiera decirse que la carrera se vulgariza y devalúa con el devenir de los días y, que ya no es insólita la chicana, la habilidad proclive y aún el atropello entre colegas, pareciéndonos por tanto que la primera y principal labor en orden a enderezar las cosas... para evitar que esa herrumbe anonade a los sacerdotes de temis, debe iniciarse mediante el forjamiento entre estudiantes de una clara conciencia del rol que le corresponde a los juristas: es decir, tratando de inculcar algunas directrices -que estimamos sanas- desde los claustros en que se logran desde ya, los asesores jurídicos del siglo XXI.

La proletarianización actual del estudioso del derecho bordea el lindero de la crisis; y en ello incide como factor preponderante la falta de coraje, de colegas pasados, presentes y futuros, para actuar como dueños de un arte. A fé que no es el número sino la calidad del producto lo que hace falta: y, esto mismo ha de ser todo cuanto ha de permitirnos retomar campos de dirección y de manejo que le han sido al área arrebatados. Que se vuelva al día en que al abogado bueno, como a cualquier artículo, se lo buscaba y localizaba aún en medio de tantos otros que pudieran existir!. Que se retorne al criterio de que al togado se le reclamaba y recomendaba entre las gentes, por bueno y eficaz; y no por las triquiñuelas y éxitos de habilidad o de corto vuelo en defensas de causas evidentemente "non-sanctas" al oio social.

No sobra enfatizar en que la actividad del derecho tanto para el profesional como para el estudiante en leyes, significa la colocación en sus manos de una inmejorable herramienta de liderazgo, de *modus vivendi*, de investigación y de desarrollo, con la que ha de buscar la paz y el sosiego comunitario en el justo medio del orden y el recto proceder. Por ello, tal vez pueda pasar inadvertida la defensa de 100 justos; pero no la impunidad de un solo antisocial!. Eduquemos al niño... reza algún moderno concepto educacional que, huelga comentar!.

## X. CONCLUSIONES

Podemos deducir, de la simple lectura de la Ley 23 de 1.991, las siguientes conclusiones:

1. La desjudicialización es una medida caprichosa del legislador, que sólo aumenta la impunidad.
2. La descongestión de despachos judiciales es una medida que no está encaminada a corregir la ineficacia de la administración de justicia, sino simplemente a trasladar unos expedientes de unos despachos judiciales a unos despachos administrativos. No se adquiere administrar justicia, sino que los anaqueles de los juzgados no tengan expedientes, para dar la falsa idea de que la justicia llega.
3. Ni el gobierno ni el Congreso de la República están interesados en solucionar los grandes problemas que aquejan a la administración de justicia. Sólo se toman medidas inocuas.
4. La disposición contenida en el artículo 118 de la Ley 23 de 1.991 es un premio que el Estado otorga a los grandes criminales, por su capacidad para cometer hechos punibles sin dejarse identificar, y establece una desigualdad jurídica en la lucha contra la delincuencia, pues permite tratar a quienes son menos hábiles o tienen menos astucia para cometer crímenes, con mayor drasticidad, mientras que a los más astutos y peligrosos los exonera de responsabilidad.
5. La disposición que ordena calificar los procesos penales en cualquier estado en que se encuentren, conduce a una farsa de justicia, por cuanto no se tienen en cuenta el criterio de establecer la verdad real, ya sea para sobreeser o absolver a los sindicados inocentes, o para condenar a los culpables. Sólo conduce a la descongestión de despachos judiciales, sin interesar el aspecto sustancial de la función jurisdiccional, que es el de hacer efectivos los derechos que tutelan las normas sustanciales.

GERMAN GAMEZ CARDENAS

## ETICA, ESTETICA Y, PRESENCIA DEL JURISPERITO

(para estudiantes de derecho..... que lo somos todos)

Dr. AVELINO CALDERON RANGEL

### INTRODUCCION

En 26 capítulos que se publicarán por entregas, y que recogen la experiencia, las observaciones y los íntimos pensamientos de un convencido de las bondades de la profesión del derecho, se irán anotando: con la colaboración de la Escuela de Jurisprudencia de la UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA, un tratamiento de rigor y algunas pinceladas de honor, sobre lo que ha de ser la edificación y dignificación de los conocedores de la ley en un país que, se precia a muchos años de un recio espíritu de respeto normativo; pero, donde no se oculta que en los últimos tiempos ha sobrevenido un notable descenso del status, la prestancia y la importancia de los Abogados, máxime en instantes en que se propende por divorciar sin ton ni son la judicatura y el magisterio en el campo de la jurisprudencia.

Casi pudiera decirse que la carrera se vulgariza y devalúa con el devenir de los días y, que ya no es insólita la chicana, la habilidad proclive y aún el atropello entre colegas, pareciéndonos por tanto que la primera y principal labor en orden a enderezar las cosas... para evitar que esa herrumbe anonañe a los sacerdotes de temis, debe iniciarse mediante el forjamiento entre estudiantes de una clara conciencia del rol que le corresponde a los juristas: es decir, tratando de inculcar algunas directrices -que estimamos sanas- desde los claustros en que se logran desde ya, los asesores jurídicos del siglo XXI.

La proletarianización actual del estudioso del derecho bordea el lindero de la crisis; y en ello incide como factor preponderante la falta de coraje, de colegas pasados, presentes y futuros, para actuar como dueños de un arte. A fé que no es el número sino la calidad del producto lo que hace falta: y, esto mismo ha de ser todo cuanto ha de permitirnos retomar campos de dirección y de manejo que le han sido al área arrebatados. Que se vuelva al día en que al abogado bueno, como a cualquier artículo, se lo buscaba y localizaba aún en medio de tantos otros que pudieran existir!. Que se retorne al criterio de que al togado se le reclamaba y recomendaba entre las gentes, por bueno y eficaz; y no por las triquiñuelas y éxitos de habilidad o de corto vuelo en defensas de causas evidentemente "non-sanctas" al oio social.

No sobra enfatizar en que la actividad del derecho tanto para el profesional como para el estudiante en leyes, significa la colocación en sus manos de una inmejorable herramienta de liderazgo, de *modus vivendi*, de investigación y de desarrollo, con la que ha de buscar la paz y el sosiego comunitario en el justo medio del orden y el recto proceder. Por ello, tal vez pueda pasar inadvertida la defensa de 100 justos; pero no la impunidad de un solo antisocial!. Eduquemos al niño... reza algún moderno concepto educacional que, huelga comentar!.

Soy consciente de que los temas a exponer provocarán notables pensamientos en contra, los que quizá en su mayoría no sean compartidos: y aún, fuertemente combatidos. En horabuena que sobre estos particulares, exista la dinámica (dialéctica) que brota de las ideas contrarias!

## DEL BUFETE DEL ABOGADO

Cualquiera que pretenda dedicarse al buen uso de la profesión del derecho, ha de pensar -como primerísima cosa obvia- en que ha cumplir ese apostolado con decoro y respetabilidad: caracteres éstos que: aunque no parezca cierto, provienen de elaborarse el letrado un lugar o "puesto de dignidad" en el entorno social; que se traduce o alcanza con una sede: la oficina, y que se complementa con natural facilidad en un porte o en una presencia: el hábito y el talante.

Aunque del aspecto externo se tratará en capítulo aparte, séanos permitido de umbral asegurar que no es lo mismo (a pesar de los anatemas y del disgusto que en esta concepción puedan tener espíritus puros), ser abogado de ruana y de alpargatas (en cuya cabeza puedan fluir acaso las más brillantes tesis), que... conducirse entre las gentes con perfilado vestir... , por más que estos ropajes sean muy colombianísimos y en extremo populares!. ¿Quién no prefiere al licenciado que se presenta en los estrados y en la calle, no con trajinados trajes de paisano ni con los aguerridos "tennis" y "blue-jeans", frente ese otro de porte y de compostura condigna que, con sus galas denota prestancia aún en "materiales" planos?. Es bien sabido del común -y con mayor razón de publicistas- que, en el subfondo y en estos tópicos se trata siempre de ofrecer un producto... y en éste, como en tantos casos, gana en ventas aquel que bien anuncia.

Bueno. Hemos querido decir que la presencia y la prestancia -afortunada o desafortunadamente-, no son apenas cosa de intelecto. Tenemos la seguridad de que quienes aspiran a ser exitosos Abogados, han de partir de la realidad de que al lado de sus dotes de inteligencia, tienen que poner y gastar una buena y aceptable dosis de presencia corpo-material. En Colombia -y ello hay que reconocerlo- ese don (casí que llenador), ha logrado abrirse paso y se ha convertido, tanto en verdad, como en necesidad!. Si un ejecutivo, por ejemplo, arriba en humilde bus a su Despacho; y las gentes furtivamente se percatan de esa situación, de inmediato se oirán rumores (de insidiosa voz), que lo catalogarán de "pobrecito", de persona a la que "no le va bien", de minusválido intelectual, etc... etc. Pero, si el vulgo aprecia las movilizaciones de aquel en lujoso carruaje, a no dudarle que muy pronto se oirá decir: ola, que bien!, que buen profesional tiene que ser!. Ello, no es puramente cierto... pero es lo real!

Ah!... las apariencias!. Ellas nos hacen recordar el caso de un médico venido a esta localidad desde lejana Universidad, quien, recién llegado y no bien iniciado en su ejercicio hace algunos años, tenía por costumbre desplazarse cotidianamente "en buseta" desde el lugar en que pernoctaba, hasta su central consultorio. Por aquel tiempo atendía con buen éxito a una paciente, a quien un buen día "encontró" en medio del atestado vehículo público de esta historia. Pues bien. Narraba este amigo

que la dama de que se habla, de inmediato -entre extrañada y estupefacta- le dijo: cómo doctor, acaso usted viaja en buseta?. El médico reconoció que sí, que no tenía otras posibilidades; y que ese era y había sido, su standard de vida. Pues ocurrió -como se supone- que la señora no volvió al consultorio del médico, porque pensó para sí: (lo conjeturamos hoy e imaginó), que por "esa presencia" aquel galeno era inidóneo, que ni siquiera la profesión le había dado hasta ese entonces posibilidades económicas para adquirir un automotor propio, y que en ese hecho observado se encontraba el poder de su esencia!

Esa es la idea: y no pensemos en el deber ser. Las gentes valoran no pocas veces, en esos absurdos términos y planos. Por más que se quiera que la balanza de las mediciones no se acoja a tal patrón, sea esa la gran realidad popular de catalogación que, no se puede ocultar; y, que nos parece no debe despreciarse en la mente los estudiantes de la carrera, para moldear -sin atropellos y con tiempo- su plan de vida futuro.

Se puede ser una eminencia, pero se ha de cuidar la apariencia ante el vulgo, porque nuestro común vive pendiente de su ascendiente... y ese es, el abogado, el gobernante, el rector, el juez... en fin, la persona que ostenta (no por patrimonio pero sí por presencia), un grado en el escalafón mental y social que en la nación ha escalado!

Pero, por el flanco acometido nos importa sobremanera un aspecto álgido: el de la necesidad de tener o de contar con un bufete u oficina en la que se atienda a quien busca el fugaz consejo o, la asesoría permanente del perito en leyes. No se me escapa que hay abogados que se destacan en las mesas de los cafés, que incluso no tienen ni necesitan de códigos, ni cuentan con rara o abundante biblioteca; y que con muy buen viento se defienden en tan difícil terreno. También hay otros -se han visto- que ya no cuentan más distinciones y especializaciones por falta de espacio, al punto de que se podría decir que les hizo falta muro para colocar sus cartones, para pegar tantos postgrados. Con todo, ni lo uno es bueno ni lo otro es malo, pues que por muy especial que sea el Abogado, si no cuenta con bufete, es indiscutible que las gentes lo ponderan con desconcierto y desconfianza, y a fé que creemos que en ello tienen sobrada razón.

Mire usted que el Abogado debe tener un lugar o sitio fijo en donde pueda despachar, pues aún desde los ángulos legales cuando presenta sus demandas le ha menester que señale el lugar en que como vocero de alguien, recibe notificaciones. Al tenor de la norma hay obligación de indicar la dirección de la oficina o del bufete, como cuestión que deviene de la tradición nacional, del mentado imperio de la ley, y de una obligación social que ha sido constante mérito de la profesión.

Al conglomerado en que se vive no les pasa la idea de que los abogados no tengan una sede a donde se les pueda localizar para el reclamo por la gestión, para indagar por el pleito, ora para cubrir honorarios, etc. Que tal que los abogados fueran personajes transhumantes, de aquellos a los cuales algún día se les da poder y en

otro, simplemente desaparecen!. No. El profesional del derecho debe ser persona que pegue, que haga la plaza; por ello es tan difícil que el "primerizo" puede competir en algunas ciudades con letrados de vieja data, de rancio saber y por supuesto, de honda trayectoria. Estos últimos... por regla general, son doctos a los cuales todo vecino está viendo y consultando desde mucho lapso antecedente, es persona a la que conocen como hombre bueno o malo en lo suyo; y, así se lo distingue, pero siempre con relación a un ámbito que no por extenso o pequeño deja de ser importante logro y patrimonio.

En fin, tal como brevemente se ha consignado en estas letras, nos parece en últimas que ha de moldearse al Abogado como el artista... con profesión definida pero, con permanente afán de cuidarla y aquilatarla. En esa tarea como se ha dicho, habría que empezar por suplir las necesidades de imagen que da el hábito y, adecuar un sitio para instalar un bufete decente... sin ramplonerías, sin demasiada sofisticación, pero tampoco con pobreza que mueva a compasión. Este primer paso es duro y trae no pocos sinsabores. Quién no, durante los seis primeros meses de ejercicio ha padecido el pago del arriendo y de otros gastos de la oficina, por sus padres...?. Así tendrá que ser -si se tiene esa fortuna!- para quien busque hacerse a tajo limpio y brega fuerte. En los primeros tiempos los clientes son escasos: si acaso llega alguno... y extraviado...; y eso, estando con suerte..., pero no hay que desalentarse!. No se puede perder la esperanza de autoforjarse; porque serfa tanto como creer en el pesimismo del Labrador. Claro que toda cosecha no viene de entrada buena, y la que acaso llegue... tendrá que cogerse a lotes e ir madurando! A buen seguro que se habrá de empezar por las defensas de oficio!. Serán situaciones de vitrina!. Hay que darse a conocer, para luego "recoger" los anhelados frutos... todo es cuestión de tiempo!.

Hay en lo reportado pues, razones de decoro, de necesidad y de seguridad..., tanto para el letrado como para sus clientes!.