

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

12

DOCTRINA

El ejercicio legítimo de un derecho.

Luis E. Romero Soto

Sobre la dogmática penal y la criminología.

Enrique Bacigalupo.

El loco y la justicia.

Jaime Gaviria T. y Pedro Guerrero G.

La preterintención en el nuevo Código Penal.

Antonio Vicente Arenas.

CARTAS AL DIRECTOR

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad del acto legislativo número 1 de 1979. Providencia de 3 de noviembre de 1981.

Fernando Uribe Restrepo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cambio de radicación de procesos. Consecuencias de la información periodística en estos eventos. Auto de 21 de mayo de 1981.

Pedro Elías Serrano Abadía.

CO/XIV
F/Z

2345

OCTUBRE

• NOVIEMBRE

• DICIEMBRE

1982

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1982

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

© Nódier Agudelo Betancur, 1982.
© Editorial Temis S.C.A., 1982.
Calle 13, núm. 6-53.

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

El ejercicio legítimo de un derecho. Doctor Luis E. Romero Soto	381
Sobre la dogmática penal y la criminología. Profesor Enrique Bacigalupo	396
El loco y la justicia. Doctores Jaime Gaviria T. y Pedro Guerrero González	411
La preterintención en el nuevo Código Penal. Doctor Antonio Vicente Arenas	433

CARTAS AL DIRECTOR	439
---------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Inexequibilidad del acto legislativo número 1 de 1979. Providencia de 3 de noviembre de 1981. Ponente: doctor Fernando Uribe Restrepo	442
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cambio de radicación de procesos. Consecuencias de la información periodística en estos eventos. Auto de 21 de mayo de 1981. Ponente: doctor Pedro Elías Serrano Abadía. 473	
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS (números 9 al 12)	475

DOCTRINA

EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Doctor: LUIS E. ROMERO SOTO
Magistrado de la Honorable Corte Suprema de Justicia

1. LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

Las distintas ramas del derecho constituyen un conjunto armónico, conforme al cual, como las partes de un todo, se integran dentro de una unidad.

El derecho, puede decirse, es uno solo dividido en distintas manifestaciones. Entre ellas no puede haber oposición porque, como dice ROCCO, "en esta grande unidad que llamamos derecho, un desacuerdo interior no es concebible. El ordenamiento jurídico no puede consentir la guerra entre las normas individuales que lo constituyen en modo tal que la una prohíba lo que la otra ordena, o condene lo que otra consienta"¹.

Llevado este principio al campo del derecho penal se tiene que no es posible no solamente que en el seno del mismo se presenten contradicciones de esta naturaleza, sino que un comportamiento pueda ser lícito a la luz de otra rama del derecho e ilícito para el derecho penal, o a la inversa.

Esta unidad del derecho se basa en la del Estado, ya que este es uno solo, con una sola voluntad, la cual no puede expresarse en manifestaciones contradictorias, como sería la de permitir y prohibir algo al mismo tiempo.

"Así —ha dicho NELSON HUNGRÍA—, si una norma penal incrimina tal o cual hecho que, entre tanto y en determinados casos, otra norma jurídica, penal o extrapenal, permite o impone, no ha de reconocerse existencia de delito. Esta dilación es incuestionable, aun cuando la norma que establece la licitud sea de derecho privado. Este también entra, como elemento sinérgico, en el orden social. Ningún derecho subjetivo individual, así sea de carácter privatístico, puede gravitar fuera de la órbita del interés social. Si el derecho civil, por ejemplo, al disciplinar esta o aquella *facultas agendi*, autoriza, para asegurarle pleno ejercicio, la ejecución de un hecho que, en otras condiciones, constituiría delito, se debe entender que así lo dispone, no simplemente por amor al derecho individual en sí, sino también por interés al orden jurídico general. Tal disposición no deja, por lo tanto, de repercutir sobre el derecho penal"².

¹ Rocco, *L'oggetto del reato*, pág. 527.

² NELSON HUNGRÍA, *Comentarios*, vol. I, t. II, pág. 308.

Teniendo esto en cuenta se ha dicho desde antiguo que quien ejerce un derecho no puede lesionar derecho ajeno, pensamiento expresado en la máxima *qui jure suo utitur, neminem ledet*, o sea que no puede haber colisión de intereses jurídicos en forma que uno de ellos se diga perjudicado por el ejercicio de otro.

2. EL EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

Con base en el postulado sobre la unidad del derecho, se ha negado por algunos que el ejercicio de un derecho sea propiamente una causal de justificación.

Se ha llegado, entonces, a considerar que la inclusión del ejercicio de un derecho entre las causales de justificación es inútil y que si la menciona entre ellas es solo *ad abundantiam*.

Pero también se ha sostenido por muchos que es una verdadera causal de justificación ya que en los casos en que se la aplica, si bien no puede hablarse de que un hecho sea permitido y prohibido al mismo tiempo, sí es dable afirmar la existencia de dos o más intereses en conflicto, esto es, de un enfrentamiento de derechos entre los cuales uno de ellos, el más valioso, debe predominar. Se trata entonces de determinar cuál es el que tiene mayor valor.

Puede decirse que a medida que los autores ahondan en las muchas cuestiones que esta causal de justificación suscita, desaparecen de los textos doctrinales los calificativos de "inutilidad", y "superfluidad" que se han usado a propósito de ella y han empezado los códigos penales modernos a incluirla en el elenco de las circunstancias que hacen desaparecer la ilicitud de los hechos aparentemente punibles.

Es así como de la omisión de citarla, como ocurre en el Código Penal alemán, cuyos comentaristas se ocupan, sin embargo, de ella, se pasó a considerarla en la parte especial, como hace el Código Penal francés (art. 327), y de allí a consignarla en la parte general, aunque sin fijar sus características y límites, sistema del Código Penal belga (art. 70), hasta culminar en su consagración reglamentada y precisa, como en el actual Código Penal italiano.

Además, puede anotarse que en un principio se la confundía con la ejecución de la ley, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de cargos.

Así sucede en el Código Penal colombiano de 1936 (art. 25, numeral 1°), que en esto se guió por el italiano de 1899, llamado de ZANARDELLI, que en su art. 49, ordinal primero, consagraba, como el nuestro, la disposición de la ley junto a la orden obligatoria de autoridad competente.

En la primera ubicaron los comentaristas de ese Código el ejercicio del derecho.

Solo en el Código de ROCCO (1930) adquirió autonomía esta causal al ser consagrada expresamente por el art. 51, al lado del cumplimiento de un deber y de la orden legítima de autoridad competente.

En nuestros ordenamientos penales se tiene que el de 1890 no mencionó esta causal de justificación, ni ninguna otra en la parte general, si bien en el ordi-

nal 6° del art. 591 consideraba absolutamente inculpables a los que cometían homicidio en el acto de aprehender, por orden de autoridad competente, a los reos de asesinato, envenenamiento, homicidio e incendio que opusieran resistencia o se fugaran, y en el 5° el dar muerte, previa orden de autoridad competente, a los que se fugaran estando bajo custodia.

En el Código de 1936, como ya se dijo, se configuró, tan solo, la disposición de la ley. Pero como esta, a la par que obligaciones, consagra derechos, puede verse allí esta causal de justificación.

Empero, el de 1980 ya hace una mención expresa de ella, sumándose así a la corriente moderna que la considera como una causal de justificación perfectamente independiente y autónoma y no una simple aplicación de los principios generales del derecho.

Y es que no cabe duda de que el ejercicio justificado de un derecho, es, como atrás se expresó, una causal autónoma de justificación.

Existe, es verdad, la tendencia a confundirla con otras como la legítima defensa, el consentimiento del derechohabiente, el cumplimiento de un deber, el uso legítimo de armas y el estado de necesidad.

Pero, como se verá brevemente a continuación, difiere de esas causales de justificación y tiene una entidad propia que no permite confundirla con ella y, como consecuencia, le confiere un lugar aparte en el elenco de las circunstancias que excluyen la antijuridicidad del hecho.

Así se tiene que de la legítima defensa se diferencia en que esta requiere, para su existencia, que se presente una necesidad, es decir, una situación que haga indispensable la tutela, lo que no ocurre con el ejercicio de un derecho, pues el titular puede o no ejercerlo, haya o no una situación exterior que lo requiera. Si factores objetivos amenazan un derecho su titular puede renunciar a protegerlo. Al contrario: puede ejercerlo aunque ninguna situación externa lo impulse a ello.

Además, como ya se dijo, la legítima defensa, como otras causales de justificación, no constituyen propiamente derechos, en la acepción plena de ese vocablo, sino simples autorizaciones para obrar.

Tampoco puede confundirse con el consentimiento del ofendido, porque esta causal es limitada ya que hay derechos de carácter social que no pueden ser renunciados por sus titulares, como el de la vida.

Además, el consentimiento supone permiso para ejecutar un acto ilícito. No así el ejercicio del derecho, que es una situación mediante la cual se ejecuta una conducta no solo permitida sino tutelada por la ley.

Finalmente, el consentimiento demuestra falta de interés en la protección del propio derecho. El ejercicio del derecho pone, por el contrario, de presente el interés del titular en hacerlo valer.

En cuanto al cumplimiento de un deber, difiere del ejercicio de un derecho en el carácter compulsivo de aquel pues no se puede dejar de obrar, lo que sí es posible en relación con el segundo. Es esta la consecuencia lógica de la diversidad y contraposición entre las nociones de deber y derecho.

En relación con el uso legítimo de armas, si bien envuelve una facultad, tampoco se confunde con el ejercicio de un derecho. Aquel supone más que todo el cumplimiento de un deber, pues solo se exige de responsabilidad a quien las emplea conforme a una ley o a una orden de autoridad competente. Nunca como un acto espontáneo sin relación con una situación externa de necesidad.

Y, finalmente, no es dable confundirlo con el estado de necesidad, el cual, como en el caso anterior, está ligado a situaciones externas que hacen perentoria la tutela de un derecho a costa del derecho ajeno.

En síntesis, en el ejercicio legítimo de un derecho hay una situación en que, por una parte, existe un interés jurídicamente tutelado y, por la otra, bien sea frente a una persona determinada o a la colectividad, la obligación de respetarlo y observar una conducta, comisiva u omisiva, que haga posible dicho ejercicio. En cambio, en las otras causales de justificación hay una conducta punible que la ley permite ejecutar en determinadas circunstancias. Es decir, no se trata de un derecho sino de una situación permisiva³ o autorización para obrar⁴.

3. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

Tres son los requisitos exigidos para que se configure esta causal de justificación: a) la existencia de un derecho, b) la titularidad por parte del agente, y c) el ejercicio propiamente dicho del mismo.

a) *Existencia del derecho.* Para que se pueda dar la causal de justificación que se viene examinando es indispensable que no se trate de un genérico derecho de libertad, es decir, de cualquier acción que no sea considerada como ilícita por el orden jurídico extra-penal.

Se necesita un verdadero derecho subjetivo, a saber, una facultad tutelada expresamente por el derecho y que otorgue a su titular la potestad de obligar a los demás a acatar su ejercicio.

No debe tratarse de un derecho condicionado suspensivamente, esto es, en que la facultad que acaba de mencionarse penda de una causa o circunstancia para comenzar a existir. Ni tampoco de una condición resolutive en que solo se puede ejercer la potestad hasta tanto no se haya verificado un acaecimiento que pone fin a esa posibilidad.

Por otra parte, debe ser un verdadero derecho, no una simple situación jurídica como la denomina algún autor⁵ que "se distingue del derecho porque contiene solamente un elemento, a saber, una autorización que con el concurso de circunstancias sucesivas puede conducir a un determinado efecto jurídico, pero que, mientras ellas no se verifican, carece de efecto".

En cuanto se trate de un verdadero derecho, su fuente puede ser la Constitución, la ley, una decisión jurisdiccional, un acto administrativo y, según algunos autores, hasta un negocio jurídico y la misma costumbre.

³ GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessita*, pág. 357.

⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 241.

⁵ G. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, pág. 788.

No hay duda de que la Constitución política consagra derechos que tienen en la práctica titulares concretos. Tal es, por ejemplo, el de petición de que trata el art. 45 de la Carta y que puede ser ejercido por cualquier persona, incluyendo a los funcionarios públicos.

Significa esto que cuando dichos funcionarios lo ejercen en asuntos administrativos, no se puede decir que cometan el delito de que trata el art. 179 del Código Penal.

Se discute si también la ley penal puede servir de fuente a un derecho. Para algunos autores, esto no es posible por cuanto una situación de conflicto entre dos preceptos penales, se resuelve mediante las reglas referentes al concurso aparente de normas⁶.

En cambio, puede nacer de una norma de derecho procesal penal, por ejemplo, cuando una de las partes (litigantes, apoderados o defensores) profiere injurias en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales, y no dados por sus autores a la publicidad, caso en el cual no comete el delito de injuria (C. P., art. 340).

Otros autores sostienen que la ley penal también puede servir de fuente de derechos subjetivos. Entre estos están CAVALLO⁷, FROSALI⁸, y MORO⁹.

No hay duda de que los actos administrativos y las decisiones judiciales son fuentes de derechos. Los primeros creando intereses amparados por la ley, los segundos declarando su existencia.

Otro tanto ocurre con los negocios jurídicos lícitos ya que bien puede un convenio que se ajusta en su causa y su forma a los preceptos legales, dar origen a derechos.

Se ha discutido si la costumbre también puede ser fuente de derechos. Muchos autores lo niegan, sobre todo si es *contra legem*.

Empero, si se trata de costumbres que no vulneran ninguna ley ni son contrarias a la moral imperante, puede decirse que, a falta de un texto legal que ve de su aplicación, valen para llenar los vacíos de la legislación.

Con todo, es necesario que, a más de no ser inmorales, tengan suficiente entidad para singularizarse. Es decir, que no se trate de situaciones vagas, difusas, sino de modos de ser precisos. Además se requiere que tengan suficiente duración para poder decir que la tradición ha aceptado esas formas de comportamiento.

BETTIOL insiste en que debe tratarse de una verdadera costumbre y no de un uso social, y califica de "criticable uso social que debe sancionarse penalmente" el de las encerradas a los viudos recién casados¹⁰.

Por su parte LEONE también considera simple costumbre el exhibir las mujeres en las playas desnudeces desvergonzadas¹¹.

⁶ MAURO LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, págs. 26 y 27.

⁷ *Diritto penale*, vol. I, pág. 614.

⁸ *Sistema*, vol. II, pág. 236.

⁹ *L'antigiuridicità*, pág. 146.

¹⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 247.

¹¹ M. LEONE, *op. cit.*, pág. 36.

Examinando otro aspecto de la cuestión se tiene que si bien se discute que las normas penales no generan derechos, no se remite a duda que sirven de límite a los originados en otras ramas del derecho. Así, las civiles crean el de propiedad pero las penales dicen cómo no debe ejercerse. Por ejemplo: sancionando en ciertos casos (como se verá más adelante) el uso de *offendicula*. Las normas civiles crean obligaciones. Las penales impiden que se hagan efectivas por medio de violencia. Las civiles crean el *jus corrigendi*. Las penales sancionan su abuso, etc.

Puede ocurrir, a la inversa, que la norma penal castigue genéricamente un determinado comportamiento. Pero la civil lo permita en casos específicos. V. gr., la penal sanciona la invasión del fundo ajeno. La civil lo permite cuando se persigue al animal propio que ha penetrado en la propiedad de otra persona (C. C., art. 696). La norma penal que prohíbe apropiarse de los objetos o del dinero ajeno, establece una excepción en el derecho de retención.

Respecto al derecho que se ejerce puede presentarse el fenómeno del error, bien sea en abstracto, bien concretamente sobre las condiciones que legitiman ese ejercicio.

En relación con el primer aspecto se tiene que cuando se cree tener un derecho y este, en realidad, no existe, la conducta es inculpada, es decir, no excusada.

Por lo que hace al segundo, la no existencia de las condiciones concretas o de hecho que permiten el ejercicio del derecho no le quitan a la conducta su carácter de justificada.

b) *Titularidad del derecho*. Otro de los requisitos esenciales para que el ejercicio de un derecho sea legítimo es que se halle en cabeza de una persona determinada y sea esta quien lo ejerza.

No puede, por consiguiente, ejercerse por una colectividad, a menos que pueda concretarse en una persona. Así, no se justifica como ejercicio de un derecho, por más que la Constitución establezca el derecho al trabajo (art. 39), que una persona penetre violentamente en una fábrica para laborar.

Por otra parte, no solo importa que el derecho se ejerza por su titular sino que debe serlo frente al obligado correspondiente y no en relación con otra persona.

A menos que se trate de un derecho absoluto, como el de propiedad, caso en el cual puede ejercerse *erga omnes*, salvo en los casos en que el obligado sea una persona determinada, v. gr. en caso de una servidumbre, y entonces la justificante solo tiene eficacia frente al propietario del fundo sirviente.

De otro lado, el ejercicio de un derecho tiene relación directa con el objeto jurídico del delito cuya forma asume la conducta. Así, si el interés que se tutela es de carácter privado, existe siempre la eximente. Si, por el contrario, se trata de un interés jurídico colectivo, no se justifica la conducta, v. gr. se justifica la lesión patrimonial inferida a un particular, pero no la que se hace a la salud pública.

También importa tener en cuenta el elemento psicológico propio del delito, ya que si solo se exige el dolo genérico, el ejercicio de un derecho desinculpa siempre.

En cambio si el dolo exigido por el delito es de carácter específico, es necesario indagar el fin de quien pretende ejercer su derecho. Por ejemplo, el secuestro simple solo exige dolo genérico pero el calificado lo requiere específico, al igual que el rapto. En consecuencia, si alguien, al retener una persona, lo hace sin un fin ulterior y ejerciendo un derecho (v. gr. el director de un colegio o la superiora de un convento que impide la salida de un alumno o de una novicia), el hecho es justificado. Pero si lo hace para exigir un rescate o para ejecutar actos erótico-sexuales, el hecho es punible.

También se requiere que quien pretende ejercer el derecho no solo tenga la titularidad del mismo sino la capacidad de obrar. Por ejemplo, no existe justificación del hecho en el caso de ejercicio del *jus corrigendi* por parte del padre que ha perdido la patria potestad sobre sus hijos.

Pero algunas veces el incapaz puede ejercer el derecho por medio de representante, siempre que no se trate de los llamados 'derechos personalísimos', es decir, de aquellos cuyo ejercicio requiere la ley sea desempeñado solamente por el titular.

Si se trata de otros derechos puede llevarse a cabo su ejercicio por medio de representante, aunque se presentan situaciones discutibles, por ejemplo, si el *jus corrigendi* puede delegarse. Algunos autores (MAYER) lo niegan, en cambio otros aceptan que puede serlo en forma temporal.

Finalmente, por lo que hace a los concurrentes, puede decirse que a estos también los cobija la justificación del hecho, salvo que quien no sea titular del derecho obre como autor y el titular como cómplice, caso en el cual el primero no queda exento de responsabilidad.

c) *Ejercicio del derecho*. Partiendo de la consideración de que el ejercicio legítimo de un derecho es un poder que compete al titular, se tiene que para que justifique el hecho se necesita que este lo haga conociendo el derecho que tiene y con la intención de ejercerlo.

Es decir, la eximente tiene un ingrediente subjetivo indispensable que abarca tanto el elemento cognoscitivo como el volitivo mencionados.

Por lo que hace al ejercicio en sí, puede asumir la forma activa o la omisiva. Aunque es también posible que se den ambas modalidades en un mismo comportamiento, por ejemplo, cuando se trata de delitos permanentes en que el comienzo es una conducta activa (bien puede ser también omisiva) y el resto una conducta siempre omisiva. Tal sería el caso del individuo que, con derecho, priva de libertad a una persona y la mantiene en esa situación.

Si se trata de un comportamiento puramente omisivo, debe ser aquel que la ley prevé como delito. Sería el caso de alguien que se abstiene, con derecho, de ejecutar una acción en que la ley manda, v. gr., devolver algo que se le ha entregado con carácter devolutivo pero que se abstiene de reintegrar al dueño hasta tanto este le pague las expensas ocasionadas por el mantenimiento de la cosa en su poder. Allí no puede decirse que hay abuso de confianza sino ejercicio del derecho de retención.

Entran en el ejercicio de un derecho tanto las actividades previas (prodrómicas) como aquellas que le siguen pero que están ligadas directamente a dicho ejercicio.

Así, debe considerarse ejercicio legítimo de un derecho la utilización de los medios preventivos en defensa del mismo, tales como los llamados *offendicula*, es decir, aquellos aparatos que se aprestan para el caso de que alguien pretenda lesionar el derecho de propiedad o cualquier otro.

El uso de estos medios mecánicos ha sido considerado como una modalidad de la legítima defensa, no siéndolo, ya que falta en quien los predispone la actualidad del peligro porque se aprestan cuando aún no ha sido amenazado, ni mucho menos ofendido, el bien que se trata de proteger.

Constituyen, sí, ejercicio de un derecho porque, como dice CAVALLO "no puede desconocer la facultad de dotar a los bienes de todas las precauciones que cada uno cree conveniente alistar para defenderlos con tal que no lesionen el derecho de otros. Y, por lo tanto, la predisposición de esos medios no puede ser prohibida salvo que ofendan el derecho ajeno"¹².

También los actos posteriores al ejercicio del derecho pero tendientes a asegurarlo, quedan comprendidos en la eximente, v. gr. el rescate de la cosa robada cuando, inmediatamente después de su sustracción, todavía permanece en poder del ladrón.

Es bueno recordar lo que atrás se dijo al tratar de la diferencia entre esta eximente y la legítima defensa o el estado de necesidad, a saber, que no se requiere para ejercer legítimamente un derecho que se presente un ataque al mismo, pues bien puede ejercerse en una situación de perfecta normalidad.

Por último, es preciso decir que esta eximente, como las demás, está sujeta a límites, más allá de los cuales hay exceso.

Surge aquí la cuestión del abuso del derecho. La actividad en que consiste su ejercicio debe desarrollarse con miras a la satisfacción del interés que constituye su contenido. O sea que esta es un límite al mencionado ejercicio en forma que todo lo que la excede deviene abuso.

Es necesario no olvidar que esta causal de justificación implica necesariamente el enfrentamiento de dos derechos, uno de los cuales, por ser de mayor valor, prevalece sobre el otro. O sea, en otras palabras, que el ejercicio del derecho debe ser un medio útil y, aun pudiera decirse, necesario para la satisfacción del interés jurídico protegido "porque, dice CAVALLO, solamente así se mantiene el ejercicio del derecho en los límites de lo justo. De otra manera puede darse el *summum jus, summa injuria*"¹³.

A este propósito deben mencionarse los llamados "actos emulativos", denominación que JIMÉNEZ DE ASÚA propone sustituir por la de "actos de rivalidad"¹⁴, o sea aquellos que no guardan relación con el fin social del derecho que se ejerce y que se llevan a cabo por fines reprobables como son los de venganza, prepotencia, etc., o sea, en otras palabras, sin el propósito de satisfacer intereses propios y con el de perjudicar a otras personas.

¹² CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, pág. 621.

¹³ CAVALLO, *Diritto penale*, vol. II, pág. 617.

¹⁴ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. IV, pág. 523.

"Los actos emulativos, dice CAVALLO, pueden parecer legítimos porque se mantienen en los límites objetivos del derecho, pero traspasan los subjetivos y entran en aquella esfera en que la conducta, aunque formalmente libre, lesiona intereses ajenos penalmente protegidos y constituye, por lo tanto, delito"¹⁵.

Como ejemplo de actos emulativos se tienen las molestias por teléfono, los ruidos estruendosos, las noticias alarmantes, los actos de destrucción de la cosa propia para causar incomodidad o daño a otros, etc.

Pero fuera de estas conductas intencionales que traspasan las fronteras de la eximente analizada, se tienen también los excesos culposos en su ejercicio. Tales son los que superan los límites que se dejan trazados, bien sea por error previsible, o por ejercicio incongruente o simplemente ocasional del derecho.

Se ha discutido si el exceso en el ejercicio del derecho se establece tomando en cuenta solo los límites objetivos trazados por la ley para el desarrollo de la acción o también los propósitos de la misma, es decir, teniendo como módulo un factor subjetivo.

Ya atrás se vio que la desviación intencional respecto del fin social de todo derecho, es una de las características del abuso. Este es un factor esencialmente subjetivo.

Pero también es preciso poner atención a las condiciones objetivas señaladas por la ley.

No faltan, sin embargo, autores que, como NELSON HUNGRÍA, considera que si bien en el derecho civil es posible tener en cuenta factores subjetivos como el fin de perjudicar, no lo es en el penal en donde "no se va hasta la indagación de los motivos del agente, limitándose al criterio puramente objetivo", concepto que no es posible compartir ya que es preciso no olvidar que el ejercicio de un derecho, en la forma que se viene examinando, reviste la figura de un delito y que, precisamente, deja de serlo cuando se hace con un fin social. Pero si no es así y quien ejecuta el acto procede con dolo, queda completo el delito tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo.

Es necesario no olvidar que no cualquier forma de ejercicio configura la eximente, sino que la ley exige expresamente que este sea "legítimo", lo que es una referencia directa al fin social de la acción.

Por último, es bueno decir que cuando quien ejerce legítimamente su derecho encuentra una resistencia agresiva, puede reaccionar en legítima defensa. Tal sería el caso del dueño de una cosa que trata de arrebatarla al ladrón inmediatamente después del robo y este se resiste a entregarla.

Empero, si se trata de un derecho litigioso, no se justifica la acción directa sino que es preciso recurrir a las autoridades judiciales, pues de lo contrario habría ejercicio arbitrario de las propias razones, conducta que en algunos países, como Italia, es considerada como delito.

¹⁵ CAVALLO, *op. cit.*, vol. II, pág. 620.

4. ALGUNOS CASOS DE EJERCICIO DE UN DERECHO

La causal de justificación que se viene examinando puede darse frente a cualquier figura delictuosa. Sin embargo, hay algunos casos que merecen especial atención y que se mencionan brevemente en seguida.

a) *Vías de hecho*. Más que un derecho es un modo de ejercerlo. El más antiguo que conoce la humanidad. Muchos códigos penales lo reglamentan señalando cuándo es delictuoso, siendo de advertir que en las primeras leyes penales existía un solo *crimen vis* que comprendía todas las formas de violencia no permitidas, en tanto que las lícitas se señalaban entre las causales de justificación, especialmente cuando adoptaban la forma defensiva, de acuerdo con el viejo aforismo *vim vi repellere licet*.

Puede decirse que en las legislaciones modernas se asiste a un proceso de atomización de ese núcleo primitivo que vedaba la violencia, extendiendo la prohibición a múltiples formas, algunas de las cuales han venido a constituir delitos autónomos, otras configuran agravantes de delitos y aun las hay que conforman elementos de delitos.

Las vías de hecho o ejercicio arbitrario de las propias razones constituyen una de las formas más antiguas de ejercer el derecho.

Algunos códigos penales las reglamentan expresamente, como ocurre con el italiano, que en el art. 392 sanciona el ejercicio arbitrario de las propias razones cuando se ejerce con violencia a las cosas, poniendo como condición que se pueda acudir al juez; y el art. 293 contempla la violencia contra las personas, también en aquellos casos en que sea posible acudir al juez.

No exigen esas normas que esté en curso un proceso de cualquier naturaleza sino que sea dable recurrir a las autoridades para que resuelvan el litigio.

De otro lado, se necesita que la pretensión que se quiere hacer valer por la fuerza tenga algún viso de verosimilitud, es decir, que ostente fundamento aparente.

Por violencia debe entenderse en estos casos aquella que se exterioriza en actos materiales, salvo cuando se ejerce contra las personas, pues entonces bien puede tratarse de amenazas. Empero, aun en este último caso deben dirigirse contra la integridad de la persona física del amenazado.

Al lado de las vías de hecho violentas, es preciso reconocer la existencia de las no violentas respecto a las cuales se debe exigir que estén exentas de dolo para que sean aceptadas como forma de ejercer el derecho.

Sin embargo, no todos los autores reconocen la legitimidad de las vías de hecho con este fin, aunque se trate de las no violentas.

Así, la jurisprudencia española ha sido contraria a su aceptación negando que mediante ellas puedan ejercerse los derechos.

Con todo, algunos autores españoles estiman que si un acreedor se apodera, sin violencia, de bienes de su deudor, para pagarse la deuda, no comete delito.

En Argentina, SOLER señala cómo de la legislación de ese país desapareció el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, al igual que la coacción y agrega: "He aquí cómo vino a morir oscuramente en nuestras manos el otrora onmicomprensivo *crimen vis*. Muchos siglos ha costado la elaboración de todas

las figuras derivadas de él; pero ese proceso corrobora también el sentido propio del derecho penal moderno: la necesidad de que los delitos se acúen en figuras. Una vez cumplido ese proceso de atomización, de individualización, de configuración, el remanente del 'crimen vis' se ha disipado en lo indefinido: *sic transit gloria...*"¹⁶.

Según este mismo autor, la mayor parte de las vías de hecho dan lugar a dos clases de comportamientos: unos encaminados a mantener el derecho, otros dirigidos a rescatarlo. Así, si una persona a quien se le ha arrebatado el reloj persigue al ladrón, y, al recuperar su artefacto, lesiona a quien se lo ha quitado, el hecho de recuperar el reloj se justifica como legítimo ejercicio de un derecho, pero la lesión al ladrón solo puede justificarse, y eso a título de legítima defensa, si el ladrón opone una resistencia agresiva a que se le quite el reloj¹⁷.

b) *Derecho de retención*. El Código Civil consagra el derecho de retención a favor del arrendador, del arrendatario, del comodatario, del comprador, del vendedor, del depositario, del mandatario, del usufructuario, entre otros.

En la mayor parte de esos casos se presenta formalmente un abuso de confianza en cuanto existe un verdadero apoderamiento, si bien no con ánimo de adueñarse del objeto mueble pero sí de ejercer sobre él actos de dominio.

Sin embargo, en todos ellos falta la ilicitud de la conducta ya que el retenedor está autorizado por la ley para mantener en su poder la cosa retenida.

c) *Derecho de corrección*. Es una de las formas principales de ejercicio del derecho, expresa o implícitamente reconocida en todos los ordenamientos jurídicos.

Los códigos penales suelen ocuparse del exceso en el uso de este derecho y es así como el art. 571 del C. P. italiano sanciona el "abuso de los medios de corrección".

Pertenece, en primer término, al padre sobre los hijos no emancipados y hace parte del conjunto de facultades que constituyen la patria potestad.

Se plantea el problema de los límites de su ejercicio tanto por el aspecto externo u objetivo como por el subjetivo.

Se ha aceptado que por el aspecto externo se extiende hasta donde la situación específica lo requiera pero sin trasponer las limitaciones establecidas por el lugar, las condiciones del medio social en que se actúa, la edad y demás circunstancias de la persona corregida.

Por el aspecto interno o subjetivo es preciso tener en cuenta los móviles y fines de la conducta de quien corrige, ya que es necesario que se actúe *animo corrigendi*, es decir, en favor de la persona corregida y nunca para satisfacer instintos, sentimientos o pasiones de quien corrige.

De otra parte, es necesario no perder de vista los resultados de la corrección, pues esta no debe causar daños físicos ni mucho menos la muerte al corregido. Tales resultados, sean dolosos o culposos, se ponen en su caso a cargo de quien corrige como verdaderos delitos.

¹⁶ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, vol. IV, pág. 23.

¹⁷ SOLER, *op. cit.*, t. I, pág. 366.

d) *Intervenciones quirúrgicas*. No se duda que, salvo en determinadas circunstancias, constituyen conductas lícitas. Pero sobre los fundamentos de su licitud no han estado de acuerdo los autores.

Entre las principales tesis para justificarlas, se destacan las siguientes:

1) *Atipicidad*. No se adecuan al tipo de las lesiones personales porque falta la intención de causar un daño al cuerpo o a la salud. El móvil es, por el contrario, de mejorar uno u otra.

2) *Consentimiento del paciente*. Doctrina sostenida principalmente por los autores alemanes. Se dice, en contra, que no siempre existe ese consentimiento y que, además, la existencia de él lo que hace no es justificar el hecho sino volverlo atípico.

3) *Derecho profesional del médico*. El fin de cumplir una actividad profesional excluye la intención dañosa. Viene a ser, pues, no un caso de justificación sino de inculpabilidad. Por otra parte, no puede hablarse de un derecho del médico a intervenir quirúrgicamente a un paciente.

4) *Ejercicio de un cargo*. No siempre el médico ejerce un cargo público y, aunque así suceda, esto no le da derecho ni le impone el deber de intervenir quirúrgicamente a los pacientes.

5) *Derecho consuetudinario*. La costumbre no siempre justifica hechos formalmente descritos por las normas penales. Lo único que indica es la adecuación social de tales hechos, esto es, que no son rechazados por el medio social. Además, sirve para hacer presumir el consentimiento del paciente en aquellos casos en que no es posible, por su estado de salud o por otra circunstancia, requerirlo antes de intervenir.

6) *Falta de tipicidad*. Se dice que la intervención quirúrgica no corresponde a la descripción que la ley hace de las lesiones personales, pues tratar no es maltratar, operar no es herir, amputar no es mutilar.

Esta tesis es sostenida entre otros por JIMÉNEZ DE ASÚA, sobre las huellas de STOOS y parece la más acertada.

En todo caso, es preciso descartar que se trate del ejercicio de un derecho, pues ninguno hay, como arriba se dijo, a someter una persona a intervención quirúrgica.

e) *Offendicula*. En otra parte de este mismo trabajo se expresó que la predisposición de aparatos para proteger un bien, no es una manifestación de la legítima defensa, como se ha sostenido hasta ahora, sino del ejercicio de un derecho, ya que en el momento de aprestar dichos medios mecánicos no existe peligro actual ni mucho menos ataque, lo que significa que falta uno de los elementos de la tutela lícita.

Sobre este particular es perfectamente aceptable lo que dice BETTIOL acerca de que "se pueden incluir en el ejercicio del derecho también las cuestiones penales que surgen en relación a los *offendicula*, vale decir, a aquellos medios ofensivos predisuestos para la tutela de la propiedad. Se trata de una facultad inherente a dicho derecho. Así el propietario puede rodear de alambre de púas su huerto o poner trozos de vidrio sobre el muro que lo rodea para impedir el robo de frutas"¹⁸.

¹⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale*, pág. 218.

Del mismo concepto es LEONE quien dice adherir "al pensamiento de los que manifiestan constituir tal comportamiento una expresión del derecho de propiedad; naturalmente respetando la relación de proporcionalidad que se pone no como una aplicación del art. 51, que no la contempla, sino como un límite al ejercicio de dicho derecho de propiedad"¹⁹.

Según el autor que se acaba de citar, uno de los casos más discutidos de los *offendicula* es el concerniente a los animales que se ponen en un predio o en otro lugar. Según la doctrina italiana cuando el perro se tiene en un lugar cerrado y la persona que resulta agredida se introduce allí sin aviso previo, se excluye toda responsabilidad por lesiones culposas. Si se trata de fundos no cerrados y la persona lesionada se encuentra allí por motivos legítimos, por ejemplo, porque tiene derecho de tránsito, existe responsabilidad del propietario. Con mayor razón si este ahupa el animal contra la persona.

De otro lado, la proporción de que se habla arriba hace referencia a la calidad de los bienes defendidos en presencia de la dañosidad del medio prevenido, pues hay abuso del derecho cuando el aparato ofrece gran peligro y se dispone para proteger bienes de poco valor, por ejemplo, alistar una escopeta cargada para proteger un gallinero.

f) *Violencia deportiva*. Algunos autores, como RANIERI y DOLCE, lo justifican como una forma del ejercicio del derecho. Otros, como LEONE, estiman que no está comprendido exclusivamente en esta figura sino que también entra en la del consentimiento del ofendido. Otros, como NUVOLONE, niegan que tenga nada que ver con la eximente que se viene examinando. No faltan quienes, como PETROCELLI, consideran que no existen normas expresas que justifiquen la violencia deportiva que solo puede llamarse lícita cuando se dicten las leyes que la permitan.

Para la mayor parte, se trata de actividades que la sociedad no solamente tolera sino que reclama. Es decir, comportamientos socialmente adecuados.

Es claro que prácticamente todos están de acuerdo en que esas actividades deben desarrollarse dentro de los límites que los correspondientes reglamentos les trazan y sin intención dolosa.

Significa que si una lesión deportiva se produce en el desarrollo normal o sea reglamentario del respectivo deporte y sin dolo no es punible.

g) *Derecho de información*. Cuestión de suma importancia y de gran actualidad es la que atañe a las informaciones periodísticas que lesionan la honra, la privacidad o cualquier otro derecho de las personas.

Puede decirse que en el fondo de esta cuestión se hallan enfrentados dos derechos: el de la colectividad a conocer hechos que tengan importancia para ella y el de los particulares a mantener la reserva de sus propias acciones.

Debe agregarse que también interviene en este cuadro el derecho a la libertad de imprenta, uno de los más preciosos pero que no es ilimitado sino que encuentra su cauce en el interés social y su frontera en los dos que se dejan arriba mencionados.

¹⁹ M. LEONE, *L'esimente del esercizio di un diritto*, pág. 161.

"Nos damos cuenta, dice LEONE, de que la información es una necesidad de la vida moderna y reviste un innegable aspecto de interés público, pero no puede dejarse de considerar que, frente a ella, existe el derecho del individuo a ser tutelado en su honor y en su dignidad. Se presenta, por lo tanto, un conflicto entre el interés público de información y el considerado por lo general como privado del particular"²⁰.

Es indudable que existe un derecho a la información. "Todo hombre, dice NOVOA MONREAL, ya sea que se le considere aisladamente o inserto en la comunidad humana, necesita información. Solamente cuando alcanza un conocimiento lo más completo posible de lo que sucede en su entorno y en el mundo, puede formarse su opinión que lo deje en situación de buscar y organizar con verdadera libertad, la forma de vida que le parezca más adecuada"²¹.

Pero también existe un derecho a la privacidad, a estar solo, "De los nuevos valores que merecen la protección del derecho, dice PAULO JOSÉ D'ACOSTA JR., sobresale la intimidad: la necesidad de encontrar en la soledad aquella paz y aquel equilibrio continuamente comprometidos por el ritmo de la publicidad, cerrado en su intimidad, resguardado de la curiosidad de los ojos y de los oídos ávidos"²².

En consecuencia, dentro de esos límites, y actuando bajo el impulso fundado de un interés social, es posible que las publicaciones, pese a que alguna vez adquieren forma de injuria o de calumnia, constituyen el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo mismo puede decirse de la palabra hablada cuando se expresa en interés de la colectividad.

h) *Uso legítimo de armas*. No se refiere este aparte al empleo que de ellas puedan hacer los particulares, ya que solo encontraría justificación a través de otras causales de injuriosidad del hecho, v. gr. legítima defensa o estado de necesidad, sino del que puedan hacer las autoridades.

En algunos códigos penales, como el italiano, se encuentra expresamente contemplado (art. 53), si bien es una disposición nueva, ya que una semejante no se encontraba en el Código anterior y fue introducida en el de 1930 con el propósito de poner fin a las discusiones que se presentaban para justificar dicho uso por parte de las autoridades. Con ese fin, se recurría a la orden legítima, a la legítima defensa y aun al estado de necesidad.

En países como el nuestro, en que no existe norma expresa sobre el particular, se presenta la cuestión de saber a cuál de esas situaciones pertenece.

En realidad no se puede encuadrar en el ejercicio de un derecho. Se diferencia de esta figura en que debe existir siempre una situación externa que justifique el empleo de las armas. El ejercicio de un derecho puede hacerse, como ya se dijo, aunque no se presente esa necesidad.

²⁰ LEONE, *op. cit.*, pág. 155.

²¹ NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, pág. 147.

²² PAULO JOSÉ D'ACOSTA JR., *O direito de estar só*, pág. 8.

Tampoco se confunde con la legítima defensa porque no se necesita que exista previamente una agresión. Puede llevarse a cabo en situaciones en que no se encuentra en peligro el funcionario.

Se ha dicho que se trata del cumplimiento de un deber, y esta parece ser la explicación más exacta, pues al uso de las armas debe preceder una obligación impuesta por la ley o mandato de autoridad.

Esa autorización, por una parte, y las circunstancias objetivas y subjetivas del momento, constituyen los límites para el ejercicio de este deber en cuanto la acción del funcionario no puede sobrepasar sus facultades ni los requerimientos del momento. Vale decir, el uso de las armas no se justifica sino cuando no hay otro recurso para resolver una situación y siempre que el mal que se ocasiona no sea considerablemente más grave que el que se trata de evitar. Aun así debe aconsejarse, como lo hace JIMÉNEZ DE ASÚA, "máxima prudencia"²³.

LUIS E. ROMERO SOTO

SOBRE LA DOGMÁTICA PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Prof. Dr. ENRIQUE BACIGALUPO
Universidad Complutense de Madrid

I

La cuestión de las relaciones entre la dogmática penal y la criminología tiene su origen en los diversos movimientos positivistas de la segunda mitad del siglo pasado en las ciencias penales. Esos movimientos tuvieron diversas conformaciones en Alemania, Italia, España o Francia y también en América Latina. Pero en todos ellos la ciencia jurídico-penal sufrió una fuerte conmoción respecto de sus concepciones tradicionales, consecuencia del desarrollo de los conocimientos empíricos sobre la criminalidad. La nueva delimitación entre ciencia y metafísica transformó la problemática de la ciencia jurídico-penal y generó nuevos problemas, entre los que las relaciones de la ciencia penal clásica y los nuevos conocimientos empíricos del derecho penal merecieron especial atención. A partir del momento en que el delito puede explicarse científicamente como "hecho social"¹ surge el problema de las relaciones de esta explicación con las concepciones clásicas que solo lo entendían como un "hecho jurídico".

Se trata entonces, de una cuestión que nace como consecuencia de una coincidencia del interés del conocimiento dogmático y del de la criminología: mientras la dogmática penal se orienta hacia una teoría preventivo-especial de la pena (que se requiere un pronóstico sobre la conducta futura del autor), la criminología se ocupó de encontrar una explicación causal de la delincuencia que permitiera fundamentar juicios sobre el origen causal de los comportamientos y, por lo tanto, de las causas que deben removerse para llevar a cabo la idea de prevención especial.

Ciertamente el problema de las relaciones entre el derecho penal y la criminología es, en realidad, contingente. Ambas aproximaciones al delito podrían haberse desarrollado independientemente una de la otra, sobre todo si la ciencia jurídico-penal se mantenía dentro del marco teórico tradicional dominado por las teorías absolutas. Pero en la historia de la ciencia jurídica se observa con relativa constancia que las revoluciones científicas —utilizo la expresión en el sentido de Kuhn²— que se operan en otras ciencias inciden en forma, por lo menos, mediata sobre los puntos de vista de los juristas y ello es indudablemente lo que ocurrió cuando la sociología comenzó a desarrollarse.

¹ DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, cit. según la 20ª ed. 1981, págs. 3 y ss. y 34 y ss.

² *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

La posibilidad de una explicación del delito como "hecho social", en la terminología de la sociología de fines del siglo pasado, fue a su vez consecuencia del rol otorgado en el pensamiento científico a las explicaciones causales. Si todo suceso tiene una causa y esta puede ser conocida, el fenómeno social de la delincuencia puede ser calculable³. En la medida en que las explicaciones causales eran consideradas las *únicas* explicaciones que merecían el rótulo de científicas, la única ciencia posible, dentro de este marco, era una ciencia como la sociología o la antropología criminales. La dogmática jurídico-penal perdía, de esta manera, la jerarquía de ciencia⁴.

Este panorama fue especialmente apto para orientar la actividad de los científicos del derecho penal hacia una perspectiva nueva: la *reforma del derecho penal*. Reemplazada la libertad de voluntad por el determinismo causal resultaba posible una "lucha" científica contra el delito. Pero para llevar a cabo estas ideas era imprescindible la reforma del derecho penal vigente apoyado en la idea de la libertad de voluntad⁵: "el que quiera combatir el delito tiene que conocerlo ...conocer al delito significa conocer al delincuente" y "precisamente porque el delito es el producto necesario de situaciones dadas, es posible combatirlo actuando sobre estas situaciones". (... "gerade weil das Verbrechen das notwendige Produkt gegebener Verhältnisse ist, die Bekämpfung des Verbrechens, und zwar durch Einwirkung auf diese Verhältnisse, möglich ist"). Al mismo tiempo decía FERRI en Italia: "si vuole, si, studiare il reato in sé, ma studiando prima il delinquente, che lo commette, con tutti quei mezzi di studio, que offre appunto il metodo positivo"⁶... "E poiche dalla medicina sappiamo, che per trovaere i remedi di una malattia bisogna prima cercarne le cause; cosi la scienza criminale, nella nova parte che ora comincia a svolgersi in essa, indaga le cause naturali di quel fenomeno di patologia sociale, che chiamasi delitto, e si pone cosi sulla via di scoprirne efficaci remedi, che valgono, non gia a sopprimerlo, perche in natura vi sono delle anomalie che si possono mitigare ma non forse disruggere, bensì a rettenerlo e ad impedirne lo straripamento"⁷.

Pero si bien el objetivo principal de esta concepción era la "transformación de la legislación penal" ("die Umgestaltung der Strafgesetzgebung")⁸, no era menos cierto que los puntos de vista básicos de la fundamentación del derecho penal futuro tenían, indudablemente, la posibilidad de incidir en la interpretación y sistematización del derecho penal vigente. Este podía entenderse tanto a partir del dogma indeterminista como del dogma determinista de los positi-

³ CONFR. FRANZ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge u. Aufsätze*, II, 1905, pág. 84 y 284; "conocimiento científico es conocimiento causal"; FERRI, *Sociologia Criminale*, 3ª ed., 1892, págs. 366 y ss.; GARAFALO, *Criminologia*, (en español por P. DORADO MONTERO), 1922, pág. 125; TARDE, en *L'individualisation de la peine* de R. SALELLES, (Préface), 1898.

⁴ CONFR. V. LISZT, loc. cit., pág. 75; FERRI, loc. cit., pág. 25.

⁵ V. LISZT, loc. cit., pág. 3.

⁶ Loc. cit., pág. 19.

⁷ Loc. cit., pág. 25.

⁸ V. LISZT, pág. 75.

vistas. Toda tarea dogmática requiere axiomas previos a la labor propiamente dogmática y el determinismo, lo mismo que el indeterminismo tienen precisamente ese carácter⁹. De esta manera el tema de las relaciones de los nuevos puntos de vista para la transformación del derecho adquirió legitimidad respecto del derecho vigente. Las respuestas no fueron uniformes. Hubo claramente dos líneas de argumentación para explicar estas relaciones: la "gesamte Strafrechtswissenschaft" propuesta por V. LISZT constituye la primera línea argumental y la "Sociología criminal" de FERRI la segunda. Conviene estudiarlas separadamente.

II

La "gesamte Strafrechtswissenschaft"¹⁰ mantuvo, en la concepción de V. LISZT, en principio, una total separación de la explicación empírica (criminológica) y jurídica del delito. Mientras "la tarea de la jurisprudencia teórica se agota en la conexión lógica de los conceptos" (die Aufgabe der theoretischen Jurisprudenz in der logischen Verknüpfung der Begriffe sich erschöpft)¹¹, la sociología criminal es "la investigación científica del delito" (como un fenómeno sensitivo, en sus causas y en sus efectos, es decir, la búsqueda de las leyes que determinan la criminalidad)¹².

Pero no solo los fines perseguidos por ambos conocimientos serían diversos; también lo son sus métodos y su objetivo. Para la ciencia del derecho penal "las normas jurídicas son su objeto y la lógica su método" (Rechtssätze sind ihr Gegenstand; und die Logik ist ihre Methode)¹³. Por el contrario, la sociología criminal "no conoce otro método que el común a todas las demás ciencias verdaderas: la observación objetiva y metódica de hechos dados" ("kann keine andere Methoden kennen als allen wahren Wissenschaften gemeinsame: die unbefangene methodische beobachtung gegebener Tatsachen")¹⁴.

¿En que se fundamentó la unidad del derecho penal (la dogmática penal, considerado como un arte, y la sociología y antropología criminal (criminología), consideradas como ciencias auténticas, en una ciencia general o total del derecho penal?

La ciencia total o general del derecho penal, en el sentido que V. LISZT entendió la integración de la dogmática y las ciencias empíricas del delito en función de fines prácticos. Cualquier otra significación del término "integración" resultaría en este marco errónea, sobre todo aquella que por integración entendiera una unificación metodológica bajo los principios de las ciencias causal-

explicativas del delito, como —según luego se verá— postuló FERRI¹⁵. En la "ciencia total del derecho penal" la convivencia de la dogmática y la criminología no implica la superación del aislamiento de una respecto de la otra¹⁶.

La "integración" de los conocimientos empíricos y los jurídicos en la "gesamte Strafrechtswissenschaft" es, en realidad, producto de una considerable modificación de la función del jurista del derecho penal en la sociedad. Su tarea, de acuerdo con las nuevas ideas, no se agotará en la dogmática clásica, es decir, en la elaboración sistemática de los conceptos que sirven a la aplicación del derecho, sino que asumirá también el papel de promotor y proyectista de la reforma penal. En 1893 V. LISZT se refirió a este tema al considerar el programa de la I.K.V. y dijo que esta "observa críticamente estas sugerencias (de las investigaciones antropológico-criminales y sociológico-criminales) para preparar científicamente y encauzar prácticamente la transformación, por ellas condicionada, de la legislación penal" (dass sie diesen Anregungen mit kritischen Blick folgt, um die durch sie bedingte Umgestaltung der Strafgesetzgebung wissenschaftlich vorzubereiten und praktisch anzubahnen)¹⁷. V. LISZT expresó en esa oportunidad que la ciencia jurídica no sufriría, con esta nueva perspectiva, ninguna transformación¹⁸: seguiría siendo una ciencia de normas y conservaría su método lógico. Años más tarde, al pronunciar su lección inaugural en Berlín (27.10.1899) reiteró: "la ciencia del derecho penal tiene en primer lugar —y en esto somos íntegramente de la misma opinión que la escuela clásica— que transmitir a los jóvenes jurídicamente ávidos el cúmulo de normas jurídicas según el método lógico-jurídico" ("Die Strafrechtswissenschaft hat zunächst —un darin sind wir mit der klassischen Schule durchaus derselben Meinung— der lernbegierigen juristische Jugend die Fülle der Rechtssätze nach logisch-juristischer Methode zu übermitteln")¹⁹. Su concepción del método jurídico había sido expuesta ya en 1886²⁰ y reducía el alcance de este a tres momentos: a) recolección de la materia de análisis, es decir las normas, en el derecho positivo; b) análisis preciso de las normas jurídicas y de los conceptos que en ella están ligados como sujeto y predicado... y síntesis de los resultados obtenidos; c) sistematización "según la clasificación de los conceptos y de las proposiciones que los conectan entre sí"²¹. En su Lehrbuch sostuvo V. LISZT hasta la última edición que la primera tarea del derecho penal era la "consideración puramente técnico-jurídica, apoyada en la legislación penal, del delito y la pena como generalización conceptual".

Pero la justificación de la ciencia total o general del derecho penal reside en que el jurista del derecho penal no puede cumplir su tarea específica sin re-

⁹ Principii di diritto criminale, 1928, págs. 73 y ss., y 101 y ss., y 235 y ss.

¹⁰ Confr. NAUCKE. Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, págs. 26 y ss.; MAIHOFER, en Fest. für Henkel, 1974, pág. 75; probablemente de otra opinión Baratta, en ZStW 92 (1980), pág. 107.

¹¹ Loc. cit., II, pág. 75.

¹² Loc. cit., II, pág. 77.

¹³ Loc. cit., II, pág. 286.

¹⁴ ZStW 6 (1886), pág. 663; también en Strafr. Vortr. u. Aufs. I, 1905, págs. 212 y ss.

¹⁵ Loc. cit., II, págs. 286 y ss.

¹⁶ Lehrbuch des deutschen Strafrechts 16/17 ed. 1908, pág. 1; 23 ed. 1921, pág. 1.

⁹ Confr. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970/72.

¹⁰ Confr. sobre su desarrollo LEFERENZ, en ZStW 93 (1981), págs. 199 y ss.

¹¹ Loc. cit., pág. 78.

¹² Ib. idem.

¹³ Loc. cit., pág. 77, págs. 284 y ss. (290); Strafr. Vortr. u. Aufs. I 1905, págs. 212 y ss.

¹⁴ Loc. cit., pág. 78.

currir a otros conocimientos. Además de conocer las normas, el jurista del derecho penal debe estar en condiciones de establecer los hechos relevantes para su aplicación (“den Tatbestand festzustellen”)²³ para lo cual se requieren conocimientos y experiencias criminalísticas, en lo que ya se diferencia la gesamte Strafrechtswissenschaft de las concepciones de la escuela clásica²⁴. Pero fundamentalmente la ciencia del derecho penal tiene también la tarea de ser “la orientación del legislador, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito”²⁵ (“...Lehrmeisterin des Strafgesetzgebers, seine zuverlässige Beraterin und Führerin im Kampf gegen das Verbrechen”).

De esta manera queda, a mi juicio claro, que no se trata de una integración en el nivel metodológico sino de una simple “reunión funcional” vinculada con el rol social asignado al jurista del derecho penal como “político-criminal”.

La comprobación de que la dogmática penal sufrió transformaciones conceptuales y terminológicas importantes, no demuestra lo contrario de lo que acabamos de afirmar. Estas transformaciones no son el producto de nuevos conocimientos criminológicos sino, en todo caso, de una disposición espiritual hacia una consideración empírica, sociológica y antropológica del delito. Señalo algunos ejemplos:

a) El abandono de la teoría de los imperativos y de la teoría subjetiva de la antijuricidad, cuya vinculación con el dogma de la libertad de voluntad las hacía difícilmente utilizables en un derecho penal que tiene dos consecuencias jurídicas diversas (pena-medida) que —en parte— tienen un presupuesto común (la antijuricidad) y en parte otros presupuestos diferentes (culpabilidad-peligrosidad).

b) El acento sobre el aspecto material de la antijuricidad, aunque subordinado a la antijuricidad formal²⁶.

c) La concepción material de la culpabilidad como “la actitud asocial del autor expresada en el hecho cometido” (“die aus der begangenen Tat erkennbaren asoziale Gesinnung des Täters”)²⁷.

d) La introducción de la “peligrosidad” como elemento de la culpabilidad²⁸.

e) La valoración ex-ante del peligro en la tentativa inidónea, según el conocimiento de las circunstancias por el autor o de acuerdo con su cognoscibilidad general en el momento del hecho (moderna teoría objetiva)²⁹.

Se trata, en primer lugar, de transformaciones que no son esenciales respecto de los conceptos fundamentales de la escuela clásica y que esta hubiera podido alcanzar por su propio desarrollo. Su relevancia práctica, por otra par-

te, es reducida: la prioridad de la antijuricidad formal sobre la materia y el mantenimiento invariado de la culpabilidad (como dolo y culpa en el sentido clásico), a pesar de la formulación de una definición “material” de la misma, no alcanzaron a modificar sustancialmente la aplicación del derecho penal. Pero fundamentalmente, como es fácil comprobarlo, se trata de transformaciones que son consecuencia de la adopción de un punto de partida determinista y del desplazamiento del centro de gravedad desde el hecho al autor por imperio de la fundamentación preventivo especial de la pena. Ni el dogma determinista —que no es un concepto científico— ni la fundamentación de la pena desde un punto de vista preventivo-especial —que no es una proposición causal-explicativa de la delincuencia— pueden considerarse conceptos criminológicos en el sentido de V. LISZT y de la criminología positivista de esa época.

III

La integración del derecho penal y la criminología fue entendida de una manera completamente diferente por FERRI. Para él “la antropología criminal y la estadística criminal, tanto como el derecho criminal y penal no son sino capítulos de una ciencia única que es el estudio del delito como fenómeno natural y social, y por lo tanto jurídico, y de los medios más eficaces para la defensa preventiva y represiva contra el mismo”³⁰. Por esta razón, un tratamiento separado del aspecto jurídico y del sociológico del delito representa una “idea incompleta y anticuada de los fenómenos jurídicos”³¹. Pero, agrega, “cuando se admite, como no es posible que sea de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos sociales, por que derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social...” y, en consecuencia, “es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto natural y social del aspecto jurídico”³². Concluyendo dice FERRI: “nosotros sostenemos, por el contrario, que siendo único el orden de los fenómenos criminosos, será única también la ciencia que debe estudiar las causas, las condiciones y los remedios”³³.

Es claro que aquí se procura una integración en la que la autonomía metodológica del derecho penal se anula y se reemplaza por el llamado “método científico”. Las diferencias de este punto de vista y el de V. LISZT son considerables y evidentes.

FERRI desarrolló más detalladamente su posición en sus *Principii di diritto criminale*, en 1928³⁴. Aquí se ocupó expresamente del llamado método jurídico. Según FERRI en ese rótulo hay un equívoco que proviene de un uso poco

²³ Loc. cit., II, págs. 286 y ss.

²⁴ Loc. cit., II, pág. 288.

²⁵ Loc. cit., pág. 293.

²⁶ Confr. HEINITZ, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926; V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed. págs. 139 y ss.

²⁷ V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., pág. 160.

²⁸ Confr. GRÜNHUT, en *Fest. für G. Aschaffenburg*, 1926, págs. 87 y ss.

²⁹ V. LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., 1921, págs. 207 y ss.

³⁰ *Soziologia Criminale*, pág. 770.

³¹ *Soziologia Criminale*, pág. 771.

³² *Soziologia Criminale*, pág. 771.

³³ *Soziologia Criminale*, pág. 773.

³⁴ *Principii*, pág. 73.

preciso del lenguaje, ya que "en la ciencia no hay sino dos métodos: el método deductivo y apriorístico o de la lógica abstracta, y el método inductivo o de observación y experimento"³⁵. Ciertamente, reconoce FERRI, estos dos métodos se utilizan en toda investigación científica, pero "la diferencia está en cuál de los dos tiene preferencia y precedencia sobre el otro: si se parte de principios generales, afirmados por la sola fantasía lógica y se deducen las consecuencias lógicas, se seguirá el método deductivo, aunque de tanto en tanto se recuerden algunos hechos para confirmar las propias afirmaciones lógicas. Si, por el contrario, se parte de la observación regular de los hechos y de su comparación y análisis, para arribar luego a las conclusiones generales y constantes, se sigue el método inductivo o positivo o galileano, aunque se hagan deducciones lógicas de los hechos constatados anteriormente"³⁶. Este método es aplicable a las ciencias jurídicas y por lo tanto al derecho penal, que puede estudiarse "con el método inductivo, de observación de los hechos"³⁷.

Si nos preguntamos ahora cómo se lleva a cabo el estudio del derecho penal mediante el método de la observación de los hechos, se comprobará que, en realidad FERRI utilizó falsamente la noción de método inductivo.

En materia de interpretación de la ley, FERRI no introdujo innovaciones sustanciales respecto de las ideas clásicas. Afirmó que el juez podía valerse en la interpretación, además de los medios conocidos, de "la elaboración científica en relación a la génesis biológico-social del delito, a la bio-sicología del delincuente, a las condiciones sociales reguladas por la ley penal, etc."³⁸. De qué manera tipos penales configurados sobre la descripción de un *hecho* podrían ser interpretados como tipos que describen básicamente al *autor*, es una cuestión que FERRI no aclara.

La elaboración del sistema de la teoría del delito, por otra parte, no se diferencia en lo metodológico sustancialmente de la de la escuela clásica italiana.

a) El punto de partida debe ser el delincuente³⁹. Ello significa que "vida y ciencia imponen a la justicia penal contemplar el delito y regularlo, no solo como relación jurídica de una infracción de la norma penal, con relativas consecuencias jurídicas, sino también, y sobre todo, como expresión de la personalidad del delincuente"⁴⁰.

b) El principio fundamental de la responsabilidad penal debe formularse de la siguiente manera: "todo hombre debe someterse a las normas de convivencia, de religión, de moral, de derecho que hacen posible la existencia y el desarrollo de una sociedad"⁴¹ y toda violación de las normas jurídicas genera responsabilidad penal por el solo hecho de vivir en sociedad⁴².

³⁵ *Principii*, pág. 73.

³⁶ *Principii*, pág. 74.

³⁷ *Principii*, pág. 75.

³⁸ *Principii*, pág. 187.

³⁹ *Principii*, págs. 197 y ss.

⁴⁰ *Principii*, pág. 202.

⁴¹ *Principii*, pág. 206.

⁴² *Principii*, pág. 205.

c) La condición para que un hombre sea considerado "socialmente delincuente reside en el hecho de que el delito cometido materialmente por él, sea la expresión genuina de su personalidad"⁴³. Esto es consecuencia del postulado en virtud del cual la pena no debe ser proporcionada al delito, sino adaptada al delincuente⁴⁴.

d) La teoría del delito se designa como una teoría de la acción síquica, razón por la cual las tradicionales causas de justificación y las de inculpabilidad, así como las que excluyen la acción, son causas que eliminan el dolo; las de justificación por que si bien no excluyen la intencionalidad, importan un obra con intención legítima; las restantes por que excluyen directamente la intención⁴⁵. La teoría de la acción síquica no difiere en su problemática de la teoría clásica del dolo⁴⁶; en ella se discuten los mismos problemas y se llega a las mismas, o similares conclusiones que las defendidas por CARRARA.

e) La tentativa y la participación se tratan desde puntos de vista subjetivos, pero jurídicos, no criminológicos, procurando resaltar el sentido sintomático de la peligrosidad del autor⁴⁶.

Si bien se mira, estos conceptos dogmáticos son en verdad —como los de V. LISZT— reflejo más que de un nuevo método para el estudio del derecho penal, del punto de partida preventivo-especial elegido para la elaboración dogmática. El axioma de la prevención especial ni siquiera es expresable en proposiciones "causal-explicativas", lo mismo que el principio fundamental de la responsabilidad social por el ilícito cometido, sin atender a la culpabilidad del autor. En todo caso, se trata de puntos de vista que *no* pueden obtenerse por inducción.

IV

De los dos modelos analizados, el menos problemático es el de V. LISZT. En realidad, la ciencia total o general del derecho penal tiene más repercusión en la ordenación de la vida académica que en las relaciones del derecho penal con la criminología.

Por el contrario, el modelo de integración basado en la adopción del método de las ciencias sociales por la ciencia del derecho, postulado por FERRI, parece difícilmente realizable. La cuestión fundamental consiste en la posibilidad de obtener, generalizando a partir de la observación de hechos sociales, las normas primeras del derecho penal. Desde el punto de vista teórico parece claro que —como ya lo hemos indicado— tales normas no pueden alcanzarse por vía inductiva⁴⁹. Aquí rigen los límites del método inductivo, límites conocidos

⁴³ *Principii*, pág. 211.

⁴⁴ *Principii*, pág. 202.

⁴⁵ *Principii*, págs. 454, 462 y ss.; 453 y ss.

⁴⁶ Confr. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, 9ª ed., §§ 59 al 91.

⁴⁷ *Principii*, págs. 425 y ss.

⁴⁸ *Principii*, págs. 541 y ss., y 555 y ss.

⁴⁹ POPPER, *Logik der Forschung*, 6 ed. 1976, págs. 3 y ss.

desde Hume⁵⁰. Pero, por otra parte, y en realidad por las mismas razones, la integración postulada por FERRI choca con uno de los postulados que rigen la ciencia jurídica de este siglo: la distinción entre “ser” y “deber-ser” y el punto de partida que sostiene que “las proposiciones de deber-ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie” (“Sollensätze können nicht induktiv auf Seinsfeststellungen, sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden”)⁵¹. Por lo menos mientras la ciencia del derecho, de una u otra manera, mantenga como punto de partida la distinción entre ser y deber-ser con la fuerza de convicción con que lo ha hecho hasta ahora, la propuesta de una integración fundada en la sustitución del método llamado “jurídico” no tendrá posibilidades de una fácil aceptación. El problema científico-teórico general de las teorías jurídicas integrales, es decir, aquellas que junto al análisis descriptivo incorporan también explicaciones causal-explicativas de la realidad psicológica, sociológica o económica regulada por el derecho, carece por el momento de respuestas claras⁵². Específicamente en el derecho penal se sabe muy poco sobre ellas. Cuando se hacen expresamente referencias a conceptos designados como sociológicos o psicológicos se opera, en realidad con un significado en el sentido de los positivistas. Sociológico y psicológico suele expresar, en estos contextos, “opuesto a formal”. Ejemplo de tales conceptos son el “contenido criminal” (krimineller Inhalt)⁵³ o “merecedor de pena” (Strafwürdig). En otras ocasiones se alude a circunstancias fácticas que son imprescindibles para determinar la subsunción de un hecho bajo un tipo penal. Ejemplo de este problema es el concepto de capacidad de culpabilidad, en el que la interpretación de la norma penal debe vincularse a la adopción de un concepto de “enfermedad mental” proveniente de la sicopatología. V. LISZT había llamado a esta problemática “comprobación de los presupuestos de hecho” (“Tatbestandfeststellung”)⁵⁴.

Es probable que estos ejemplos pudieran multiplicarse. Pero los dados demuestran, en todo caso, la reducida función de las teorías integrales en el derecho penal. En la medida en que la labor dogmática consiste en proporcionar normas de comportamiento más concretas que las contenidas en los textos legales^{54 bis}, tales normas no podrían sino fundarse en otras normas. La explicación causal de ciertos hechos no podrá, por lo tanto, proporcionar la norma que establezca su prohibición, pues de aquella no podrá deducirse “deber-ser” algu-

no. Un modelo que —como el de FERRI— proponga lo contrario, encontrará dificultades metodológicas insalvables. El hecho cierto de que los juristas argumenten frecuentemente con “informaciones fácticas proporcionadas por la economía, la política, la sociología y la psicología” no permite afirmar que de estos argumentos se puedan deducir las normas que se aplican⁵⁵.

V

El fracaso del modelo de integración de FERRI tuvo por consecuencia que la criminología causal-explicativa, orientada por la idea de prevención especial, redujera los límites de su influencia a los fijados por V. LISZT⁵⁵. La dogmática penal, por lo tanto, se ha desarrollado independientemente de la criminología positivista.

Pero la criminología causal-explicativa no es la única criminología. La reacción contra el positivismo y su concepción naturalista de la vida social dió como resultado una criminología de las “ciencias del espíritu”⁵⁶. La “unidad” de esta criminología y la dogmática penal ofreció menos dificultades que el modelo anterior⁵⁷. A pesar de que la criminología de las ciencias del espíritu ejerce influencia en la vida práctica, es evidente que “en la actualidad apenas aparece en las exposiciones generales”⁵⁸, motivo por el cual no está hoy en el centro de la discusión sobre las relaciones entre la dogmática penal y la criminología.

Sin embargo, cabe hacer aquí una breve referencia a la alternativa que brinda. En la medida en que el objeto de su investigación consista en la fenomenología de los delitos (Erscheinungsformen des Verbrechens) y los efectos de la sanción en la vida social (“zu welchen Wirkungen die Bestrafung aus einem Tatbestand im sozialen Leben führt”)⁵⁹, el problema que en verdad presenta, no es el de su unidad con la dogmática penal, sino el de su diferenciación respecto de esta. La investigación de las formas de aparición del delito consistiría en la búsqueda y descripción de hechos cuya adecuación típica no puede afirmarse indubitadamente. Para lograr este fin, se debe partir de una determinada definición de los hechos que se adecúan al tipo penal en forma indiscutible. Esto presupone una interpretación del tipo penal y, por lo tanto, también una idea del “merecimiento de pena” (Strafwürdigkeit) sin la cual no es posible ni la selección de los hechos de dudosa adecuación típica ni la determinación de los presupuestos de la pena del delito concreto (Strafbarkeitvoraussetzungen). Pero, si la selección de los hechos a investigar está determinada por el “merecimiento de la pena” y una definición del contenido del tipo penal por él influida, esta tarea coincidirá con la que normalmente realizan los juristas del derecho penal que operan con el método teleológico.

⁵⁰ HUME, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, 1758.

⁵¹ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1963, pág. 97; confr. KELSEN, *Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, 1911, págs. 6 y ss.; del mismo *Ueber die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 1911, págs. 6 y ss.

⁵² DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, págs. 70 y ss.

⁵³ GRÜNHUT, en *Fest. für Frank I*, 1930, págs. 1 y ss.; HASSENER, en *vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht I*, 1980, ed. Lüderssen y Sack, págs. 229 y ss.

⁵⁴ V. LISZT, *Strafr. Vortr. u. Ausf. II*, 1905, págs. 286 y ss.; HASSEMER, loc. cit.

^{54 bis} BACIGALUPO, *Injusto y punibilidad* (en prensa).

⁵⁵ Otro punto de vista RÜDIGER LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1971, págs. 34 y ss.

⁵⁶ Confr. SEMINAR: *Abweichendes Verhalten IV*, 1980, ed. por Lüderssen y Sack, 1980, págs. 68 y ss.

⁵⁷ NAUCKE, *Zur Lehre...*, págs. 36 y ss.

⁵⁸ CONFR. SEMINAR, pág. 69.

⁵⁹ NAUCKE, *Zur Lehre...*, págs. 48 y 49.

Tampoco caen, a mi juicio, fuera de lo que normalmente hacen los juristas del derecho penal, la investigación de "en qué medida los presupuestos de la punibilidad, dogmáticamente tratados pueden ser conocidos por quienes deben cumplirlos" ("wie weit die dogmatisch behandelten Strafbarkeitsvoraussetzungen von dem, der sie befolgen soll, gewusst werden können")⁶⁰. Lo mismo cabe decir respecto de la investigación referente a la "medida en que el manejo real de los presupuestos de la punibilidad puede convencer" ("wie weit die tatsächliche Handhabung der Strafbarkeitsvoraussetzungen Überzeugen kann")⁶¹. Ambos problemas podrían ser resueltos con los métodos jurídicos habituales porque no difieren sustancialmente de las cuestiones referentes al conocimiento de la norma o de la amenaza penal, que son características de la prevención general. Por lo menos cabría señalar que no se trata de problemas empíricos⁶², por lo que no ofrece problemas especiales a los instrumentos metodológicos con que operan los juristas.

Del análisis realizado puede deducirse que la unidad del derecho penal y la criminología sería posible si esta dejara de ser una ciencia empírica y tomara como punto de partida una determinada "imagen del hombre de la criminología"⁶³ ("Menschenbild-Kriminologie"). Dicho punto de partida permite, inclusive, orientar la criminología de las ciencias del espíritu a la prevención especial⁶⁴. Pero bajo estas condiciones, la autonomía de la criminología respecto de la dogmática penal sería sumamente dificultosa, sobre todo, si la dogmática no se reduce a conceptos puramente formales y sigue un método teleológico, que también parte de una determinada imagen cultural del hombre⁶⁵. En otras palabras, la problemática que estamos analizando presupone que la criminología sea una ciencia empírica y la dogmática penal no lo sea.

VI

La problemática actual de las relaciones entre la dogmática penal y la criminología ha sufrido un cambio fundamental como consecuencia del desarrollo de las investigaciones de la nueva sociología criminal. Las cuestiones que la "nueva criminología" presenta para las relaciones entre esta y la dogmática penal difieren sustancialmente de las suscitadas por la criminología causal-explicativa o por la criminología de las ciencias del espíritu.

Mientras la dogmática penal permanece dentro del paradigma que se gestó en la segunda mitad del siglo XIX, la criminología se encuentra ante una situación que bien puede calificarse de revolución científica. El cambio de para-

digma propuesto por la criminología "nueva", "crítica" o "radical"⁶⁶ importa el abandono del punto de partida causal-explicativo y ha puesto en el centro de la atención científica o la "reacción jurídico-penal contra el hecho" (den sozialen Reaktionsansatz)⁶⁷. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por lo tanto, el comportamiento del autor sino el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad sino de la criminalización⁶⁸.

La discusión sobre las posibilidades de un trabajo conjunto de la criminología y la dogmática penal, o de una "nueva ciencia total del derecho penal" está precedida de un marcado escepticismo⁶⁹. La causa de esta actitud radica quizá en el hecho de que la aplicación del derecho penal por los órganos de control social se ha convertido en objeto del análisis sociológico. Ello configura una perspectiva totalmente nueva para enfocar las relaciones entre la dogmática penal y la criminología: en el marco del positivismo de VON LISZT y de FERRI se trataba de dos disciplinas con el mismo objeto; ahora se trata de la relación de una disciplina (la dogmática) que es, a su vez, objeto o parte del objeto de otra (la sociología criminal), que la analiza como un componente, y ciertamente no el único, del comportamiento de los órganos del control social⁷⁰. Esta posición relativa de una y otra ciencia exige un replanteo total del significado de la criminología para la dogmática penal, pero también del significado de esta última para la criminología. En efecto, una dogmática penal orientada a la prevención especial y que, por lo tanto, da mayor relevancia al autor que al hecho, puede plantearse la absorción de los conocimientos de una criminología cuyo objeto también es el autor. Este tipo de integración entre la dogmática penal y la criminología ya no tiene sentido cuando la última tiene por objeto la reacción social. En otras palabras: la ciencia totalizadora del derecho penal debería tener una fisonomía distinta de la postulada por V. LISZT y por FERRI en su tiempo y que ha dominado, como trasfondo, las discusiones sobre este tema. Un cambio de fisonomía, sin embargo, no tiene por qué significar una dificultad para la cooperación de ambas disciplinas. Si se abandona la idea de integración de la dogmática penal y la criminología regida por el interés de contar en la aplicación del derecho penal con material empírico para la individualización preventivo-especial de la pena, desaparecerán las razones para considerar que el cambio de paradigma de la criminología representa un impedimento para la colaboración de ambas disciplinas⁷¹.

Visto el problema desde esta perspectiva, tampoco tendrá el carácter de un obstáculo para una labor conjunta de la dogmática penal y la criminología, el

⁶⁰ NAUCKE, *Zur Lehre...*, pág. 60.

⁶¹ NAUCKE, *Zur Lehre...*, pág. 60.

⁶² Confr. POPPER, loc. cit., págs. 8 y ss.

⁶³ NAUCKE, en *Seminar*, pág. 69.

⁶⁴ ERIK WOLF, *Das Wesen des Täters*, 1932, págs. 14 y ss.

⁶⁵ Confr. ULRICH KLUG, in *Das Menschenbild der Gegenwart*, 1955, pág. 40; JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957.

⁶⁶ KAISER, *Kriminologie*, 5ª ed., 1981, pág. 33.

⁶⁷ KAISER, loc. cit.; SACK, en *Kriminalsoziologie*, ed. por SACK y R. KÖNING, 1968, págs. 431 y ss.; L. ANYAR DE CASTRO, "Criminología de la reacción social", 1977.

⁶⁸ Confr. NAUCKE, *Seminar Abweichendes Verhalten* IV, págs. 68 y ss.

⁶⁹ Confr. BARATTA, en ZStW 92 (1980), págs. 107 y ss.; SACK, en "Seminar Abweichendes Verhalten", II, -1, ed. por LÜDERSSEN y SACK, 1975, págs. 346 y ss.; LÜDERSSEN, en el mismo lugar, págs. 7 y ss.

⁷⁰ BARATTA, loc. cit., pág. 124.

⁷¹ Otro punto de vista: BARATTA, ZStW 92 (1980), pág. 124.

“distinto grado de abstracción y de autonomía que ambas tienen frente a su objeto”⁷² (“die unterschiedliche Abstraktionsebene und der unterschiedliche Grad an Autonomie, die die beiden Disziplinen gegenüber ihrem Gegenstand haben”) o la existencia de una “prohibición de negación de las premisas”⁷³ (“Negationsverbot von Prämissen”). Para demostrar esta afirmación es preciso tener en cuenta que la dogmática penal, aunque parta de la voluntad del legislador (Willen des Gesetzgebers) tiene que recurrir necesariamente a axiomas que condicionan íntegramente el proceso interpretativo. La introducción de estos axiomas es común a las ciencias jurídicas⁷⁴ y a las empíricas⁷⁵. La “prohibición de negación de las premisas” requiere la determinación previa de cuáles son las premisas que no está permitido negar. En esta tarea la dogmática penal, y la dogmática jurídica en general, no tienen mayores condicionamientos que las ciencias sociales y, por lo tanto, que la criminología. De la misma manera que el criminólogo debe decidir si su objeto será la reacción social al delito o la etiología del mismo, el jurista comenzará por establecer si la voluntad que será objeto de interpretación es la voluntad histórica del legislador o la voluntad “objetiva” de la ley. Ni siquiera el principio de legalidad, que es una premisa decisiva de la dogmática penal, es ajeno a esta problemática⁷⁶.

Si se renuncia a la idea de integración o unidad propia del positivismo, parece necesario partir del distinto interés que orienta ambos conocimientos (Erkenntnisinteresse). La dogmática penal dirige su interés a la aplicación del derecho garantizando ciertos principios que dan legitimidad a la misma y para ello elabora los conceptos que son necesarios para cumplir con su función. La sociología criminal, por el contrario, no tiene por qué ocuparse de la elaboración de estos conceptos⁷⁷, ni por qué limitarse a ellos en su análisis. De la distinta finalidad perseguida por ambas disciplinas se deduce, en primer término, que las relaciones entre la dogmática penal y la sociología criminal solo pueden ser —al menos en el estado actual de esta problemática— fragmentarias.

Hoy solo parece posible señalar algunos puntos de contacto en los que los resultados de las investigaciones sociológico-criminales sobre el sistema penal, y especialmente sobre la aplicación judicial del derecho penal, pueden resultar sumamente fructíferos para la dogmática penal. A manera de ejemplo cabe señalar aquí las investigaciones criminológicas sobre los “mecanismos de selección”⁷⁸. Esta investigación, recae, naturalmente, en forma directa sobre las

⁷² BARATTA, loc. cit., pág. 124.

⁷³ SACK, loc. cit., págs. 357 y ss.

⁷⁴ Confr. JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*.

⁷⁵ Confr. KURT HUBNER, *Kritik der wissenschaftlichen Vernunft*, 2ª ed., 1979, págs. 85 y ss.

⁷⁶ Confr. SAX, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953; GRÜNWARD, en *ZStW* 76 (1964), págs. 1 y ss.; SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, 1975; NAUCKE, *Zu Lehre...*, págs. 182 y ss.; el mismo, en *Fest. für Engisch*, 1969, pág. 274.

⁷⁷ Otro punto de vista: BARATTA, loc. cit., pág. 135.

⁷⁸ Confr. SACK, en *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, ed. por KAISER, F. SACK, H. SCHELLHOS, 1974, pág. 298.

⁷⁹ Confr. BACIGALUPO, *Injusto y punibilidad* (inédito), cap. 1, 1.

instancias e instituciones del control social formal y, de esta manera, sobre la actividad judicial, que constituye el modelo sobre el que se elabora la dogmática penal. La comprobación de que las teorías dogmáticas presuponen axiomas predogmáticos, permite afirmar que estas teorías cumplen un rol significativo en la actividad selectiva de la administración de justicia. La dogmática penal actual no dispone de instrumentos que la autoricen a afirmar una coincidencia perfecta entre la “voluntad del legislador” y la aplicación del derecho penal. Por esta razón, los tribunales deben incorporar criterios adicionales propios cuyas consecuencias desde el punto de vista de la selectividad han quedado, hasta ahora, solamente implícitas. Estas características de las teorías dogmáticas se acrecientan cuando se trata de teorías fundadas en el método teleológico y en la concepción objetiva de la interpretación. Ya la definición del “fin de la ley” como un fin contingente que queda en manos del intérprete importa la adopción de algún criterio selectivo. Desde este punto de vista, entonces, las teorías dogmático-penales resultan ser la traducción en el lenguaje de la dogmática de ciertos criterios de selección que no se infieren totalmente de la ley positiva. El descubrimiento, de que los criterios cotidianos de selección con que operan los órganos del control social, inciden en la vigencia real del principio constitucional de igualdad ante la ley⁸⁰, sugiere la necesidad de revisar el contenido selectivo implícito de las teorías de la dogmática penal, con miras a lograr una realización plena de aquel principio. La profundización de esta tarea requiere, a su vez, que los criminólogos dispogan para sus investigaciones de un conocimiento acabado de las teorías dogmáticas. Para decirlo con palabras de LUHMANN⁸¹: “¿cómo podría verificarse si el origen social del juez influye en sus sentencias, si no es posible juzgar hasta qué punto sus argumentos y decisiones han sido adoptados con corrección, falsedad o torciéndolos dentro de lo jurídicamente tolerable?”.

Ciertamente la selectividad del control social no es más que una hipótesis que “hasta ahora ha ayudado más a formular preguntas que a responderlas”⁸², pero ello no le resta importancia como uno de los puntos de contacto en los que el trabajo común entre la criminología y la dogmática penal puede resultar fructífero.

Como hemos dicho, solo se ha querido mostrar uno de los campos en los que el interés del conocimiento coincide y permite, por lo tanto, un aprovechamiento recíproco de las investigaciones de ambas disciplinas. En nuestra respuesta la cuestión de las relaciones entre la dogmática penal y la nueva sociología criminal queda abierta al descubrimiento de nuevos puntos de contacto en los que la cercanía o coincidencia del interés del conocimiento de ambas disciplinas permita desarrollar una tarea conjunta. En general, es de suponer que estos puntos de contacto se darán allí donde la investigación sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que los instrumentos concep-

⁸⁰ Confr. BARATTA, en *ZStW* 92 (1980), pág. 114.

⁸¹ *Rechtssoziologie*, 1, 1972, págs. 1 y ss.

⁸² SACK, *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, pág. 303.

tuales de la dogmática penal frustran en su aplicación práctica la realización de los principios de los que depende la legitimidad de la reacción penal en un Estado democrático.

VII

Este programa de trabajo no será, probablemente, fácil de llevar a cabo. Hasta ahora, es preciso reconocerlo, las relaciones entre la nueva sociología criminal y la dogmática penal no han sido fáciles, pero más por razones ideológicas que de otra índole. La máxima dificultad radica en la suposición de que la nueva criminología posee una dimensión crítico-social que la dogmática penal no puede alcanzar por su dependencia total de la voluntad del legislador: el dogmático, por lo tanto, no podría ser sino un "garante" de la ideología del legislador en la aplicación del derecho. Si a este punto de vista se agrega una concepción del derecho, según la cual este únicamente podría explicarse como un instrumento por medio del que "algunos grupos ejercen el poder sobre otros para su propio beneficio"⁸³, puede entrarse inclusive en el terreno del cuestionamiento moral de los dogmáticos penales. Pero este punto de vista es, a mi juicio, extremadamente simplista, porque presupone que la dogmática penal carece de una instancia crítica interna. Tal dogmática jurídica no existe.

La dimensión crítica de la sociología criminal presupone un modelo ideal de sociedad con el que se compara la sociedad cuyo aparato de control social se critica. La dogmática penal, por su parte, tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: Toda dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad.

Al concluir, parece necesario una última advertencia: una dimensión crítica no importa todavía una definición del partido de la crítica: ni para la criminología, ni para la dogmática penal. El partido de la crítica será siempre, y en todo caso, el partido del ideológico que critica. Por ello, no parece apropiado clasificar a los científicos ideológicamente por la ciencia que cultivan y no por el partido que representan.

⁸³ RICHARD QUINNEY, "Towards a Sociology of Criminal Law", en *Crime and Justice in Society* (editado por él mismo), Boston, 1969, págs. 1 y ss. (citado según la versión alemana en "Seminar: Abweichendes Verhalten", II, 1, págs. 44 y ss. (78).

EL LOCO Y LA JUSTICIA*

JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS y PEDRO GUERRERO GONZÁLEZ.

"Bandido, ladrón, granuja, bribón, es la justicia de las personas decentes la que persigue al niño".

PREVET

INTRODUCCIÓN

La visión que la justicia tiene del loco en general y, en particular del loco que infringe el estatuto penal, ha sufrido en Colombia una serie de mutaciones, cuyo significado es inteligible a partir de dos puntos de referencia: de un lado, la evolución de las ciencias penales y, del otro, la evolución de la psiquiatría. De época en época el entrecruzamiento histórico de estas dos disciplinas, ha dado lugar a una psiquiatría criminal o, si se prefiere, a una criminología psiquiátrica que, en la práctica, se traduce en un modo específico de tratamiento penal del delincuente anormal.

Comoquiera que la metamorfosis de la legislación penal colombiana y de la ideología de la locura en nuestro medio, no se pueden, sin más, desmembrar de sus antecedentes históricos, resulta útil indagar, muy someramente, sobre el desarrollo de las concepciones generales acerca del delito y del delincuente. Advertimos que apenas se pretende una breve sinopsis, pues la historia de las doctrinas penales exige una prolijidad y extensión que exceden, con mucho, los límites de una simple comunicación.

En la historia del derecho y del modo de juzgar a quienes transgreden el ordenamiento social se pueden distinguir, al menos, cuatro períodos:

En los comienzos, el individuo lesionado asume, bajo su propia responsabilidad, el derecho a castigar; el castigo (talión) no es más que una retaliación privada.

Más tarde la divinidad ofendida exige una expiación y el castigo adquiere el carácter de un sacrificio exculpatorio destinado a apaciguar la cólera divina.

Asimismo, el grupo social se siente amenazado en su integridad o en su seguridad y detiene al inculpaado para reducirlo a la impotencia y hacerlo inofensivo.

Finalmente, el Estado ve en el acto del culpado un atentado al orden público y a los sentimientos de justicia y de moral de la comunidad. El Estado restituye el derecho violado y exige una reparación.

* Ponencia oficial XVIII Congreso Nacional de Psiquiatría, Medellín, octubre 1978.

En los tres primeros estadios de esta evolución, rápidamente se advierte que no se tiene en cuenta más que el lado objetivo del delito. La voluntad del culpable hasta allí, no es considerada. El castigo se tasa según la intensidad del daño material causado o bien según el temor inspirado por la ira divina. Las penas son de un exagerado rigor o brutalidad y están encauzadas tan solo a reparar el daño particular o social. A esta concepción corresponden el derecho mosaico, el de los antiguos griegos, el de los romanos hasta la época de los emperadores y el de las comunidades primitivas.

No obstante, en el derecho mosaico se encuentra el germen de una distinción entre intención, negligencia y causalidad en la ejecución de un hecho punible. En el antiguo derecho romano, del mismo modo, se tiene en cuenta el punto de vista subjetivo, en la imputación del crimen: el acto no es criminal sino en caso de existir la intención de lesionar. Toda violación de la ley en que falte tal intención, no se considera más que como un hecho causal.

El derecho romano imperial, por primera vez, introduce plenamente el análisis del aspecto subjetivo del hecho y se plantea el problema de la imputabilidad. La ley de JUSTINIANO suprime la responsabilidad penal del alienado. En su época, el dominio oficial de la locura se extiende desde el furor (manía aguda) hasta los estados de demencia, insanía, *fatuitas*, *morra* y *mente capti*. El enfermo vuelve a ser responsable cuando el acto punible se realiza en un intervalo lúcido. Los estados pasionales intensos se consideran como una enfermedad mental. Los trabajos de ARETEO, GALENO y CELIO AURELIANO, respecto a la naturaleza de las enfermedades mentales fueron de gran ayuda para los juristas romanos. La pérdida de la razón implica el nombramiento de un curador, pero se admite la existencia de intervalos lúcidos (*intervala perfectissima*) durante los cuales se reconoce la validez de los actos civiles ejecutados y se suspende la curatela. Para los romanos, la pena es una exigencia de la moral, en interés al orden público ofendido, por lo cual no se deja a los particulares o a los grupos sociales lesionados, el derecho de fijar y aplicar el castigo; es el representante oficial de la justicia del Estado el encargado de aplicar la pena.

Con la extensión del cristianismo, luego de Constantino, la Iglesia se arroga las funciones de juez (derecho canónico), y las ejerce en su doble papel instructivo y disciplinario, lo que conduce más tarde a la Inquisición y a los procesos de hechicería, la tortura, el suplicio, la hoguera y las ordalias. La importante recopilación del derecho del siglo XVI, "La Carolina", sanciona con penas bárbaras la superstición y otros delitos contra la religión. El texto de los dominicos SPRENGER y KRAEMER *Malleus Malleficarum* (El Martillo de las Brujas) contenía ya indicaciones precisas de orden técnico inquisitorial, acerca de cómo adelantar los procesos instructivos y aplicar las penas. "No todos los acusados de ser brujos o hechiceros eran enfermos mentales, pero casi todos los enfermos mentales eran sindicados como brujos, hechiceros o hechizados", refiere ZILBOORG. Durante todo este período, hasta comienzos del siglo XIX, se dejó totalmente de lado la patología del enfermo mental quien invariablemente era condenado, no obstante que en las legislaciones medioevales de algunas naciones, desde varios siglos atrás (siglo XIII), se consignaban normas más o

menos específicas respecto a los locos, como lo ilustra la legislación del *Fuero Juzgo*.

Los filósofos naturalistas de los siglos XVI y XVII (GROCIO, HOBBS, LULLIO, BRUNO, etc.), en contra de la filosofía escolástica, se preocupan del estado íntimo del culpable y de los factores subjetivos de la imputación. Las teorías de los juristas italianos del siglo XVI señalan un progreso decisivo en la penetración en el dominio del derecho penal de la observación y de la investigación médica sobre los estados sicopatológicos. Desde la instalación de la "Rotta Romana", data la costumbre de recurrir a los médicos para la apreciación del hecho.

La jurisprudencia italiana del siglo XVI muestra un gran conocimiento de las condiciones subjetivas de la imputación y de la naturaleza de las enfermedades mentales. El infante no debe ser castigado (*infantem innocentia tuetor*): Hasta los diez años y medio, el niño era considerado como *infantiae proximus et non doli capax* (TARINACIO). Hasta los doce años para las mujeres y catorce para los hombres había la presunción de falta de discernimiento, limitada por el precepto *malitia supplet aetatem* y se podía castigar al impúber si *proximus pubertati sub et ob id intelligat se delinquere*. La ancianidad confería protección análoga respecto a la ley aplicable: *Ignoscitur his qui aetate defecti sum*. La capacidad de imputación no existe para los enajenados: *Furiosus satis ipso furore punitur*. En el caso de existir duda respecto a si un crimen se había cometido en el curso de una perturbación mental o de un intervalo lúcido, se seguía el principio de proceder en favor del acusado: *In dubio pro reo*. Los estados pasionales se consideraban igualmente desde esta época como circunstancias atenuantes.

El primero que trata como un todo científico los datos médico-sicológicos adquiridos en esa época es PABLO ZACHIAS, quien establece las bases de la sicología jurídica; sin embargo, hasta muy avanzado el siglo XVIII, el derecho penal no posee principios concretos y el procedimiento criminal como también la aplicación de las penas, aún se resienten de la influencia de la barbarie de la Edad Media.

Tras el derrumbamiento del feudalismo, las teorías de VOLTAIRE y de los filósofos de la Ilustración, junto con el nacimiento de la siquiatria clásica, contribuyeron a impulsar un movimiento que tendía a sentar los derechos del hombre, establecer la igualdad ante la ley, admitir la doctrina de la libertad individual, dar a las penas un fin humano, suprimir la crueldad de los procedimientos en la sumaria y en el castigo y poner los progresos médicos a disposición de la justicia. Es la época del nacimiento del asilo y la prisión. El tormento fue abolido por las Cortes españolas de 1812 y por el rey Fernando en 1817, aunque los azotes, la marca y la mutilación continuaron vigentes. El suplicio fue gradualmente abolido en Europa entre 1830 y 1848. La cárcel nació en 1840.

La desaparición gradual del suplicio y de la Inquisición no obedece a un acontecer espontáneo por voluntad del legislador, ni a la presión de los críticos humanitarios que levantaron voces de protesta contra las prácticas punitivas

del patíbulo, la horca, la hoguera y la picota. Se ha señalado cómo crecientemente el suplicado despertaba un sentimiento de identificación en las multitudes que, en ocasiones, impidieron las ejecuciones, levantando periódicas oleadas de agitación social que amenazaban el orden existente. El escenario del suplicio fue trasladado de la plaza pública a lugares ocultos de la vista de los ciudadanos, con lo cual el carácter ejemplarizante o escarmentador del castigo se había convertido en su contrario. Si para evitar el levantamiento de las masas la ejecución pública había de evitarse, la razón de ser del mismo perdía significado y era preferible buscar otras formas de penalidad. La derogación paulatina de las penas de muerte en Europa coincide con el surgimiento de la siquiatria como una nueva rama de la medicina. Los trabajos de PINEL y de su discípulo ESQUIROL, a principios del siglo XIX y los de W. GRIESINGER, a mediados, sientan las bases de la siquiatria clásica, de un lado y, de otro, facilitan el rescate definitivo del loco de la hoguera, en cuanto develan la condición sicológica del otrora considerado como poseso o hechizado. No es, pues, casual, que en la segunda mitad del siglo XIX, en la mayor parte de las legislaciones penales europeas, aparezcan normas específicas referentes al delincuente anormal. Sin embargo es interesante anotar que la idea que inspiró tales normas no fue absolutamente novedosa, pues con ligeras variaciones en la formulación de las figuras jurídicas, fueron retomados los antiguos principios de la jurisprudencia romana, mantenidos en suspenso durante más de seis siglos, por las operaciones penales de la Inquisición cuya base doctrinaria como ya se ha dicho, era fundamentalmente demonológica.

1. EL LOCO Y LA JUSTICIA EN COLOMBIA

Son muy pocos los datos que poseemos acerca de la aplicación de penas en las comunidades precolombinas que ocuparon antes de la Conquista lo que es hoy el territorio de Colombia. Con mayor razón desconocemos el tratamiento jurídico que tales comunidades daban al loco que transgredía las normas indígenas de "No matar, no mentir, no hurtar y no quitar la mujer ajena". Según el cronista don JOAQUÍN ACOSTA en su obra *Descubrimiento y colonización de la Nueva Granada*, el homicidio, el rapto y el incesto eran castigados con la pena de muerte, los sodomitas eran empalados, el cobarde vejado y los ladrones azotados, pero nada sabemos si se hacía distinción entre delincuentes normales y anormales.

Durante la Conquista no hubo una legislación clara ni para los conquistados en relación con los conquistadores, ni para estos en relación con la Corona, aunque estos últimos estaban sometidos al Supremo Consejo de Indias. Suponemos que durante este breve período reinó la arbitrariedad y el absolutismo del conquistador.

Durante la Colonia, que se inició en 1563 con la creación de la presidencia del Nuevo Reino de Granada, se aplicó sucesivamente la legislación española, si bien de un modo indiscriminado y según las necesidades, se aplicaron también

normas de legislaciones anteriores al Descubrimiento y la Conquista. En su secuencia cronológica tales legislaciones fueron: El *Fuero Juzgo* de ALFONSO V (1263), el *Fuero Real* (1250), y las *Partidas* de ALFONSO X (1263), las *Ordenanzas Reales* de MONTALVO (1488), la *Nueva Recopilación* de FELIPE II (1567) y la *Novísima Recopilación* de CARLOS IV (1805). Pero al lado de los anteriores estatutos se aplicaron sucesivamente muchas de las recopilaciones de leyes de Indias entre las cuales citamos el *Cedulario* de PUGA (1525-1563), las *Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano* de ALONSO DE ZORITA (1570), el *Código* de ENCINAS (1596), el *Libro de Cédulas y Provisiones del Rey* (1541-1621), el *Libro I de las Recopilaciones de las Cédulas, Cartas, Provisiones y Ordenanzas Reales* de JUAN SOLÓRZANO (1622) y la *Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias* (1580).

Todo este aparato legislativo era aplicado por la Real Audiencia de Santa Fe, creada en el año de 1549. Por la misma época comenzó a funcionar en Santa Fe el Tribunal de la Inquisición y desde 1610, el Tribunal de la Inquisición de Cartagena, los cuales dictaron numerosas sentencias con penas atroces para herejes y brujos.

Ignoramos el alcance y especificidad de la aplicación de las disposiciones normativas de las legislaciones atrás reseñadas. Pero suponemos que existiendo la norma haya sido esta invocada en los casos concretos a que hacía referencia. Así por ejemplo la Ley x del libro v del *Fuero Juzgo* (1003) dice: "Los niños que son menores de XIII annos, si quisiesen hacer manda de sus cosas o otro prometimiento, o por escrito, o por testimonias, non le puedan hacer, fueras ende si fuere por enfermedad o por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de x annos adelante, puede cada uno dellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si después combrar de la enfermedat, quanto mandaron non debe valer, fueras ende si por ventura tornaron en enfermedat o lo otorgaren de cabo, o si ovieren después cumplidos XIV annos. E los ninnos e los viejos que son fechos locos o que non au nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda, non debe valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer establecido".

Dos siglos más tarde (1250) la Ley VII del libro I, título XI del *Fuero Real* de España, dispuso: "Si algún loco, o desmemoriado ficiere Pleyto, mientras durare la locura, en el ral Pleyto como este, no vala: mas si en algún tiempo cobrare su sentido e su sanidad, el Pleyto que ficiere en tal tiempo, vala: maguer que después torne en locura. Otrosí mandamos que los que son de menor edad de catorce años, non pueden hacer ningún Pleyto que sea de su daño: más si ficiesen el Pleyto que sea de su pro no sea desfecho por aquella razón porque fizo Pleyto en tiempo que no era edad cumplida".

Algunos años más tarde el *Código de las Siete Partidas* de ALFONSO X EL SABIO, consignó las leyes siguientes referentes a los locos. Partida 3ª, título xv, ley VIII: "Otrosí decimos que non puede testiguar ome que aya perdido el seso, en quanto le durase la locura". La Partida 7ª, título I, ley IX: "Esso mismo dezimos que sería del loco o del furioso o del desmemoriado que lo non

pueden acusar de cosa que fiziese mientras que le durara la locura. Pero no son sin culpa los parientes dellos, quando non les facen guardar de guisa que non puedan fazar mal a otro”.

Y la Partida 7ª, título VIII, ley III, reza: “Otrosí dezimos, que si algúnd ome que fuesse loco, o desmemoriado, o moço que non fuese de hedad de 10 años e medio, matare a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que faze”.

Quien mejor subraya el espíritu de la antigua legislación española en lo concerniente al loco, es LARIZ, en su *Discurso sobre las penas*, cuando dice: “III-Hemos dicho que el loco no comete verdadero delito, porque le falta el conocimiento y la voluntad; y es así que si comete algún acto perjudicial no incurre en las penas establecidas por las leyes; pero se deben tomar precauciones para que no haga daño a nadie, y quedan responsables las personas encargadas de su custodia; ley IX, título 1 y ley X, título 10. Partida 7: Y no solo no ha de castigarse al loco por los delitos cometidos durante su locura, sino que ni aún se le debe imponer pena extraordinaria, como algunos quieren, por los cometidos estando en su razón; pues ni puede tratarse de corregirle, ni su impunidad causa mal ejemplo, respecto que nadie formará el proyecto de delinquir con la esperanza de volverse loco después”.

El último de los códigos españoles que se aplicó en Colombia, incluso después de la independencia y del cual se iban a derivar casi literalmente nuestras primeras legislaciones penales, fue el *Código de 1790* cuyo artículo 8 dice: “No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 1º—El imbécil o el loco, a no ser que este haya obrado en un intervalo de razón. Cuando el imbécil o el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificase de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si la ley calificase de delito no muy grave el hecho ejecutado por el imbécil o el loco, el tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, o entregará al imbécil o loco a su familia, si esta diese suficiente fianza de custodia”.

Durante los primeros años de la república se siguió aplicando el derecho penal español, si bien con algunas modificaciones impuestas por la cambiante situación político-militar, como fue la supresión de la Inquisición, en el año 1821, decretada por el Congreso de Cúcuta. En el año de 1837 y bajo el gobierno del doctor José Ignacio de Márquez se expidió la ley 27 de 1837 que fue el primer Código Penal de la nación y que rigió hasta 1863. Era esta una réplica de las leyes españolas reglamentarias de delitos y penas, especialmente del Código español de 1821, aunque también contenía algunas disposiciones extractadas del Código francés de 1810. El capítulo II, título I, libro II, *De las personas excusables*, de dicho Código, dice en su art. 106: “Son excusables y no están por consiguiente sujetos a pena alguna: el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón”.

De conformidad con lo anterior y como anotación histórica, citada por ROSSELLI, mencionamos como ejemplo de la primera peritación siquiátrica practicada en Colombia, la que se hizo en Medellín el 17 de agosto de 1846, en el caso del padre José María Botero, quien fue condenado a la pena capital, por el delito de rebelión y quien fue excusado de la pena al declarársele loco con el diagnóstico de *polimanía razonante intermitente*.

La ley 112 de 1873, que sancionó el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, dotó al país de un Código que, con algunas reformas, fue un traslado literal del que se adoptó para el Estado de Cundinamarca en 1858, que a su vez reprodujo, casi en su totalidad, el de la Nueva Granada de 1837. El art. 34 del Código del 73 expresa: “De la misma manera, ninguna sentencia en que se imponga pena al que se halle en estado de verdadera demencia, se ejecutará i ni aún se notificará al reo hasta que sane; pero si la demencia del reo durase más de 15 días, de pronunciada la sentencia, que cause ejecutoria, se notificará esta a un curador que se nombre al demente, i se llevará por entonces a efecto en solo lo relativo a las penas pecuniarias”.

Y el art. 87 del mismo estatuto dice: “Son excusables, i no están por consiguiente sujetos a pena alguna: el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al mismo tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón”. Más adelante, y ya bajo el régimen de la república de Colombia, la ley 19 de 1890 que hizo entrar en vigencia el Código Penal dispuso en su art. 29: “Son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna: 1º) El que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de la razón”.

En el mismo año en que se sancionó el Código anterior, se adelantó una peritación siquiátrica, citada por ROSSELLI, alrededor del caso del general Pedro A. Sánchez, sindicado del delito de homicidio en la persona de su esposa, hecho ocurrido en Bogotá y a quien se le diagnosticó una *manía impulsiva* y quien se supone que quedó libre por hallarse bajo las circunstancias contempladas en la norma atrás mencionada.

Algunos años más tarde, en 1912, JOSÉ VICENTE CONCHA presentó al Senado de Colombia un proyecto de Código Penal, calcado principalmente del Código Penal de Italia de 1889, con algunas modificaciones tomadas de los códigos alemán y holandés. Tal Código, que fue adoptado por la ley 109 de 1922 no entró, sin embargo, en vigencia. A propósito de este Código se inicia en nuestro medio el debate de la *escuela espiritualista o clásica* del derecho contra la *escuela antropológica o positivista*, fundada en las teorías de LOMBROSO. El Código de CONCHA que al decir de ANTONIO JOSÉ CADAVID, “se ha formado en armonía con las ideas cristianas y espiritualistas”, impone limitaciones y cortapisas a la total exención de responsabilidad penal del delincuente anormal, la cual se había consagrado ampliamente en todas las legislaciones anteriores, como lo hemos visto y, salvo la exclusión de pena para el loco, ordena someterlo a reclusión en manicomio, con las debidas seguridades. Dice CONCHA en la exposición de motivos de su Código: “Las cuestiones referentes a la responsabilidad penal en relación con el estado mental en que se hallare el acusado en el

momento de cometer el delito, son de las más difíciles y de las que han dado lugar a mayores debates, sin que se haya podido llegar todavía a la adopción de una fórmula que se acepte generalmente. La exagerada extensión que se ha dado últimamente a las funciones de los peritos médicos que sustituyen casi a los tribunales o jueces cuando se trata de decidir respecto a las dudas que surjan sobre la plenitud de la razón del acusado, contribuyendo no poco a complicar el problema, especialmente donde a teorías especulativas que no tienen la sanción científica, se les da valor análogo al de los textos legales”.

CONCHA es el primero en adjudicarle peligrosidad a los locos y el primero en sugerir la creación del *manicomio criminal*. Al respecto dice: “En tratándose de delinquentes que sin estar en situación de responder de sus actos como de ordinario, constituyen un peligro para la sociedad, se provee a la manera de custodiarlos en impedirles que hagan daño, sin sujetarlos a detención que tenga caracteres afflictivos. Estas medidas suponen la existencia de establecimientos especiales, *Manicomi criminali*, cuya creación debe procurarse, y que deben sustituirse, mientras esa urgente necesidad social no se satisfaga, con departamentos especiales de los manicomios comunes”.

El pensamiento jurídico de CONCHA respecto al loco se expresa en su art. 41 de su Código así: “No estará sujeto a pena el que ejecute el acto violatorio de la ley penal a tiempo que sus facultades mentales estaban debilitadas o trastornadas por causa de enfermedad, de tal suerte que carezca de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos. En este caso el juez suspenderá el procedimiento criminal y hará que se someta al sindicado a observación científica en un manicomio, con las seguridades debidas, hasta por un año, después de lo cual se decidirá sobre la responsabilidad; pero en ningún caso se dejará libre al que haya sido declarado en estado de enajenación, cuando se reputa peligroso”.

Posteriormente, la ley 81 de 1923 creó una Comisión Revisora del Código Penal, constituida por los doctores RAFAEL ESCALLÓN, JOSÉ A. MONTALVO, PARMENIO CÁRDENAS y LUIS RUEDA CONCHA, con el objeto de revisar el Código de CONCHA y elaborar un nuevo proyecto de Código Penal.

Con el trabajo de esta Comisión comienza a abrirse paso en nuestro medio la *escuela positivista* fundada en los principios básicos de la defensa social, la peligrosidad y la responsabilidad legal sin hacer distinción entre los normales y los anormales. Esta Comisión impugna el precepto penal de: “No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituya”, consagrado por las legislaciones precedentes y consignado entre otras, en la legislación italiana vigente en la época, negando doctrinaria y empíricamente la voluntad del sujeto, por cuanto el querer implicaba una voluntad libre y un criterio de imputabilidad moral, que, al decir del doctor PARMENIO CÁRDENAS, estando el juez humano imposibilitado para medir la culpabilidad moral, era necesario buscar un criterio más positivo y más práctico para la penalidad y ese criterio no podía ser otro que la responsabilidad social, la cual permite estudiar la peligrosidad del agente, y adoptar las medidas de defensa más apropiadas de acuerdo a la misma. Para esta Comisión, el criterio de imputabilidad moral no servía de base para un có-

digo penal moderno, puesto que “para la escuela positiva de la justicia penal que responde a una necesidad absoluta de defensa social, no hace distinción entre delinquentes normales y anormales y todo el que cometa hechos previstos por la ley penal, queda sometido a esta, la cual solo debe adoptar sus sanciones represivas a la personalidad de los criminales”.

De esta forma, la concepción penal de la Comisión del 23 quedó expresada en los arts. 41, 42 y 43 de su anteproyecto así: “No es punible el que al tiempo de cometer el hecho se encuentra en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia venenosa, o padezca de grave anomalía síquica, pero el juez debe ordenar que se le segregue y someta al tratamiento médico conveniente en un manicomio u otro establecimiento adecuado, si a causa de su enfermedad, demás condiciones personales y el hecho cometido, se le considera peligroso para la sociedad.

”La segregación a que se refiere el inciso anterior no podrá cesar sino por resolución judicial con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

El articulado anterior, con ligeras modificaciones sufridas a manos de la Comisión que revisó el anteproyecto y elaboró el proyecto definitivo que sería erigido en estatuto penal, mediante la ley 95 de 1936, significó el triunfo del positivismo penal en Colombia, en momentos en que este había sido derrotado en Italia. Para situarnos en los demás inmediatos antecedentes de la ley penal que nos rige veamos lo que nos dice LOZANO Y LOZANO, uno de los autores del proyecto definitivo: “Debemos tener en cuenta los siguientes hechos: las escuelas penales modernas arrancan del movimiento iniciado por LOMBROSO, quien fue el primero en sostener la tesis de que era necesario estudiar al delincuente antes que al delito, porque el delito es un fenómeno natural producto de la constitución orgánica de los individuos y es en su calidad de fenómeno natural como conviene estudiarlo. De esta concepción de LOMBROSO se derivan las siguientes consecuencias: las antiguas teorías de la penalidad se derrumban por prescindir del factor humano, para estudiar únicamente la manifestación objetiva del delito como ente jurídico abstracto.

”Si el delito está determinado por factores antropológicos, según las concepciones de LOMBROSO, de nada sirven las consideraciones morales y la pena misma tiene un objeto distinto del que le asignaban los sostenedores de las teorías clásicas. La gravedad de la pena no se mide ya por la importancia del derecho violado, sino que, a mayor impulso, corresponde mayor capacidad para el delito en el delincuente; este debe sufrir también una pena mayor, lo cual envuelve, en otros términos, el concepto de la peligrosidad. Fue FERRI quien completó aquel esquema añadiendo al factor antropológico el concepto también natural de los factores sociales, de todo lo cual resulta que todo hombre es siempre responsable de todas las acciones antijurídicas por él ejecutadas, únicamente porque vive en sociedad y en tanto que vive en sociedad”. El mismo LOZANO Y LOZANO opinaba en el seno de la Comisión: “La sociedad debe defenderse de aquellos individuos que tengan capacidad penal, capacidad que no pueden tener sino los anormales”.

2. EL CÓDIGO DE 1936

El art. 29 del Código Penal de 1936 introduce por primera vez en firme, en la legislación colombiana, un tratamiento jurídico diferencial para el delincuente anormal. Tal art. 29 dice a la letra: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro", es decir, las llamadas medidas de seguridad, que define el artículo 61 del Código, así: "Son medidas de seguridad: a) para los delincuentes a que se refiere el art. 29: La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial; la libertad vigilada; el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas; la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos..."

El mismo Código define el *manicomio criminal* en los siguientes términos en su art. 62: "El manicomio criminal y la colonia agrícola especial son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares, para enfermos de la mente comunes, dirigidos por siquiátras, y en donde en cuanto sea posible, deberá establecer el trabajo industrial o agrícola".

Los arts. 29 y 61 dan origen a dos instituciones: el *delincuente anormal* y el *manicomio criminal*, que, a partir del año 36, se entronizan oficialmente a título jurídico. Pero pese a la definición que ya desde el año 36 hizo el Código del *manicomio criminal*, es decir, pese a la creación por la ley del manicomio criminal, este en realidad, aparte de su incorporación y oficialización en el texto legal, nunca ha existido.

Lo que hoy conocemos como *manicomio criminal* es apenas el resultado de la buena voluntad de unas cuantas personalidades que en uno de los pabellones de la Penitenciaría de La Picota organizaron el *manicomio criminal*, tal como detalladamente nos lo relata el doctor Raúl García en documento adjunto. Obviamente, las personas que con tan buena voluntad han prestado su concurso para brindar alguna atención a los delincuentes anormales, no son responsables del inmenso abismo que media entre el texto de la ley: "el manicomio criminal y la colonia agrícola especial son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica" y lo que existe en la realidad: un lugar sórdido y dantesco que niega las más elementales ideas acerca de una institución supuestamente destinada a albergar delincuentes anormales. Se cae de su peso que el único responsable es el Estado.

Ahora bien, el delincuente anormal, cualquiera sea su delito, es sometido por la justicia a igual tratamiento penal, pese a las diferencias que la misma ley introduce. El art. 63 del Código ordena: "El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio o cuyo estado los haga especialmente peligrosos". Con otras palabras, al *manicomio criminal* solo se debe enviar a aquellos delincuentes anormales que cometan delitos mayores, para los cuales se señala la pena de presi-

dio de 1 a 24 años, v. gr. homicidio. Sin embargo allí se envía también a los delincuentes anormales que cometen infracciones para las cuales se señala, en condiciones corrientes, la pena de prisión o la de arresto, lo mismo que a muchos sujetos que aún no han sido sentenciados y tan solo se encuentran en calidad de sindicados.

El legislador habría querido, en apariencia, favorecer a los anormales que incurren en ilicitudes de menor cuantía, instituyendo para ellos la *colonia agrícola especial* o la libertad vigilada, pero, en la práctica, los intermediarios entre la ley y el delito, esto es los jueces, miden con el mismo rasero a todos los delincuentes anormales e invariablemente los condenan al *manicomio criminal* desbordando con ello las limitaciones fijadas por la ley, o bien, presumen arbitrariamente en el delincuente anormal circunstancias de especial peligrosidad. Por otra parte, por la ausencia de la *colonia agrícola especial*, creada por la ley pero no organizada por el Estado, los delincuentes anormales que eventualmente son condenados a esta sanción, terminan del mismo modo reclusos en el manicomio criminal.

Tal discrepancia constituye de hecho una contradicción de orden suprallegal, que se resuelve adjudicándose de antemano al loco más el carácter de delincuente peligroso que de enfermo, pues como más adelante lo veremos, la condición mental del delincuente solo incide como una circunstancia fortuita de orden procedimental, es decir, en la técnica del juicio, ya que, a la postre, el anormal no es conducido a un hospital sino a un presidio y no es tratado como un paciente sino como un recluso. Del texto del estatuto penal se desprende la intención del tratamiento penal diferencial para el delincuente anormal, de su exclusión del régimen de penas corrientes e incluso de su conceptualización como algo diferente del delincuente común, pero en la práctica se borran todas estas diferencias y muy por el contrario lo que se pretendía como consideración merced a su enfermedad, se torna en su opuesto dialéctico, es decir, en franca desventaja frente al delincuente normal, hasta el extremo que el delincuente anormal permanece confinado, de ordinario, mucho más tiempo que el que permanece un delincuente normal por el mismo delito.

3. EL MANICOMIO CRIMINAL

En los extramuros del sur de Bogotá, donde la ciudad termina y comienza la vía que conduce a Usme, se encuentra localizada la Penitenciaría Central de Colombia *La Picota*, establecimiento destinado a la reclusión de los sentenciados a la pena de presidio, uno de cuyos pabellones aloja a los delincuentes anormales, sin adecuación o habilitación previa de ninguna naturaleza. Una descripción locativa de este pabellón llamado "Manicomio Criminal" se encuentra en el informe de LUIS CARLOS TABORDA y sus colaboradores "El Anexo siquiátrico de la Penitenciaría de La Picota", lo cual hace innecesario redundar aquí en tales aspectos.

4. LA JUSTICIA Y EL LOCO. ESBOZO DE UNA CRÍTICA

Las figuras del *delincuente anormal*, *manicomio criminal* y *peligrosidad* nacieron en el Código del 36, aunque ya desde el Código de CONCHA se venían incubando tales instituciones, las cuales se perfilaban cada vez con mayor nitidez en las sucesivas formulaciones de los juristas encargados de elaborar los proyectos de Código, de los cuales se desprendió el actual. La preocupación de los redactores del estatuto vigente era dotar al país de un Código moderno, que le permitiera al Estado hacer frente a la criminalidad —se entiende que se trata de una criminalidad creciente—. Y si el Código del 90 se juzgaba obsoleto o anticuado era precisamente a causa de su ineficacia para contener el crecimiento vegetativo del delito, o con otras palabras, si el delito continuaba en incremento, pese a la existencia de una institución represiva del mismo, era porque había algo que fallaba en los ordenamientos doctrinarios, normativos y penalógicos del Estatuto del 90.

Dentro de tal línea de raciocinio se encontraron los expertos juristas desde 1925. Pero el mérito de buscar al ahogado río arriba no es solo de nuestros togados —ellos apenas se limitaron a transplantar credos foráneos— sino también de los juristas europeos y en particular de los italianos, quienes con igual alarma contemplaban el incontenible aumento de la criminalidad en sus países y para quienes la explicación de la criminalidad en sus países y para quienes la explicación de este fenómeno había que buscarla en el hombre, pero no en el hombre abstracto, como querían los libero-arbitristas, sino en el hombre delincuente. El desplazamiento de la mirada desde el delito hasta el delincuente, es decir desde un hecho criminoso, como el resultado de una acción sicofísica moralmente enjuiciable, hasta el actor como ejecutor de acciones punibles en virtud de sus determinismos bio-socio-antropológicos, como delincuente *per se*, como sujeto inexorablemente inclinado al ilícito, a pesar del carácter afflictivo o represivo del castigo, provocó un desplazamiento teórico. Si para unos lo esencial era la rehabilitación por la expiación de la culpa por medio del castigo, para otros lo fundamental era la defensa social por la reparación de la lesión inferida a la seguridad y tranquilidad de la colectividad mediante el castigo intimidatorio y defensivo. Para unos la doctrina revelaba la metafísica del bien y el mal; para otros, la doctrina fundaba la metafísica del peligro y la defensa; pero unos y otros quedaron atrapados en la metafísica de las figuraciones, pues mientras que los partidarios de la doctrina del libre albedrío consideraron al hombre en abstracto, como una entidad jurídica neta y como un sujeto capaz de emitir juicios de valor ético, los partidarios de la doctrina positivista cayeron igualmente en la abstracción del hombre, al considerarlo tan solo como un producto de sus factores hereditarios, biológicos y antropológicos. El positivismo creyó que bastaba una conmutación conceptual en el aparato jurídico, para que la situación, esto es la situación criminal, se redujese a su justo nivel. El positivismo jurídico-penal logró abrirse paso en muchas legislaciones europeas y latinoamericanas y para ello las condiciones socio-políticas de los Estados donde se impuso estaban dadas. En Italia y otras naciones europeas, el ascenso

del fascismo al poder; en Latinoamérica el advenimiento de toda suerte de dictaduras. El libero-arbitrismo fue incapaz de contener el avance del positivismo, entre otras razones, porque a la luz de la experiencia empírico-histórica, había fracasado en su empeño de reducir el delito y porque ante el fenómeno del ascenso revolucionario de las masas trabajadoras en la etapa de pre-guerra, prestaba muy flacos servicios al Estado, en cuanto aparato de dominación hegemónica en vías de fortalecimiento. Al respecto dice FERRI: “La función penal, por la cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado preservar a la comunidad toda de las formas antihumanas de la criminalidad y, de otro, defender a una parte de la colectividad, la clase dominante”. Huelga cualquier comentario acerca del papel que el positivismo jugó en el proceso del afianzamiento de una clase en el poder.

Al margen de las razones históricas que sustentan su emergencia, allí donde se adueñó del pensamiento jurídico-penal, el *positivismo*, armado de naturalismo y mecanicismo, le enrostra a la escuela clásica su exceso de racionalismo y su precariedad de argumentos provenientes de las ciencias experimentales, es decir su debilidad científica. Acerca de lo anterior dice LUIS C. PÉREZ: “La afirmación del libre albedrío, tal como se entendía este concepto a comienzos del siglo XIX, fue el punto débil por donde atacó victoriosamente el positivismo naciente. Al modificarse sustancialmente el método científico, en el siglo XIX, habría de surgir, como efectivamente surgió y se impuso, una explicación naturalista de los hechos sociales y hasta de psicología individual, tratando de negar el criterio racionalista de los clásicos, de modo que el principio de causalidad se impuso a la lógica abstracta. Los hechos interpretados sobre la base de la experiencia, eran más importantes que los conceptos, y era sobre estos hechos como debían construirse las teorías delictivas y penalógicas”.

Entre tanto los años han pasado y los reparos que en su tiempo se hicieron a la escuela clásica por su impotencia frente al delito no son muy distintos de los reproches que pueden hacerse hoy al positivismo, por el mismo motivo. Una crítica sería a las doctrinas de FERRI, LOMBROSO y GAROFALO debe tomar como punto de partida sus concepciones mecanicistas, causalistas y antidialécticas, concepciones que no solo permitieron el fortalecimiento en el poder, de regímenes arbitrarios, sino que a título de la defensa del Estado, es decir de la clase dominante según su teoría, negaron la esencia revolucionaria del hombre y de la sociedad. Si el positivismo también fracasó históricamente en su tarea de limitar al delito y defender la sociedad, es simplemente porque su credo acerca del delito y del delincuente, al igual que la teoría de la escuela clásica, se afirma sobre bases ahistóricas y metafísicas, apenas si, cubierta por un débil disfraz de empirismo vulgar. Todo lo que los clásicos y los positivistas han hecho hasta la fecha es situar al delincuente y al delito fuera del contexto social, al margen de los dinamismos propios de los grupos sociales en pugna, como creaciones de la abstracción ontológica. Mientras no se reflexione sobre el hombre delincuente y sus actos, como un producto específico de una determinada sociedad, se cae en el vacío teleológico, y mientras no se enjuicie a la

sociedad como la verdadera y única responsable de la producción de delincuencia, toda discusión acerca de sus subproductos delincuenciales conduce a la logomaquia y el galimatías.

Las anteriores digresiones nos permiten entender cómo la visión del loco que incurría en conductas criminales que tenían las escuelas jurídicas anteriores, fue radicalmente sustituida. El positivismo se afirmó sobre sus postulados de peligrosidad y defensa social y el loco quedó involucrado automáticamente dentro del sistema, por cuanto, *a priori*, se le adjudicó una "extrema peligrosidad". La concepción humanitaria fue reemplazada por una draconiana y así el loco constituyó un "peligro" del cual hay que precaverse, ya que representa una amenaza para la seguridad y la tranquilidad ciudadanas, que ya potencialmente puede perturbar el orden público. El loco sirvió de chivo expiatorio al positivismo que encontró en él su base argumental y en su delito la comprobación de su doctrina.

Es un hecho que el concepto de *peligrosidad* era corriente en siquiatría desde los comienzos del siglo XIX, como lo comenta JEAN PINATEL; "En el sistema francés inaugurado en 1838, el prefecto tenía el poder de ordenar la remisión de oficio a un establecimiento siquiátrico y por una duración indeterminada, si bien con revisiones cada 6 meses, de toda persona cuyo estado mental comprometiera el orden público y la seguridad de las personas", remisión-reclusión que se hacía sobre la presunción de peligrosidad potencial en todo enfermo. La transposición de este concepto a la criminología la efectuó GAROFALO en 1878 bajo el nombre de *temibilidad* en el artículo *Studi recenti sulla penabilità*, publicado en el *Giornale Napolitano di Filosofia e Lettere*. FERRI consideró este concepto como la verdadera piedra angular del nuevo edificio científico, puesto que le brindaba un sustrato teórico a su clasificación empírica de los criminales que él dividía en: criminal nato, criminal alienado, criminal habitual, criminal pasional y criminal de ocasión. Dentro de esta nosología criminal, a excepción del último grupo, es evidente que todos los demás son grupos de "anormales". De allí que, con posterioridad, la clasificación positivista fue orientada en función de la distinción entre personas anormales y normales. La doctrina jurídica positivista atribuye una presunción de "peligrosidad individual" a un *status* patológico determinado y tal presunción se expresa meridianamente en el art. 64 de nuestro Código así: "La reclusión en los establecimientos de que tratan los dos artículos anteriores (*manicomio criminal, colonia agrícola*) subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad, pero en ningún caso podrá ser menor de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en la colonia agrícola especial. Dicha reclusión no podrá cesar sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño".

La construcción teórica que de la *peligrosidad* hace el positivismo, se constituye en un núcleo autónomo ajeno al delito, al delincuente y por lo tanto a la sociedad. Veamos lo que dice MAGGIORE, citado por LUIS C. PÉREZ: "...reduciendo el reo a un ser anormal o enfermo, el delito no será sino el resultado casi fa-

tal de una constitución sicofísica, a donde no llega la luz de la libertad, de este modo, el mundo penal del positivista gira en torno de un poste conectado con corriente eléctrica, en el que está escrito: *Es peligroso tocar...* según esto, ya no habrá reos ni delitos, ni penas, sino personas peligrosas, acciones peligrosas y medidas encaminadas a evitar un peligro. Y si queremos ser más lógicos aún, no habrá ni siquiera derecho penal, ya que no existe derecho sin justicia sino solamente derecho de defensa; y ni siquiera será derecho, sino un simple mecanismo de defensa". Pero FERRI acepta la expresión de GRISPIGNI, según la cual "una persona es peligrosa porque y en tanto es síquicamente anormal" y así el loco se convierte en el objeto donde se simbolizan y condensan todas las justificaciones doctrinarias del positivismo.

Reafirmando este concepto, el mismo FERRI expresa en otra de sus obras: "Si todo delito, desde el más leve al más grave, es la expresión sintomática de una personalidad antisocial, siempre más o menos anormal y, por tanto, más o menos peligrosa, es inevitable la conclusión de que el ordenamiento jurídico de la defensa social represiva no puede subordinarse a una supuesta normalidad, intimidabilidad o dirigibilidad del sujeto que delinque". Hemos visto cómo esta escuela, al efecto de la defensa social, es decir del castigo, fundado este sobre la *responsabilidad*, no hace ninguna distinción entre anormales y normales. En este sentido el artículo 11 de nuestro Código dice taxativamente: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable...", pero a renglón seguido, en el art. 12, fundamenta la responsabilidad en la *culpabilidad* y establece una excepción: "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del art. 29, son intencionales o culposas". Con otras palabras: El art. 11 nos dice que todo el que cometa una infracción a la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, pero el art. 12 nos dice que las infracciones cometidas por las personas normales son intencionales o culposas, mientras que las infracciones de las personas anormales no son intencionales o culposas. No habiendo, pues, culpabilidad en estas últimas, no podría haber responsabilidad, ni tampoco podría hablarse en ellas de infracción a la ley penal, puesto que según la jurisprudencia: "Para que un acto humano se pueda configurar como delito, es necesario que ese hecho conlleve la violación de una norma positiva de la ley penal, presupuesto que entraña la estructuración de los diversos elementos del delito en sus dos aspectos material y subjetivo. En ausencia de cualquiera de los factores que integran el delito en sus aspectos material, subjetivo y jurídico, el hecho aunque intrínsecamente sea reprochable, no constituye delito, pues falta uno de los elementos indispensables para que se tipifique como infracción de la ley penal. La sola estructuración del hecho material no entraña violación de la norma positiva, cuando el elemento subjetivo o intencional en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el Estado no se halla demostrado"¹. En la teoría jurídica general, dice LUIS CARLOS PÉREZ, inadecuada en la dogmática colombiana, para que el agente sea punible,

¹ Tribunal Superior de Bogotá, auto del 23 de marzo de 1950, t. LXVII, pág. 221, citado por ORTEGA TORRES.

nible debe ser responsable. A su vez, para que responda ante la ley tiene que ser culpable. Mas para que pueda ser culpable, es necesario que comience por ser imputable. Por consiguiente, la imputabilidad es el fundamento de la culpabilidad.

Los delincuentes del art. 29 no son imputables por definición, por tanto están exentos de culpa y por ende deben estar libres de responsabilidad. Sin embargo, el art. 11 hace responsables por igual a normales y anormales, no obstante que el art. 12 contrae la culpabilidad tan solo en aquellas personas que no están en el art. 29. Las evidentes contradicciones que en materia de definición se deducen de lo anterior, solo se pueden explicar por el deseo del positivismo de sancionar de cualquier manera la peligrosidad del loco, lo cual se expresa claramente en el art. 29 cuando dice que a las personas comprendidas allí se les sancionará con las *medidas de seguridad*. Pero la sutil distinción entre penas corrientes para el normal y medidas de seguridad para el *anormal*, no pasa de ser un simple juego de palabras, cuando por definición y de entrada, se prescriben sanciones para los anormales.

Veamos ahora cómo los redactores del Código explicaron en 1935 las bases teóricas de esta concepción: "Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluya de una sanción represiva los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal. Adoptada la actividad sicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad social, como medida de la responsabilidad, era consecuencia ineludible que el título de las sanciones no contuviera solo la reglamentación de lo que tradicionalmente se ha llamado pena y que exclusivamente se ha venido aplicando a los normales sanos de mente con un contenido menos disimulado de expiación o sufrimiento, sino que comprendiera también la reglamentación de las llamadas *medidas de seguridad*, que deben aplicarse a los que en el momento de cometer el hecho sean menores de cierta edad o se encuentren en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o padezcan de grave anomalía síquica".

Las *medidas de seguridad* consisten, en la práctica, en la reclusión en *manicomio criminal*, sanción que precede en la mentalidad del encausador a cualquiera otra de las *medidas de seguridad* contempladas por el Código. Tal prioridad punitiva da cuenta de la escotomización que de otros tipos de *medidas de seguridad* hace el juez, quien ve en el anormal solo el inexorable peligro y la fatal amenaza, que solo pueden ser conjuradas merced a su reclusión represiva. De esta forma, el anormal es sometido a un doble castigo; por ser *loco* y por ser *delincuente*. Por lo primero, el castigo de su confinamiento en el *manicomio criminal* por un tiempo indeterminado no inferior a dos años, por lo segundo, la obligación de someterse a todas las consecuencias penales que su acto ha acarreado, esto es, el castigo, por cuanto su condición de anormal no anula su responsabilidad ante la ley. En relación con lo anterior se advierte otra contra-

dicción legal, insalvable desde el punto de vista teórico, pero superable gracias a los alegres malabarismos verbijurídicos de los redactores del Código. Si el sustrato de toda la concepción penal es la determinación de la peligrosidad que emana, como un fluido, del delincuente anormal, al que se contrapone, como defensa social, una sanción embozada tras un dispositivo de seguridad, las consecuencias penales no habrían de derivarse ni de la calidad, ni de la cantidad de su acto, sino de la calificación de su peligrosidad en tanto que esta fuera objetivamente mensurable. Pero la naturaleza del acto no es un reflejo especular de la *peligrosidad*, ni existe ningún género de coincidencia entre peligrosidad y calidad y cantidad del acto, o, con otras palabras, a una mayor *peligrosidad*, para hablar en términos positivistas, no corresponde una más reprochable *criminalidad* y viceversa: delitos de menor envergadura penal no implican necesariamente menor *peligrosidad*. Un loco podría exhibirse en público, o causar unas lesiones personales, sin que uno y otro delito traduzcan una dimensión particular de una supuesta *peligrosidad*. O bien, un normal puede limitarse a falsificar un cheque de cuantía insignificante o a organizar un próspero comercio de cocaína, sin que su atribuida *peligrosidad* se manifieste concomitantemente en estas o aquellas conductas delictivas, de diferente tarifa penal.

Por otro lado, la *peligrosidad*, sobre la cual se asienta la sanción penal, solo puede establecerse como juicio de probabilidad, proyectado al futuro y referido al autor, no al acto; esto es, como hipótesis de probabilidad estadística de que el sujeto reincida. A la postre, pues, se sanciona, al tenor de la concepción *causalista* del positivismo vigente, una probabilidad estadística, convertida y ritualizada en algo absoluto y trascendente, como si se tratara de una segregación o una excrecencia del loco.

El desplazamiento del delito al delincuente, del acto al actor, de la acción como expresión de la anormalidad del anormal es, en primer lugar, una sustitución de objetos, como bien lo expresa FOUCAULT: "En cambio, el objeto *crimen*, aquello sobre lo que se ejerce la práctica penal, ha sido profundamente modificado: la calidad, el carácter, la sustancia en cierto modo de que está hecha la infracción, más que su definición formal. La relativa estabilidad de la ley ha cobijado todo un juego de sutiles y rápidos relevos. Bajo el nombre de crímenes y de delitos, se siguen juzgando efectivamente objetos jurídicos definidos por el Código, pero se juzgan a la vez pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones, efectos de medio o herencia; se castigan las agresiones, pero a través de ellas, las agresividades; las violaciones, pero a la vez, las perversiones; los asesinatos, que son también pulsiones y deseos. Se dirá: No son ellos los juzgados, si los invocamos es para explicar los hechos que hay que juzgar, y para determinar hasta qué punto se hallaba implicada en el delito la voluntad del sujeto. Respuesta insuficiente, porque son ellas, esas sombras detrás de los elementos de la causa, las efectivamente juzgadas y castigadas. Juzgadas por el rodeo de las *circunstancias atenuantes* [o del art. 29], que hacen entrar en el veredicto no precisamente unos elementos *circunstanciales* del acto, sino otra cosa completamente distinta, que no es jurídicamente codificable: el conocimiento del delincuente, la apreciación que se hace de él, lo que

puede saberse acerca de las relaciones entre él, su pasado y su delito, lo que se puede esperar de él para el futuro. Juzgadas, lo son también por el juego de todas esas nociones que han circulado entre medicina y jurisprudencia desde el siglo XIX (los monstruos de la época de GEORGET; las anomalías síquicas de la circular CHAUMIE; los criminales natos de LOMBROSO, el criminal alienado de FERRI, los perversos y los inadaptados de los dictámenes periciales contemporáneos), y que con el pretexto de explicar un acto, son modos de calificar un individuo. Castigadas, lo son con una pena que se atribuye por función la de volver al delincuente «no solo deseoso sino también capaz de vivir respetando la ley y de subvenir a sus propias necesidades»; lo son también por el juego de esas medidas de seguridad de que se hace acompañar la pena y que no están destinadas a sancionar la infracción, sino a controlar al individuo, a neutralizar su estado peligroso, a modificar sus disposiciones delictuosas y a no cesar hasta obtener tal cambio”.

Tal desplazamiento de objeto llevó aparejado para el loco una transmutación de campo: la conmutación de la tutela familiar u hospitalaria por la vigilancia judicial. El loco quedó atrapado dentro de la armazón jurídica que establece sobre él toda una serie de juicios apreciativos, diagnósticos, pronósticos, normativos, punitivos y penitenciarios. Un hecho decisivo es la manera como ha evolucionado la lectura de la locura en la práctica penal. Los códigos prepositivistas dicen que no existe delito si el infractor se hallaba en estado de demencia al tiempo del hecho. La asignación de la locura excluía por tanto la calificación de un acto como delito. Si el autor estaba loco, no había consecuencias derivadas del acto en cuanto al acto mismo o su pena, era el delito mismo el que desaparecía como figura o, con otras palabras, la sustancia del delito se extinguía por sustracción de materia. Era un contrasentido o una contraevidencia, pues, declarar a alguien a la vez culpable y loco; el diagnóstico de locura, si se establecía, no podía incorporarse en el juicio; interrumpía la actuación y sustraía la presa de la justicia sobre el autor del acto.

Pero luego, al darse la *trasposición de objeto*, la adjudicación de la locura, en un doble y simultáneo movimiento, confirió al autor la responsabilidad del delito, por el cual debe sancionarse, y la inminente peligrosidad, por la cual debe sancionarse también. Es decir, la doble sanción: por el delito y por la peligrosidad, en la unidad de la locura, a cargo del loco.

Ahora bien, la institución *manicomio criminal* a la cual se condena al loco delincuente, está envuelta en un cierto hábito que trasunta medicina y psiquiatría, por las connotaciones elementales de la palabra *manicomio* y porque el código además ordena que “el manicomio criminal es un establecimiento organizado de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica... dirigido por psiquiatras”. Empero, el código no dice más que lo que dice, ni hace lecturas que desborden el campo de su visión punitiva; para el efecto de lo que persigue es implacablemente sabio, pues lo único que ordena es castigar al loco delincuente, en ningún caso aliviar al delincuente loco. Con una lucidez que se extiende mucho más allá de toda duda razonable, dice el Código en su art. 63: “El manicomio criminal se *destina* para *recluir* a los alienados que cometen delitos para

los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos”. Y en el 64: “La *reclusión* en los establecimientos de que tratan los dos artículos anteriores subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad”. Es abundar en la redundancia, a la luz de las anteriores formulaciones, anotar que la destinación del *manicomio criminal*, lejos de ser la de proporcionar al loco un lugar, una terapéutica médica y un coeficiente de mejoría en su enfermedad, es exclusivamente la confinación del loco, no a título de enfermo, sino a título de delincuente peligroso y hasta tanto deje de ser peligroso. La desaparición del peligro se piensa aquí de una forma mágica, sin conexión con la entidad que supuestamente genera el peligro y de la cual este deriva linealmente, ya que sería menester, al interior de la lógica jurídica, plantear antes que el efecto, la causa, es decir, hacer preceder la desaparición de la enfermedad a la desaparición del peligro, como se podría predicar de la infección y la fiebre. Pero no; se cogita y se norma la desaparición del peligro como ente abstracto, dentro de un apretado juego de metalepsis y metonimias, aunque desde antes se le definía como apéndice imperioso de un estado, sin mencionar la adjudicada causa, cuya cesación implica necesariamente un enfoque de práctica física, que no es deseable dentro del correlato punitivo.

No es entonces casual lo que es en realidad el *manicomio criminal*: una ergástula dentro de un presidio, destinada a confinar al delincuente anormal. Salta a la vista que al no señalarlo la ley, no hay por qué prestarle auxilio psiquiátrico al loco, y es más evidente aún que al no administrarse terapia, no habrá rehabilitación. El resultado final de este engranaje y de este proceso no puede ser otro que la muerte psicológica del recluso, es decir, el genocidio jurídico. Así *manicomio criminal*, ley penal y Estado, han cumplido su cometido.

Las incursiones médicas a este predio represivo adolecen de un humanismo supralegal, deseable desde el punto de vista profesional y social ante el fenómeno de la enfermedad, pero ineficaz e indeseable desde el punto de vista de la ley y el Estado. La incuria y el caos que desde la óptica sanitaria podrían denunciarse, son justamente la armonía y el orden desde la óptica del Estado. Lo que existe en la realidad no es distinto de aquello que desea la ley, y todo reparo al Estado por negligencia o desinterés debe tomarse como su polo opuesto, merecedor de aplauso y felicitación, pues donde se ve desidia hay que leer eficacia y donde se ve abandono hay que leer eficiencia.

En varios puntos de este encadenamiento jurídico de eslabones doctrinarios y procedimentales de la liturgia penal, la medicina es comprometida a jugar un papel que, en última instancia, hace recaer sobre ella la sospecha de complicidad y celestinaje. La ley convoca a la psiquiatría para que se pronuncie sobre materias que en virtud del desplazamiento de campo dejan de ser enteramente objeto de su reflexión y coloca en manos del peritaje psiquiátrico, la determinación de aquello que conviene a los fines jurídicos: el pronóstico de peligrosidad deducida de un diagnóstico, con lo cual en un solo y mismo acto el perito psiquiatra, de paso, se expresa sobre el concepto netamente jurídico de la *imputabilidad*, primero; y después, el movimiento en sentido contrario, el contraponóstico de *desaparición de la peligrosidad*, deducido del vacío, con lo

cual el perito siquiátra se pronuncia, de paso, sobre otro concepto de la más pura pertenencia jurídica: la *defensa social*.

De esta forma se transfiere de la instancia jurídica a la extrajudicial la calificación de la que dependerán los desarrollos ulteriores. La justicia, obrando como personera de la sociedad, se exculpa y se lava las manos, endosando a la medicina la responsabilidad de proferir dictámenes, de cuya aureola de seriedad se desprenden graves decisiones, en tanto que enunciados de irreprochable cientificidad y, a su turno, la medicina se exculpa a sí misma, sin otro cargo de conciencia que haber obedecido al mandato de la ley con arreglo al mantenimiento del orden social establecido.

A la postre, es el siquiátra quien termina aplicando la sanción, sin conciencia de sí mismo, como ejecutor de un designio supramédico que lo instrumentaliza y lo convierte en vehículo de lo que realmente se trata: castigar al loco por la mediatización de su aparato científico, el cual no es en forma alguna terapéutico, ni rehabilitador, en las condiciones concretas en que este se despliega. El aparato y el saber médico, no son otra cosa que un eufemismo de la represión ordenada por la ley. El siquiátra ha devenido en el moderno verdugo, a quien se contrata para legitimar la eliminación sicosocial del loco.

Un castigo como la reclusión, mera privación de la libertad, al decir de FOUCAULT "no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, celda... el castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables, a una economía de los derechos suspendidos. Y si le es preciso todavía a la justicia manipular y llegar al cuerpo de los justiciables, será de lejos, limpiamente, según una reglas austeras, y tendiendo a un objetivo mucho más *elevado*. Como efecto de esta nueva circunspección, un ejército entero de técnicos ha venido a relevar al verdugo, anatomista inmediato del sufrimiento: los vigilantes, los médicos, los capellanes, los siquiátras, los sicólogos, los educadores. Por su sola presencia junto al condenado cantan a la justicia la alabanza de que aquella tiene necesidad: le garantizan que el cuerpo y el dolor no son los objetivos últimos de su acción punitiva".

En resumen, desde que entró en vigencia el nuevo sistema penal, una superestructura legal ha forzado a los jueces a juzgar un objeto distinto al delito y la atribución del juzgar ha sido desplazada a otras instancias distintas del juez, con lo cual el ritual penal se ha contaminado de factores extrajurídicos, de tal modo que el juez, desde las bambalinas del escenario y de la operación penal, ocupado ahora por personajes ajenos al estrado, se figura que el veredicto que acarrea castigo no emana directamente de él, sino que guarda una proporcionalidad directa con la porción de incidencia que en su sentencia han tenido los participantes para y metajurídicos, y se disculpa de ser, en principio, el que castiga. "La justicia criminal no funciona hoy ni se justifica sino por esta perpetua referencia a algo distinto de sí mismo, por esa incesante reinscripción en sistemas no jurídicos y ha de tender a esta recalificación por el saber" dice FOUCAULT. Entre la verdad jurídica y la sanción median ahora una serie de personajes que se entrelazan con el poder a efectos del castigo, median unas

pericias, unas técnicas, unos discursos *científicos*, unas experticias que hacen que entre la verdad y el castigo no exista ya sino una relación legítima de consecuencia. "Que el poder que castiga no se manche ya por un crimen mayor que aquel que ha querido castigar. Que se mantenga inocente de la pena que inflige" (FOUCAULT). Que la medicina asuma la vergüenza del reproche, para que el viejo postulado: *summum jus, summa injuria*, le sea endosado ahora a la medicina y a la siquiátria.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, ARCESIO: *Código Penal* (ley 95 de 1936), anotado, concordado y comentado, Bogotá, Librería Colombiana de Camacho Roldán, 1938, págs. 54 y ss., y 75-80.
- ARCHILA, JOSÉ ANTONIO: *Código Penal* (ley 95 de 1936), concordado y anotado, 1ª ed., Bogotá, Editorial Cromos, págs. 19-51, 56 y 88 a 107.
- BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos de derecho penal*, Medellín, Edit. Bedout, 1977, págs. 102, 104, 108, 126, 142, 194, 342, 348.
- Código Judicial de los Estados Unidos de Colombia*, sancionado por el Congreso Nacional en 1872 y modificado por el de 1873, Bogotá, Imprenta de Gaitán, 1873, pág. 14.
- Código Penal*, 1837, pág. 441.
- COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO PENAL: *La reforma penal en Colombia*, Antecedentes, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924, págs. 14, 15, 39 y 112; t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, págs. 214, 55 y 279 y ss.
- ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO y GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, Contravenciones, Medellín, Editorial Jurídica Colombiana, 1975, págs. 9-26.
- FERRI, ENRICO: *Sociología criminal*, vol. II, pág. 62.
- *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 224.
- FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, 1974, págs. 288 a 310 y 30, 31 y 90.
- *Proyecto de Código Penal colombiano*, 1976, págs. 17, 18, 30, 31 y 90.
- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, 1976, págs. 18, 19, 23, 25, 27, 29 y 61.
- GARCÍA URREA, RAÚL: *Comunicación personal*, 1978.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, GUSTAVO: *Comunicación personal*, 1978.
- KRAFFT-EBING, R. VON: *Medicina legal*, t. I, Madrid, La España Moderna, págs. 3-19 y 21-38.
- LANGELUDEKE, ALBRETCH: *Siquiatría forense*, Espasa-Calpe, 1972, págs. 29, 45 y 71.
- LEGRAND DU SAULLE: *Tratado de medicina legal, de jurisprudencia médica y de toxicología*, t. I, Madrid, Editorial El Cosmos, 1886, págs. 383-388.
- Le problème de l'état dangereux*, Deuxième Cours International de Criminologie, Paris, 14 de septiembre de 1923, Conférences publiées par JEAN PINATEL, págs. 327 y 328.
- LÓPEZ DE MESA, LUIS: *Escrutinio sociológico de la historia colombiana*, Bogotá, Ediciones Sol y Luna, 1966, págs. 63 y ss.
- ORTEGA TORRES, JORGE: *Código Penal y Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1970, págs. 1-100.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de derecho penal*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1975, págs. 158, 161, 173 a 206, 217 a 280, 284, 557 y 558, 628 a 667, 671 a 695, 745 a 804 y 807 a 863; t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, págs. 85, 87, 98, 100, 104, 106, 109, 233, 238, 245, 293, 295, 297 y ss., 344, 355, 374, 422, 521 y ss.

RODRÍGUEZ PINERES, EDUARDO: *Código Penal colombiano*, Bogotá, Librería Colombiana de Camacho Roldán, 1914, pág. 10.

ROSELLI, HUMBERTO: *Historia de la siquiatria en Colombia*, Bogotá, Edit. Horizontes, 1968, págs. 97, 103, 148, 152, 257, 261, 274.

RUIZ MAYA, M.: *Siquiatria civil y penal*, Madrid, Edit. Plus Ultra, 1931, págs. 1-132.

TABORDA, LUIS CARLOS Y COLAB.: *El Anexo Siquiátrico de la Penitenciaría Central de la Picota*, en Revista Colombiana de Siquiatria, vol. IV, N° 3, 1975, págs. 319-324.

LA PRETERINTENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

ANTONIO VICENTE ARENAS

I

El Código Penal de 1936 dispone (art. 12) que las infracciones cometidas por personas imputables "son intencionales o culposas".

El decreto 100 de 1980 establece (art. 35) que "nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

La norma del nuevo Código se inspira en el artículo 42 del Código Penal italiano. Refiriéndose a ella dice BETTIOL "que la preterintencionalidad no tiene manera de asumir el rango de una tercera forma sicológica del delito, en cuanto se presenta como una mezcla de dolo y de culpa... Conviene, pues, permanecer en la tradicional dicotomía de dolo y culpa" (*Derecho Penal*, parte general. Edit. Temis, Bogotá, 1965, pág. 384).

II

El Código Penal de 1980 prevé, en el artículo 38, además de las formas tradicionales de dolo y culpa, la conducta preterintencional "cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente".

Son, pues, elementos del delito preterintencional, que exista *dolo* en relación con la intención menos grave, y *culpa* en lo concerniente al resultado más grave, previsible, pero no previsto ni querido (culpa sin previsión).

La conducta preterintencional es, por consiguiente, una forma intermedia que participa de las características del dolo y de la culpa. Por tal razón varios autores llaman al delito preterintencional *culposo calificado*.

III

Las conductas descritas en la parte especial son punibles cuando se realizan con dolo. En cambio "la conducta preterintencional o culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley" (art. 39).

Son punibles las conductas *culposas* a que se refieren los artículos 137, 180, 199, 329 y 340 (peculado, fuga de presos, delitos de peligro común, homicidio y lesiones personales).

Son punibles las conductas *preterintencionales* que relacionaríamos en seguida.

IV

Las conductas preterintencionales que sancionaba —también por excepción— el Código de 1936 eran las siguientes:

Violencia carnal, cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud (art. 318).

Homicidio, cuando con el propósito de perpetrar una lesión personal se ocasionare la muerte de otro (art. 365).

Lesiones personales, cuando a causa de ellas sobreviniere un parto prematuro o un aborto (art. 376).

Aborto, cuando por los medios empleados para causarlo se ocasionare la muerte de la mujer (art. 387).

Abandono, cuando de la exposición o abandono resultare la muerte del niño (art. 396).

En estos casos (excepción hecha del homicidio), el resultado más grave, no previsto ni querido, era circunstancia de agravación del delito intencional o doloso: violencia carnal agravada por la muerte de la víctima, lesiones personales agravadas por el aborto o el parto prematuro, aborto agravado por la muerte de la mujer, abandono agravado por la muerte del niño.

V

El Código Penal de 1980 sanciona las siguientes conductas preterintencionales:

Homicidio, cuando preterintencionalmente se matare a otro (arts. 38 y 325).

Lesiones personales, cuando por las inferidas a una mujer sobreviniere parto prematuro o aborto (art. 338).

Abandono de menores y de personas desvalidas, si del hecho se siguiere para el abandonado alguna lesión personal o la muerte (art. 348).

Otras conductas, como la violencia carnal seguida de muerte, el aborto seguido de muerte, etc., constituyen, de acuerdo con los artículos 38 y 325, homicidios preterintencionales. Con el mismo criterio, y para ser consecuentes con lo dispuesto en el artículo 38, ha debido incluirse también como homicidio preterintencional el abandono de menores y de personas desvalidas, seguido de muerte, no prevista ni querida.

VI

Tradicionalmente se ha denominado preterintencional el homicidio que se ocasione “con el propósito de perpetrar una lesión personal” (C. P. de 1936,

art. 365), o “sin intención de matar a otro, pero con la de maltratarlo o herirlo” (C. P. de la Nueva Granada, art. 639), o “cuando el homicida se propuso causar al agredido un mal diverso de la muerte” (C. P. de 1890, art. 590).

En el Código Penal de 1980 es más amplia la noción de homicidio preterintencional, pues se da ese nombre al delito cometido por quien “preterintencionalmente matare a otro” (art. 325), o sea, cuando el resultado de la conducta del agente “siendo previsible, excede la intención del agente” (art. 38).

Durante la legislación anterior —desde 1837 hasta 1980— era requisito esencial del homicidio preterintencional la intención exclusiva de lesionar, herir, maltratar o causar daño al agredido. Sin el propósito de menoscabar la integridad personal no podía admitirse el homicidio preterintencional. Podía ser la muerte circunstancia agravante de otros delitos cuando era consecuencia no prevista ni querida, pero no podía calificarse el hecho como homicidio. En el Código vigente el homicidio es preterintencional cuando el resultado (muerte) de la conducta dolosa “excede la intención del agente”.

En la ley vigente el exceso no previsto puede provenir no solo de la intención de causar lesiones sino de cualquier otro hecho punible. Contrasta la noción restringida del Código anterior con la muy amplia del decreto 100 de 1980. Por esa razón dijo el ponente: “No se entra aquí a describir el homicidio preterintencional, tal como lo hace el actual Código Penal, porque ya en la parte general fue aprobada una decisión al respecto” (acta núm. 102).

De acuerdo con la nueva orientación legal deberán sancionarse como homicidios preterintencionales las siguientes conductas en las que la muerte es resultado que excede la intención del agente:

a) Homicidio causado con la intención de perpetrar una lesión personal (forma tradicional);

b) Homicidio causado con la intención de neutralizar con la fuerza la resistencia opuesta por la víctima a la realización del acceso carnal.

El anteproyecto de 1974 (art. 315) propuso conservar para esta forma preterintencional, prevista en el artículo 318 del C. P. de 1936, la denominación jurídica de *violación*. En el mismo sentido se pronunció el proyecto de 1976 (art. 396). Pero el decreto 100 de 1980 eliminó esta modalidad agravada de la violencia carnal para convertirla, de acuerdo con los artículos 38 y 325, en homicidio preterintencional.

c) Homicidio causado con la intención de producir el aborto.

Lo mismo ocurrió con la modalidad preterintencional del delito de aborto, prevista en los artículos 387, inciso segundo, del C. P. de 1936, 365 del anteproyecto de 1974 y 448, inciso primero, del proyecto de 1976. El decreto 100 de 1980 suprimió esta modalidad preterintencional del aborto para darle la denominación y el tratamiento de homicidio preterintencional. De esta manera el resultado letal proveniente de maniobras exclusivamente destinadas a interrumpir el proceso de la gestación dejó de ser circunstancia agravante del aborto para configurar un homicidio preterintencional.

d) Homicidio causado como resultado de la violencia ejercida contra empleado oficial para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

Tanto en el Código Penal de 1936 (art. 184) como en el de 1980 (art. 164) la violencia intencionalmente ejercida contra empleado oficial con el fin de obtener alguno de los resultados aludidos, es delito contra la administración pública.

Si como resultado de la violencia se siguiere la muerte, no prevista ni querida del funcionario, pero sí previsible, la conducta deberá sancionarse como homicidio preterintencional, pues encuadra perfectamente en las previsiones de los artículos 38 y 325.

e) Homicidio cometido como consecuencia de la violencia ejercida para facilitar la fuga.

En el Código de 1936 (art. 203) y en el nuevo (art. 178) la violencia contra las personas es circunstancia agravante del delito de fuga de presos.

Pero si el resultado de la violencia intencionalmente ejercida para facilitar la evasión fuere la muerte no prevista ni querida, pero sí previsible, la conducta deberá sancionarse como homicidio preterintencional.

Esta enumeración no es exhaustiva. Pueden presentarse otros casos de homicidio preterintencional, pues el nuevo sistema legislativo es tan amplio que deberá darse esa calificación a todas las muertes, no queridas ni previstas, pero sí previsible, cuando fueren resultado excesivo de algún hecho delictuoso cometido con intención menos grave.

En la anterior legislación el resultado letal no querido, derivado de una conducta intencional era, menos en el homicidio, circunstancia agravante de otro hecho punible (violencia carnal, aborto, etc.) o violación que autorizaba aplicar la norma del concurso de delitos (delito contra funcionario público y homicidio, fuga de presos y homicidio, etc.).

Lo que no debe perderse de vista es que entre la muerte, no querida, y el hecho intencional del que aquella se sigue, debe haber relación de causalidad, ya que "nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión" (art. 21).

VII

"La intención de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud, menor que la muerte, constituye el dolo de las lesiones personales. Ese dolo subsiste aun cuando el agente no se hubiere propuesto que el daño alcanzara un grado o modalidad determinados, siempre que hubiere tenido el propósito de irrogar lesión a la persona de la víctima. No podría alegarse, para negar el dolo, por ejemplo, que el agresor solo quiso ocasionar una simple incapacidad en vez de una deformidad física, o una deformidad en lugar de una perturbación funcional. Por este aspecto el dolo es genérico; basta que se hubiera querido causar daño (cual-

quiera, determinado o indeterminado en cuanto al resultado) en el cuerpo o en la salud, sin propósito de matar. De ahí que no pueda existir delito ultraintencional de lesiones personales".

La opinión anterior, expuesta por LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ (*Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá. Publicaciones Externado de Colombia. 1972. Pág. 71), se aparta de la doctrina de CARRARA quien se expresa en los siguientes términos:

"Del mismo modo que el homicidio es preterintencional cuando hubo voluntad de ofender a una persona, pero no hubo voluntad ni previsión de darle muerte, así también las lesiones tomarán la forma de preterintencionales, cuando hubo, por una parte, voluntad de ofender a la persona, pero sin haber previsto actualmente que podría causarle tanto mal como el que de hecho se le causó, aunque al agente le hubiera sido posible preverlo... Si uno le da un bofetón a una persona, ciertamente tuvo el deseo de ofenderla, pero si de ello se sigue a la víctima un delirio pasajero que agrave la herida, esta herida grave podrá declararse preterintencional" (*Programa*, núm. 1412).

La doctrina aplicable en nuestro derecho positivo no es la de CARRARA sino la que acertadamente expone MESA VELÁSQUEZ. Entre nosotros la materialidad del delito de lesiones personales es el daño que cause el agente en el cuerpo o en la salud de la víctima (art. 331). Demostrado que el resultado fue consecuencia de su acción u omisión, se le debe condenar por el daño que realmente produjo (mal mayor), no por el que tuvo intención de causal (mal menor). Así lo dispone el artículo 337: "Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad".

La única forma preterintencional de lesiones que admite nuestra legislación es la del artículo 338, cuando "a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto".

VIII

Es discutible el sistema adoptado por el nuevo Código en materia de preterintención.

El Código Penal de 1936 admitía una sola forma de homicidio preterintencional: la muerte ocasionada con el propósito de perpetrar una lesión personal (art. 365). Según el Código Penal de 1980, incurre en esta especie de homicidio "el que preterintencionalmente matare a otro" (art. 325), es decir, cuando la muerte, siendo resultado previsible ha excedido la intención del agente (art. 38).

La denominación de homicidio para todas las muertes causadas preterintencionalmente no consulta el parecer de autorizados doctrinantes. La forma preterintencional que puede asumir el elemento psicológico del delito tiene carácter excepcional y requiere, además de la relación causal entre los dos eventos, el intencional y el resultado excesivamente producido, que "la lesión jurídi-

ca progrese en la misma línea, es decir, que se convierta en más grave en la misma especie o al menos en el mismo género de intereses jurídicos". Estas palabras son de MANZINI BETTIOL las cita y agrega: "los diversos eventos deben estar entre sí en una relación de progresión, que solo puede verificarse cuando se presentan como formas de lesión de diversa gravedad en un bien jurídico tutelado. Se admite la preterintencionalidad entre la lesión y el homicidio, no entre la lesión y el robo con violencia sobre la persona" (ob. cit., pág. 408).

De acuerdo con esta doctrina no puede admitirse la preterintencionalidad cuando, por ejemplo, el preso ejerce violencia física contra su guardián, no con intención de lesionarlo sino de facilitar la fuga y sin embargo le causa la muerte. Las dos lesiones jurídicas no se encuentran en la misma línea, pues los intereses tutelados son completamente diferentes: la administración de justicia, de un lado, y la vida, del otro. Lo mismo ocurre cuando se usa violencia para impedir a un elector el ejercicio del sufragio (art. 249) y de ella se sigue la muerte, previsible, del sujeto pasivo. Tampoco están en la misma línea los delitos contra el sufragio y contra la vida y la integridad personal. Igual observación es pertinente respecto de todas las muertes ocasionadas preterintencionalmente, cuando el evento intencional lesiona un bien jurídico (administración de justicia, sufragio, seguridad del Estado, etc.) y el resultado excesivo y previsible otro totalmente diferente como es el derecho a la vida.

En este orden de ideas parece más jurídico el sistema del C. P. de 1936 que el del Código de 1980.

El único tipo de homicidio preterintencional que razonablemente ha podido conservarse es aquel en que la muerte se causa "con el propósito de perpetrar una lesión personal". Y aun habría podido suprimirse para acoger la fórmula de JOSÉ PECO, quien en su proyecto del Código Penal, art. 126, no denomina homicidio a esta conducta, sino lesiones agravadas por el resultado.

Lo cierto es que las demás formas preterintencionales deben figurar en los capítulos correspondientes (violación, aborto, abandono, etc.), tal como estaba previsto en los artículos 318, 387, 396, etc. del C. P. de 1936. pues a todas las formas preterintencionales (sin excluir las lesiones seguidas de muerte, como lo sugiere JOSÉ PECO), se les debe dar la denominación del delito que se quiso cometer.

Así lo entendió la comisión redactora de 1974 al incluir en adecuados capítulos las varias formas preterintencionales punibles: el art. 315 en la violación, el 365 en el aborto, el 372 en el abandono de menores y de personas desvalidas.

La segunda comisión (1976) procedió con el mismo criterio, como puede verse en los artículos 396 (violación), 448 (aborto), 455 (abandono).

Sin embargo los dos proyectos y también el decreto 100 de 1980 incurrieron en el error de extender la denominación de homicidio preterintencional a todas las muertes causadas preterintencionalmente (véanse los artículos 344 del anteproyecto de 1974, 427 del proyecto de 1976 y 325 del decreto 100 de 1980), con lo cual introdujeron un factor de confusión que habría podido evitarse si se hubiese tipificado con la debida claridad lo que se entiende por homicidio preterintencional para no identificarlo con otras formas a las que no es jurídico dar esa denominación.

CARTAS AL DIRECTOR

Señor doctor
NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Medellín

Estimado doctor Agudelo:

Al perdido municipio en las montañas del sur de Colombia, donde ejerzo la judicatura, me ha llegado, por casualidad, el número 9 de su importante publicación, *Nuevo Foro Penal*. Su lectura ha motivado las siguientes breves acotaciones:

La conferencia del doctor Juan Fernández Carrasquilla es muy importante, pero me temo que, por su espíritu crítico, lleve a las mentes más confusión que claridad. Para nosotros, jueces promiscuos y litigantes noveles, ha sido difícil comprender las causales de inculpabilidad y su contraparte la culpabilidad, de la que se ha dicho que es la columna vertebral del nuevo Código. La conferencia nos sorprende, al identificar dichas causales con la tipicidad. Dice así:

"La diferencia entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, desde ese punto de vista no es demasiado nítida; piensen ustedes, como dice algún autor, en que el caso fortuito significa que la acción no está prohibida. En efecto, la ley no prohíbe matar en circunstancias de caso fortuito, ello no es ilícito, luego la acción que se realice en caso fortuito no es típica, porque no está prohibido por la ley".

Pero igual podríamos decir: matar en legítima defensa no es conducta típica porque está autorizada por la ley; matar en estado de necesidad no es conducta típica, porque está autorizada por la ley; matar en situación de error, tampoco, etc. Tanta tipicidad ni en el doctor Reyes Echandía.

Realmente la descripción legal del hecho punible no puede abarcar tanto. El método analítico que el doctor Fernández reclama, exige que se proceda paso a paso en el juicio lógico. En el "caso" la responsabilidad debe descartarse en el primer momento, sin siquiera avanzar a la tipicidad, porque no existe, penalmente, "hecho punible".

Pero si se concede que el "caso" es una causal de inculpabilidad, el descarte de la responsabilidad debe hacerse después de sobrepasar la acción, la tipicidad y la antijuridicidad.

Lástima que el comisionado Velásquez Gaviria no hubiese defendido con más ardor su tesis de que el caso fortuito más que una causal de inculpabilidad es ausencia de acción.

La existencia de elementos subjetivos en la tipicidad no puede llevarnos a concluir que se identifique con la culpabilidad.

Tiene completa razón el doctor Fernández al destacar cierta incongruencia en el Código, respecto a la responsabilidad de los inimputables. No hay duda de que se ha consagrado una responsabilidad objetiva, legal, no importa lo que diga el art. 5º y que la sanción se hace a título de peligrosidad, mas no de curación, cuyo problema es administrativo.

Aceptar esa incongruencia, como la acepta Estrada Vélez (...“no pudimos”...) es más lógico que apelar a la tesis de la “responsabilidad subjetiva disminuida de los inimputables”, “un grado inferior de culpabilidad”, “semi culpabilidad”.

Nos preguntaríamos: ¿En cuánto está disminuida la culpabilidad de los inimputables? Si ellos son los que no pueden ser incriminados a título de dolo, ni culpa, lo podrán ser acaso a título de medio dolo o de un tercio de dolo? ¿Será posible degradar el dolo en esa forma? No lo creemos.

Por este camino se llega, por la vía inversa, a la tesis del “doble dolo”, sostenida por el Tribunal de Pasto en algunas providencias: en el asesinato hay el dolo genérico de matar y el dolo específico de acabar con la vida del padre.

No doble dolo, ni medio dolo!!

Interesantes las consideraciones sobre el enfermo mental permanente, el carácter indefinido de las medidas de seguridad y la exigencia de la “recuperación de la normalidad síquica” para la terminación de la sanción, lo que, como dice el doctor Fernández, puede no ocurrir nunca en el enfermo mental permanente.

Pero creo que el mismo Código ofrece ciertos remedios a pesar de la incongruencia en los principios rectores de los inimputales. Y dichos remedios pueden ser más consecuentes que el Código peligrosista del 36.

Si el enfermo mental permanente que ha delinquido y que ha sido condenado a medidas de seguridad perpetuas, deja de ser peligroso, el juez, en su sabiduría (que nunca nos falte), puede sustituir la medida, por ejemplo, por la libertad vigilada, como lo autoriza el art. 99.

Así, el enfermo puede abandonar la reclusión y llevar una vida de relativa actividad social normal, en la medida en que lo permita su ausencia de peligrosidad y lo exija la persistencia de la anormalidad. Esta sustitución no era posible en el estatuto anterior. Va ya lo uno por lo otro.

En este punto, las observaciones del doctor Fernández son más atinadas y agudas que las del doctor Servio Tulio Ruiz, a pesar de que su conferencia pretende ser más descriptiva y pedagógica. Pero con lo escrito por el doctor Ruiz, los jueces no sabríamos que hacer con los inimputables, ya que afirma: “cuando habla (el Código) de la inimputabilidad en el art. 31 en donde expresa que hay personas a las cuales no se les deduce responsabilidad penal ni se les aplica sanción criminal...”. Tal vez fue por influencia de este texto que un fiscal de Pasto conceptuó que un anormal no podía ser llamado a responder en juicio.

Pero si al inimputable no “se le deduce responsabilidad penal”, ¿cómo explicar su vocación a juicio, el desarrollo de un plenario y una sentencia final, que debe terminar con el reconocimiento de una responsabilidad y una condena?

En el capítulo de la antijuridicidad, la extensión que del daño hace el doctor Ruiz, nos parece exagerada y aun peligrosa. El resultado dañoso debe circunscribirse a la lesión o peligro inmediato de los bienes tutelados por la norma. Pero “el daño social directo” y “el peligro social indirecto”, más que formar parte de la estructura del delito, son criterios de política criminal.

¿Qué tal, por ejemplo, imputar un hecho a título de resultado antijurídico, no porque lesione un bien, sino porque “debilita la autoridad del Estado o compromete el orden establecido”? ¿O por que produce “mal ejemplo o contagio criminal”? ¿No se abriría, con este expediente, un amplio camino a la arbitrariedad?

Por ello la argumentación subsiguiente es confusa. Dice que un “hecho es injusto no simplemente porque está contrariando el mandato o prohibición contenidos en una norma penal, sino porque el juez, descubre, mediante valoración, el carácter lesivo del acto” (?). Y esto en razón de que las “normas legales expresan la voluntad de la clase dominante” y que “las normas legales son impuestas por la clase que detenta el poder político y económico”. Este intento de rociar con agua de criminología marxista la dogmática penal no ha sido afortunado ni en el doctor Luis Carlos Pérez. Esa mecánica relación entre dominio político y superestructura jurídica es de la época de los manuales estalinistas, y los pensadores marxistas de ahora investigan criterios diferentes. El jurista Chino Xie Cichang, por ejemplo, dice que “Es un punto de vista incompleto considerar la ley solamente como un instrumento de la lucha de clases. La ley debe dividirse en dos partes: una relativa a la opresión clasista bajo una dictadura, la otra perteneciente a la categoría de la vida social ordinaria. Los seres humanos de toda la sociedad son beneficiarios de la aplicación de esas leyes”. (Boletín de Xinhua). En fin, esa es harina de otro costal, y de otra revista. Pero significa que estos problemas no tienen una simplicidad esquemática. Por hoy, solo estas breves meditaciones originadas en la lectura del número 9 del *Nuevo Foro Penal*. Le agradezco su atención y le ruego que me disculpe que no firme sino con mis iniciales, por dos razones: una invencible timidez de primíparo, y el temor a la envidia.

Lo felicito por su esfuerzo.

Atentamente,

M.O.P.

Juez promiscuo Municipal.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

INEXEQUIBILIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO

NÚMERO 1 DE 1979

CAPÍTULO I

LA SENTENCIA

Expediente número 785

Norma acusada: Acto legislativo número 1 de 1979. Por el cual se reforma la Constitución Nacional.

Actores: Manuel Gaona Cruz, Tarcisio Roldán, Oscar Alarcón, Antonio Cancino y Clímaco Giraldo.

Magistrado ponente: Fernando Uribe Restrepo.

Aprobada por acta número 51.

Bogotá, D. E., tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.

I

La acción

Los ciudadanos Manuel Gaona Cruz, Tarcisio Roldán Palacio, Oscar Alarcón Núñez, Antonio José Cancino Moreno y J. Clímaco Giraldo Gómez, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 215 de la Carta Fundamental, —artículo 59 del acto legislativo número 1 de 1979— y en el decreto autónomo número 432 de 1969, solicitan a la Corte Suprema de Justicia que:

“Declare inexecutable por ser inconstitucional debido a vicios de forma en su discusión, acumulación, aprobación y expedición, el acto legislativo número uno de mil novecientos setenta y nueve, reformativo de la Constitución de mil ochocientos ochenta y seis con sus modificaciones introducidas hasta el acto legislativo número uno de mil novecientos setenta y siete”.

Como impugnantes de la demanda anterior y por lo mismo como defensores del acto acusado, han intervenido en el proceso los ciudadanos Manuel S. Urueta, el cual solicita a la Corte: “que se

deniegue la declaratoria de inexecutable solicitada en la demanda de la referencia contra el acto legislativo número 1 de 1979 y, por el contrario, se declare la conformidad de ese acto legislativo con la Constitución Política de Colombia”; M. Parménides Salazar, quien hace a la Corte idéntica solicitud, y César Gómez Estrada y Rodrigo Noguera Laborde, los cuales en escrito conjunto manifiestan que se constituyen “en defensores del acto legislativo número 1 de 1979 y de todos y cada uno de los preceptos que lo integran”.

Recusado el procurador general de la Nación y considerada como probada tal recusación por la Sala Constitucional la viceprocuradora general de la Nación, Susana Montes de Echeverry, ha emitido el concepto ordenado por la Constitución y por el decreto autónomo arriba mencionado, solicitando que la Corte decida:

“Primero: Que se encuentra inhibida para profirir fallo de mérito en el proceso bajo referencia, por carecer de competencia para ello. O, segundo, en su defecto: Que el acto legislativo número 1 de 1979 fue expedido por el Congreso Nacional en consonancia con lo establecido por la Constitución a cuyo amparo fue expedido”.

II

La norma impugnada

El texto del acto legislativo, demandado en su totalidad es el siguiente:

[Véase Acto Legislativo número 1 de 1979].

III

Las normas violadas

Estiman los actores que el acto legislativo censurado, el cual como se acaba de ver en la trascrip-

ción anterior, consta de sesenta y cuatro artículos, nueve de ellos transitorios numerados alfabéticamente, es violatorio de diez artículos de la Constitución Nacional.

Dichos artículos que, resulta conveniente observarlo, corresponden a las cláusulas de la Carta fundamental anteriores a la reforma contenida en el acto acusado, son los siguientes: 2º, 55, 72, 75, 76 ordinal 6º, 81, 83, 172 y 218.

IV

Los fundamentos de la violación

La demanda consta de cuatro partes, precedidas de una breve glosa sobre la promulgación del acto acusado. En la primera parte se transcribe en forma integral, según lo dispuesto por el decreto autónomo número 432 de 1969 el texto del acto legislativo número 1 de 1979, a lo cual se añade la transcripción del decreto número 122 de veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y nueve: “Por el cual se ordena la publicación del proyecto de acto legislativo número 4 y 144 de 1978 del Senado y de la Cámara de Representantes respectivamente, por el cual se reforma la Constitución Nacional”; y el decreto número 123 de la misma fecha por el cual: “Se ordena la publicación del proyecto de acto legislativo número 1 de 1978 (Cámara 110/78) por el cual se reforma la Constitución Nacional”.

La segunda parte determina cuáles son las “disposiciones violadas”, la tercera comprende las “razones y fundamentos de las violaciones invocadas” y finalmente, la cuarta parte constituye un capítulo sobre “pruebas”.

Por lo que atañe a la promulgación del acto legislativo materia de la demanda, se afirma en ésta por los actores, que:

“Aun cuando estamos convencidos de que los actos legislativos no requieren de su ‘promulgación’ para que puedan ser impugnados como inconstitucionales ante la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo anunciamos en la primera demanda, presentamos otra para preaver una decisión inhibitoria”.

La tercera parte de la demanda, atinente como ya se indicó a las “Razones y fundamentos de las violaciones invocadas”, se encuentra dividida a su turno en tres secciones. En la primera se trata lo relativo a “la competencia de la Corte Suprema de Justicia” para conocer de las demandas contra actos reformativos de la Constitución; en la segunda se estudian los “hechos antecedentes que implican vicios en la formación del acto legislativo que se demanda”. De la segunda sección, pasa la demanda a la numerada como “cuarta sección”, la cual lleva como título “Fundamento de las violaciones sustentadas”.

En relación con la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de los juicios de constitucionalidad contra los actos legislativos, por los cuales se reforma la Carta Política del Estado, distingue la demanda en primer lugar: “la potestad constitutiva”, como “el poder de establecer la Constitución, que no conoce límites por ser política y suprajurídico”, de la “facultad constituyente”, la cual entiende, no ya como el poder para establecer la Constitución, sino como la atribución para su reforma, sometida a juicio de los actores, a limitaciones de “procedimiento, porque solo con observancia de las ritualidades establecidas puede válidamente enmendarse la carta anterior”, según cita de JAIME SANÍN GREIFFESTEIN en su obra *La defensa judicial de la Constitución*.

Observa a continuación la demanda, que si bien tradicionalmente la Corte “venía considerándose incompetente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos”, tal posición jurisprudencial se modificó en sentido contrario al decidirse sobre la inconstitucionalidad, del acto legislativo número 1 de 1977, por el cual se había reformado el artículo 218 de la Carta y se autorizaba a una asamblea constituyente para realizar la reforma constitucional.

Sobre este punto agrega la demanda:

“Es indefectible la competencia de la Honorable Corte Suprema para conocer y declarar contrarios a la Constitución los intentos de revisión irregular que atentan contra ella por vicios de procedimiento en su formación, no solo porque la Corte es la guardiana de su integridad, lo cual implica que ella tiene un poder constituyente de anulación de todo acto constitucional que la viole, sino porque además, las prescripciones de forma contenidas en la Carta se tornarían inocuas e inoperantes de no preverse la sanción de anulación de los actos que las transgreden.

“En estricta lógica, que nace del sentido común, el presupuesto de base de control de constitucionalidad de los actos jurídicos de carácter general, radica en la competencia para controlar y anularlos que, en vez de revisar la Carta Política, la desconocen. De no, nuestra Constitución no sería rígida sino flexible, mejor aún, genúflexa frente a los afanes reformativos de los gobernantes, y no requeriría siquiera ser escrita”.

La Corte seguirá en la exposición de los cargos pertinentes, idéntica secuencia a la observada en la demanda. Estos se concretan y sustentan así:

1º) “*Inconstitucionalidad de las comisiones constitucionales elegidas por la Cámara de Representantes el 1º de agosto de 1978*”. El Consejo de Estado, mediante sentencia de julio 2 de mil novecientos setenta y nueve, anuló la elección de las comisiones constitucionales permanentes de la Cámara de Representantes, verificada el primero de agosto de mil novecientos setenta y ocho, decisión basada en el hecho de haberse violado en

tal elección los derechos de las minorías, y la aplicación del cociente electoral previstos en la Constitución, y al efecto argumentan:

"Frente a la Constitución, este fallo implica el reconocimiento por parte del más alto Tribunal Contencioso-Administrativo del país, de que los actos tramitados en las comisiones inconstitucionales de la Cámara de Representantes durante la legislatura de 1978 carecen de validez, y de que no puede dárseles efecto alguno.

Citan en su abono los actores, los artículos 2º, 55 y mayormente el 75 de la Constitución Nacional, refiriéndose al cual afirman:

"Según el señor SAMPER, la finalidad que se perseguía con el precepto era evitar, a través de la sanción de nulidad de los actos ilegales expedidos fuera de las condiciones constitucionales que el Congreso se reuniera en épocas distintas de las previstas por la Carta, o fuera de su sede. Pero también sabemos que estos antecedentes históricos no desvirtúan el alcance actual de su contenido, el cual es *sensiblemente más drástico*, con el que se busca impedir no solo las reuniones del Congreso en épocas distintas de las señaladas en la ley fundamental, o fuera de su sede, sino también, la burla de los derechos de las minorías en la elección de sus comisiones y durante las deliberaciones; del trámite prescrito en el propio Estatuto Mayor y los reglamentos orgánico constitucionales para su reforma, y la expedición de leyes, y demás actos, ya no con la simple previsión de nulidad sino la orden de su *invalidación y la prohibición de dárles efecto alguno*, cuando se realicen por fuera de las condiciones constitucionales, o no se ejerzan en los términos que la Carta establece.

Citan los actores en su abono:

"La reciente sentencia de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia del 10 de noviembre de 1977 que declaró inexecutable la ley 23 de 1977, sobre reforma del sistema electoral, por vicios de procedimiento en su formación, y en la que se parifican a prerequisites sin los cuales los actos del Congreso no pueden producir efecto alguno, las condiciones de constitucionalidad a que se refiere el artículo 75 de la Carta, y se señala como uno de ellos la existencia del quórum que condiciona el acto de votación". (*Foro Colombiano*, XVIII-103-36).

Concluyen los actores su argumentación, expresando que: "...somos de la opinión de que la corporación... como poder constituyente de invalidación, tiene la obligación de proferir en fallo simplemente declarativo, a nuestro juicio ni siquiera anulatorio o de inexecutable (de inexecutable) del acto legislativo número 1 de 1979, por cuanto durante la primera vuelta tuvo primer debate en la Cámara de Representantes en una comisión, la primera que fue elegida sin representación de minorías, *precisamente para que no tuviera críticas*, y, desde luego por fuera de la señalada condición constitucional que impone dárles cabida a las mismas (art. 172) y, en fin,

por no haber sido tramitados en los términos establecidos por la Carta, por lo cual carece de validez y no ha tenido efecto alguno... es verdad averiguada que las sentencias declarativas producen efectos *ex tunc*, es decir, desde cuando se presentó el hecho generador de la nulidad que no crean sino reconocen... y como se ha dejado claro, a diferencia del artículo 75 original del Constituyente de 1886, el de la Carta actual, que viene del año de 1968, artículo 10 de la reforma de entonces, no sanciona apenas con la nulidad sino que *manda tener como inválidos y prohíbe dárles cualquier efecto*, a los actos que, como en el que acusamos, no llenaron los pre-requisitos constitucionales para su validez... sin la sentencia del Consejo de Estado, a la que no dejamos de reconocer importancia la situación sería la misma".

2º) "*La indebida acumulación de los proyectos publicados de la primera legislatura y su indebida sustitución por un nuevo pliego modificatorio*".

Toda vez que los dos proyectos de reforma de la Constitución Nacional, publicados mediante los decretos 122 y 123, de mil novecientos setenta y nueve, fueron acumulados para su decisión en la segunda legislatura, los actores construyen con base en tal situación, uno de sus cargos principales contra la norma acusada, afirman:

"La determinación tomada por el gobierno y los directorios políticos del liberalismo y del conservatismo en la reunión del 17 de julio de 1979 en el Salón Amarillo del Palacio de San Carlos, pues como oportunamente lo relatamos, fue allí, entonces, donde los presidentes de la República, Julio César Turbay Ayala" del directorio conservador alvarista, Felio Andrade Manrique, conservador ospino-pastranista, Guillermo Angulo Gómez, y Víctor Mosquera Chaux, representante de la dirección nacional liberal decidieron la tramitación unitaria de las iniciativas por fuera de las condiciones constitucionales y de los términos establecidos por la Constitución, violando, de este modo, sus artículos 55, 81, 172, 218, 2º y 75; y agregan, para fundamentar su cargo que:

"Según se exige en el artículo 218 de la Constitución, en lo pertinente, en la segunda legislatura ordinaria *debe nuevamente* debatirse el proyecto, o los proyectos, que se habían debatido en la primera, y no acumularse, ni refundirse, ni cambiarse, ni fusionarse, puesto que todo esto equivaldría a comenzar de nuevo con otra primera legislatura, pero no a darle la segunda.

"Claro está que nosotros no pretendemos hacer entender que en la segunda vuelta no se puedan introducir modificaciones a lo discutido y aprobado en la primera, pues sería inútil la doble vuelta; pero ello no implica que a título de modificaciones, a lo de la primera, se proponga en la segunda un proyecto distinto de los aprobados en aquella, sin siquiera considerar las modificaciones con fundamento en los artículos aprobados, sino proponiendo otros, suprimiendo arbitrariamente algunos,

ampliando los más y refundiendo sus textos, que fue lo que se hizo conforme a lo ya relatado y demostrado en la transcripción de la doble columna de contenidos normativos disímiles".

Consideran los libelistas que: "fueron muchos los artículos nuevos que se propusieron para la segunda legislatura y que no se habían siquiera discutido, ni menos aprobado en la primera..." Reiteran que todo lo anterior es violatorio del artículo 75 de la Constitución, por no haberse obrado en la tramitación de los proyectos *dentro de los términos* consagrados en dicha disposición y terminan este cargo expresando que solo ventidós artículos se mantuvieron sin cambiarle ni una coma en la segunda vuelta siendo ellos los siguientes: 1, 5, 6, 7, 11, 15, 16, 19, 22, 23, 29, 32, 33, 36, 37, 48, 49, 50, 57, 60, 64 y 65 del acto legislativo acusado.

3º) "*Son varios los contenidos normativos de la reforma Turbay Ayala que sin haber sido propuestos al estudio del Congreso constituyente por éste debatidos y aprobados, y publicados luego de la primera vuelta, fueron sin embargo, insólitamente incluidos y aprobados en la segunda vuelta.*"

4º) "*En la segunda vuelta, fue diferente el texto que se aprobó en primero y segundo debates en el Senado, del que se presentó a discusión para primero y segundo debates en la Cámara*".

A este respecto expresan los actores:

"El número 90 de *Anales del Congreso*, del miércoles 10 de octubre de mil novecientos setenta y nueve, en el cual, como allí mismo consta, se publica el texto del articulado aprobado en primer debate, segunda vuelta por la comisión primera del Senado en su sesión del día cuatro de octubre de mil novecientos setenta y nueve, acta número 21, conforme reza la constancia publicada en la página 1336 de esa edición, es diferente del que se presentó a discusión en primer debate en la comisión primera de la Cámara de Representantes y, sin embargo, no fue devuelto. Y no podía haberlo sido ya que no consta su modificación sino que se hace apenas visible su aduiteración, lo cual atañe más al Código Penal que a la Carta Política, aunque afecta las previsiones de ésta sobre trámite.

"En cambio, cínicamente publicado como igual al de los *Anales* número 90, en la edición de *Anales del Congreso* número 96 el martes veintitrés de octubre de mil novecientos setenta y nueve, aparece un texto para proyecto de acto legislativo, distinto en algunos de sus artículos al que realmente se aprobó, y que vino a ser finalmente el que sin una sola coma se tornó en acto legislativo reformativo de la Constitución" (fl. 74).

Enfatizan los actores el hecho de que la situación anterior indica que se cometió un delito de falsedad; que existe además el rumor de que la edición número 90 de los *Anales del Congreso* ha sido recogida; y que de todas maneras se trata de un exabrupto.

5º) "*No se admitieron ni se discutieron en la segunda vuelta, las propuestas de discusión y votación por separado de algunos artículos del proyecto, en el curso del primer debate en la comisión primera de la Cámara*".

Los actores se basan en que, el quince de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, al comenzar la discusión para primer debate en la comisión primera de la Cámara, los representantes Villar Borda, Jaime Pinzón López, Gilberto Vieira y Alvaro Bernal Segura, solicitaron, mediante comunicación de la misma fecha, que se discutieran y votaran separadamente algunos artículos del proyecto.

Sin embargo, los actores, teniendo en cuenta que según declaración del presidente de la comisión primera, representante Zamir Silva, dicha solicitud se hizo una vez cerrada la discusión respectiva, agregan:

"...Ya que en el punto quinto de su declaración que figura en los mismos *Anales* el representante Zamir Silva incurre en evidente contradicción al confundir *votación con discusión* y en los puntos siete y ocho de ella reitera su confusión al expresar que el presidente de la comisión le concedió el uso de la palabra al representante Villar Borda para que *explique su voto*; pero que ya no podía hacer someter a discusión la propuesta (punto 9º), porque el reglamento de la Cámara lo prohíbe cuando ya está en votación.

"Lo que ocurrió en realidad —agregan— porque se sabe de actas, es que conforme se verá en el punto siguiente, fueron mutiladas: los honorables representantes que presentaron propuesta escrita de discutir y votar por separado los artículos mencionados en su comunicación escrita, y cuando aún no se había cerrado la discusión, ya habían acordado aceptar la discusión y votado en bloque de los artículos del proyecto sobre los cuales había aceptación, mas suponían que la discusión proseguiría sobre los que estaban por discutir y votar con todo y fórmulas sustitutivas. A no ser que el representante Zamir Silva sea tan ingenuo de creer tan bobos a los proponentes como para entender que estos lo que querían era apenas jugar a demorar y votar luego con cuatro votos en contra del resto del articulado. ¿Para qué proponer votación separada sin discusión separada?" (fl. 78).

6º) "*Actas incompletas o mutiladas y tardíamente aprobadas*".

Este cargo, simple continuación del anterior, lo hacen consistir los actores en que las actas correspondientes a las sesiones del seis al quince de noviembre en las cuales la comisión primera de la Cámara aprobó en la segunda legislatura el proyecto de acto legislativo, "al parecer fueron elaboradas con mutilaciones graves", multicontra que a su juicio "revelan precaución contra demandas como las que presentamos".

En la llamada sección cuarta de la demanda, atinente según su título, a los Fundamentos de las violaciones sustentadas, los actores reiteran sus puntos de vista, con respecto a la mayor parte de los cargos anteriores, y al mismo tiempo agregan los siguientes nuevos motivos de censura;

7º) "La violación del principio constitucional de participación de las minorías que determinó que el acto acusado se expidiera contra la Constitución" (fls. 85 y ss.).

Aquí, menos que de un cargo nuevo, se trata más bien de un nuevo enfoque individualizado de algunas de las razones que tuvo en cuenta el Consejo de Estado para efectos de decretar la nulidad de la elección de las comisiones permanentes, materia del primer cargo.

Reiteran en esta oportunidad los actores que, al no darse representación a las minorías en tal elección según las prescripciones del artículo 172 de la Carta Fundamental, se obró por fuera de las condiciones constitucionales prescritas en el artículo 75 de la misma codificación, en abono de lo cual transcriben algunos apartes del salvamento de voto del magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ en relación con la demanda de inexistencia de la ley número 1 de 1968, según los cuales:

"Día a día en la evolución del derecho constitucional, si bien se observa la flexibilidad de sus normas para permitir los cambios de la Carta, no es menos cierto que ese proceso está revestido de garantías muy precisas y de absoluto cumplimiento. En la época actual que se caracteriza por el poder de reacción que puede desencadenar una minoría política oprimida o perseguida, debe redoblar el escrúpulo por observar los preceptos que permiten introducir cambios en la Constitución, pues de no, la suprema tutela y máximo orden que ésta encarna, desaparecen, se hace posible y se legitima la acción violenta y la abierta rebeldía. Los tiempos que se viven imponen, tanto o más que antaño, seguridad, firmeza en estos trámites de reforma y un mayor apego a sus dictados, si se quiere mantener el estilo y sentido de las instituciones políticas, evitándose así que grupos de oposición lleguen a entender, por práctica distinta, que nada tienen que hacer por las vías democráticas que consagra la ley de leyes, pero no solo hay que estar convencidos sino dar muestras de querer conservar la Constitución y hacer de su reforma una empresa seria, patriótica y con cerrada aplicación de sus mandatos. Lejos de esta órbita deben quedar las fugaces y engañosas oportunidades que puede ofrecer el predomnio de un ejecutivo fuerte sobre las otras dos ramas del poder. Tan primordial aparece todo esto que no se duda en apreciarlo como factor imprescindible y decisivo en la obtención, conservación y disfrute de la paz. Cuanto más sea el respeto a la Carta, cuanto más se establezcan y preserven los derechos que ella consagra, cuanto

más resista su estructura las acciones de quienes buscan satisfacer sus personales ventajas o el aprovechamiento de sus precarias mayorías, tanto más será la solidez y eficacia de las instituciones, el afianzamiento de un ambiente de concordia nacional y la fe en la evolución pacífica de los cambios necesarios e inaplazables".

8º) "El reglamento del Congreso debe cumplirse por parte de éste, así actúe como constituyente, y si no se cumple, se infringe también la Carta, la cual conforma con aquel una proposición jurídica completa".

En desarrollo de este nuevo cargo encuentran los actores en primer lugar que:

"Se viola por lo tanto, además de la Constitución, el principio físico-biológico de la inercia mental, si se decide en contra de lo ordenado en ella".

A continuación, en búsqueda de darle alguna fundamentación a la afirmación anterior, los actores pretenden constitucionalizar el reglamento del Congreso, para terminar considerándolo como parte integrante de la Constitución, al efecto observan:

"El Reglamento del Congreso es así, una ley orgánica de la Constitución Nacional, pues por mandato de ella se defiende a la ley la organización del procedimiento y trámite de aprobación de las leyes y de los actos legislativos, así como la definición de lo que conforme a ese trámite se entiende por admisión de un proyecto, discusiones, primero y segundo debate, mayorías, votación, aprobación, sesiones ordinarias, sesiones extraordinarias, sesiones especiales, sesiones informales, acumulación, reuniones, comisiones plenas, etc..., por consiguiente de violarse el reglamento en alguno de sus preceptos, en aras de darle celebridad o de buscar consenso en relación con un proyecto de revisión constitucional, se está violando la Constitución, que en sus artículos 76-6 y 218 difiere a la ley la previsión del cumplimiento de su trámite, y el reglamento viene a conformar así, junto con aquellos una proposición jurídica organo-constitucional inescindible y completa" (fl. 91).

9º) "Violación de las normas constitucionales sobre quórum y mayorías".

Este cargo, al igual que el séptimo, constituye un nuevo conjunto de argumentos alrededor de las razones que tuvo en cuenta el Consejo de Estado, cuya decisión fue el origen del primer cargo intentado por la demanda, para anular la elección de las comisiones permanentes, realizada por la Cámara de Representantes el primero del mes de agosto de mil novecientos setenta y ocho.

Con el propósito de fundamentar y justificar este nuevo enfoque del primer cargo, los actores conciben una nueva forma de quórum que denominan "quórum cuantitativo", consistente en la participación efectiva de las minorías, a través de sus

derechos de "voz y voto", en abono de lo cual afirman que:

"Como quiera que la comisión primera de la Cámara de Representantes dio por aprobado en primera vuelta el proyecto de acto legislativo, con un quórum cuantitativo pero sin tener en cuenta su cualificación descrita en el artículo 172 de la Carta que exige voz y voto, deliberación y participación, que reflejan la representación proporcional de los partidos, y por tanto el derecho de la oposición y de las minorías, razón por la cual fue anulada por el Consejo de Estado su conformación; se colige que al haberse violado el artículo 172, se infringieron también los artículos 82 y 83 de la Carta en sus incisos mencionados y de contera, de nuevo, el 75 ibidem, que consagra la sanción de invalidez de las decisiones en cuyas deliberaciones se haya actuado por fuera de las condiciones constitucionales, o lo que es lo mismo a las deliberaciones y decisiones que no se hagan en los términos que la Constitución establece".

V

El concepto de la Procuraduría

1º) El procurador general de la Nación fue recusado por los demandantes Tarcisio Roldán Palacio y Clímaceo Giraldo Gómez (fl. 113) en escrito de febrero once de mil novecientos ochenta.

2º) Mediante providencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta, con ponencia del doctor Policarpo Castillo Dávila, la Corte declaró separado del conocimiento al señor procurador de la Nación, doctor GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY, teniendo en cuenta su participación en la expedición del acto legislativo número 1 de 1979 y se dispuso que el traslado correspondiente debía cumplirse con la Viceprocuraduría General de la Nación (fl. 329).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 25 de 1974, correspondió por lo tanto llevar la voz de la Procuraduría General de la Nación a la viceprocuradora general de la Nación, señora doctora Susana Montes de Echeverry, la cual emitió el concepto de rigor el veintitrés del mes de febrero del presente año (fls. 360 y ss.), mediante el cual solicita a la Corte declare:

"Primero: Que se encuentra inhibida para proferir fallo de mérito en el proceso bajo la referencia, por carecer de competencia para ello, o, segundo, en su defecto: Que el acto legislativo número 1 de 1979, fue expedido por el Congreso Nacional en consonancia con lo establecido por la Constitución a cuyo amparo fue expedido".

3º) La Procuraduría, observando que los actores solicitan a la Corte en su demanda, ya la nulidad, ora la inexistencia, o bien que se profiera un fallo simplemente declarativo, inicia su estudio en una severa crítica a tal actitud de los actores expresando que:

"Esto a no dudarlo significa que los libelistas piden a la honorable Corte Suprema de Justicia tres pronunciamientos diferentes excluyentes no previstos en nuestro derecho público sobre el constitucional que la Carta le adscribe a la Corte Suprema sin que se decidan por una de ellas, frente pues, a dichas tres pretensiones simultáneas, concurrentes, pero diversas (inexistencia, anulación y fallo simplemente declarativo de invalidez), por inocuas desecha este despacho las inconducentes sobre anulación y fallo declarativo de invalidez; y se detendrá frente a la única jurídicamente estructurable, como es la de inexistencia o inconstitucionalidad prevista en nuestra normativa jurídica sobre control constitucional por la Corte Suprema desde la ley 2ª de 1904, y más tarde por el acto legislativo número 3 de 1910, pero con la advertencia de que la máxima entidad de la rama jurisdiccional tiene competencia adscrita expresamente por la Carta por conocer de demandas de inexistencia contra los actos legislativos reformatorios de la Constitución, solamente desde el pasado veinte de diciembre de 1979, fecha desde cuando comenzó a regir el acto legislativo número 1 de 1979, cuyo artículo 58 introdujo tal novedad jurídica al establecerla en el ordinal 1º del nuevo cánón 214 de aquella".

4º) A continuación, la Procuraduría se ocupa como aspecto previo y capital del proceso, de las normas constitucionales frente a las cuales ha de juzgarse la reforma de la Carta hecha por el acto legislativo número 1 de 1979, exponiendo al respecto su criterio, según el cual:

"...las diversas disposiciones que integran el acto acusado han de juzgarse frente a las normas superiores de la Constitución vigentes en el momento de expedirse la reforma, esto es, frente a las imperantes de la Carta y bajo las cuales se presentó, debatió y aprobó el acto legislativo número 1 de 1979, para dilucidar si la reforma acató o, por el contrario, quebrantó lo que sobre el particular señalaban las disposiciones constitucionales que obligatoriamente debía cumplir el Congreso Nacional. En consecuencia, para juzgar la supuesta inconstitucionalidad del acto legislativo número 1 de 1979, ha de estarse a lo dispuesto en la Constitución Política con vigor hasta el 19 de diciembre de 1979, puesto que la reforma de que trata este acto comenzó a regir el 20 de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, conforme se indica en el artículo 65 de dicho acto legislativo, publicado en copia fotostática autógrafo en el Diario Oficial número 35.416 de esta última fecha".

Se ocupa luego la Procuraduría, de la competencia de la Corte para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra los actos legislativos reformatorios de la Carta Fundamental y, consecuente con la tesis anteriormente expuesta concluye que si bien el acto legislativo número 1 de

1979 le dio competencia a la Corte en su artículo 58 subrogatorio del 214 de la Constitución para conocer de tales demandas, en tratándose de ciertos vicios de forma, sin embargo:

"La nueva materia de competencia otorgada a la Corte Suprema por el constituyente derivado en el acto legislativo sub-judice, podrá desarrollar la Corte a las reformas constitucionales que se realicen a partir de la última enmienda —que así lo dispuso—, esto es, frente a los actos legislativos modificatorios de la ley de leyes que se introduzcan con posterioridad al citado veinte de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, pero jamás ante las reformas constitucionales acaecidas con anterioridad a esta fecha, puesto que antes carecía la Corte totalmente de esa competencia. Tratándose de la competencia del orden constitucional, no cabe ni pueden haber interpretaciones analógicas o extensivas; el constituyente ha expresado claramente el ámbito de competencia de la Corte y por tanto, rigidamente a él debe estarse como quiera que en este especialísimo campo las interpretaciones son de índole restrictiva. En consecuencia, en estricto rigor, la Corte es incompetente para conocer de la acción de inexequibilidad que se estudia, por tratarse de un acto legislativo, debatido y aprobado antes del veinte de diciembre de mil novecientos setenta y nueve. Consecuente con esto, pediré que se declare inhbida esa alta corporación para dictar fallo de mérito, por carecer de competencia para ello".

Con miras a una mayor fundamentación del punto de vista anterior, la Procuraduría transcribe (fls. 367 y ss.) el concepto rendido por esa entidad el siete de mayo de mil novecientos setenta y nueve, en el proceso de inexequibilidad que contra el acto legislativo número 1 de 1968 promovió el ciudadano Bernardo Elejalde, concepto en el cual se sostiene dicha tesis.

Importa señalar que el proceso anteriormente señalado fue decidido por la Corte el 16 de octubre de mil novecientos setenta y nueve, mediante providencia de sala plena.

En tal oportunidad, la Procuraduría, como conclusión del estudio realizado al respecto, expuso: "Así, pues, de la competencia de la Corte se sustraen los proyectos de enmienda de la Constitución, los decretos reglamentarios dictados por el gobierno, en uso de las atribuciones que le confiere el ordinal 3° del artículo 120, y los decretos simplemente ejecutivos. No es lógico ni jurídico sostener que la competencia de la Corte, como encargada de velar por la integridad de la Constitución se extienda a todos los casos en que tal integridad esté amenazada. Si tal aconteciera, la Corte usurparía jurisdicción. Esta competencia es de derecho y de orden público y para el caso, como ya se anotó, no enunciativa sino limitativa, de modo que este control jurisdiccional no puede aplicarse por analogía, sino exclusivamente a los casos

previstos en la Carta. Lo contrario es desconocer la voluntad del constituyente y aplicar el control a situaciones que la norma no regula".

5°) Aborda luego la Procuraduría el estudio de la validez de los actos cumplidos por la comisión primera de la Cámara de Representantes antes de la declaración de nulidad decidida por el Consejo de Estado, para concluir que: "Tiene toda la validez y legalidad que normalmente caracteriza los actos administrativos en un Estado de Derecho, conclusión ésta que fundamenta así:

"Los efectos de los fallos contencioso administrativos proferidos bien por los tribunales seccionales, ora por el honorable Consejo de Estado se proyectan hacia el futuro en la medida de que el acto anulado no puede aplicarse en lo sucesivo, pero simultáneamente crean efectos hacia atrás, los cuales se determinarán en cada caso particular por la naturaleza de la acción interpuesta.

"Sin embargo, esta posibilidad de que hacia el pasado pueda producir algunos y bien determinados efectos particulares, no comporta en los casos relativos a la nulidad de elecciones, designaciones o nombramientos, la invalidez simultánea y automática de las actuaciones cumplidas en el ejercicio del cargo por quien a la postre resultó ilegalmente elegido, designado o nombrado, pues ellas gozan a su vez, de la presunción de legalidad, en virtud de la cual se considera conformes con la ley mientras no se las anule por la jurisdicción contencioso administrativa. No resulta comprensible cómo puede anularse tal acuerdo municipal, por ejemplo, ni tampoco cómo puede ser inexecutable una ley solo por haber sido expedida con el concurso de congresistas cuya elección sea anulada posteriormente. Así tampoco se puede encontrar vicio en el trámite de un acto legislativo por la sola circunstancia de haber sido tramitado y expedido por miembros de una de las comisiones constitucionales y de las cámaras, cuya elección fue anulada con posterioridad. Y ello es y debe ser así, en virtud del principio constitucional, legalidad que rodea los actos administrativos, sean ellos de los proferidos por cualquiera de las ramas del poder público".

6°) En último lugar la Procuraduría estudia el ataque intentado por los actores, consistente en la disimilitud o no exactitud entre lo aprobado por el Congreso en la primera vuelta legislativa y lo votado y aprobado en la segunda, frente a las exigencias del artículo 218 de la Carta Constitucional.

VI

Los impugnadores de la demanda

Como ya se indicó en el curso del proceso, fueron presentados tres escritos encaminados a impugnar la demanda, el primero de ellos por el

ciudadano Manuel S. Urueta (fls. 159 y ss.); el segundo por el ciudadano M. Parménides Salazar (fls. 181 y ss.) y el tercero de ellos conjuntamente por los ciudadanos César Gómez Estrada y Rodrigo Noguera Laborde (fls. 242 y ss.). La Corte procede a exponer las tesis por ellos sustentadas en el orden aludido, que lo fue el de la presentación de los respectivos escritos.

1°) *Impugnación del ciudadano Manuel S. Urueta.*

Competencia de la Corte: Estudia en primer término el impugnante la competencia de la Corte, para conocer del presente negocio, haciéndolo a la luz de las normas constitucionales aplicables, concluyendo que si bien la Corte tiene competencia, sin embargo, dicha competencia se encuentra limitada, por lo dispuesto en el acto legislativo número 1 de 1979, en su artículo 58, norma que en su concepto es aplicable al caso en estudio.

Efectivamente este impugnante, que fundamenta su intervención tanto en el artículo 214, como en el 45 de la Carta Fundamental, considera citando para ello al tratadista HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, que las normas procesales son de efecto general e inmediato y que en consecuencia, es a luz de tales normas del acto legislativo demandado que debe estudiarse la constitucionalidad del mismo respecto de lo cual afirma:

"...La Corte Suprema de Justicia tenía bajo la antigua Constitución una cláusula general de competencia consistente en la guarda de la integridad de la Constitución. Hoy la situación procesal es diferente porque el acto legislativo número 1 de 1979 modifica la antigua cláusula general de competencia en el sentido de limitar el conocimiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la exequibilidad de los actos legislativos a ciertos vicios de forma".

Consecuente con lo anterior, concluye que:

"La Corte Suprema de Justicia debería declararse inhbida respecto de los pedimentos de la demanda relacionados con las presuntas violaciones de los artículos 75 y 172 de la Constitución, cuando se refieren a la exequibilidad de actos legislativos; no respecto de las leyes ordinarias, en donde impera aún la cláusula general de competencia" (fls. 61 y ss.).

Se refiere luego el impugnante a la inexistencia de los actos administrativos y citando los autores JEAN-MARIE AUBY y EDUARD LAFERRIÈRE, lo mismo que jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano (septiembre 25 de 1961, *Anales*, tomo LXIII, primera parte; números 392 a 396, página 251), concluye que:

"No puede de acuerdo con estas ideas considerarse que el acto legislativo por medio del cual la Cámara de Representantes integró la comisión primera constitucional permanente y que luego fue anulado por sentencia del Consejo de Estado, fuera inexistente, que ese acto como lo anotaba JEAN-MARIE AUBY, es-

tuviese tocado de una ineficacia originaria. Dicho acto no constituyó una usurpación de poderes ni tampoco violó el principio de separación de funciones. Simplemente se trató de un acto administrativo, presuntivo legal hasta cuando intervino la decisión judicial que lo anuló".

Efectos de la decisión de nulidad.

Citando a GEORGE VEDEL, PROSPER WEIL, J. M. AUBY, R. DIEGO y AGUSTÍN GORDILLO, afirma con el primero, que:

"El acto anulado es mirado como si jamás hubiere sido tomado. Pero por razones prácticas dos atenuaciones son aportadas a esta regla. En primer término aunque la anulación del nombramiento de un funcionario tenga por efecto volver a esa nominación inoperante desde su origen, los actos realizados por ese agente entre su nombramiento y la notificación de la decisión de anulación son considerados como válidos.

"En segundo lugar, la anulación de un acto no puede prevalecer contra decisiones jurisdiccionales revestidas de la fuerza de cosa juzgada".

Considerando igualmente que deben distinguirse las acciones de nulidad, anulabilidad e inexistencia, cita el estudio sobre la inexequibilidad de la ley de FERNANDO GARAVITO (tomo II, *Jurisprudencia de la Corte*) para quien la declaratoria de inexequibilidad de un acto público equivale a una declaratoria de nulidad y no a una simple derogación, cita igualmente providencia del veintitrés de noviembre de 1964 de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, según la cual la declaración de inexequibilidad, ni anula ni deroga, sino que simplemente determina que la norma así declarada "en lo sucesivo no tendrá más vida, que desaparece de la normatividad jurídica", y un concepto de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del 26 de abril de 1973 (*Foro Colombiano*, número 50 de agosto de 1973, páginas 230, 231 y 232), para concluir respecto de este punto de su alegato, que:

"Dado que el Consejo de Estado ha asimilado los efectos de la sentencia de inexequibilidad de las leyes a los efectos de la sentencia de inexequibilidad de los actos administrativos, resulta incuestionable que las decisiones de nulidad tienen únicamente efectos hacia el futuro, no para el pasado. En consecuencia, la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad del acto administrativo por medio del cual se integró la comisión primera de la Cámara, tendrá efectos para el futuro, no para el pasado, a menos que se quiera introducir un elemento de inseguridad en las relaciones jurídicas de la sociedad colombiana. Esa posición jurisprudencial del Consejo de Estado está acorde con la doctrina nominante en juicios de simple nulidad".

Se refiere a continuación el impugnante a las "condiciones de existencia del Congreso y las condiciones de validez de la ley", diferenciando entre unas y otras y aludiendo en el primer caso a la his-

toria constitucional del artículo 75 de la Carta, para lo cual compara el texto primitivo adoptado en 1886, con el mismo texto modificado en 1968 y luego de citar a JOSÉ MARÍA SAMPER concluye en el primer aspecto mencionado que:

"... el espíritu del artículo 76 es el de evitar que el Congreso de la república se reúna por fuera de unas condiciones de tiempo, modo y lugar que coloque a «la República en muy conflictiva situación»".

Agrega el impugnante que: "Un presunto vicio en la formación de una ley no se sanciona con la inexistencia como podría inferirse del argumento de los actores, sino con la declaratoria de inexecutable", y estima que "la vinculación que hacen los actores de los artículos 81 y 75 es artificiosa".

Estudia luego el impugnante la tesis de la demanda, en relación con la naturaleza jurídica del reglamento del Congreso, exponiendo su criterio, según el cual:

"No existe congruencia de la idea que ha inspirado la demanda con la pretensión de constitucionalizar el reglamento del congreso, pues si esas normas tuviesen rango constitucional, tendrían que haber sufrido el procedimiento previsto en el artículo 218 de la Constitución, a menos que se acepte la idea de que unas normas constitucionales se deben ajustar a este procedimiento, en tanto, otras como serían las reglamentarias con rango constitucional (leyes orgánicas de la Constitución) están sometidas únicamente al procedimiento de las leyes ordinarias.

"La tesis de la proposición jurídica incompleta es ingeniosa pero olvida que la normatividad constitucional como máximo grado de abstracción dentro del ordenamiento jurídico constituye por regla general una proposición jurídica incompleta, que necesita del necesario desarrollo legislativo. Ya nos enseña ADOLF MERKL en su teoría de la formación del derecho por grados que la ley es la ejecución del derecho creado en la Constitución y creación de derecho respecto de los grados inferiores... La Constitución prevé que otros organismos del Estado se den su propio reglamento, como sucede por ejemplo con el Consejo de Estado... de acuerdo con la tesis de la proposición jurídica incompleta, las normas del reglamento del Consejo de Estado se integrarían a la Constitución..."

Y para concluir sus observaciones en punto a la naturaleza del reglamento del Congreso, afirma: "La causa de la confusión jurídica de los demandantes radica en la no distinción de las formas constitucionales y de las formas legales. Cuando se pretende someter al constituyente a lo dispuesto por un reglamento de naturaleza legal se llega al extremo de considerar inexecutable una reforma constitucional por no haberse observado un nimio procedimiento previsto en ese reglamento... una reforma de la Constitución Política debería ser

declarada inexecutable porque no se leyó en voz alta un voto en blanco".

Termina su análisis el impugnante comentando los cargos de la demanda atinente a la "disimilitud de contenidos normativos" entre las dos legislaturas aprobatorias del acto acusado y, a la acumulación de los primitivos proyectos de reforma del mismo que en el reglamento del Congreso, el cual a un "vacío relativo" en la Carta Fundamental, lo mismo que en el reglamento del Congreso, el cual a su juicio debe ser llenado por "los órganos de control".

Termina expresando el impugnante, por lo que a la acumulación de proyectos se refiere, que:

"Allí precisamente radica la diferencia entre lo reglado y lo discrecional. Si no se ha previsto la forma como los proyectos deben ser acumulados, las cámaras gozarán de libertad en la escogencia de la forma para la realización de esa acumulación. Lo que sí resulta inaceptable jurídicamente es la pretensión de que ante la ausencia de norma condicionante del ejercicio de la facultad porque el legislador así lo ha querido se deduzca la imposibilidad del constituyente para el ejercicio de tal facultad. Un razonamiento de este orden conduce inevitablemente al desconocimiento del concepto de discrecionalidad, entendida como la relativa libertad de que goza una autoridad ante la ausencia de limitantes legales".

2º. *Impugnación del ciudadano M. Parménides Salazar.*

Alude en primer término (fls. 181 y ss.) a la promulgación del acto legislativo acusado, criticando la posición adoptada por los actores al presentar dos demandas de inexecutable, antes y después de aquélla, lo cual revela a su juicio:

"Falta de seriedad intelectual, poca firmeza en las tesis planteadas, o cuando menos, ánimo de sorprender a la opinión pública del país con el montaje de un sincronizado aparato publicitario a través de los distintos medios de comunicación".

Y agrega al respecto glosando la "Teoría de la subsumación" entre los artículos 81 y 218 de la Constitución, expuesta por los actores que: "La publicación de la ley es el quinto requisito de ésta".

Comenta lo relativo a los efectos de la nulidad de la elección de las comisiones permanentes de la Cámara, dispuesta por el Consejo de Estado, estimando al respecto que la tesis de los actores:

"Parte del presupuesto legal y doctrinariamente equivocado de que las sentencias de nulidad, que a juicio de la Corte y del Consejo de Estado, se asemejan a los fallos de inexecutable, producen efectos retroactivos y que, por consiguiente, en el presente evento, la nulidad de la elección de la comisión primera de la honorable Cámara, implica automáticamente la nulidad de todos sus actos. Pero no. La decisión de inexecutable, como la nulidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el

pasado, de donde emerge, como lo sostiene la Corte en sentencia de julio treinta de mil novecientos cincuenta y cinco, que: "Las consecuencias del fallo no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a dicho fallo..." de otra parte, no debe olvidarse, con relación a este tema que dentro del derecho colombiano no es de buen recibo, el criterio sobre la inexistencia de los actos administrativos. Estos pueden estar viciados... pero mientras no se declare tal nulidad se presumen con existencia jurídica hasta dicha declaratoria".

Seguidamente, el impugnante se refiere a la violación del artículo 75 de la Constitución, y a indebida acumulación de los proyectos de reforma de la Carta, llegando a conclusiones similares, en tal sentido, a las del impugnante anterior.

Sobre las modificaciones introducidas en la segunda legislatura al texto aprobado en la primera, expone su criterio, según el cual:

"Sobre la base de lo ya dicho, de que si es procedente introducir modificaciones —y modificaciones pueden ser recortes, agregados, transposiciones de textos, etc.— en la segunda legislatura, porque de lo contrario 'para qué' esta segunda vuelta si hubiese la obligatoriedad de repetir en ella exactamente el texto ya aprobado en la primera legislatura, significa ello que tales modificaciones intrínsecamente no pueden generar violaciones de reglamento y, mucho menos, de las normas constitucionales invocadas por los demandantes".

En cuanto al hecho de que "en la segunda vuelta fue diferente el texto que se aprobó en primero y segundo debate en el Senado, del que se presentó a discusión para primero y segundo debate en la Cámara"; y de que existen "actas incompletas o mutiladas y tardíamente aprobadas", estima el impugnante en primer lugar que: "nos hallaríamos ante un caso de falsedad, en el cual también se encuentran en mora los demandantes, para denunciarla criminalmente y no sólo ellos, sino la totalidad de los congresistas de la comisión primera"; y en segundo término que:

"Por lo demás, se trata de una práctica reglamentaria —en el primer aspecto— de frecuente uso en la tramitación de proyectos de ley, que nada afecta el contexto de tales proyectos. Si ello implicara devolución o revisión del mismo, sería quitarle cierta flexibilidad a una tarea de suyo compleja y dispendiosa, como esta, de una reforma constitucional, hecha por el constituyente dentro de un marco de clara competencia, para introducir al documento original, todas las modificaciones que estime pertinente en el decurso histórico de los distintos debates".

Trata por último el hecho de que: "no se admitieron ni si discutieron en la segunda vuelta, la propuesta de discusión y votación por separación de al-

gunos artículos del proyecto en el curso del primer debate en la comisión primera de la cámara".

3º. *Impugnación de los ciudadanos César Gómez Estrada y Rodrigo Noguera Laborde (fls. 242 y ss.)*

Siguiendo en general el orden temático que ha observado la Corte, en la presentación y síntesis de los alegatos, cabe señalar que, los impugnantes anteriores, se ocupan en su libelo, de los temas que a continuación se señalan:

1º. *Promulgación del acto acusado.* Critica en primer término la posición de la demanda en lo relativo a la vigencia del acto acusado, y aludiendo de contera a las consideraciones de ésta sobre dicho tópico, afirman que, tales reflexiones:

"... ponen de presente cómo, desde cuando la demanda apenas pretende entrar en materia, ya sus autores se colocan en situación de rebeldía contra normas expresas del propio acto acusado, que desde luego se halla rigiendo y crean así de antemano la sanción, corroborado después, de que no es con sujeción a los principios y cánones de la hermenéutica como organizan y montan los cargos aducidos en su libelo. En efecto, no otra cosa que rebeldía contra el acto acusado, inútil por lo demás es pretender que éste no requería ser promulgado para entrar en vigencia, teniendo en cuenta que expresamente aquél dispone, en su artículo 65 que: 'El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación'. Ni para qué decir que la capacidad del Congreso para expedir un acto reformativo de la Constitución, lleva implícita la de señalar el momento a partir del cual habrán de producirse los efectos de la reforma adoptada como lo señaló en este caso, diciendo que ellos se producirían a partir de la promulgación. Es infantil argüir, como lo hace la demanda, que el artículo 65 aludido no condicionó la vigencia de la reforma en referencia 'porque precisamente está en discusión, con nuestra demanda, su validez constitucional', pues afirmar tal cosa equivale a prohibir el absurdo procesal de paralizar el acto objeto de aquélla, o de que en tal evento ha de suponerse que sobrevendrá una sentencia que declare la inexecutable demandada, y anticipar entonces a la causa la producción de sus efectos".

2º. *Normas constitucionales a cuya luz debe estudiarse la demanda y competencia de la Corte.*

En este sentido, existe una evidente contradicción, de los libelistas. Ciertamente, en un primer momento (fl. 245) estiman que las normas aplicables son las contenidas en el acto acusado expresando al respecto, que:

"Es evidente conforme al artículo 214 de la Constitución tal como quedó luego de la reforma de 1979, regla primera que a la Corte Suprema le corresponde decidir demandas de inconstitucionalidad dirigidas contra actos legislativos por vicios de forma".

Sin embargo, más adelante (fl. 261) afirman, aludiendo al tópico en comentario, que:

“Consideramos conveniente observar que la reforma impugnada suprimió el artículo 81 que trataba de la acumulación de proyectos. Pero como el regla cuando se adoptó dicha reforma, le era entonces aplicable y por ello el punto tratado aquí es pertinente”.

Precisan los libelistas, en concordancia con lo primeramente observado que, fuera de los vicios de forma previstos en el artículo 214 del acto de mandado:

“Cuya exclusividad para el efecto dicho resalta y realza la misma regla primera del artículo 58 al anteponer el adverbio ‘solo’ a la descripción de ellos, no existen otras para apoyar una acción de inexequibilidad, y por ello no lo son los que se cometan por infracción de los reglamentos, en materias en que éstos no coincidan con lo prescrito en la citada regla primera del artículo 58 del acto legislativo aquí acusado”.

Y continuando con este último tema de los vicios formales predicables del acto censurado, agregan:

“... también en el proceso jurídico de expedición de un acto legislativo deben distinguirse entre los vicios que puedan dar lugar al aniquilamiento de éste, que no pueden ser sino los establecidos en la regla primera del artículo 58 del acto legislativo número 1 de 1979, de un lado, y de las meras irregularidades, de otro. Dentro de estas últimas, por no estar nombradas en la citada regla, deben clasificarse todos los casos conforme a los reglamentos respectivos; ellos, por lo tanto, carecen de ulterior trascendencia ante la jurisdicción Constitucional, pues si no son objeto de recurso, deben considerarse saneados; y si lo son, y el resultado es adverso al recurrente, entonces deben tenerse como rechazados definitivamente por la Corporación respectiva. Se trata siempre en esos casos, de problemas a los cuales la Constitución no les da entidad bastante para montar sobre ellos una acción de inexequibilidad. En la ley 7ª del 45 sobre reglamento del Senado, se advierten varios eventos en que se da oportunidad a la interposición del recurso de apelación, con oportunidad a la discusión de un proyecto y contra decisiones de la Presidencia, como por ejemplo los previstos en los artículos 127, parágrafo, 170, 176 y 225”.

Citan los impugnantes la sentencia proferida por la Corte Suprema el 28 de agosto de 1970 (*Gaceta Judicial* número 2338 bis, página 364), en la cual se trata por ésta “la inexequibilidad de las leyes por vicios de forma en su expedición”. Concluyen los libelistas que:

“Debe entenderse que lo que se deja expresado respecto a vicios de forma, en modo alguno significa aceptación o reconocimiento de que en el trámite de la reforma constitucional de 1979 se haya incurrido en las presuntas informalidades que la de-

manda le indilga, las cuales de haber ocurrido, casi en su totalidad apenas serían simples irregularidades como tales irrelevantes de inexequibilidad... a nuestro juicio no se incurrió en ninguna de las informalidades que señala el libelo”.

3º *Naturalaleza jurídica del reglamento del Congreso.*

Con el propósito de refutar la “jerarquía orgánico-constitucional” que la demanda le atribuye a dicho reglamento advierte:

“Salvo el caso de la llamada ley orgánica o normativa del presupuesto nacional, y en virtud de lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, desde el punto de vista de la fuerza o vigor de su imperio no cabe distinción alguna entre las leyes; en la escala de los valores jurídicos todas ellas están situadas al mismo nivel, sin que se pueda decir de ninguna que ocupe un lugar especial al lado de la Constitución, o que se considere parte integrante de ella por complementarla o desarrollarla y en general que en algún sentido no esté sujeta al régimen ordinario o común a que están sometidas todas las leyes. Mucho menos posible es suponer leyes que limiten o restrinjan las funciones del Congreso como cuerpo Constituyente”.

4º *La nulidad de la integración de la comisión de la Cámara.*

Distinguen los defensores del acto acusado, las nociones de invalidez e inexistencia, para sostener que, en tratándose de “actos jurídicos de derecho público”.

“... Los efectos de la declaración de nulidad apenas se proyectan hacia el futuro, de suerte que todo lo actuado en el pasado bajo el imperio de la norma aniquilada, queda intacto e incólume”.

Citan a este respecto, providencia de la Corte Suprema del 30 de junio de 1955, en la cual se identifican los conceptos de inexequibilidad y derogatoria en cuanto a sus efectos hacia el futuro, y citan igualmente el pronunciamiento sobre tal tema del Consejo de Estado, igualmente transcrito como ya se ha visto por el impugnador Manuel S. Urueta, en el cual se asimilan “los efectos de la declaración de inexequibilidad a los de la declaración de nulidad”.

En relación con este tema y glosando los cargos de violación de los artículos 72 y 172 de la Carta invocada por los demandantes, añaden los impugnantes que:

“La impropiedad de este cargo es manifiesta, porque aquí no se trata de discutir, ni es materia idónea para discutir ante la Corte Suprema de Justicia, cómo y en qué condiciones de legalidad o de constitucionalidad se hizo la elección de los miembros de la comisión primera de la Cámara a que se refiere el cargo. Eso sería materia del contencioso administrativo”.

5º *La acumulación de los proyectos*

En relación con este cargo de la demanda, comienzan los impugnantes por observar que la de-

manda es *inepta*: “pues en realidad no dice en qué consiste esa indebida acumulación, ni señala norma concreta que la prohíba o que prescriba un trámite especial al efecto que aquí hubiese sido inobservado”, y agregan:

“Esta afirmación, empero, no tiene sentido, porque la acumulación en el seno del Congreso de proyectos de reforma constitucional ya aprobados por separado en una primera legislatura, como en este caso, nada tiene de incompatible con su discusión, así unificados, en la segunda legislatura, pues la unificación no destruye la respectiva identidad material de cada uno de ellos, y debatidos en conjunto no significa que no lo sea también cada uno, dado que las partes están implicadas en el todo. Por lo demás, la circunstancia de que el artículo 218 de la Constitución no hable de acumulación, en modo alguno quiere decir que la prohíba. Por el contrario, la Constitución admite la acumulación de proyectos de reforma constitucional, puesto que conforme al artículo 214 de la misma, tal como quedó con la Reforma de 1979, los requisitos del artículo 81 deben observarse en materia de expedición de actos de esa jerarquía y el inciso penúltimo de dicho artículo 81 alude claramente a proyectos acumulados «en la forma que ordena el reglamento»” (fl. 260).

Como quiera que en relación con este cargo, la demanda trae a colación el pliego de modificaciones que en la segunda legislatura fue presentado ante la comisión primera del Senado, los impugnantes recuerdan que dicho pliego de modificaciones:

“No sustituyó abrupta e irregularmente los proyectos acumulados, como se ve muy bien de la historia del trámite a que fue sometida la reforma acusada... no hay tal que, como lo sugiere la demanda, de manera intempestiva y de hecho el pliego de modificaciones hubiese desalojado de sus respectivos cauces los proyectos aprobados en primera vuelta, sino que mediante la acumulación... se integraron o unificaron en un mismo caudal y dentro de un solo cauce, y así pasaron a ser debatidos conjuntamente con un pliego de modificaciones en la segunda legislatura y a lo largo de los debates reglamentarios surtidos ante el Senado, primero y en la Cámara luego” (fl. 262).

Finalmente, se refieren los impugnantes a la diferencia de textos en la segunda legislatura y a las modificaciones en ésta introducidas.

VII

Elementos de prueba allegados al proceso

El material decisorio allegado al presente proceso ha sido integrado fuera del cuaderno principal en tres “anexos” y dos cuadernos de pruebas

y, en general comprende los siguientes elementos de juicio:

Anexo número 1. Se trata de los documentos allegados por los actores a la demanda. Y se reduce, por una parte, a un ejemplar de los *Anales del Congreso*, autenticado por el secretario general de la Cámara de representantes, correspondiente al 27 del mes de noviembre del citado año de mil novecientos setenta y nueve y por otra a un ejemplar del periódico “El Espectador”.

El ejemplar de los *Anales del Congreso* es el número 120 del año XXII, y comprende especialmente el acta de la sesión de la Cámara plena del miércoles veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta y nueve. En él se destaca la constancia dejada el día veinte del mes de noviembre de 1979 por el representante Zamir Silva Amín, en su doble condición de ponente del proyecto de acto legislativo y de presidente de la comisión primera “Sobre el procedimiento que se adoptó en la comisión primera para la discusión y votación del articulado del proyecto, en la sesión del día seis del mismo mes”.

Dicha constancia se refiere entre otras cosas a la solicitud para que se votaran separadamente diversos artículos del proyecto, firmada por los representantes Luis Villar Borda, Jaime Pinzón López y Álvaro Bernal Segura; a la votación por separado de tales artículos y, al otorgamiento de la palabra al representante primeramente citado, una vez terminada dicha votación “para que explique su voto”, el cual en ese momento presentó algunas proposiciones sustituyvas y, a la determinación de la presidencia de no someter a discusión tales proposiciones por expresa prohibición del Reglamento de la Cámara, cuyos artículos 164, 175 y 203 se transcriben, lo mismo que los artículos 17 y 18 de la ley 7ª de 1945.

A continuación de la constancia anterior, interviene el representante Cardona Hoyos, el cual enfatiza que la reforma implica “algunos pequeños beneficios para el desarrollo del parlamento colombiano” (pág. 1.792).

Los *Anales* respecto de la sesión mencionada, comprenden igualmente otras constancias, entre ellas de los representantes Villar Borda y Pinzón López sobre la votación anteriormente mencionada, e intervenciones sobre la reforma en cuestión de los representantes Rodolfo González, Luis Villar Borda, Mario González, Emilio Urrea y Mary Díaz Castro, y finalmente (pág. 1.799) la votación correspondiente al segundo debate —Cámara plena— del proyecto de reforma constitucional, concluyendo el acta respectiva que:

“En consecuencia, el artículo del proyecto del acto legislativo número 1 Senado, 119, Cámara de 1978 ‘por el cual se reforma la Constitución nacional’ ha sido aprobado de acuerdo con el texto que adoptó la comisión primera.

"Cerrado el segundo debate de este proyecto (en segunda vuelta) la Honorable Cámara, con las formalidades constitucionales y legales, y según lo preceptúa el artículo 218 de la Carta Fundamental, declara su voluntad de que sea norma constitucional.

"Preguntada la Cámara si quiere que el proyecto de Acto Legislativo reforme la Constitución Nacional, responde afirmativamente por unanimidad".

El ejemplar de "El Espectador" corresponde al número 25.713 del 29 de noviembre de 1979, en cuya página 10A y, bajo el título "Mutilación del acta 17 de las reformas", se informa que la solicitud anteriormente citada para la votación por separado de algunos artículos de la reforma, no fue incluida en el acta respectiva, y que el presidente de la comisión, reconoció al respecto la existencia de un "descuido por parte del secretario".

Anexo número 2. Contiene diecisiete ejemplares de los *Anales del Congreso*, cuyo contenido para los efectos del presente proceso, es el siguiente:

1° Año XXI, número 18, agosto 9 de 1978. "Proyecto de Acto Legislativo número 5 de 1978 'Por medio del cual se modifica el artículo 103 de la Constitución Nacional y se deroga el ordinal 3° del artículo 78 de la misma', presentado por Humberto Criales de la Rosa, Senador de la UNO".

2° Año XXI, número 30, septiembre 14 de 1978. "Ponencia para primer debate sobre el Proyecto de Acto Legislativo número 2/78 'Por el cual se reforma la Constitución Nacional a fin de prohibir las reelecciones para el período inmediato, con el objeto de dar autonomía al ministerio público y de precisar los alcances del numeral 14 del artículo 120', Roberto Gerlein Echeverría, senador".

3° Año XXI, número 35, septiembre 26 de 1978. "Ponencia de los honorables senadores Espinosa Valderrama, Pardo Parra y Lorduy Rodríguez sobre los proyectos del acto legislativo que reforman el Congreso Nacional". Se advierte que se ha trabajado "sobre quince (15) proyectos de acto legislativo presentados uno de ellos por el ministro de justicia y los demás por diversos senadores, uno de ellos, según revisión del "presentado en 1976 por los signatarios del Consenso de San Carlos".

4° Año XXI, número 36, septiembre 27 de 1978. "Proyecto de Acto Legislativo número 71 de 1978 por el cual se reforman los artículos 59 y 144 de la Constitución Nacional", presentado por un grupo de representantes.

5° Año XXI, número 53, octubre 28 de 1978. "Ponencia para su segundo debate de la reforma constitucional del Congreso rendida por el senador Augusto Espinosa Valderrama", texto del proyecto.

6° Año XXI, número 55, octubre 25 de 1978. "Proyecto de Acto Legislativo y de ley para segundo debate".

7° Año XXI, número 56, octubre 26 de 1978. "Los actos legislativos para reformar las estructuras de la rama judicial. La ponencia de los senadores Jaime Castro, Estrada Vélez, Escobar Méndez y Vidal Perdomo para primer debate". Se advierte que se tuvieron en cuenta tres proyectos anteriores, presentados por el ejecutivo y por diversos senadores.

8° Año XXI, número 62, noviembre 7 de 1978. Senado: "Discusión del proyecto de Acto Legislativo 'por el cual se reforma la Constitución Nacional'". "Constancia del representante Gilberto Salazar R."

9° Año XXI, número 72, noviembre 16 de 1978. "Senado. Ponencia para el segundo debate sobre proyecto de acto legislativo número 4 de 1978, 'por el cual se reforma la Constitución Nacional'. Senador Miguel Escobar Méndez".

10 Año XXII, número 55, agosto 8 de 1979. "Pliego de modificaciones que presenta el ponente, senador, Augusto Espinosa Valderrama para unificar en segunda vuelta, con algunos cambios los proyectos de Acto Legislativo que en la primera se tramitaron bajo los números 1 y 4".

11 Año XXII, número 88, octubre 9 de 1979. "Ponencia para segundo debate en la segunda legislatura ordinaria, presentada por el senador Augusto Espinosa Valderrama".

12 Año XXII, número 90, octubre 10 de 1979. "El articulado del proyecto de acto legislativo número 1 de 1978".

13 Año XXII, número 91, octubre 11 de 1979. "Acta número 20 discusión senado. Segundo debate".

14 Año XXII, número 92, octubre 16 de 1979. "Acta número 21 discusión senado. Segundo debate".

15 Año XXII, número 99, octubre de 1979. "Acta número 25 errores involuntarios en el acta de la reforma constitucional".

16 Año XXIII, número 1, enero 28 de 1980. "Texto completo del acto legislativo número 1 de 1979".

17 Año XXIII, número 40, septiembre 1° de 1980. "Proyecto de ley número 10 de 1980, sobre reglamentos del congreso pleno y el común de las cámaras legislativas".

Anexo número 8. Contiene dos cuadernos en "fotocopia auténtica", correspondiente al "expediente electoral número 499", tramitado en el Consejo de Estado, en relación con la "Nulidad de la elección de las comisiones permanentes de la Honorable Cámara de Representantes verificada el día 1° de agosto de 1978, por proposición número 18".

El primer cuaderno se inicia con el poder otorgado por Gilberto Vieira, José Cardona Hoyos y Gustavo Osorio al doctor Humberto Criales de la Rosa y termina con la sentencia de nulidad dictada

el día dos de julio de 1979 con ponencia del Consejero Mario Enrique Pérez.

El segundo cuaderno contiene las pruebas correspondientes al citado proceso electoral.

Cuaderno de pruebas número 1

Contiene los siguientes documentos en el orden en que han sido incorporados al informativo;

I. Copia auténtica del "Acta número 19 correspondiente a la sesión del 28 de noviembre de 1979, de la comisión primera de la Cámara de Representantes".

II. Folleto intitulado "Reforma constitucional, acto legislativo número 1 de 1979", el cual aparece como "editado e impreso en los talleres gráficos del Banco de la República", y cuya "autenticidad editorial" aparece igualmente certificada (fl. 24 bis) por el señor secretario general de la Presidencia de la República, doctor Gustavo Humberto Rodríguez.

III. Los siguientes ejemplares de los *Anales del Congreso*, debidamente autenticados y enviados a solicitud de la Corte Suprema:

- 1° Número 54 del 2 de agosto de 1979 (fl. 17).
- 2° Número 55 del 8 de agosto de 1979 (fl. 17 bis).
- 3° Número 90 del 10 de octubre de 1979 (fl. 18).
- 4° Número 96 del 23 de octubre de 1979 (fl. 19).
- 5° Número 80 del 28 de noviembre de 1979 (fl. 29).
- 6° Número 88 del 5 de diciembre de 1978 (fl. 30).
- 7° Número 89 del 6 de diciembre de 1978 (fl. 31).
- 8° Número 92 del 11 de diciembre de 1978 (fl. 32).
- 9° Número 104 del 22 de diciembre de 1978 (fl. 33).
10. Número 54 del 2 de agosto de 1979 (fl. 34).
11. Número 104 del 5 de noviembre de 1979 (fl. 35).
12. Número 117 del 21 de noviembre de 1979 (fl. 36).
13. Número 120 del 27 de noviembre de 1979 (fl. 37).
14. Número 1 del 28 de enero de 1980 (fl. 37 bis).
15. Número 35 del 26 de septiembre de 1978 (fl. 40).
16. Número 53 del 23 de octubre de 1978 (fl. 41).
17. Número 62 del 7 de noviembre de 1978 (fl. 41 bis).
18. Número 96 del 22 de noviembre de 1978 (fl. 42).
19. Número 94 (segunda edición) del 12 de diciembre de 1978 (fl. 43).

20. Número 101 del 19 de diciembre de 1978 (fl. 44).
21. Número 13 del 15 de marzo de 1979 (fl. 45).
22. Número 14 del 16 de marzo de 1979 (fl. 46).
23. Número 18 del 22 de marzo de 1979 (fl. 47).
24. Número 20 del 27 de marzo de 1979 (fl. 48).
25. Número 24 del 30 de marzo de 1979 (fl. 49).
26. Número 54 del 2 de agosto de 1979 (fl. 50).
27. Número 90 del 10 de octubre de 1979 (fl. 51).
28. Número 104 del 5 de noviembre de 1979 (fl. 52).
29. Número 120 del 27 de noviembre de 1979 (fl. 53).

IV. Un ejemplar del *Diario Oficial* (fl. 24) correspondiente al dos de febrero de 1979, en el cual se publican los decretos números 122 de enero 24 de 1979 "Por el cual se ordena la publicación del proyecto de acto legislativo números 4 y 144 de 1978 del Senado y de la Cámara de Representantes, respectivamente 'Por el cual se reforma la Constitución Nacional'; y del decreto número 123 de enero 24 de 1979 'Por el cual se ordena la publicación de proyecto de acto legislativo número 1 de 1978 (Cámara 110 de 1976) 'Por el cual se reforma la Constitución Nacional'".

V. Cinco ejemplares (fls. 58, 64, 70, 76 y 92) de la certificación jurada del representante Luis Villar Borda en relación con la sesión del quince de noviembre de mil novecientos setenta y nueve. Alude especialmente dicho representante a la "omisión inexplicable e injustificable" de incluir en las actas respectivas la solicitud hecha por él y por otros representantes, para que se votaran separadamente determinados artículos del proyecto de reforma de la Constitución, el cual a su juicio pretendió explicarse como "un descuido de secretaría por el representante Zamir Silva".

VI. *Comunicación* (fl. 81) del representante Jaime Pinzón López, referente a las diferencias existentes entre la publicación hecha en el número 90 de los *Anales*, y la publicación realizada en el número 95 de la misma publicación y según el cual: "Ha debido ordenarse por la presidencia del Senado, su regreso a la comisión para corregirlo en su redacción, y con mayor razón ha debido regresarse para los mismos efectos desde la Cámara".

VII. Certificación jurada (fl. 83) del representante Gilberto Vieira sobre los mismos hechos.

En certificación jurada (fl. 99) en la misma fecha, febrero cinco de mil novecientos ochenta, el representante anterior, se refiere también a lo ocurrido con la solicitud para que se discutieran y

votaran por separado algunos artículos de la forma, agrega:

"Esta declaración, a pesar de haberse leído en la sesión, no fue incluida en el acta correspondiente y al discutirse ésta en la sesión del veintiocho de noviembre, protestamos contra semejante irregularidad, la cual nos obligó a dejar la siguiente constancia incluida en el acta correspondiente..."

VIII. Certificación jurada del representante Zamir Silva Amín, el cual explica la diferencia anterior de textos, expresando que:

"Como consta en los *Anales del Congreso*, número 90 de 1979, página 1.336, la publicación del proyecto de acto legislativo número 1 de 1978, corresponde al texto aprobado en debate de comisión, segunda vuelta, en la sesión de 4 de octubre de 1979 de la comisión primera del Senado.

"En *Anales del Congreso*, número 96 de 1979, página 1.432, fue publicado el texto del proyecto de acto legislativo número 1 de 1978, conforme había sido aprobado en debate de plenaria del Senado, segunda vuelta, en la sesión del 17 de octubre de 1979.

"Estas publicaciones se refieren a textos distintos, pues la plenaria del Senado por decisiones mayoritarias, suprimió algunas expresiones del texto que había aprobado la comisión.

"En esta forma queda expuesto mi criterio sobre la realidad de una imaginaria alteración del proyecto del acto legislativo número 1 de 1979 'por fuera de las condiciones Constitucionales', como ligeramente lo afirman los demandantes".

IX. Certificación jurada (fls. 10 y 11 y ss.) del secretario general de la comisión primera de la Cámara de Representantes, en la cual y respecto de los puntos anteriores se lee:

"Es cierto que la discusión del acto legislativo número 1 de 1979, se realizó (sic) los días 6 al 15 de noviembre, y que las actas correspondientes a dichas sesiones sólo fueron aprobadas el día 28 de noviembre. Este hecho se justifica en razón de que, en el curso del debate en referencia intervinieron 17 honorables representantes en el siguiente orden numérico y cronológico, de donde se infiere que era físicamente imposible elaborar de un día para otro las actas que por su volumen e importancia del contenido, exigían meticoloso estudio por parte del secretario, quien tiene bajo su responsabilidad tan delicado asunto.

"De todos modos declaro que las actas fueron aprobadas dentro del término legal tal como prescribe el reglamento de la corporación".

Con respecto a la solicitud, para que se discutieran y votaran por separado algunos artículos, expresa igualmente el declarante anterior que:

"... el honorable representante Luis Villar Borda, reconoció públicamente ante los miembros de la comisión, que la omisión observada en el acta número 17 fue involuntaria, y así se contempla expresamente en el acta número 19 de noviembre

de 1979 cuando dice: «afirmó el honorable representante Luis Villar Borda, que se debe presentar por la presidencia, u ordenar a la secretaría, hacer en el acta 17 la respectiva corrección; creo que se trata de una omisión involuntaria, la cual debe subsanarse». Las actas fueron aprobadas con el lleno de las formalidades legales vigentes... en ningún momento se violaron las normas establecidas por el reglamento de la corporación en concordancia con la Constitución Nacional".

Cuaderno de pruebas número 2.

Tal como aparece anunciado en el oficio firmado por el secretario general de la comisión primera de la Cámara de Representantes, Gerardo León Pedroza, fecha el 1º del mes de febrero de mil novecientos ochenta y que corre al folio 21 del cuaderno anterior, en este nuevo cuaderno se incluyen "xerox-copias del acta número 17 correspondiente a la sesión del 15 de noviembre de 1979, que fue aprobada el día 28 de noviembre de 1979, xerox-copias del acta número 19 del 28 de noviembre de 1979".

También incluye el acta número 14 de la misma comisión primera de la Cámara de Representantes del acta número 16 de noviembre 14; del acta número... de noviembre 21.

Finalmente conviene advertir, que, de acuerdo con el oficio anteriormente mencionado de la secretaría general de la comisión primera de la Cámara de Representantes, se allegaron al informativo "cinco cintas magnetofónicas contentivas de la discusión y aprobación de la reforma del Congreso y a la justicia en primera vuelta acto legislativo número 1 de 1979".

VIII

Desarrollo del proceso

a) Trámite en la sala constitucional

En la evolución del presente juicio de constitucionalidad, deben mencionarse los siguientes aspectos procesales, más significativos:

1º La demanda fue admitida, mediante providencia dictada el día 22 del mes de enero de mil novecientos ochenta, firmada por el magistrado sustanciador, doctor Oscar Salazar Chávez (fls. 107 y ss.), providencia en la cual se dispuso igualmente la práctica de diversas pruebas.

2º La recusación al señor procurador se hizo por dos de los actores (fl. 116), los ciudadanos Tarcisio Roldán y Climaco Giraldo, en escrito presentado el día 8 de febrero del citado año.

La fundamentación de tal recusación fue ulteriormente ampliada por los mismos ciudadanos (fl. 223), mediante escrito presentado el 23 de julio del mismo año; y dicha recusación (fl. 216) fue

tramitada "por analogía, por el procedimiento establecido en el decreto 432 de 1969".

Luego de producidas diversas complicaciones, se abrió "a prueba" (fl. 235) el incidente de recusación, mediante auto de agosto 22 de 1980, habiéndose allegado un abundante material decisorio que obra a folios 282 y siguientes, relacionado con la intervención del funcionario recusado en la tramitación del acto legislativo atacado.

Finalmente, mediante auto (fl. 329) del 26 de septiembre, la Sala con un salvamento de voto declaró probada "la causal de recusación y se dispuso que el traslado ordenado se cumpliera con el vice-procurador general de la Nación".

Fue ponente el doctor Policarpo Castillo Dávila, quien había sido sorteado para tal efecto en "sala de conjuces" (fl. 155), oportunidad en la cual se eligió como presidente para los efectos correspondientes al doctor Adán Arriaga Andrade.

3º Solicitada la reposición (fl. 340) de tal auto, por los mismos actores que adelantaron la recusación, la sala en providencia de cinco de diciembre (fl. 348) de mil novecientos ochenta la negó, con un salvamento de voto, ratificando su criterio, de que el traslado respectivo debía correrse a la vice-procuraduría general de la Nación.

b) Trámite en la sala plena

1º Se inició el 16 de julio de 1981 con el estudio de la ponencia elaborada por el magistrado Ricardo Medina Moyano, aprobada por unanimidad por la Sala Constitucional. Luego de que se consideraron y se decidieron los impedimentos presentados por los magistrados de la Corte y de que se sortearon los respectivos conjuces, respetando la paridad política, la integración de la Corte quedó así:

Magistrados titulares: César Ayerbe Chau, Fabio Calderón Botero, José María Esguerra Samper (Alfonso Guarín Ariza), Dante Luis Florillo Porras, José Eduardo Gneco Correa, Gustavo Gómez Velázquez, Juan Hernández Sáenz, Álvaro Luna Gómez, Ricardo Medina Moyano, Alfonso Reyes Echandía (Victor León Mendoza), Fernando Uribe Restrepo y Darío Velásquez Gaviria.

Magistrados conjuces: Carlos Álvarez Pereira, (Enrique Arrázola Arrázola), Gilberto Arango Londoño, Gregorio Becerra Becerra, Francisco Camacho Amaya, Pablo Cárdenas Pérez, Rafael Gamboa Serrano, Ildefonso Méndez, Hernando Morales Molina, Rafael Nieto Navia, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Suárez de Castro, Álvaro Tafur Galvis, Hernando Tapias Rocha, Eduardo Umaña Luna, Carlos Upegui Zapata y Julio César Uribe Acosta.

Correspondió presidir la sala plena al doctor César Ayerbe Chau, quien lo hizo con dedicación, competencia y señorío.

2º El 6 de julio se recibió por la sala constitucional un memorial dirigido a la sala plena, suscrito por Jorge Eduardo González Vidales, en su

doble carácter de ciudadano y de apoderado especial del señor ministro de Justicia, doctor Felio Andrade Manrique, quien acreditó su calidad de tal. La Corte decidió rechazar este escrito por extemporáneo, puesto que cuando se recibió ya se había agotado la etapa de instrucción en la sala constitucional. Igual decisión se tomó en relación con el escrito presentado el 14 de octubre por el ciudadano Alfonso Izasa Moreno.

3º Según memorial presentado a la Corte el 12 de septiembre, los demandantes J. Climaco Giraldo Gómez, Oscar Alarcón Núñez y Tarcisio Roldán Palacio, recusaron para seguir conociendo del proceso a los conjuces Ildefonso Méndez, Alfonso Suárez de Castro, Álvaro Tafur Galvis y Julio César Uribe Acosta, por haber firmado la sentencia que puso fin en la sala constitucional al proceso 843 contra el artículo 4º de la ley 20 de 1979.

La sala ordenó darle trámite al correspondiente incidente, y de acuerdo con el artículo 27 del decreto 432 de 1969 designó como sustanciador al magistrado Fernando Uribe Restrepo, actual ponente del proceso. Tramitado el incidente de acuerdo con el mencionado decreto, la sala lo decidió declarando por mayoría que no era fundada la recusación. Salvaron su voto los magistrados Gustavo Gómez Velásquez, Álvaro Luna Gómez, Eduardo Umaña Luna y Gregorio Becerra Becerra.

4º En la sesión celebrada por la sala plena el 29 de octubre, el presidente sometió a votación, por separado, las partes resolutive y motiva de la ponencia presentada por el doctor Ricardo Medina Moyano, con el apoyo de la sala constitucional. El resultado de la votación fue de quince votos negativos, once afirmativos, un voto de inhibición, quedando un voto pendiente. Sometida a votación la exequibilidad o inexequibilidad del acto legislativo número 1 de 1979, el resultado fue el siguiente: 15 votos por la inexequibilidad total, 11 votos por la exequibilidad parcial, un voto de inhibición y uno pendiente.

Se procedió entonces al sorteo de nuevo ponente, de acuerdo con el artículo 37-9º del Reglamento de la Corte y con el artículo 10 del decreto 432 de 1969. Fue designado en tal forma el suscrito ponente.

IX

Consideraciones de la Corte

I. La promulgación del acto legislativo

Si bien este aspecto no se encuentra involucrado en la decisión respectiva, toda vez que, tanto los actores como la procuraduría general de la Nación y los impugnantes se han referido al mismo, no resulta impertinente acudir a él, mayormente con el propósito de relacionar este proceso sometido a la jurisdicción

constitucional, con los demás que fueron intentados contra el mismo acto legislativo.

Ciertamente, la Corte tuvo oportunidad de analizar detenidamente el tema anterior, en las providencias dictadas el 6 de noviembre de 1980 (expediente número 784), el 27 de noviembre de 1980 (expediente número 782) y diciembre 4 del mismo año (expediente número 783) en que fueron demandantes respectivamente: Roberto Vera Ramírez, los ciudadanos que figuran igualmente como actores en este proceso, y Humberto Criales de la Rosa, Hernán Suárez Sáenz, Álvaro Echeverry Uruburu y Carlos Alfonso Moreno. Tales demandas fueron presentadas en su totalidad antes del 20 de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, fecha en la cual se realizó la promulgación del acto legislativo acusado.

La Corte Suprema en tales oportunidades, estimó que no era el caso de proferir sentencia de mérito, por haberse presentado las demandas antes de la vigencia del acto legislativo, y, en consecuencia resolvió declararse inhibido.

II. Normas de la Carta Fundamental a las cuales está sometido el presente juicio de constitucionalidad.

1° El proceso de constitucionalidad no es otra cosa en último análisis que la comparación de la norma acusada con los preceptos de la Carta Política del Estado. Determinar por lo tanto en este caso, si dicha comparación debe hacerse con las normas de la Constitución vigentes hasta el 19 de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, o con las normas constitucionales, incluidas las reformas realizadas por el acto legislativo acusado, viene a ser un aspecto previo de capital importancia. A él se han referido con más o menos extensión, la mayoría de quienes intervienen en el proceso, algunos de ellos contradictoriamente como ya se ha observado en esta providencia. Por ello encuentra la Corte indispensable, definir su posición al respecto.

2° Dicho aspecto, cobra especial significación si además se tiene en cuenta que, de antiguo y en forma reiterada la Corte ha sostenido que, tratándose de leyes, la citada confrontación debe hacerse entre ellas y las normas constitucionales vigentes al momento de la defensa de éstas, toda vez que el Estado regula su actividad y su existencia, según la Constitución vigente. Así, en sentencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, agregó la corporación:

“Si el precepto constitucional base de la demanda fue modificado por voluntad expresa del constituyente, es lógico que la solicitud sobre inexequibilidad de leyes acusadas debe resolverse de conformidad con los textos constitucionales que se hallen en vigencia” (G. J., T. LXII, págs. 7 y ss.).

Este punto de vista ha sido materia de reciente ratificación por la Corte, al decidir dos procesos de particular importancia: el de la Junta Monetaria

—junio 12 de 1969— y el de la Comisión Nacional de Valores —mayo 14 de 1981—.

3° Habida consideración de la “superlegalidad” de la Constitución, vale decir de la superioridad jerárquica de ésta, frente a la restante normatividad jurídica del Estado, la tesis anterior resulta absolutamente indiscutible, y de ellas se derivan en consecuencia fenómenos tales como: 1° la inconstitucionalidad sobreviniente, cuando una ley que es constitucionalidad a la luz de las normas constitucionales vigentes, deja de serlo al ser modificadas éstas; 2° el de la constitucionalidad sobreviniente, cuando una norma, inconstitucional a la luz de la Carta vigente, deja de serlo como resultado de la reforma de ésta.

Este último fenómeno, se conoce igualmente por la doctrina como la “purga de inconstitucionalidad” por estimarse que desaparece el vicio inicial cuando el cánón de la Carta Política que la ley quebrantaba, es derogado; o cuando recibe sustento constitucional, con posterioridad a su expedición, como ya se indicó.

Empero, tratándose de la confrontación de normas constitucionales, con otras de la misma Carta Fundamental, el problema cambia radicalmente, y la tesis anterior resulta inaceptable.

No es la menor de las razones, la ya indicada de la superlegalidad de la Constitución, como quiera que tratándose de normas que hacen parte de la Carta Política del Estado no puede decirse formalmente hablando, que una o varias normas de la citada Constitución sean superiores a las otras.

Podría inversamente presentarse el fenómeno en aquellas Constituciones que constan de “cláusulas intangibles”, vale decir de preceptos a los cuales el propio constituyente primario o derivado ha revestido de un cierto grado de intangibilidad, al disponer que no pueden ser alteradas dentro de precisos períodos de tiempo, o definitivamente las ha hecho intangibles, al determinar que nunca podrán ser modificadas.

Ejemplos de tales disposiciones constitucionales intangibles, los encontramos para no recurrir a casos extraídos del derecho constitucional comparado, en algunas de nuestras primeras constituciones, adoptadas con posterioridad a la independencia política de 1810.

Estas las razones, además naturalmente de las dificultades casi insalvables, todavía más tratándose de normas constitucionales, que tradicionalmente han encontrado la doctrina y la jurisprudencia, para diferenciar las normas sustanciales de las normas procesales, por las cuales encuentra la Corte que no es dable jurídicamente establecer diferencias jerárquicas entre las normas de la Constitución Nacional.

Una vez que el constituyente ha decidido, en ejercicio de sus facultades, elevar a cánón constitucional una determinada norma, cualquiera que ella sea, ésta, en virtud de tal decisión jurídicamente

política queda revestida de la misma entidad e importancia de todas las demás que integran el documento constitucional respectivo, y su enmienda o derogatoria requiere en consecuencia las mismas condiciones que el resto de aquéllas.

4° De aceptarse que una reforma de la Carta debe estudiarse de acuerdo con la nueva normatividad constitucional, cada nueva reforma llegaría a ser una ruptura del orden jurídico del Estado, puesto que dejaría de existir la continuidad natural, según la cual una nueva Constitución, o una modificación de la misma, debe naturalmente engendrarse en la antigua Constitución, y realizarse dentro de los canales por ella previstos para dicha modificación.

En tal orden de ideas, llegaría así mismo a convertirse en una cláusula inocua y superflua, la *cláusula de reforma*, la cual desde el propio origen de las constituciones rígidas, ha sido considerada siempre como parte esencial de las mismas.

Y, desde luego conviene añadir que, la ruptura del orden jurídico al cual se ha aludido, comportaría en todos los casos, la destrucción de la legitimidad constitucional.

5° Solamente el derecho nacido o creado por una revolución, no puede juzgarse a la luz del orden jurídico pre-existente, toda vez que la esencia de la revolución consiste precisamente en la destrucción y cambio del ordenamiento jurídico del Estado. La Corte Suprema, al conocer actos reformativos de la Constitución, más exactamente contra la reforma plebiscitaria de 1957, ya se refirió con alguna amplitud a este tema.

En consecuencia, a juicio de la Corte, el estudio de las normas constitucionales acusadas debe hacerse a la luz de las normas constitucionales anteriores a la vigencia del acto legislativo número 1 de mil novecientos setenta y nueve. Así las cosas, resulta inútil referirse a la aplicación de las instituciones contenidas en el citado acto y menos aún a la bondad y conveniencia de las mismas.

6° Para concluir este aspecto del problema en estudio, conviene añadir que, la ausencia de sometimiento de las enmiendas de la Constitución a las normas preexistentes de la misma, llevaría no solamente al quebrantamiento del Estado de Derecho, sino a la conclusión inaceptable de que, el poder constituido, en este caso el Congreso, estaría por encima de la Constitución.

Explicando este punto, la Corte Suprema, en providencia de cinco de mayo de mil novecientos setenta y ocho, al conocer de la demanda de inconstitucionalidad intentada contra el acto legislativo número 2 de mil novecientos setenta y siete, por el cual se convocaba una Asamblea Nacional Constituyente, hizo entre otras, las siguientes observaciones:

“Todo poder constituido es un poder de derecho, o sea constitucionalizado, y nunca extra, supra o metaconstitucional, ya que estos caracte-

res sólo son propios del poder privado que constituye a los demás poderes.

“Sustraer el poder de reforma de la Constitución de lo prescrito por ella en cuanto al modo de producir sus enmiendas, equivale a confundir un poder constituido, como éste, con el constituyente primario. Lo cual implicaría también, excluir ese poder del régimen de derecho, quebrantando la legitimidad, pues resulta desacertado sostener que cuando un órgano del Estado puede modificar la Constitución sin someterse a las formas en ella estatuidas, es un Estado de Derecho. Menos válido aún es afirmar que el Congreso Nacional, cuando ejerce esta competencia, lo hace como soberano, ignorando la supremacía de la Nación; y tampoco aseverar que sus actos están amparados por una especie de presunción de constitucionalidad, porque ello contraría manifiestamente la filosofía y los postulados del artículo segundo. Además, el carácter representativo del soberano que se predique del Congreso por su elección popular y directa, no sería exclusivo en Colombia, pues idéntico origen tiene el presidente de la República” (*Foro colombiano*, tomo XVIII, mayo de 1978, número 107, páginas 422 y ss.).

III. Inconstitucionalidad de las reformas constitucionales.

a) Es éste indudablemente uno de los temas de mayor importancia de la teoría de la Constitución; convergen en él los aspectos relativos a la revisión o reforma de la Constitución y a su control, los cuales junto con el problema de los “estados de excepción”, integran el tripode sobre el cual descansa la existencia misma de la Constitución, su eficacia o su frustración y su propia supervivencia.

En el momento actual de la teoría constitucional y siguiendo los lineamientos generales de la doctrina nacional e internacional, puede afirmarse que la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales puede darse en los siguientes casos:

1° Cuando una reforma de la Carta fundamental lesiona lo que KARL LOEWENSTEIN (*Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona) llama los límites “inmanentes” o “implícitos” de la Constitución, por los cuales se entenderían aquellos valores fundamentales de la Constitución que sin embargo, no se encuentran vertidos en sus cláusulas, razón por la cual también se les conoce como “límites inarticulados”, y que tocan en última instancia con el espíritu o el “telos” de la Constitución, y con las propias teorías iusnaturalistas.

2° Cuando la enmienda o revisión de la Carta vulnera aquellas normas que han sido llamadas por la doctrina, pese a su discutibilidad, sustanciales y, finalmente.

3° Cuando la modificación de la Carta fundamental, viola la *cláusula de reforma*, ésto es, los requisitos previstos en ella para dicha modificación (Constitución, artículo 218).

Por supuesto es preciso reconocer que el primer caso, tiene connotaciones eminentemente teóricas, que en la práctica de la doctrina ha tocado con prudencia especial. El segundo también es materia de serias prevenciones, en cuanto su aplicación lo enfrenta con el propio constituyente; siendo evidente que el tercero, esto es, la posibilidad de que un acto reformativo de la Carta Fundamental sea atentatorio de la misma, por vicios de procedimiento en su formación es aquél del cual se ha ocupado con mayor frecuencia la doctrina y la jurisprudencia.

b) En Colombia, el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución viene a ser en el momento actual una última etapa en una larga y brillante evolución de las diversas instituciones que han integrado en el país la defensa de la integridad de la "incolumidad", o de la "indemnidad" de la Carta Fundamental, según las diversas expresiones utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Realizados por la Corte, en diversas oportunidades, amplios y detenidos estudios sobre el control de constitucionalidad, solamente conviene destacar ahora el hecho de que, dicha tradición se remonta a las propias instituciones jurídico políticas de la Colonia.

De otra parte, a las instituciones adoptadas en las primeras constituciones, del que don JOSÉ MARÍA SAMPER llamara "período revolucionario" del constitucionalismo nacional, las cuales, las del Estado de Cundinamarca de 1811 y 1812 crearon el Senado de Protección y Censura, con finalidades propias de la defensa de la Constitución. Y, quienes cuestionan el carácter de antecedente de estas instituciones, seguramente olviden, que Senado era precisamente el nombre con que se conocía en la etapa constituyente de la Revolución Francesa, la institución destinada a dicha defensa como ocurre por ejemplo con el proyecto más antiguo de que se tenga noticia en tal época, el proyecto de Abate Brun de la Combe, proyecto en el cual se concebía dicha institución, con el fin de "colocar en su puesto aquellos órganos que se hayan salido de los límites a ellos asignados". (MARIO BATTAGLINI. *Contribución a la historia del control constitucional de las leyes*, Giuffré, Milán, 1957).

Senado también era el nombre atribuido en el proyecto de Constitución de SIEYÈS, a un órgano previsto con propósitos similares, y, finalmente, como lo recorda el mismo autor en el llamado proyecto girondino de Constitución, presentado por Condorcet, la *censura*, era prevista a su turno como un mecanismo para controlar entre otras cosas, la actividad legislativa.

IV. *Competencia de la Corte Suprema para conocer de demandas contra actos reformativos de la Constitución.*

1° Por lo que hace concretamente al control de constitucionalidad de los actos reformativos de la

Carta Política, su problemática viene a desenvolverse intensamente, a partir del año de mil novecientos cincuenta y cinco, en que se presentan ante la Corte Suprema las primeras demandas contra enmiendas de la Constitución; en tal caso contra actos legislativos en ese momento de la Asamblea Nacional Constituyente.

A partir de ese momento, el problema cobra especial actualidad y por parte de la Corte se dictan al respecto una serie de providencias de gran trascendencia y a las cuales se hará mención en los párrafos siguientes. También la doctrina se ha ocupado ampliamente del tema.

La historia de las demandas presentadas hasta el momento contra actos reformativos de la Constitución, es al propio tiempo la historia de la posición de la Corte, en relación con su competencia para conocer de los mismos. A continuación se hará una relación sintética de los procesos y de las decisiones respectivas.

1° *Auto de octubre 28 de 1955. Ponente doctor Luis Enrique Cuervo.*

Demanda del ciudadano Germán Molina Callejas contra los actos legislativos número 1 de 18 de junio de 1953 y número 1 de 30 de julio de 1954, de la Asamblea Nacional Constituyente. En esta oportunidad la Corte rechaza la demanda, considerando que carece de competencia, con base fundamentalmente en que:

"La guarda de la integridad de la Constitución no podría entenderse, pues sería absurdo, como un medio consagrado por la Carta para revisar los actos del Poder Constituyente. Estos actos una vez expedidos, no están sujetos a revisión de ninguna especie por ninguno de los poderes constituidos; porque ello implicaría admitir el absurdo de que hay *derecho contra derecho*, la tesis es tan clara, tan evidente, que sería inoficioso detenerse a analizarla" (*G.J.*, t. LXXXI, núms. 2.157-2.158, pág. 362).

El mismo criterio se aplicó en auto de enero 30 de 1956.

2° *Providencia de noviembre 28 de 1957. Ponente: Doctor Guillermo Hernández Peñalosa.*

Demanda del ciudadano Pedro Nel Rueda Uribe contra los decretos 0247 y 0251 de 1957, por los cuales se convoca un plebiscito para reformar la Constitución.

La Corte en providencia de sala plena, siguiendo la tesis anterior "se inhibe de conocer de la demanda por carecer de competencia" (*G.J.*, t. LXXIV, núms. 2.188-2.189-2.190, págs. 430 y ss.).

Importa señalar que de esta providencia salvó el voto un grupo de magistrados, que consideraron que la Corte sí era competente para conocer de la demanda. Puede decirse que histórica y jurídicamente la tesis de la minoría, constituye antecedente del criterio sobre la competencia de tales demandas.

3° *Providencia de abril 16 de 1971. Ponente: Doctor Guillermo González Charry.*

Demanda del ciudadano Hugo Palacios Mejía contra el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución. La Corte sostiene nuevamente su falta de competencia para conocer del acto acusado (*G.J.*, t. CXXVIII, núms. 2.340, 2.341 y 2.342).

4° *Sentencia de mayo 5 de 1978: Ponente: Doctor José María Velasco Guerrero.*

Demanda de los ciudadanos Carlos Alfonso Moreno Novoa y Álvaro Echeverry Uruburo contra el acto legislativo número 2 de diciembre 19 de 1977 por el cual se convoca una asamblea constituyente.

La Corte Suprema, sala plena, por mayoría, modifica la jurisprudencia anterior y concluye que si es competente para conocer de actos como el demandado. Las razones principales que sirven de fundamento a esta nueva posición jurisprudencial, son las siguientes:

"El poder de reforma constitucional es un poder constitutivo y debe ejercerse dentro de las reglas constitucionales del artículo 218, y sus decisiones no escapan a la jurisdicción constitucional de la Corte Suprema de Justicia, puesto que pueden ser violatorias de la Constitución en cuanto infrinjan esas reglas y el principio de la sujeción a ellas, sentado sin excepción alguna en el artículo 2° para todo y cualquier poder constituido. No importa que los actos legislativos no estén enunciados expresamente en el artículo 214 entre los que son susceptibles de juicio de validez constitucional por la Corte Suprema. Porque la guarda de la Constitución, a ese Tribunal confiada, se refiere a la totalidad de sus preceptos, como lo indica aquel texto en los términos 'guarda de la integridad de la Constitución' y, por lo tanto, su jurisdicción comprende todo acto que pueda vulnerar esa integridad, así no se haya expresado esa posibilidad en el referido texto, ya que ella resulta patente en el imperativo contenido en los artículos 2° y 218. Las expresiones tan *categoricas y excluyentes* de esta última norma no dejan duda sobre la imperatividad de los procedimientos que prescriben y del tipo de actos que deben reflejarse las reformas constitucionales.

"La Constitución es una unidad normativa sistemática. Sus normas carecen de sentido consideradas aisladamente. Su interpretación debe integrarse y complementarse armónicamente. Es lo científico. Por eso, la regulación del control de constitucionalidad que compete a la Corte, debe complementarse, para el caso en estudio, con los efectos lógicos que se deducen de los artículos 2° y 218, integrados con los resultantes del 214".

5° *Providencia de febrero 13 de 1979. Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica.*

Demanda del ciudadano Bernardo Elejalde Toro contra los artículos 13, 14 y 28 del acto legislativo número 1 de 1968. En este caso, la "Corte con-

sidera en primer término que es competente para conocer de la acción interpuesta, como ya lo estableció en su fallo de 5 de mayo de 1978, y procede a declarar inepta la demanda por no haber sido formulada integralmente".

6° *Providencia de febrero 13 de 1979. Ponente: Doctor Antonio Alvirra Jácome.*

Demanda del ciudadano César Castro Perdomo contra varios artículos del acto legislativo número 1 de 1968 relativos al "Régimen de las entidades territoriales".

La Corte reitera su doctrina en materia de competencia y se declara inhibida para conocer, por darse en el caso estudiado el fenómeno de la "proposición jurídica incompleta".

7° *Providencia de octubre 16 de 1979. Ponente: Doctor Alfonso Suárez de Castro.*

Demanda del ciudadano Bernardo Elejalde Toro contra la totalidad del acto legislativo número 1 de 1968.

La Corte asume la competencia para conocer del proceso y declara la exequibilidad del acto demandado.

8° *Providencia de noviembre 6 de 1980. Ponente Doctor Antonio de Irisarri Restrepo.*

Demanda del ciudadano Roberto Vera Ramírez contra el acto legislativo número 1 de 1979.

La Corte se inhibe para "fallar en el fondo" por haber sido presentada la demanda extemporáneamente.

9° *Providencia de noviembre 27 de 1980. Ponente: Doctor Ricardo Medina Moyano.*

Demanda presentada por los ciudadanos Manuel Gaona Cruz, Tarcisio Roldán Palacio, Oscar Alarcón Núñez, Antonio José Cancino Moreno y Climaco Giraldo Gómez contra el acto legislativo número 1 de 1979. La Corte toma decisión similar a la anterior.

10. *Providencia de diciembre 4 de 1980. Ponente: Doctor Darío Vallejo Jaramillo.*

Demanda presentada por los ciudadanos Humberto Criales de la Rosa, Hernán Suárez Sanz, Álvaro Echeverri Uruburo y Carlos Alfonso Moreno contra el acto legislativo número 1 de 1979. La Corte decide en forma similar a las dos anteriores.

Consiguiendo la Corte, obrando en general de acuerdo con la jurisprudencia adoptada en la ya citada sentencia de 5 de mayo de mil novecientos setenta y ocho, y uniformemente reiterada en todas las providencias posteriores, que se han descrito en este considerando, estima que es competente para conocer del acto acusado por los actores.

V. *Examen de la constitucionalidad del acto acusado.*

1° Violación del derecho de las minorías de la Cámara.

Uno de los cargos contra el acto legislativo número 1 de 1979 sobre el cual han hecho más énfasis los actores, se fundamenta en que, la elección

de los miembros de las comisiones permanentes de la Cámara de Representantes, incluida naturalmente la comisión primera, verificada el día 1° del mes de agosto de 1978, fue declarada nula por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 2 de julio de mil novecientos setenta y nueve.

Y, como quiera que a la citada comisión le correspondió en el curso de la primera legislatura, aprobar en primer debate el acto acusado, han concluido los actores en "la invalidez constitucional de sus actos" incluidos naturalmente los relativos a la aprobación del acto legislativo.

a) El Consejo de Estado, en fallo proferido por la sala plena de lo contencioso administrativo el 2 de julio de 1979, registra en los siguientes términos la situación irregular que se presentó el 1° de agosto de 1978 en la Cámara de Representantes, cuando se trataba de integrar las comisiones constitucionales permanentes, entre ellas las que debía precisamente estudiar la reforma a la Carta, puesto que ya se habían presentado oficialmente al Congreso varios proyectos de acto legislativo:

"Con respecto a la inscripción de las listas se tiene, según consta en las páginas 190 a 192 del ejemplar de *Anales del Congreso* que obra en el expediente (de agosto 9 de 1978), que los representantes Pablo Salazar de Heredia, Ignacio Valencia López, Hernando Turbay Turbay, Oscar Martínez Salazar y Ernesto Lucena, aduciendo la condición de miembros de las comisiones coordinadoras de los partidos políticos, propusieron para las comisiones en referencia, en bloque a los representantes, cuyos nombres figuran en las listas presentadas para integrar todas las comisiones. A su turno, consta también que el representante Gilberto Vieira inscribió una lista de candidatos para las comisiones primera, tercera, quinta y séptima, de la que figuran como proponentes, además del citado Vieira, los representantes José Cardona Hoyos, Mario Montoya H., Gustavo Osorio y Álvaro Bernal Segura. Corolario de lo anterior es que en la elección acusada hubo dos listas y que por consiguiente, en cuanto a este aspecto, se satisfizo el requisito reclamado por el artículo 172, inciso cuarto (cuando existen varias listas) ... *Mas estos preceptos no fueron observados porque la elección se hizo sin aplicación del cociente electoral* (ordenado por el artículo 172-1° de la Carta), pues, como en este sentido lo anota el fiscal colaborador, "el error de la Presidencia de la honorable Cámara de Representantes estuvo en no haber abierto la votación, dado que habían dos listas inscritas y dar aplicación al principio constitucional de cociente electoral por tratarse de una elección de más de dos miembros..."

"El grupo de parlamentarios que suscribió la lista desidente constituida en la fecha de la elección un sector político de la Cámara. Eran una fracción de un partido o un sector político independiente, que representaba una opinión política, así fuera mino-

ritaria. Por esta motivo, si se trataba de ponerse "de acuerdo en una lista total de las comisiones", para que pudiera ser votada en bloque era necesario contar con ese sector político. Consiguientemente, al faltar el acuerdo pleno, no podía haber votación en bloque" (subrayas fuera del texto).

"Como es bien sabido el artículo 172 de la Carta dispone:

«A fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cociente electoral (2°). El cociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer (4°). La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cociente quepa en el respectivo número de votos válidos».

"La conclusión final —dice el citado fallo del Consejo de Estado— es la de que la Cámara de Representantes, *contrariando los artículos 172 de la Carta Política...* hizo el 1° de agosto de 1978 la elección de sus comisiones constitucionales permanentes sin emplear el sistema del cociente electoral, el cual tiene por finalidad asegurar la representación proporcional de los partidos, tanto en las elecciones populares como en las que verifiquen las corporaciones públicas, en aras de la democracia representativa y, desde luego, de los derechos de las minorías. Conviene advertir que el acta de la sesión de la Cámara de Representantes correspondiente al 1° de agosto de 1978 fue aprobada por la misma en su sesión siguiente (*Anales del Congreso*, número 16, 2° C', fl. 138). Subraya fuera del texto.

b) Considera la Corte que de este modo el Congreso, en función de constituyente violó flagrantemente el derecho de las minorías consagrado expresamente en la Carta, incurrió en un vicio de carácter constitucional, insubsanable, que conduce a la inexecutable total del acto legislativo acusado. Porque esa violación se produjo durante el proceso legislativo especial que tenía por objeto reformar la Constitución, y la comisión primera irregularmente integrada debía ocuparse en primer término, y principalmente, de los proyectos del acto legislativo que en ese momento estaban ya a estudio del Congreso.

En efecto, la elección viciada tuvo lugar, como se ha visto el día 1° de agosto de 1978, y para esa fecha ya se habían presentado oficialmente al Congreso cuatro (4) proyectos de reforma constitucional, así:

1. Proyecto de acto legislativo número 1 de 1978 "reformativo de la Constitución Política" presentado al Congreso el 20 de julio de 1978, por los senadores y representantes Edmundo López G., Jaime Posada, Libardo Lozano Guerrero, Rodrigo Lara, Ricardo Ramírez y Ramón E. Giraldo.

2. Proyecto de acto legislativo número 10 de 1978, "por medio del cual se reforman los artículos 70, 76, 78, 81, 83, 84, 98, 102 y 120 de la Constitución Nacional", presentado a la Cámara de Representantes por Gilberto Salazar Ramírez el 20 de julio de 1978;

3. Proyecto de acto legislativo número 16 de 1978, "por medio del cual se reforma la Constitución Nacional" presentado el 20 de julio de 1978 a la Cámara de Representantes por Gilberto Salazar Ramírez. Sobre la veeduría del poder público.

4. Proyecto de acto legislativo número 2 de 1978, "por el cual se reforma la Constitución Nacional a fin de prohibir las reelecciones para el período inmediato, con el objeto de dar autonomía al Ministerio Público y de precisar los alcances del numeral 14 del artículo 120", presentado al Senado el 25 de julio de 1978, por Augusto Espinosa Valderrama y Enrique Pardo Parra.

Inclusive el proyecto número 1 ya había sido publicado en los *Anales del Congreso*, número 7 del 31 de julio de 1978, páginas 97 y 98, antes de que se desconociera el derecho de las minorías políticas organizadas —representadas en el cuerpo constituyente— al integrarse la comisión primera de la Cámara que debía ocuparse en primer lugar del estudio de la reforma constitucional, de acuerdo con proyectos ya conocidos y formalizados.

c) El vicio en el procedimiento empleado por el legislador constituyente fue sustancial, puesto que desconocía las garantías constitucionales y violaba los derechos, también constitucionales, de una parte de la representación parlamentaria, marginándola así abusivamente de importantes deliberaciones y decisiones, en las cuales tenían claro derecho y legítimo interés de participar e intervenir. Y de nada valieron las protestas oportunas de los inmediatamente afectados, con esta decisión.

La norma violada, el artículo 172 de la Carta, tuvo su origen en el Plebiscito Nacional de 1957 (artículo 2°), uno de los pocos casos en la historia constitucional de Colombia en que puede hablarse de la intervención del constituyente primario y tuvo por objeto inmediato la eliminación de los llamados "feudos podridos". Al incorporarse la norma en el cuerpo de la Constitución, según la reforma de 1968, se advirtió expresamente que se trataba de "restaurar el principio democrático", restableciendo la representación de las minorías. Se indicó por el constituyente que el sistema anterior, el de la primacía absoluta de la mayoría simple, "estimulaba el fraude y creaba situaciones aberrantes", que era "situación arbitraria y antidemocrática", y que constituía "burla de derechos" (*Historia de la reforma constitucional de 1968*, Presidencia de la República. Imprenta Nacional 1969).

Resulta entonces que, según las mismas expresiones empleadas reflexivamente en su momento por el constituyente, el Congreso de 1978 durante

el proceso de reforma de la Carta incurrió en conducta expresamente proscrita por la Constitución porque "estimula el fraude", crea "situaciones aberrantes", constituye "situación arbitraria y antidemocrática" y hace "burla de derecho".

El derecho de las minorías legalmente organizadas a participar en las corporaciones públicas, es uno de los principios fundamentales reconocidos universalmente como característicos de toda organización genuinamente democrática y republicana, por corresponder a su esencia misma. Si no se respeta el precario fuero de que deben gozar las minorías políticas, las mayorías se convierten más en expresión de voluntad de dominio y de interés predominante, que en manifestación de la razón que procura el bien común. Es la verdadera tiranía de grupos accidentalmente mayoritarios, la dictadura convencional de alianzas transitorias, que desconoce el principio de filosofía social, según el cual, "como las partes y el todo son en cierta manera una misma cosa, así lo que es del todo es en cierta manera de las partes".

"Si la libertad de un país se manifiesta a veces por la oposición hecha a su gobierno —escribía ALBERDI— es porque la oposición no es más que el ejercicio de la parte de la libertad que el país deja de delegar a sus gobernantes..." "Ser libre es tener parte en el poder: síguese de ello que cuando en el poder solo el gobierno es libre en el país sin libertad" (Cfr. SEGUNDO V LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, ALFA—1956, t. VI, págs. 108 y ss.).

Debe respetarse el derecho en cabeza de quien lo tenga pero debe respetarse aún con mayor celo y escriptulo el derecho de las minorías que, por el mismo hecho de serlo, necesitan especialmente de una protección eficaz. Esto fue lo que no hizo el constituyente derivado en el proceso de formación del Acto Legislativo número 1 de 1979, al quebrantar el artículo 172 de la Carta.

d) No comparte la Corte, sin embargo, el punto de vista propuesto por los demandantes —que hace parte también del pensamiento— de la viceprocuradora y de los defensores del acto acusado, en el sentido de que la citada violación lleva necesariamente a la aplicación de las doctrinas propias del derecho administrativo sobre inexistencia o nulidad —*ex nunc o ex tunc*— de las actuaciones de órgano o de funcionarios irregularmente constituidos.

Las doctrinas jurídicas sobre nulidad e inexistencia, diseñadas principalmente para preservar la seguridad jurídica en el caso de funcionarios de facto, corresponden ser consideradas, como lo han sido, por los altos organismos competentes de lo contencioso administrativo. En el presente caso la Corte debe tener en cuenta el enfoque que a ella atañe con base en el artículo 218 de la Carta, en concordancia con su artículo 2°, o sea examinar las posibles violaciones de la Carta durante el trá-

mite de una reforma de la Constitución, tal como la que ocurrió por infracción del artículo 172 *ibidem*.

Desde el punto de vista que debe ser el propio de la Corte al juzgar el trámite del acto legislativo acusado, no puede sostenerse que al votar dicho acto la comisión primera de la Cámara no realizaba elección alguna, y que por consiguiente no pudo violar en ese momento el artículo 172 de la Carta. Porque al contrario, resulta, según se ha comprobado, que al realizarse la elección en contra de lo dispuesto por el citado artículo, la Cámara se hallaba ya en el proceso de reformar la Constitución. En efecto, la elección viciada se verificó cuando ya estaba en marcha el trámite del acto legislativo que se examina, y hace parte de dicho trámite. La comisión se conformó inconstitucionalmente durante el proceso de formación del acto legislativo.

Al interpretar y aplicar la ley de leyes la Corte debe atender, en primer lugar, a los derechos que ella, tutela, como es sin duda el que tienen las minorías parlamentarias a participar en el trámite de la reforma a la Carta (artículo 218), puesto que todo poder público debe ejercerse en los términos que la misma Constitución establece. La violación de ese derecho, que se presentó cuando el Congreso daba uno de los pasos más importantes dentro del trámite normal de la reforma, si bien no la hace inexistente o nula —puesto que éstos son fenómenos que deben estudiarse y definirse en el ámbito del derecho administrativo—, sí la afecta en forma grave e insubsanable ya que sería absurdo aceptar la exequibilidad de un proceso de reforma a la Constitución, durante el cual se ha violado de modo palmario el derecho de las minorías, que —se repite— es una de las conquistas más preciadas de la democracia, una de las garantías esenciales dentro de nuestro derecho público.

Empero conforme se ha explicado, no tiene sentido propio en este proceso la figura de la inexistencia, ni puede hablarse de “ineficacia originaria”. Se trata es de la inexecutable, por violación de la Constitución, invalidante del acto hacia el futuro, conforme invariablemente lo ha dispuesto la jurisprudencia de la Corte.

2) La indebida acumulación de proyectos.

La observancia de las formas como fuente de legitimidad en el ejercicio de la competencia.

El Estado de Derecho se distingue de otras formas de organización jurídica de las sociedades en que distribuye el ejercicio del poder, emanado de la soberanía, entre distintos órganos con competencias definidas, que se interrelacionan armónicamente para cumplir entre todos el fin supremo y común de mantener el orden, como fuente de paz, convivencia y de sosiego entre los asociados, dentro el mutuo respeto a sus recíprocos derechos. Pero a la vez, estos distintos órganos se controlan unos a otros en el ejercicio de sus fun-

ciones, sin llegar a interferirse, claro está, sus respectivas órbitas propias, sino de tal manera que se mantenga un equilibrio en el ejercicio de las diversas competencias, que impida la preponderancia dominante de alguno de los órganos sobre los demás, que llegase a conducir al despotismo o a la arbitrariedad, como germen de la destrucción del propio Estado de Derecho.

Es entonces indispensable, dentro de esta organización jurídica, que las competencias de los distintos órganos y las funciones que de ellas dimanar se consagren de manera expresa y minuciosa y que los ritos, formas o procedimientos para su cabal ejercicio también se establezcan previamente de manera expresa. Ello es garantía de legitimidad en sus actos para los gobernantes y es garantía para los gobernadores en cuanto al respeto de sus derechos y en cuanto a la certeza y ortodoxia jurídica de los preceptos que deben regular su conducta como integrantes de la sociedad.

De allí se desprende que el ejercicio de toda competencia dentro del Estado de Derecho presupone y exige el cumplimiento estricto de las formas propias preestablecidas para el respectivo obrar de la autoridad, y que el apartarse de tales formas invalida el acto y equivalga a un intento fallido de ejercitar la competencia.

Ello no implica un culto de la forma por la forma en sí mismo, que sería vacío y sutil, sino el desarrollo lógico e indispensable de los principios de la legitimidad, como freno al despotismo y al desorden institucional, de armónico equilibrio entre las potestades, dentro de las órbitas de sus competencias, de antemano diseñadas, y de certeza en los medios que deben emplear al expedir sus actos, en desarrollo de atribuciones también precisas y explícitas.

La forma en el Estado de Derecho tiene igual trascendencia que el ejercicio mismo de la potestad. Uno y otra, conjugados, le infunden legitimidad a los actos del poder en sus diversos órganos.

La organización institucional colombiana. El Congreso como constituyente y como legislador.

En Colombia no existen poderes absolutos, soberanos o indefinidos que a su talante escojan los medios o formas para obrar. Al contrario, el artículo 2° de la Constitución enseña que la soberanía reside esencial y privativamente en la Nación, que de ella emanan los poderes públicos y que su ejercicio debe sujetarse a los dictados del propio Estatuto Fundamental.

Se trata pues de poderes derivados y reglados, ya que el político o primigenio le pertenece exclusivamente a la Nación. Ello se predica inclusive de la potestad constituyente que le corresponde al Congreso, cuyos derroteros marca de modo expreso la Carta Fundamental.

El Congreso tiene como función principal hacer o crear el derecho positivo, mediante la expedición de textos constitucionales o de leyes ordina-

rias, y le incumbe solo de manera excepcional interpretar por vía de autoridad el sentido de las leyes, a través de una nueva ley. La exégesis normativa le corresponde a los jueces, como fuente de la jurisprudencia.

Naturalmente, el propio Congreso está obligado a obedecer y respetar los preceptos constitucionales o legales que ha expedido, sin que las costumbres, tradiciones o prácticas congresionales puedan equipararse o aún superar las normas positivas, ya que, aún en el ámbito del derecho privado, que regula esencialmente relaciones jurídicas entre particulares, la costumbre no puede prevalecer contra la ley, aún en el evento de que aquella sea más clara, justa y práctica que la ley oscura o de difícil aplicación.

Es indudable, de otra parte, que el Congreso, además de cuerpo colegiado elegido popularmente, es una autoridad pública. Y entonces, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución, solo puede hacer lo que expresamente le esté atribuido, y mediante el empleo de los procedimientos preestablecidos para su obrar. De lo contrario, sus actos carecen de legitimidad y validez constitucionales, y pueden llegar a incurrir también en extralimitación de funciones.

Los dictados del susodicho artículo 20 muestran, así mismo, que dentro del régimen estructural del Estado colombiano son jurídicamente imposibles los llamados “reglamentos o son jurídicamente imposibles los llamados “reglamentos o cláusulas en blanco”, de que se habla en otros países, y las atribuciones recónditas, implícitas o subentendidas para la autoridad.

Surge de todo lo anterior, como corolario ineludible, que cuando el Congreso esté en trance de modificar la Constitución, debe respetar estrictamente los preceptos que regulan su potestad constituyente, es decir, el artículo 218 y los demás preceptos de la Carta que lo complementan de modo necesario, para que así la reforma introducida tenga legitimidad y eficacia, dentro de los postulados que contienen los artículos 2° y 20 de la misma Carta Fundamental.

El proceso para la formación de los actos legislativos y de las leyes.

No está escrito en un solo precepto sino en varios de la Constitución, el trámite que debe cumplir el Congreso para expresar su consentimiento cuando ejerce la potestad de hacer el derecho positivo, mediante la expedición de reformas constitucionales o de leyes simples.

En tratándose de las primeras, que es el caso de esta providencia, el artículo 218 de la Carta Fundamental estatuye que los proyectos de acto legislativo, es decir, de enmiendas constitucionales, deben ser discutidos y aprobados por ambas cámaras en sesiones ordinarias, publicados luego por el gobierno, y después discutidos y aprobados de nuevo en la siguiente legislatura ordinaria, por la

mayoría absoluta de las personas que compongan cada cámara, salvo que la misma Carta exija en ciertas hipótesis una votación distinta. Así resulta obvio que si deja de cumplirse cabalmente este proceso, no habrá un acto válido que modifique la constitución.

Es entonces claro que la enmienda de la Carta exige un proceso legislativo más largo y más difícil que el que de ordinario emplea el Congreso para hacer el derecho, y esto es explicable porque se trata de variar textos de la mayor jerarquía normativa dentro de la escala jurídica. Pero tal circunstancia no significa que la Constitución deje de ser una ley en el sentido exacto de la palabra, porque rige, así sea de manera suprema, el orden institucional y debe ser obedecida por autoridades y gobernados en todo tiempo y en todo lugar, rasgos que son característicos de cualquier ley como norma de derecho positivo.

Dado su rango de supremo estatuto de la Nación, expedir una Constitución o una reforma constitucional exige una voluntad del Congreso reiterada en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Pero el ser una ley reiterada tampoco le quita su carácter esencial de ley a la Constitución.

De otra parte, el aludido artículo 218 no agota la materia en cuanto al trámite que han de cumplir las reformas constitucionales, sino que prescribe únicamente aquellos requisitos especiales que hacen más difícil, controvertido y meditado variar la Carta que sustituir las leyes.

Pero como la Constitución no es un acopio de textos inconexos, invertebrados o aislados sino un todo orgánico y organizado, ha de estarse a sus demás normas que regulan el funcionamiento del Congreso, su integración, los requisitos para las sesiones y los debates, la forma como ha de expresar su consentimiento al hacer el derecho positivo y demás temas que se abstiene de tratar el artículo 218, al disponer el trámite complementario y específico que han de cumplir las reformas constitucionales para que tengan validez jurídica. No hace falta que el constituyente repita paso a paso las reglas que rigen el Congreso como corporación legislativa para que tengan operancia plena en todo evento en que ejerza la potestad de legislar.

Las reflexiones hechas muestran que el artículo 218 tiene como complemento necesario e imprescindible lo estatuido en el título VII de la misma Carta sobre el proceso para la formación de las leyes.

Así lo tiene esclarecido la Corte cuando en sentencia del 5 de mayo de 1978 expresó lo siguiente:

“De lo anterior no se puede concluir que las normas constitucionales aplicables al Congreso como rama legislativa del poder público no lo obligan cuando obra en ejercicio de su competencia para reformar la Constitución. Pero, repítase el acto legislativo es ley. De consiguiente, no cabría sostener que escapa a las reglas constitucionales

de formación de toda ley, sea ella cual fuere. Así, no es de recibo la tesis de que el procedimiento de formación del acto legislativo esté constituido y agotado en el texto del artículo 218 de la Carta.

"En su texto no se indica quienes pueden presentar proyectos de reforma ni si deben ser publicados antes de darles curso. Pero tampoco donde deben ser discutidos, cuántos debates deben sufrir, y si deben tener lugar en días distintos. Ni quiénes, además de los congresistas pueden participar en su discusión, y quién debe sancionarlos cuando han sido aprobados.

"El referido texto contiene dos aspectos diferentes:

"Primero, la competencia privativa y excluyente del Congreso de someter el proyecto de reforma a debates y aprobación en dos legislaturas ordinarias y sucesivas, y segundo, la obligación para el gobierno de publicar el proyecto entre una y otra legislaturas. Mas no regula esta disposición el trámite que debe dársele al proyecto en cada una de dichas legislaturas. Y como en la Constitución todo es preciso, orgánico y coherente, forzoso es concluir que el artículo 218 tiene como complemento necesario lo estatuido en su título VII, que determina cómo el Congreso expresa su voluntad cuando expide normas de derecho positivo. Por lo demás, así lo ha entendido el congreso en todas las ocasiones que, desde la vigencia de la Carta de 1886, ha ejercido directamente la potestad conferida por el constituyente primario para reformar el Estatuto Fundamental.

"Si el artículo 218 pudiera ser considerado suficiente para regular en su integridad la materia que toca, quedarían sin respuesta muy serios interrogantes, tales como quiénes están legitimados para presentar proyectos de reforma constitucional: ¿Los parlamentarios? ¿El gobierno? ¿Cuántos debates deben sufrir? ¿Sería suficiente un solo debate para modificar las leyes constitucionales? ¿Y una vez aprobados serían o no sancionados y publicados? Porque en todas estas materias guardar silencio el artículo 218.

"Es indudable entonces la íntima relación que guardan entre sí el título VII de la Constitución, que versa sobre la formación de las leyes y el XXI, que trata de las reformas constitucionales. El artículo 218, sin conexión con los artículos 79, 81 y siguientes, es norma incompleta e ineficaz, por sí misma, para el ejercicio de la potestad de reforma.

"Ningún principio de lógica o de técnica jurídica se opone a que la ley y el acto legislativo tengan, en el origen de su formación y como actos del Congreso —como legislador o como constituyente— idéntico procedimiento.

"La Constitución ordena que la ley y el acto legislativo recorran inicialmente un mismo camino. Y exige que uno y otro sean fruto de reflexión serena. Y que reciban unos mismos debates en la comisión permanente y en la sesión plenaria. Es el

procedimiento más adecuado para dar expresión a la voluntad soberana que se materializa en la ley y en el acto legislativo.

"El constituyente de 1886 cuya sabiduría abonan sus numerosos títulos, dio nombre de acto legislativo, lo mismo a la ley ordinaria que a la reformatoria de la Constitución, sin dejar de reconocer el rango superior de la segunda. El acto legislativo comprendía entonces toda declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución. Así se denomina el acto del Congreso cuando cumplía su función propia de hacer las leyes comunes, como legislador ordinario, o de reformar la Carta Fundamental, como constituyente derivado o secundario. Podía reformar la Constitución por medio de un acto legislativo discutido y aprobado en tres debates por el Congreso o en la forma ordinaria, y en el artículo 81 de este código se reglamentó la forma ordinaria como el acto legislativo debía ser discutido y aprobado:

"«Ningún acto legislativo será ley sin los siguientes requisitos:

"»1) Haber sido aprobado en cada cámara en tres debates, en distintos días, por mayoría absoluta de votos;

"»2) Haber obtenido la sanción del gobierno.

"El Acto legislativo número 9 de 1905, por el cual se autorizó la reforma de la Carta por una Asamblea Nacional, dispuso en su artículo 4º:

"«Para que la reforma se verifique hasta que sea discutida y aprobada conforme a lo establecido para la expedición de las leyes».

"Después, el Acto Legislativo número 3 de 1910 acogió el sistema de reforma imperante, pero precisamente categóricamente que todo cambio de la Constitución solo podrá ser hecho por acto legislativo del Congreso discutido y aprobado en la forma ordinaria.

"El constituyente de 1936 conservó intacto el modo de introducirle cambios a la Constitución: acto legislativo discutido y aprobado por el Congreso en dos legislaturas, en la forma ordinaria, que era la de los tres debates.

"En el año de 1945, por el Acto Legislativo número 1, se reformó el sistema de formación de las leyes, al establecer en el artículo 11, que:

"«Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

"»1) Haber sido aprobado por la comisión correspondiente de la Cámara en primer debate, por mayoría absoluta de votos;

"»2) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate con mayoría absoluta de votos;

"»3) Haber obtenido la sanción del Gobierno.

"»Para la expedición de las leyes que modifican, reforman o derogan las mencionadas en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 69 se requiere la mayoría absoluta de votos de los miembros que forman la comisión permanente y

así mismo, la mayoría absoluta de votos de los miembros que componen cada Cámara.

"»La adopción de todo proyecto y su aprobación en primer debate en los senos de las comisiones permanentes, deberán verificarse en días distintos.

"»Un proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de la comisión o del gobierno. Si la decisión de la comisión fuere improbadada por la mayoría absoluta de votos de la Cámara correspondiente, el proyecto pasará a otra comisión permanente, para que lo apruebe en primer debate e informe sobre él para el segundo».

"Y en el artículo 95 se dispuso:

"»La Constitución solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido, y últimamente aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso».

"En esta reforma aparece claro que el constituyente reserva definitivamente el nombre de 'acto legislativo' para la ley que aprueba un cambio constitucional y que utiliza el término genérico de 'proyectos' para referirse tanto a las propuestas de reforma constitucional como alas de reforma de cualquier ley.

"En el plebiscito de 1957 se precisó, dejando vigente en lo demás el sistema imperante a la sazón, que 'en adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso'".

"Por medio del Acto Legislativo número 1 de 1968 se introdujeron modificaciones al trámite de formación de las leyes. Sobre lo cual se dispuso, en su artículo 15:

"«Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

"»1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva;

"»2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, salvo lo dispuesto en el artículo 80;

"»3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate;

"»4) Haber obtenido la sanción del gobierno.

"El primero y segundo debates de cualquier proyecto deberán verificarse en días distintos, salvo las excepciones que previamente haya señalado el reglamento.

"»Los proyectos de ley que no hayan sido acumulados en la forma que ordena el reglamento no podrán discutirse ni votarse conjunta o simultáneamente.

"»Un proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de la comisión o del gobierno. Si la decisión de la comisión fuere improbadada por la mayoría absoluta de votos de la Cámara correspondiente, el proyecto pasará a otra comisión permanente para que decida sobre él en primer debate».

"Y de la misma manera se hicieron otras prescripciones al establecerse en su artículo 74 que:

"«La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella, dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido y, últimamente aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso».

"Frente a los textos vigentes, conocida la trayectoria histórica de la formación de las leyes y de los cambios constitucionales, no resulta ajustado al espíritu de nuestra legislación sostener que el trámite que se debe dar a los proyectos de ley es el indicado en el artículo 15 del Acto Legislativo número 1 de 1968, que en la codificación quedó con el número 81 y que el procedimiento para hacer mutaciones a la Carta está contenida todo en el artículo 74 copiado, que en la codificación quedó con el número 218.

"Lo ceñido a la verdad histórica y a los principios constitucionales es la categórica afirmación de que la Carta exige para toda reforma suya el cumplimiento de los requisitos del artículo 218, complementado con los del título VII, como ya se dijo.

"Si a lo anterior se agrega que todas las reformas constitucionales verificadas directamente por el Congreso desde 1886 se han sometido en su discusión y aprobación al procedimiento impuesto por la Carta para la formación de las leyes comunes, así se les designara actos legislativos o proyectos, es imperioso concluir que todo proyecto de acto legislativo debe llenar los requisitos del artículo 218, complementado por el trámite que prescribe el artículo 81. Esta es la correcta inteligencia del problema y la única que despeja los interrogantes planteados".

Establecido como ha quedado incontrastablemente, que es idéntico el proceso para la formación de os actos legislativos y de las leyes, aunque duplicado cuando se trata de los primeros, debe analizarse los requisitos que exige el artículo 81 de

la Constitución para que obtengan validez aquellas determinaciones del Congreso.

Formalidades requeridas por el artículo 81 de la Carta para expedición eficaz de reglas de derecho positivo. La obligatoria observancia del Reglamento del Congreso.

Dice así el artículo 81 de la Constitución:

"Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

"1) Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

"2) Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, salvo lo dispuesto en el artículo 80.

"3) Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.

"4) Haber obtenido la sanción del gobierno.

"El primero y segundo debates de cualquier proyecto deberá verificarse en días distintos, salvo las excepciones que previamente haya señalado el reglamento.

"Los proyectos de ley que no hayan sido acumulados en la forma que ordena el reglamento, no podrán discutirse ni votarse conjunta o simultáneamente.

"Un proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de la comisión o del gobierno. Si la decisión de la comisión fuere improbable por mayoría absoluta de votos de la Cámara correspondiente, el proyecto pasará a otra comisión permanente para que decida sobre el primer debate".

Son pues cuatro los requisitos que prevé el artículo 81 para la formación de una norma positiva de cualquier naturaleza: 1) publicación del proyecto antes de darle primer debate; 2) aprobación en primer debate en la comisión permanente respectiva de cada Cámara; 3) aprobación en segundo debate en sesiones plenarias de ambas Cámaras; 4) sanción gubernamental.

La forma del desarrollo de los distintos debates, la posibilidad de modificar los proyectos y otros pormenores de igual observancia obligatoria, como rituales indispensables al legislar, están previstos en el reglamento del Congreso, que debe expedirse como ley porque así lo ordena el artículo 76, ordinal 6° de la Constitución.

Pero en cuanto a formalidades básicas en el trámite legislativo el artículo 81 añade expresamente que el primero y segundo debate de un proyecto deben dársele en días diferentes salvo excepciones predeterminadas en el reglamento del Congreso. Y en cuanto a acumulaciones de distintos proyectos, para discutirlos y votarlos simultáneamente o conjuntamente, solo permite hacerlo en la forma que ordene el susodicho reglamento. O sea que si el reglamento nada prevé en cuanto a acumulación de proyectos, será ilícito hacerla, por

contrariar el artículo 81 de la Carta, lo que conduce a viciar por la forma de su expedición cualquier acto legislativo o ley que correspondan a la acumulación indebida de varios proyectos, presentados individualmente.

Existe una clara, expresa y directa referencia de la Constitución al reglamento del Congreso para exigir su observancia en materia de acumulaciones de proyectos, prohibida en principio por el constituyente, con la dispensa de que el dicho reglamento la prevea y regule.

Sobre la necesidad de cumplir cabalmente los procedimientos al legislar, expuso la Corte, en sentencia del 8 de agosto de 1974, lo siguiente:

"Las leyes son actos jurídicos formales, cuya validez depende en primer término del respeto que se guarde a las condiciones esenciales de su expedición fijadas en la Carta.

"Cuando se acusa de inexecutable una ley por no haber observado de la materia prevista por el constituyente alguno de los trámites necesarios a su formación, es forzoso averiguar ante todo si ese proceso constitutivo se ha satisfecho a cabalidad.

"Violar un requisito de procedimiento necesario a la elaboración de la ley, previsto y sancionado por la Carta o, singularmente, como lo enseña la citada sentencia del 28 de agosto de 1970, dejar de cumplir «todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 81» impone la correspondiente resolución de inexecutable".

Y, concretamente, en cuanto a la obligatoriedad de la obediencia del reglamento del Congreso máxime cuando a él se atiene la Constitución, dijo la Corte en sentencia del 14 de agosto de 1977:

"El cargo fundamental de la demanda radica en sostener que cuando se viola el reglamento del Congreso o el reglamento interno de alguna de las cámaras, como afirma el actor que sucedió en el trámite de la ley acusada, tal violación de la ley en que constan los dichos reglamentos es una 'violación indirecta de la Constitución'. A juicio de la Corte, no tiene objeto en el campo del control constitucional distinguir entre infracciones directas e indirectas de la Constitución. Simplemente, se viola o no la Constitución independientemente de las distintas maneras de quebrantarla que pueden presentarse.

"El procedimiento para la formación de las leyes está establecido básicamente en la propia Constitución. Su título VII desarrolla esa materia. La violación de estas normas hace inconstitucional el proyecto de ley o la ley que queden afectados por un vicio de esta clase. Pero además, también debe ser declarada inconstitucional la ley cuando en su elaboración no se acaten aquellos preceptos de las leyes que sirven de reglamento interno de las cámaras legislativas, en los aspectos en que expresamente la propia Constitución defiere la determinación del procedimiento a tales reglamentos. Es el caso, por ejemplo, de lo que disponen los dos si-

guientes incisos del artículo 81: «El primero y segundo debates de cualquier proyecto deberán verificarse en días distintos, salvo las excepciones que previamente haya señalado el reglamento» (subraya la Corte).

"Los proyectos de ley que no hayan sido acumulados en la forma que ordena el reglamento, no podrán discutirse ni votarse conjunta o simultáneamente".

"Adquiere entonces, el reglamento rango constitucional.

"De consiguiente, cuando la violación en el trámite del proyecto de ley incide en disposiciones del reglamento que no son aquellas a las cuales la Constitución hace la remisión expresa de que se trata, no hay infracción constitucional" (lo subrayado es del texto transcrito).

"Bien claro se ve así que, conforme lo tiene dicho la Corte, cuando la Constitución se remite a las provisiones del reglamento del Congreso, el quebranto de este equivale a desconocimiento de la propia Carta Fundamental, que conduce fatalmente a la inconstitucionalidad del acto, así viciado en su formación, y a la invalidez insubsanable del acto expedido viciosamente".

La acumulación de proyectos frente a los dictados del artículo 81, inciso 7°, de la Constitución y del reglamento del Congreso.

El artículo 81, inciso 7°, de la Constitución es del tenor siguiente:

"Los proyectos de ley que no hayan sido acumulados en la forma que ordene el reglamento, no podrán discutirse ni votarse conjunta o simultáneamente".

A su vez, el reglamento del Congreso, integrado por las leyes 7ª y 70 de 1945 y otras de menor importancia, contiene reglas minuciosas para el trámite de los proyectos.

Así, los artículos 9°, 11, 13, 14, 15, 16, 17 y 24 de la ley 7ª, disponen:

"Art. 9°.—Todos los proyectos de ley serán presentados con su correspondiente exposición de motivos, por duplicado, al secretario de la respectiva Cámara, quien dejará testimonio de su recibo, lo registrará y dará cuenta en cada sesión pública de los que le hubieren sido presentados informando a la comisión a que hayan sido transmitidos por el presidente de la respectiva Cámara.

"Los proyectos y sus exposiciones de motivos serán publicados en los *Anales* al día siguiente de su presentación, y serán estudiados por la comisión de modo rigurosamente cronológico, para los fines de los dos artículos siguientes.

"Art. 11.—Si el proyecto no requiere adopción (trámite hoy abolido, se anota), pasará al estudio de un ponente nombrado por el presidente, para que en el plazo que se le señale lo estudie y proponga a la comisión la aprobación con modificaciones o sin ellas, o el rechazo del proyecto.

"En la designación de los ponentes el presidente asegurará la rotación de los miembros de los diversos partidos políticos representados en la comisión.

"Art. 13.—El ponente anunciará en sesión pública de la respectiva Cámara que ha rendido el informe, entregando copia a la secretaría para que se publique en los *Anales* del día siguiente.

"Art. 14.—El presidente de la comisión, guardando turno rigurosamente cronológico de la presentación de los informes, señalará el orden del día de las sesiones, orden que será fijado en lugar visible y publicado en los *Anales*.

"Art. 15.—Leído el informe se pondrá en consideración la proposición con que debe terminar, que no podrá ser otra que la solicitud de que se le dé primer debate, que se suspenda temporal o indefinidamente, o que se archive el proyecto.

"Art. 16.—Si la comisión resolviere discutir el proyecto en primer debate, el ponente podrá señalar las cuestiones fundamentales del proyecto acerca de las cuales conviene que la comisión decida en primer término.

"Art. 17.—Resueltas las cuestiones fundamentales se leerá y discutirá el proyecto artículo, y aún inciso por inciso, si así lo solicitare alguno de los miembros de la comisión.

"Art. 24.—Cerrado el debate y aprobado el proyecto pasará de nuevo al respectivo ponente, o a uno distinto en caso de grave disenso suyo, para que lo revise, ordene las modificaciones y redacte el informe razonado que la comisión debe rendir a la Cámara, informe que será suscrito por el ponente y autorizado con las firmas del presidente y vicepresidente de la comisión".

Además, los artículos 33 y 34 de la ley 7ª, 1° de la ley 70 de 1945, y 36 a 39 de la misma ley 7ª, reglamentan el segundo debate de los proyectos.

Un examen cuidadoso de todas estas normas deja en evidencia que la acumulación de proyectos no está regulada por el reglamento del Congreso. Antes bien, los artículos 10, 11, 14 y 24 de la ley 7ª, la descartan, porque disponen el trámite independiente y en riguroso orden cronológico de los proyectos, su publicación individualizada en los *Anales del Congreso*, la designación de un ponente para cada proyecto y la discusión autónoma de cada uno de ellos.

Es meridiano, por lo tanto, que la acumulación de proyectos, sea cual fuere su naturaleza, que no está prevista en el reglamento del Congreso, infringe de manera ostensible lo estatuido preteritoriamente por el artículo 81, inciso 7°, de la Constitución e implica un vicio de forma, o sea de trámite, que deja sin validez lo actuado por el Congreso, como legislador o como constituyente secundario, por quebrantar la Carta Fundamental, tanto en aquel precepto como en sus artículos 2° y 20, ligados íntimamente con el 81, según ya se dijo.

Cabe anotar que esta es la primera vez en que la Corte puede pronunciarse sobre el tema de la acumulación de proyectos, desde luego que con ocasión de la demanda contra el Acto Legislativo número 1 de 1968 nada dijo ni podía decir a ese respecto, porque aquel acto solo era enjuiciable por las disposiciones constitucionales anteriores a su vigencia y porque, en ese entonces, el artículo 81 de la Constitución (11 del A. L. de 1945) no disponía nada sobre acumulaciones de proyectos. Fue el artículo 15 del Acto Legislativo de 1968, reformativo del 81 antiguo, el que introdujo ese asunto a la Constitución, para subsanar el vacío existente sobre el trámite conjunto, reunido o acumulado de varios proyectos.

Con la mira ineludible de los textos que se dejan analizados y no con otras, como la conveniencia, el ordenamiento lógico de las iniciativas congresionales, el sentido práctico para hacer las cosas, la agilización sistematizada de los debates o consideraciones semejantes, ha de examinarse el proceso de formación del Acto legislativo que ahora se acusa, teniendo a la vista los reparos que a este le formulan los demandantes.

Aplicación de los principios anteriores en el caso sub-judice. Examen del proceso de formación del acto acusado.

Una lectura cuidadosa de la publicación oficial hecha por la Cámara de Representantes, tomada de los *Anales del Congreso* (cuyas ediciones fundamentales obran en el expediente), y que se titula "Reforma Constitucional de 1979. Legislatura de 1978 (Tomo I) y Legislatura de 1979 (Tomo II)". (Imprenta Nacional, julio y octubre de 1980), muestra lo siguiente:

a) En la primera legislatura y en la ponencia para el primer debate en la comisión primera del Senado (págs. 239 a 248, t. I, *Ibid.*), se da cuenta de que fueron acumulados o refundidos en uno solo quince proyectos de acto legislativo en cuanto se referían a la reforma del Congreso, tal como aparecen involucrados en el que se llamó pliego de modificaciones. Este informe lo redactó y presentó una comisión de ponentes y no un ponente individual para cada proyecto, como lo ordena el reglamento, según quedó visto antes.

Estos proyectos los discrimina así el dicho informe de los ponentes (págs. 239 y 240, t. I, *Ibid.*):

"Hemos trabajado sobre los siguientes proyectos de acto legislativo:

"El número 1 de 1973, presentado por los senadores Edmundo López Gómez, Jaime Posada, Libardo Lozano Guerrero y Rodrigo Lara Bonilla, quienes revisaron el presentado en 1976 por los signatarios del Consenso de San Carlos y le introdujeron importantes modificaciones.

"El número 2 presentado por los senadores Augusto Espinosa Valderrama y Enrique Pardo Parra.

"El número 3 presentado por el senador Rober- to Gerlein Echeverría.

"El número 4 presentado por el entonces Mi- nistro de Justicia, César Gómez Estrada.

"El número 5 presentado por el senador Hum- berto Criales de la Rosa.

"El número 6 presentado por el senador Carlos Holmes Trujillo.

"El número 7 presentado por el senador Carlos Augusto Noriega.

"El número 8 presentado por el senador Guillermo Plazas Alcíd.

"El número 9 presentado por el senador Diego Uribe Vargas.

"El número 10 presentado por el senador Jaime Posada.

"El número 11 presentado por los senadores Al- varo Gómez Hurtado y Miguel Escobar Méndez.

"El número 12 presentado por los senadores Al- varo Gómez Hurtado, Jorge Uribe Botero y Felio Andrade Manrique.

"El número 13 presentado por los senadores Mario Giraldo Henao y Guillermo Vélez Urreta.

"El número 14 presentado por los senadores Augusto Espinosa Valderrama y Enrique Pardo Parra, y

"El número 15 presentado por el senador Carlos Holmes Trujillo".

En la proposición con que termina la ponencia, se pide darle primer debate en forma conjunta o acumulada a los 15 proyectos de acto legislativo, que individualiza la ponencia al principio, y teniendo como articulado el contenido en el Pliego de Modificaciones, anexo al informe (pág. 248, *Ibid.*).

El Pliego de Modificaciones (págs. 249 a 254, t. I), involucra en uno solo, tales 15 proyectos, en cuanto plantean reformas al Congreso.

La proposición inicial de la ponencia fue susti- tuida por otra (pág. 289, t. I), que pide darle pri- mer debate al llamado Pliego de Modificaciones, hecho por la comisión de ponentes, para los artícu- los de los actos legislativos enumerados en la ponencia. Así fue aprobado. Y así se aprobó también por la comisión, como un solo proyecto, el que apa- rece de la página 631 a la 639 de tomo I.

Se ve así con absoluta claridad que por obra de la comisión y sus ponentes, resultaron acumulados, para ser discutidos y aprobados conjuntamente, los 15 proyectos de acto legislativo susodichos.

b) El informe para el segundo debate, presen- tado ahora sí por un solo ponente (págs. 639 a 651, t. I), menciona también individualmente aquellos 15 proyectos, y propone que se le dé segundo de- bate al proyecto probado por la comisión primera (pág. 651). Así se aprobó, se discutió en la plenaria y se aprobó también el proyecto.

En el informe o ponencia para el primer debate en la comisión primera de la Cámara (págs. 677 a 701, t. I, *Ibid.*), también se recuerda la acumula- ción de proyectos hecha en el Senado y se propone

darle primer debate al proyecto único, originario del Senado. Así se aprobó. Este proyecto fue apro- bado sin modificaciones por la comisión primera y por la Cámara en pleno, en los debates respecti- vos.

c) En lo que atañe a la reforma de la justicia, en el primer debate en la comisión primera del Sena- do, también se acumularon tres distintos proyec- tos de acto legislativo, para tramitarlos y apro- barlos conjuntamente. Así lo dice el informe para el primer debate (págs. 879 a 883, t. I). Así lo reco- noce el llamado Pliego de Modificaciones (págs. 883 a 889, t. I), que es un verdadero pliego de acu- mulación. También lo reiteran las actas respecti- vas de las sesiones de la comisión (V. gr. pág. 893, t. I).

La comisión aprobó la proposición final del in- forme sobre trámite conjunto de los proyectos (pág. 912, t. I). Y, luego de los debates, con varias modificaciones del texto propuesto, fue aprobado, como un solo acto legislativo (pág. 964, t. I), el que aparece de las páginas 964 a 969 del tomo I.

d) En la ponencia para el segundo debate ante el Senado, también se menciona la acumulación de varios proyectos de acto legislativo en uno solo, que hizo la comisión primera (pág. 970, t. I). Ese texto unificado lo aprobó el Senado en segundo de- bate, luego sufrió el trámite completo en la Cáma- ra de Representantes, y se aprobó en ambos deba- tes aquel proyecto único, que aglutinaba a tres.

e) Los dos proyectos de acto legislativo, confor- mados como se dejó dicho, y que aprobó el Congre- so como independientes entre sí, los publicó el go- bierno separadamente en el *Diario Oficial*, des- pués de terminar la primera legislatura (decretos 122 y 123 de 1979, *Diario Oficial* número 35192 de febrero 2 de 1979), para cumplir así lo ordena- do por el artículo 218 de la Constitución.

f) En la segunda legislatura y en el primer de- bate en la comisión primera del Senado, el ponente propuso la acumulación de los dos proyectos de acto legislativo en uno solo, a pesar de que habían sido aprobados separadamente por el Congreso en la primera legislatura y relativos a la reforma del Congreso, el uno y a la reforma de la justicia, el otro, los que a su vez, ya eran la acumulación de muchos proyectos de acto legislativo, como lo re- cuerda el mismo ponente (pág. 4, t. II). Así se lee claramente en el informe (págs. 3 a 38, t. II).

La proposición final de la ponencia solicita la acumulación de los dos proyectos, es decir, pide superacumular aquellos múltiples proyectos pre- sentados en la primera legislatura. Así aprobó la comisión (pág. 61, t. II) y así también fue aprobado por la comisión como un solo proyecto, el que se lee de las páginas 708 a 722 del tomo II, y por la plena- ria del Senado, en segundo debate, el que aparece en las páginas 797 a 810 del mismo tomo.

g) En la Cámara de Representantes ese proyec- to unificado se tramitó y aprobó sin cambios.

CONCLUSIONES

El estudio que se deja hecho sobre el trámite que tuvo en el Congreso el acto legislativo acusado, lleva faltamente a concluir que la acumulación reiterada de diversos proyectos de reforma cons- titucional, que se hizo tanto en la primera como en la segunda legislatura, quebrante de manera fron- tal e incontrastable lo estatuido por el artículo 81, inciso 7º, de la Constitución y, consecucionalmen- te además, los artículos 2º y 20 de la misma Carta Fundamental.

Se vició, de esta manera, el intento de reformar la Constitución que hizo el Congreso como consti- tuyente derivado o secundario, en las legislaturas de 1978 y 1979, por no haberse ceñido aquel cuer- po colegiado a los procedimientos establecidos en la misma Carta y en su propio reglamento para el ejercicio de su potestad de modificar el estatuto fundamental del país.

El referido vicio de forma conduce a la conclu- sión inexorable de que el Acto Legislativo número uno de 1979, fruto de aquellas acumulaciones de proyectos, actualmente prohibidas, por la Carta Fundamental, es totalmente inexecutable y así de- be declararlo la Corte.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 215 de la Constitución Nacional con- templa el fenómeno usualmente conocido como excepción de inconstitucionalidad, en virtud del cual el juzgador tiene capacidad jurídica para de- jar de aplicar en el caso concreto una norma legal cuando considere que es violatoria de la Constitu- ción y ella no ha sido aún declarada inexecutable por la autoridad competente.

La disposición transitoria que sirve de funda- mento a tal decreto señala que "el gobierno queda autorizado para tomar las medidas administrati- vas necesarias al establecimiento de los servicios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su funcionamiento y las pro- cedimentales para el estudio y despacho de los asuntos a su cargo".

Trátese, pues, de una potestad reglamentaria que el constituyente otorgó al gobierno. En de- recho constitucional es posible distinguir dos cate- gorías de potestades reglamentarias, a saber, las autónomas y las de carácter residual; aquellas se ejercen discrecional y soberanamente y pueden ser modificadas por el propio gobierno en cuanto no se agoten con su inicial ejercicio; estas en cam- bio, se ejercitan subsidiariamente, cuando el le- gislador no lo ha hecho, de tal manera que si la pro- pia ley sustancialmente entendida desarrolla tal función no puede ya el gobierno ejercerla, y si la ha

cumplido previamente, dicha normatividad es desplazada por la originaria del legislador.

A esta segunda especie de potestad reglamentaria pertenece la que autorizaba el constituyente de 1968 en el literal c) de su artículo 76, pues que en ella expresamente establece que la reglamentación gubernamental solo es jurídicamente posible, mientras el propio legislador no la haya ejercido. Pues bien, aunque el gobierno dictó el decreto 432 de 1969 cuyo artículo 31 reglamenta, entre otras cosas, la votación de los fallos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad, no es menos cierto que al dictarse el "estatuto orgánico de la administración de justicia" (decreto 1265 de 1970) en desarrollo de la ley de facultades número 4 de 1969, se reglamentó por modo general en su artículo 11 el trámite de todos los asuntos que deban ser resueltos por los jueces colegiados (incluyendo, obviamente, a la Corte Suprema de Justicia) y concretamente el sistema de votación decisoria. La norma en cuestión dice en su inciso final:

"Las providencias que proferan las salas requieren mayoría absoluta de votos y serán suscritas por todos los magistrados y conjuces que concurren a dictarlas, aún por aquellos que hayan desentendido. El disidente deberá salvar su voto dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia, pero su retardo no impide la notificación de esta, y la prosecución del trámite".

Considera, entonces, la Corte que esta reglamentación legislativa —el decreto 1265 de 1970 es sustancialmente una ley— que resuelve integralmente el aspecto relacionado con la votación de los fallos judiciales en la Corte Suprema, Consejo de Estado y tribunales, agotó la potestad reglamentaria residual que el Constituyente le había otorgado.

Pertinente resulta, además, recordar que conforme al artículo 40 de la ley 153 de 1887, aún vigente, aunque las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, los términos que hubieren comenzado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación; y es verdad evidente que las actuaciones en este asunto y los términos legales previstos para resolverlo se iniciaron con anterioridad a la fecha del precitado decreto, y por consiguiente habrán de continuar rigiéndose por la normatividad jurídica que los orientó en su comienzo.

Fluye de estas consideraciones la insoslayable conclusión de que el decreto expedido por el gobierno el 2 de noviembre del presente año para reglamentar la votación de los fallos sobre inexecutable de los actos legislativos es inaplicable en este caso. En consecuencia, considera la Corte, por unanimidad, que para decidir en este proceso basta la mayoría absoluta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto fiscal,

FALLA:

Declárase inexecutable en su totalidad, el Acto Legislativo número 1 de 1979.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

César Ayerbe Chauz, presidente, con salvamento de voto,

Carlos Alvarez Pereira, Conjuez.

Gilberto Arango Londoño, Conjuez, con salvamento de voto.

Gregorio Becerra Becerra, Conjuez, con salvamento de voto.

Fabio Calderón Botero

Francisco Camacho Amaya, Conjuez.

Pablo Cárdenas Pérez, Conjuez, con salvamento de voto.

José María Esquerro Samper.

Dante Luis Fiorillo Porras, con salvamento de voto.

Rafael Gamboa Serrano, Conjuez.

Gustavo Gómez Velásquez

José Eduardo Gnecco Correa, con salvamento de voto.

Juan Hernández Sáenz

Alvaro Luna Gómez.

Ricardo Medina Moyano, con salvamento de voto.

Ildefonso Méndez, Conjuez, con salvamento de voto.

Hernando Morales Molina, Conjuez, con salvamento de voto.

Rafael Nieto Navia, Conjuez, con salvamento de voto.

Guillermo Ospina Fernández, Conjuez.

Alfonso Reyes Echandía.

Alfonso Suárez de Castro, Conjuez, con salvamento de voto.

Alvaro Tafur Galvis, Conjuez.

Hernando Tapias Rocha, Conjuez, con salvamento de voto.

Eduardo Umaña Luna; Conjuez.

Carlos Upequi Zapata, Conjuez.

Fernando Uribe Restrepo.

Julio César Uribe Acosta, Conjuez.

Darío Velásquez Gaviria.

Rafael Reyes Negrelli, Secretario General.

CAMBIO DE RADICACIÓN DE PROCESOS. CONSECUENCIAS DE LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA EN ESTOS EVENTOS.

Los debates en corporaciones públicas y las informaciones periodísticas a que da lugar la realización de hechos posiblemente delictuosos no constituyen, por sí solos, fundamento para el cambio de radicación de un proceso, sino en el caso de que demuestre que de mala manera influyen en la recta administración de justicia.

Auto de 21 de mayo de 1981.

Magistrado ponente: doctor PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA.

El cambio de radicación de un proceso es mecanismo ideado por el legislador para preservar a la administración de justicia de la más leve sombra que pueda enturbiar la claridad de sus fallos y constituye medida adecuada cuando las causas que lo aconsejan revisten gravedad suficiente y encuentran comprobación indudable dentro del mismo expediente o en el expediente que contiene al incidente que se provoca para lograr la variación de lugar para el juzgamiento.

En el caso presente no se ha demostrado que exista un ambiente impropio o desapacible para que la administración de justicia cumpla sus altos fines, aunque al final de cada declaración extraprocesal, de las treinta y tres aportadas, y en las certificaciones juradas que existen, se diga que el cambio de radicación es medida aconsejable. Tanto las publicaciones periodísticas que se aportan en recortes, que no están debidamente certificadas según corresponde, como las declaraciones y certificaciones ya aludidas y los debates del Concejo Municipal, revelan solamente que el problema relacionado con posibles manejos atribuibles a empleados de la Empresa de Servicios Varios de Cali ha sido explotado con claros propósitos electorales por los adversarios políticos de otra fracción regional de la misma naturaleza.

Esta situación parece inevitable dentro del libre juego democrático. Nadie puede impedir que el Concejo Municipal se ocupe del tema si este atañe a la administración local; tampoco que los periodistas, con objetividad o sin ella, escriban comentarios sobre el particular; y menos aún, si bien se miran las cosas, que los políticos traten de usufructuar a su favor una situación conflictiva cuyas causas se atribuyen a las acciones de una bandería contraria. Esas situaciones inevitables cobrarían importancia si se demostrara que influyen de mala manera en la correcta administración de justicia. Pero no es esa la verdad en el caso de autos.

Muchos de los declarantes, sino la totalidad, pertenecen al movimiento político regional que se siente perseguido por la prensa, la radio y los comentarios públicos. Todos sin excepción afirman que sus afiliados no son responsables por el escándalo que la investigación produjo y que las sanciones de la Procuraduría Regional y el auto de detención que en el proceso existe cobija a individuos de diferentes partidos y miembros de las diferentes fracciones en que éstos se encuentran divididos. En estas condiciones, las razones que se den para el cambio de radicación solicitado no se refieren a hechos que puedan perturbar la recta administración de justicia, cuya imparcialidad se reconoce, sino porque los comentarios de prensa y radio y las habladerías populares pueden perjudicar determinados intereses partidistas en las elecciones venideras, como ya los perjudicó, según se afirma, en las que pasaron.

Tal estado de cosas no puede jamás ser motivo para que se produzca una medida excepcional cual es la de erradicar un proceso del lugar y del juez en los que todos los factores fijadores de la competencia, confluyen. Y no está bien que cuestiones de pesimismo electoral, pues no otra cosa se desprende de la lectura de todas las declaraciones recibidas, se las haga aparecer como puntos posibles de inconveniencia para que se aplique al caso una justicia eficaz.

En estas condiciones, la *Sala* emite concepto desfavorable al cambio de radicación solicitado.

Darío Velásquez Gaviria, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Julio Salgado Vásquez, Conjuez. Alberto Mora Cogollos, Secretario.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS*

—A—

Abandono: 434.
Aborto: 434.
Abuso de confianza: 387, 391.
Acaparamiento: 184.
Acción: 39;
 (capacidad de): 17, 18;
 como voluntad idónea: 16-17;
 (concepto finalista de): 15;
 (delito de): 39;
 (elementos de la): 16;
 indemnizatoria: 51.
Acciones libres en su causa: 93.
Actos
 de rivalidad: 388;
 emulatorios: 388-389;
 idóneos: 46;
 (univocidad de los): 46-47.
Adecuación típica: 43.
Alcohol (consumo de): 112-113.
Alcoholismo: 112-113.
Alteración de marcas de ganado: 181.
Anormalidad síquica: 31.
Antijuricidad: 12, 36, 47, 49-53, 59, 93;
 (concepto de): 50, 51-53;
 formal: 28;
 material: 28;
 (teoría subjetiva de la): 400.
Ansiedad: 205.
Asesinato: 270.
Asociación para delinquir: 60, 61.
Asociaciones delictivas: 68.
Atraco: 481.
Atribuibilidad: 18, 23, 34.
Autor
 determinante: 47-48;
 intelectual: 47-48;
 (juicio de valor sobre el): 11;
 material: 47;
 realizante: 47-48.

—B—

Bandas
 (concepto de): 67-69;
 (estabilidad de las): 69.
Bien jurídico: 266, 326-327.
Bigamia: 94.

—C—

Capacidad penal: 34, 55.
Cárcel (orígenes de la): 413.
Carta
 del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg: 271;
 Internacional de Derechos Humanos. Véase: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
Caso fortuito: 27.
Cautión: 339.
Causación síquica: 17.
Causal
 de justificación: 50, 126, 403;
 (ejercicio de un derecho como): 382-384.
Causalidad (principio de): 8.
Causas
 de exclusión de punibilidad: 28;
 de inculpabilidad: 12, 28;
 de justificación: 12, 28, 37.
Circunstancia (s)
 (concepto de): 123;
 (concepto penal de): 118;
 de agravación: 57;
 de atenuación: 57;
 objetivas del delito: 125;
 subjetivas del delito: 125.
Cláusula
 de prioridad: 161;
 de reciprocidad: 174.

* Correspondiente a los números 9, 10, 11 y 12 publicados durante 1981.

Coautor: 47.
Código
Concha: 417;
Penal
colombiano de 1837: 416;
de la Nueva Granada: 417;
del Estado de Cundinamarca: 417;
de los Estados Unidos de Colombia: 417;
español: 266, 267, 270;
(favorabilidad del): 222-254;
sueco: 148;
Tipo Latinoamericano: 174.
Colonia agrícola especial: 420, 421, 424.
Comisión de derechos humanos: 273.
Community service: 164-165.
Compensación de culpas: 348-356.
Competencia: 279.
Cómplice
ayudante: 47, 49;
contribuyente: 47-48.
Complicidad
necesaria: 48;
no necesaria: 48.
Concepto
de bandas: 67-69;
de circunstancia: 123;
de culpabilidad: 7, 55, 56;
de dogmática: 63;
de delito: 58-59;
de equidad: 78;
de herida mortal: 199;
de imputabilidad: 22, 35, 55;
de piedad: 206;
de promulgación: 84;
de resultado: 40;
de tipo: 27;
finalista de acción: 15;
penal de circunstancia: 118.
Concurso
aparente de normas: 385;
de personas: 62, 72.
Concusión: 182.
Condena condicional: 343-347;
en Inglaterra: 164.
Conducta
antisocial: 14;
punible (sus características): 36;
típica: 38-49.
Congreso Latinoamericano de Medicina Legal:
109.
Conminación: 338.
Consejo Sueco de Prevención del Crimen: 148.
Constitución
de Colombia: 274, 277, 278, 289;
de Chile: 268.
Contravención: 35, 45.
Convención
americana sobre derechos humanos: 275, 286,
297;
europea de protección de los derechos huma-
nos: 266;

para la prevención y sanción del delito de ge-
nocidio: 271.
Corrupción de menores: 88.
Cotejo de letras: 301-318;
(reseña histórica del): 301-307.
Criminal
alienado: 424, 428;
de ocasión: 424;
habitual: 424;
nato: 424, 428;
pasional: 424.
Criminalidad
aparente: 175;
(causas de la): 146;
(cambios en las condiciones de la): 150-152;
conocida: 175;
denunciada: 175;
económica: 154, 175;
(nuevas formas de la): 154;
oculta: 175.
Criminalística: 308.
Criminología
causal-explicativa: 405;
crítica: 407;
de las ciencias del espíritu: 405;
radical: 153-154;
siquiátrica: 411.
Crímenes
de guerra: 272;
de lesa humanidad: 272.
Cuadrillas: 69-70.
Culpa: 23, 36, 37, 54, 58, 59;
de autor: 57;
de la víctima: 348-356;
sin previsión: 433.
Culpabilidad: 30, 34, 36, 47, 50, 53-59, 93, 123, 425;
(acepciones de la): 22;
(capacidad de): 404;
como capacidad de autodeterminación: 22-23;
(concepto de): 7, 55, 56;
(concepción material de la): 400;
del inimputable: 24;
(exclusión de la): 214;
(formas de la): 23;
(fundamento de la): 12;
(grados de la): 19, 25, 57;
incompleta: 19;
(indicio de): 12, 13;
(juicio de): 217;
normativa: 23;
plena: 19;
(presupuestos de la): 8, 55-56;
sicológica: 23.
Cumplimiento de un deber: 383, 395.

Chantaje: 181.

—CH—

—D—

Daño
mediato: 50-51;
inmediato: 50-51.
Debido proceso: 274-280.
Declaración
de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:
277;
Universal de los Derechos Humanos: 265, 268,
269, 275, 286, 290, 336, 341.
Defensa formal: 341.
Delincuente
anormal en el Código del 36: 420-421, 422;
(libertad vigilada del): 148;
(personalidad del): 402;
(tratamiento del): 148;
(tratamiento sico-terapéutico del): 158-159.
Delincuencia
juvenil: 146, 152;
en Suecia: 148;
de cuello blanco: 175, 187;
(explicación causal de la): 396;
sexual: 159.
Delito: 35;
aberrante: 14, 103;
(circunstancias objetivas del): 125;
(circunstancias subjetivas del): 125;
como acontecimiento: 33-34;
como fenómeno natural y social: 401, 419;
como hecho social: 396;
como instituto jurídico: 33-34;
como unidad objetivo-subjetiva: 11;
(concepto de): 58-59;
(concurso de personas en el): 62;
continuado: 93;
culposo: 45, 348-356;
de acceso carnal abusivo: 220;
de acción: 39;
de desaparecimiento forzado de personas:
265-273;
de estafa procesal: 184;
(definición legal de): 35, 37;
de fraude procesal: 183;
de genocidio: 169;
de inducción al suicidio: 209;
desistido: 45;
económico: 162;
(estructura del): 33-59;
de fuga de presos: 433, 436;
(agravante del): 436;
de homicidio: 433;
de injuria: 385;
de omisión: 39;
de omisión impropia: 213;
de peculado: 433;
de rapto consentido: 102;
de superstición: 412;
frustrado: 45;

imposible: 14, 45;
(en el Código de Justicia Penal Militar): 103;
(noción de): 7-32;
(noción tricotómica del): 58;
omisivo: 97;
(participación en el): 44;
permanente: 93, 97;
(prevención del): 167-179;
progresivo: 96;
(represión del): 167-169;
(tentativa de): 44;
(teoría técnico jurídica del): 7;
(teoría dogmática del): 7.
Delitos
contra el pudor: 220;
contra la libertad sexual: 220.
Desaparición de personas: 265-273.
Derecho
(abuso del): 388;
a la libertad personal: 295-300;
a la privacidad: 394;
consuetudinario: 392;
de corrección: 391;
de defensa: 278, 280-284;
de información: 393-394;
de petición: 385;
de retención: 386, 387, 391;
(ejercicio del): 387-389;
(existencia del): 384-386;
internacional: 271-272;
interno: 270-271;
mosaico: 412;
penal administrativo: 100;
Penal (tareas del): 399-400;
penal internacional: 168;
(titularidad del): 386-387;
(unidad del): 381-382.
Desempleo juvenil: 151.
Dosis personal: 10.
Detención preventiva: 277.
Dignidad humana: 285-289.
Disgusto: 205.
Dogmática
(concepto de): 63;
penal y criminología: 396-410.
Dolor: 205;
físico: 204;
moral: 204.
Dolo: 23, 36, 37, 54, 58, 59;
de derecho: 134-138;
natural: 24.
Drogas: 113-114, 154.

—E—

Ecología (delitos contra la): 185.
Ejercicio
arbitrario de las propias razones: 389-391;
de un derecho (sus requisitos): 384-389.

Embotamiento mental: 205.
Empalamento: 414.
Enfermedad
grave en homicidio pietista: 199;
incurable (concepto de): 200-203;
mental
permanente: 31, 220;
transitoria: 200.
Equidad: 78-79.
Error
de derecho: 134-138;
de prohibición: 30;
de tipo: 30.
Escuela
clásica: 173;
positiva: 173.
Especulación: 184.
Esquizofrenia: 200.
Estado
de inocencia: 289-295;
de especial peligrosidad: 14;
de enajenación mental: 420;
de necesidad: 183, 383, 384, 388, 394;
de peligrosidad: 25;
pasional: 413.
Estafa procesal: 184.
Estatuto de Seguridad: 58, 60, 61.
Estructura del delito: 33-59.
Eutanasia: 194-196;
económica: 212;
eugenésica: 212;
(modalidades de la): 211-214;
por omisión: 213.
Excarcelación: 296.
Expedición de la ley: 85.
Experticio antropológico: 357-362.
Exportación ficticia: 185.
Extorsión: 181.
Extradición: 171-172, 272.

—F—

Facultades del procesado: 340.
Familia (inestabilidad de la): 151.
Fiscal general: 335.
Fraude procesal: 183.
Fuero
Juzgo: 415;
Real: 415.

—G—

Garantía jurídico procesal: 274-300.
Genocidio: 271, 272.
Grafología: 308, 312.
Grafometría: 313.

Grave anomalía
síquica: 419-420
transitoria: 116.
Grupos: 71-75;
de presión: 71-72;
de tensión: 72-75.

—H—

Hecho
antijurídico: 37;
culpable: 37;
punible: 16, 33, 35, 51;
(gravidad del): 57;
típico: 37.
Herida mortal: 199.
Hombre mercancía: 193.
Homicidio: 267, 270, 434;
(agravación del): 121;
(agravantes del): 214;
consentido: 197, 209;
eugenésico: 206-207;
eutanasico: 194-215;
(en el Código del 36): 196-197;
(en el Código del 81): 197-198;
(móvil del): 194;
por piedad: 194-196, 207;
premeditado: 121;
preterintencional: 433-434.
Hurto
calificado: 181;
de uso: 181, 319-334;
(acción en el): 328-331;
(antijuridicidad en el): 332-333;
(penalidad del): 334;
entre conductores: 181;
famélico: 183;
familiar: 183.

—I—

Idoneidad
de la conducta: 46;
del medio: 46.
Imputabilidad: 31, 34, 59, 93, 123, 426, 429;
(acepciones de): 18;
como presupuesto de la pena: 20, 26;
(concepto de): 35, 55;
(definición de): 22, 24;
disminuida: 207;
legal: 34;
moral: 418.
Imputable: 13, 14.
Imputación
civil o moral: 18;
culposa: 30;
física: 18.
Indicio de culpabilidad: 12, 13.

Indígena inimputable: 218, 357, 362.
Inocencia (presunción de): 289-295.
Inducción al suicidio: 215.
Inflación: 151.
Inimputable: 13, 14, 18, 34, 35;
(culpabilidad del): 24;
(responsabilidad objetiva del): 24;
(responsabilidad subjetiva del): 21.
Inimputabilidad: 119, 214, 217, 412;
(juicio de): 217.
Injusto típico: 12.
Inmadurez psicológica: 217.
Insidia: 207.
Intervalo lúcido: 412.
Interpretación
gramatical: 66-75;
sistemática: 75-78.
Intoxicación alcohólica: 419, 426.
Ira e intenso dolor: 214.

—J—

Jurisdicción: 279.
Justicia (contenido de la): 80.
Jurado de conciencia: 119, 122.
Jus corrigendi: 387.

—L—

Legítima defensa: 24, 27, 383, 388, 391, 392, 394.
Lesión
corporal en homicidio pietista: 198-199;
personal: 392.
Ley
(efecto retroactivo de la): 85;
(efecto ultraactivo de la): 85;
excepcional: 99;
(expedición de la): 85;
intermedia: 96-97;
penal
(ultractividad de la): 171;
(validez temporal de la): 84-107;
(promulgación de la): 84;
(publicación de la): 85;
(sanción de la): 85;
temporal: 98.
Libertad
bajo custodia: 340;
condicional: 149, 343-347;
(supresión de la): 159-160;
personal: 295-300;
vigilada: 148, 420, 421.
Loco y justicia: 411-430.

—M—

Manía impulsiva: 417.
Manicomio criminal: 418, 424, 429;
(definición legal de): 420.
Maniobras falsificadoras: 301-303;
(antigüedad de las): 301-303.
Marcas y patentes (usurpación de): 185.
Médico y eutanasia: 209-211.
Medidas
de seguridad: 13, 18, 35, 157, 165, 217, 338-339, 420, 426, 428;
para indígenas: 103;
internacionales: 272-273.
Mérito probatorio del cotejo de manuscritos: 314-318.
Método
deductivo: 402;
inductivo: 402;
signalético: 313.
Multa: 162, 166.

—N—

Necrología: 378.
Neurosis obsesivo-compulsiva: 217.
Nexo
de causalidad: 40-43;
síquico: 17.
Noción de delito en el Código Penal de 1981: 7-32.
Novísima Recopilación: 415.
Nueva Recopilación: 415.
Nulidad procesal: 102.
Nullum crime sine conducta: 37;
sine culpa: 37, 54;
sine injuria: 37, 50.

—O—

Offendícula: 386, 388, 392, 393.
Oligofrenia profunda: 200.
Omisión: 39;
(delito de): 39.
Orden superior: 171.

—P—

Pacto
de San José de Costa Rica: 275, 286, 297;
internacional de derechos civiles y políticos: 265, 268, 269, 275.
Patrimonio (concepto de): 180.
Participación: 44, 47;
culposa: 48;
dolosa: 48.

Peculado por error ajeno: 182.
Peligrosidad: 13, 31, 32, 343-347, 419, 422, 424, 426, 427.
Peligro social: 51.
Pena: 205;
 accesoria: 165;
 (agravantes de la): 119, 123;
 de muerte: 156, 266, 414;
 de presidio: 105;
 de prisión
 a tiempo definido: 156;
 de corta duración: 161-163;
 de duración indeterminada: 147;
 de duración media: 160-161, 166;
 de larga duración: 157-160, 166;
 perpetua: 156-157;
 (fines de la): 104;
 (redención de la): 103;
 (resocialización de la): 145;
 retributiva: 24, 173;
 (sentido preventivo de la): 173.
Peritación siquiátrica: 417.
Peritaje grafotécnico: 301-318.
Personalidad
 del agente: 57;
 y peligrosidad: 343-345.
Piedad (concepto de): 206.
Pleabargaining: 153.
Polimanía razonante intermitente: 417.
Política criminal
 en Estados Unidos (crisis de la): 146-147;
 en Suecia (crisis de la): 148-149;
 (principios de la): 169.
Presidio: 89, 105.
Preterintención: 23, 36, 37, 54, 58, 59;
 en el Código del 81: 433-438.
Presunto infractor: 336.
Prevención del delito: 167-179.
Principio
 de causalidad: 8;
 de causalidad material: 46;
 de culpabilidad: 158;
 de exclusividad: 276;
 de la cosa juzgada: 101;
 de favorabilidad: 86, 96, 100, 222;
 de igualdad ante la ley: 409;
 de legalidad: 86, 275, 279, 408.
Prisión: 89.
Privación de la libertad: 339.
Probation: 164.
Procesado: 335-342.
Proceso
 de hechicería: 412;
 de Núremberg: 168;
 penal: 336.
Promulgación: 84.
Protección a la persona humana: 266.
Prueba
 judicial: 295;
 pericial: 317.

Publicación de la ley: 85.
Punibilidad: 59, 276.

—R—

Rapto consentido: 102.
Realizar (concepto de): 47.
Referibilidad síquica: 17.
Reforma constitucional del 79: 335;
 (inexequibilidad de la): 443-475.
Relación causal en delito culposo: 348-356.
Reincidencia: 14.
Represión del delito: 167-179.
Reproche
 jurídico: 20;
 moral: 20.
Resocialización (programa de): 148.
Responsabilidad
 objetiva: 20-21, 53, 54;
 (concepto de): 54;
 social del agente: 418;
 subjetiva (grados de la): 25.
Retardo mental cultural: 218.
Retroactividad
 de la ley: 85, 90-91;
 (principio de la): 275.
Robo: 181.

—S—

Sanción de la ley: 85.
Secuestro: 102.
Sicología criminal (bases de la): 413.
Sicosis
 afectivas: 217;
 esquizofrénicas: 217;
 senil: 200;
 tóxicas: 219.
Siete Partidas de Alfonso X: 415.
Sindicado
 (identidad del): 128-133;
 (individualización del): 128-133.
Síndrome de Elpenor: 219.
Siquiatría
 clásica: 413, 414;
 criminal: 411.
Sicología criminal (método de la): 398.
Société Internationale de Défense Social: 178.
Subrogado penal: 105.
Suicidio (inducción al): 209, 215.
Suitá: 17.
Sustracción del bien propio: 182.

—T—

Talión: 411.
Temibilidad: 424.

Tentativa: 44, 46, 47, 403;
 inidónea: 400;
 (requisitos de la): 45.

Teoría

de la acción: 92;
 (efectos de la): 92-96;
 síquica: 403;
del error: 29;
del resultado: 92;
de los imperativos: 400;
dogmática del delito: 7;
mixta: 92;
subjetiva de la antijuridicidad: 400;
técnico-jurídica del delito: 7.
Terrorismo: 154.
Tipicidad: 12, 38, 58, 93;
 formal: 29;
 material: 29.
Tipo
 abierto: 27;
 complementario: 44;
 cerrado: 28;
 (concepto de): 27;
 de injusto: 11, 12, 23;
 (disposiciones complementarias del): 28;
 (elementos negativos del): 29
 (error de): 30.
Tortura: 287.
Trabajador inmigrado: 151.
Trabajo
 como pena: 149;
 de la madre: 151.

Trastorno
 mental: 217;
 transitorio: 219.
Trasplante de órganos: 210.
Tribunal de Inquisición
 de Cartagena: 415;
 de Santa Fe: 415.

—U—

Ultractividad de la ley: 85, 90-91.
Urbanización moderna: 152.
Uso legítimo de armas: 383, 384, 394-395.
Usura: 182.
Usurpación de marcas y patentes: 185.

—V—

Validez temporal de la ley penal: 84-107.
Vértigo: 205.
Vías de hecho: 390-391.
Víctima (consentimiento de la): 208-209.
Violencia
 carnal: 434;
 contra personas en fuga de presos: 436;
 deportiva: 393.
Voluntabilidad: 17.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis
S.C.A., el día 27 de enero de 1981.

LABORE ET CONSTANTIA