

DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO (*) PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA

*Bersarión Gómez***
Universidad Libre. Bogotá, D.C.

RESUMEN

La importancia que reviste el estudio del proceso de evolución en materia penal en Colombia desde sus orígenes más remotos, reafirma que su papel y desarrollo, se debió esencialmente a la recepción de tendencias y teorías traídas de otros países. En Colombia ha predominado una tendencia receptora tardía en cuanto a escuelas de derecho penal, se nota considerablemente una transmutación de teorías ajustadas con algo de local y no el resultado de procesos de investigación en el área penal; en ningún momento podemos hablar que el desarrollo de esta disciplina en nuestro país se debe al trabajo arduo y a la producción nacional de tratadistas, juristas e investigadores jurídicos.

Todas las reformas al sistema penal colombiano, incluido el actual sistema acusatorio y sus códigos, han sido el resultado de legislaciones importadas, se considera que éstos, así como todas las publicaciones han sido copiados. Primero fue el código de España y Francia, luego los Italianos, incluyendo el proyecto Ferri de 1921 y luego se quiso reproducir uno de Alemania. Lo cual evidencia que Colombia no tiene tradición histórica, pues su historia es un retazo de sucesos que le han negado identidad al derecho penal.

El aporte que ha hecho la Universidad Libre en materia de derecho penal no puede considerarse como algo insignificante pero tampoco como algo sustancial. El hecho que no haya una tradición histórica a la hora de elaborar estatutos represores en el país, o que no haya una producción nacional, no indica que no hayamos cumplido un papel protagónico en la historia de Colombia para forjar lo que es hoy nuestro derecho penal.

PALABRAS CLAVES

Derecho Penal, Evolución, Recepción, Transmutación de Teorías, Investigación, Globalización del Derecho, Escuelas.

Fecha de recepción del artículo: 11 de octubre de 2005.

Fecha de aceptación del artículo: 5 de mayo de 2006.

* Artículo resultado del Proyecto de Investigación “El Desarrollo del Pensamiento Jurídico, Político y Educativo en la Universidad Libre, 80 Años de Historia” desarrollado dentro de la Línea de Investigación Unidad Legislativa y Jurisprudencial, Grupo de Investigación reconocido por COLCIENCIAS en la Categoría “B” convocatoria 2004 - 2008. Proyecto de investigación financiado por la Universidad Libre.

**Autores: Bersarión Gómez Hernández, Director del Grupo y Helena Patricia Hernández Barrera, Auxiliar de Investigación.

ABSTRACT

The importance that has the study of evolution process in penal matter in Colombia from its more remote origins, reaffirms that its role and development, essentially was due to the reception of tendencies and theories brought of other countries. In Colombia has prevailed a later receiver tendency with regards to schools of penal right, a transmutation of theories fitted with something of local and not the result of processes of investigation in the penal area, but at no moment we can speak that the development of this discipline in our country is due to the arduous work and to the national production of treaty people, jurists and juridical searchers.

All the reforms to the Colombian penal system, including the present accusatory system and its codes, have been the result of imported legislations. It is considered that these, as well as all the publications, have been copied. First it was the Code of Spain and France, then the Italians, including the Ferri Project of 1921, and then it was intended to reproduce one of Germany, which evidences that Colombia does not have historical tradition, because its history is a piece of events that have denied identity to the penal right.

The contribution that has made the Universidad Libre in the matter of penal right cannot be considered like something insignificant and neither significant. The fact that there isn't a historical tradition at the time of elaborating repressive statutes in the country, or that there is not a national production, does not indicate that we have not played a protagonist role

in the history of Colombia to forge what is today our penal right.

KEY WORD

Penal Right, Evolution, Reception, Transmutation de Theories, Investigation, Globalization of Right, Schools.

INTRODUCCIÓN

No es una tarea sencilla tratar de desglosar la historia del derecho penal en unas cuantas páginas, para determinar y dar a conocer cuál ha sido el desarrollo del pensamiento jurídico en materia penal durante toda la historia, su influencia en Colombia y más específicamente los aportes que la Universidad Libre ha hecho en la formación de esta disciplina del derecho.

A lo largo de la historia, es mucho lo que se ha escrito, debatido y publicado en materia penal. El objetivo de este artículo es pretender que el lector se lleve una idea clara y suficiente de lo que la disciplina del derecho penal le ha aportado a la humanidad desde sus más remotos orígenes hasta la actualidad o como se denominaría en estos momentos: la globalización del derecho penal.

Pero más específicamente traer a colación las tendencias que han surgido a la hora de elaborar los estatutos represores que rigen en nuestro país y que no son más que buenas copias traídas de legislaciones extranjeras y no producciones propias de autores colombianos.

La importancia que reviste el estudio del proceso de evolución en materia penal en Colombia desde sus orígenes más remotos, reafirma que su papel y desarrollo, se debió esencialmente a la recepción de ten-

dencias y teorías traídas de otros países. En Colombia somos unos receptores tardíos en cuanto a escuelas de derecho penal; se nota considerablemente una transmutación de teorías ajustadas con algo de local, pero en ningún momento podemos hablar que el desarrollo de esta disciplina en nuestro país se debe al trabajo arduo y a la producción nacional de tratadistas.

Todos nuestros códigos han sido legislaciones importadas, se considera que el código así como todas las publicaciones han sido copiados. Primero fue el código de España y Francia, luego los italianos, incluyendo el proyecto Ferri de 1921 y luego se quiso reproducir una alemana. Lo cual evidencia que Colombia no tiene tradición histórica, pues su historia es un retazo de sucesos que le han negado la identidad.

Ahora bien, el aporte que ha hecho la Universidad Libre en materia penal, no puede considerarse tampoco como algo insignificante, porque no lo es. El hecho que no haya una tradición histórica a la hora de elaborar estatutos represores, o que no haya una producción nacional, no indica que no hayamos cumplido un papel fundamental en la historia de Colombia para forjar lo que es hoy nuestro derecho penal.

Por nuestra Universidad han pasado innumerables penalistas y catedráticos de gran importancia en el ámbito nacional y de trascendencia internacional; es el caso del doctor Jorge Eliecer Gaitán, Luis Carlos Pérez, Humberto Barrera Domínguez, Carlos Lozano y Lozano e innumerables magistrados y miembros de corporaciones públi-

cas que han contribuido a que la Universidad Libre juegue un papel importante en marcadas épocas históricas del derecho penal colombiano y para que sus egresados sean reconocidos litigantes en materia penal, docentes sobresalientes en las aulas y facultades de derecho, connotados tratadistas y doctrinantes en foros, seminarios y congresos. Tradición que se ha logrado mantener, con catedráticos de conocida trayectoria que aportan sus conocimientos para que nuestra *alma mater* siga dando buenos frutos y consolidándose como una de las mejores en el área del derecho penal.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Es imposible hablar de la historia del derecho penal si no se estudia a la par la evolución de la sociedad a través de toda la historia. En lo que tiene que ver con el derecho primitivo, consideramos pertinente mencionar el principio latino *ubi societas ubi jus*; no sería posible admitir la existencia de una sociedad humana sin una serie de normas que regulasen sus relaciones interpersonales.

Desde esta perspectiva, el Derecho surge a la vida como una imperiosa necesidad y en sus orígenes, dos tuvieron que ser las fuentes que lo motivaron a) la costumbre, la tradición o herencia, y b) el medio circundante en que se desarrolló la vida del hombre.

Pero el derecho tuvo que originarse en el momento en que el hombre logra concentrarse en pequeñas poblaciones como consecuencia del abandono de la vida nómada y su paso a la sedentaria. En un principio el hombre fue nómada dedicado a la

Bersarión Gómez
 Hernández

pesca, a la caza y a la recolección de frutos como medios de subsistencia. Al ir escaseando los frutos básicos en la región, emigraba a otras partes provistas de tales productos. Estas migraciones se hacían en un principio dentro del marco meramente familiar¹.

Con el tiempo el hombre aprendió a cultivar ciertos productos, como consecuencia de la observación. Nace así la agricultura y por tanto la necesidad de radicarse en un lugar fijo. Surge así la vida sedentaria mediante la concentración de cierto número de familias que originan los primeros núcleos sociales.

De la vida sedentaria nace la necesidad de fijar una jerarquía, establecer una organización que abarque los distintos aspectos de la vida comunitaria, y como es de suponer, nacieron también las divergencias entre los componentes de tales núcleos humanos y la imperativa necesidad de imponer normas para regular la vida comunitaria en una sociedad ya organizada en clases sociales.

De aquí podemos deducir que en los tiempos más antiguos existió un derecho penal, rudimentario en sus formas y contenido, pero capaz de mantener un orden dentro de las aglomeraciones humanas que participaban de la misma actividad social.

En los tiempos antiguos lo que pudiéramos llamar derecho penal era extremo: penas severas, extensión de la responsabilidad a familiares, sanción fundamentada en el miedo,

defensa preferencial de ciertos grupos y distinción procesal y punitiva según el reo².

El hombre aborigen -a diferencia del actual-, estaba en absoluta incapacidad de explicar fenómenos mediante el conocimiento racional de las leyes de la naturaleza pues desconocía la ley de la causalidad, era una mentalidad en estadio prelógico que definía los hechos y causas por vía sobrenatural, con rasgos teológicos y animista³.

El pensamiento del hombre primitivo estaba dominado por la idea de retribución y no por la ley de la causalidad; a él no se le habría ocurrido jamás averiguar cuál había sido la relación, es decir, atribuir el resultado a algún hecho que pudiera ser considerado para él como la causa generadora del hecho.

Las formas de penalización más usuales, que aparecen en diversas sociedades de la época son la venganza privada, la venganza divina o teológica - política, el sistema talional, el sistema compositivo y la expulsión de la paz.

Cabe resaltar que, esta época primitiva fue de gran avance, en lo que tiene que ver con normatividad, ya que se aportaron importantes codificaciones. Entre ellas las más sobresalientes fueron:

- *Las leyes, libro o Código de Manú, en la India*
- *El Código Tabío Ritsu, en el Japón*

¹ ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, S.L., Ediciones los Comunereros, Bogotá, 2000, págs. 21 y ss.

² PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando. *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibañez, 2002, pág. 105.

³ KELSEN. *Sociedad y Naturaleza*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades UNAM, Ediciones Coyacan S.A.de C.V. Mexico, págs. 10 y ss.

Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Perspectiva histórica del derecho penal en Colombia

- *El Código de Hammurabi, en Babilonia*
- *El derecho penal mosaico, en Israel*
- *El Talmud babilónico.*

La Edad Media, fue un periodo crítico en el nacimiento de la cultura occidental. En lo referente a la evolución del Derecho Penal, la Edad Media también jugó un papel muy importante en su formación, pues principalmente se destacan el derecho germánico, el derecho canónico y el derecho hispano, tres grandes instituciones que lograron afianzar más la noción de derecho penal y la forma de castigar.

El Derecho Penal germánico descansa sobre la idea de que quien rompe la paz se sitúa él mismo fuera de la paz. El quebrantamiento de la paz lo es de tal naturaleza que sólo determina para el autor la enemistad de la víctima y de la *sippe*⁴ de ésta, o bien le hace enemigo de la comunidad⁵.

El derecho penal germánico, bastante individualista, entendió que el delito era el quebrantamiento de la paz y que por tanto la pena era la venganza del ofendido, mediante azotes y muerte.

Este derecho tuvo influencia del cristianismo, por lo cual disminuyó la pena de muerte y concedió mayor trascendencia al asilo y a las sanciones pecuniarias. La gran influencia de la Iglesia se materializó en el Derecho Canónico, inspirado en ideas de caridad, fraternidad y redención, estableciendo un sistema de penas encaminado a obtener la regenera-

ción moral y voluntaria de los que debían someterse a cumplir penas canónicas.

El Derecho Canónico, tendió a la humanización de las relaciones Estado - individuo, sentó el principio de igualdad, miró tanto lo subjetivo como lo objetivo en la dosificación de la pena, concibió la sanción con finalidad expiativa, y, en principio admitió la responsabilidad de las personas jurídicas⁶.

El derecho hispano se centra en el derecho positivo español, tras incidir en el derecho penal latinoamericano y dejar bastantes consecuencias; puede ser conocido este derecho hispano a través del análisis del *Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y la Recopilación de las leyes de Indias*.

Con la época moderna el Derecho Penal toma un aspecto humanista gracias al legado dejado por Cesare Bonessana, Marqués de Beccaría, pues sus postulados ayudaron a que se forjara una nueva convicción de lo que hasta ese momento era el derecho penal.

Beccaría, recoge todo el pensamiento de su tiempo y orienta su pensamiento hacia la humanización de las penas, el derecho de castigar tiene como límite la utilidad del castigo, que lo plasma en su obra póstuma "*De los Delitos y de las penas*", publicada en 1764. Esta obra se va a convertir en el emblema de una nueva época y en eficaz impulsor de las reformas penales de una nueva etapa de la historia.

⁴ Hace referencia al círculo total de los parientes de sangre de una determinada persona y/o a la asociación por razón del sexo.

⁵ KELSEN. Op cit, pág. 21.

⁶ PÉREZ PINZÓN, Alvaro. Op cit, pág. 108.

Bersarión Gómez
 Hernández

La importancia de su obra radica en haber sentado las bases de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo. Sus postulados no son una sola propuesta de humanización y racionalización de la justicia y de suavización de los castigos, sino que a lo largo de su discurso se revela una profunda crítica de la arbitrariedad asentada en las diferencias y privilegios de su época.

La justicia penal se fundamenta según este pensador en los principios de *igualdad y proporcionalidad*; todos los ciudadanos deben ser tratados en pie de igualdad por la ley⁷. Estas razones llevaron a que se planteara una nueva teoría encaminada a hacer del derecho penal una disciplina garantizadora de los derechos fundamentales y a que en lugar de reprimir y castigar al individuo se le corrigiera y rehabilitara.

Desde el primitivismo, pasando por la Edad Media y dejando a un lado ya la Edad Moderna, abordaremos uno de los principales temas, más enriquecedores y fructíferos por los que necesariamente se tiene que pasar para poder entender mejor el desarrollo del pensamiento del derecho penal como lo es el estudio de sus escuelas.

Las escuelas del derecho penal, fueron las diferentes teorías, principios o doctrinas de orden filosófico, jurídico y político, que particularmente se agruparon para formar un sistema que explicara mejor los fundamentos del Derecho Penal. Desde el siglo XVIII d. C., fueron apareciendo escuelas del Derecho Penal, a las cuales han pertenecido importantes autores. Las más conocidas e importantes son:

- la Clásica,
- la Positiva,
- la Terza Scuola,
- la Sociológica,
- Dogmático - Jurídica,
- la Neoclásica,
- el Correccionalismo y
- la Finalista.

1.1 La Escuela Clásica

Se inició en el siglo XVIII después de Cristo, pero adquirió su apogeo en el XIX, lo cual fue consecuencia de las injusticias que engendraba la aplicación de las penas sin ningún tipo de control. Nació como reacción contra la arbitrariedad que caracterizaba la justicia penal de ese siglo, se amparó principalmente en los ideales de la Revolución Francesa y recogió lo mejor del Iluminismo. Su misión principal fue hacer digna la justicia penal y convertir en realidad las libertades de los individuos y de las colectividades.

Sus principales representantes fueron Cesare Beccaria, Francisco Carrara, Mario Pagano, Gaetano Filangieri, entre otros.

Para la escuela Clásica ya se tiene muy claro cuales son los conceptos de delincuente, delito, pena, y fin de la pena. En este evento, tenemos que considerar al delincuente como los seres humanos capaces de comprender la ilicitud de un hecho y capaces de usar perfectamente el libre albedrío, es decir, los que pueden actuar con dolo, culpa, o preterintención.

Se consagra como consecuencia de esto que la responsabilidad es moral y se funda en el libre albedrío.

⁷ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús. *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda, pág. 284.

El delito, no es considerado por ellos como un ente de hecho, es decir, como un hecho realizado por el ser humano simplemente, sino como un ente jurídico, producto del conflicto entre la prohibición emanada del Estado y la realización del hecho prohibido.

En síntesis, el delito es una infracción proveniente del hecho voluntario y consciente que viola el derecho objetivo, es decir, la ley.

La pena, es considerada por los clásicos como un castigo, como una retribución moral, como expiación, y en fin, como un mal que, obedeciendo cánones legales, imponen los funcionarios correspondientes exclusivamente a los capaces de actuar con dolo y con culpa, declarados responsables de la comisión de una infracción penal. Por esta razón ella debe ser proporcional al hecho imputado.

El fin de la pena, es el restablecimiento del orden jurídico turbado por el delito. Por esta razón debe ser temible, aflictiva, reparadora, divisible y proporcional.

El principal aporte de la Escuela Clásica fue el de la defensa del principio universal que proclama que no puede haber delito ni sanción si no está vigente una ley que previamente lo disponga.

1.2 La Escuela Positiva

También de origen italiano, surgió a mediados del siglo XIX, como consecuencia de los estudios que realizó Cesar Lombroso y de la reacción con-

tra algunos de los principios de la escuela clásica.

Su misión principal fue la de darle mayor importancia a la antropología y a la psiquiatría, lo cual trajo como consecuencia que se resaltara más el estudio del delincuente que el del delito, y que se le prestara más atención a la sociedad que al individuo. Sus principales representantes fueron Lombroso, Garófalo y Ferri⁸.

El delincuente para los positivistas era el principal actor del derecho penal, considerado como anormal al menos en el momento en que viola la ley penal. La enfermedad de que padece puede ser adquirida o congénita, permanente o transitoria.

El delincuente, para los positivistas, es un ser defectuoso desde el punto de vista psicológico. Es una persona a quien debe prestársele la atención profesional adecuada para readaptarlo, y la que debe ser apartada de la sociedad para la protección de ésta. La razón de ser de la justicia penal, pues, es la defensa de la sociedad. Para los positivistas los delincuentes son iguales ante la ley, pero los hay habituales, ocasionales, pasionales, natos, enfermos de la mente, etc.

El delito, es comprendido como un fenómeno natural, producido por el medio social en que se desarrolla el hombre que lo comete, con las consiguientes consecuencias para la sociedad. El delito es un hecho natural del hombre, que puede tener por causa factores antropológicos, físicos, telúricos o sociales, etc.

La pena para los positivistas, es equivalente a una medida de seguridad

⁸ Lombroso, el antropólogo, con su obra *L' Homo Delinquente*, publicada en 1875; Rafael Garófalo, con su libro *Di Un Criterio De La Penalita*, publicado en 1880; y Enrico Ferri, el sociólogo, con su tesis de grado "De la Negación del Libre Albedrío". Con ésta recibió el título de abogado en la Universidad de Bolonia, en 1877.

Bersarión Gómez
Hernández

social y a una manera de readaptar al delincuente. Es preventiva y no puede tener carácter retributivo o expiatorio, sino de defensa colectiva. Y se les impone a quienes, con su hecho, demuestran que son desadaptados sociales permanentes o transitorios, para que se curen del mal que padecen y para tranquilidad de la sociedad.

La culpabilidad no la fundamentan los positivistas en el libre albedrío, como lo hacían los clásicos, sino en la actividad sicofísica del agente imputable.

1.3 La Terza Scuola

De origen italiano, admite algunos principios de la escuela clásica y otros de la positiva; mira el derecho penal como ciencia independiente, combate la teoría del criminal nato de Lombroso, clasifica a los autores de infracciones penales en imputables e inimputables y sostiene que a los primeros deben aplicárseles castigos (penas) mientras que a los segundos, medidas de seguridad (de defensa social). El precursor de esta escuela fue Emanuele Carnevale⁹.

Esta escuela mira el delito como un fenómeno complejo, el cual tiene su origen en las causas sociales. Por esto proclama que lo primero que debe hacerse para combatirlo es arreglar la sociedad.

La pena, para esta escuela es equivalente a una coacción psicológica a la cual los asociados deben temer. Es creada para la defensa de la sociedad, y tiene su fundamento en la capacidad de intimidación de quien se

disponga a ser sujeto agente de infracción de la ley.

1.4 La Escuela Sociológica o Político – Criminal

Fue un movimiento creado con el principalísimo fin de convencer al mundo jurídico penal de que la delincuencia y las sanciones aplicadas a los responsables, deben examinarse desde los puntos de vista jurídico y social. Sin embargo, posteriormente cambió este criterio por el de que el delito y los mecanismos para la lucha contra él deben examinarse jurídica, sociológica y antropológicamente, y estudiarse la delincuencia, las causas que la generan y los instrumentos o medios para, en forma científica, combatirla. El principal representante fue Franz Von Lizst, en Alemania.

1.5 La Escuela Neoclásica, también llamada Dogmática o Técnico –jurídica

Algunos autores, estiman que no es una escuela, sino un método que se distancia de las investigaciones criminológicas, sociológicas y antropológicas para poder precisar lo único que consideran importante para el derecho penal: la norma. El delito, el delincuente y la pena los precisa con la interpretación gramatical o literal (exegética), con la búsqueda del espíritu de las normas (dogmática) y con la significación de las palabras, integrándolas (semántica), a fin de hallar lo que le conviene, lo que no le conviene, sus necesidades futuras, las reformas que deben hacerse, etc.

⁹ En 1981, Emanuele Carnevale, se erigió como precursor de esta escuela, cuando publicó su importante ensayo titulado Una Terza Scuola Di Dirirro Penale.

Los principales postulados de esta escuela fueron:

- A) El delito puede ser el resultado de un acción o comisión.
- B) Cualquiera que sea, debe resultar una conducta típica, antijurídica y culpable.
- C) Delito o infracción penal son equivalentes.
- D) No admiten la responsabilidad objetiva.
- E) La pena es un castigo que tiene carácter retributivo o preventivo y que debe aplicarse exclusivamente a los imputables.
- F) Establece diferencias entre los imputables y los inimputables.

1.6 La Escuela Dogmático – Jurídica

Consideró al derecho penal como un sistema para cuyo estudio debe emplearse el método deductivo.

Para esta escuela, la ley, es un límite del derecho penal, por ser ella la única que puede crearlo. Pero debe ser aplicada por los jueces y magistrados, mediante la voluntad e inteligencia de éstos.

1.7 La Escuela Finalista

Se conoce también con el nombre Teoría Finalista de la Acción. Su promotor es el alemán Hanz Welzel. Es una contraposición a la teoría de la acción de Franz Von Liszt. Según ésta, la acción del hombre es “*una modificación del mundo exterior físico, material y sensorialmente perceptible*”.

Para los finalistas, la acción es componente importante de todo tipo de pena. El dolo no es forma de culpabilidad sino algo que está ínsito en la tipicidad. El delito para la escuela

Finalista es una acción injusta y culpable y la culpabilidad es equivalente a un reproche.

Es inexistente el delito, mientras que no haya tipicidad objetiva, es decir, cuando no coinciden la acción y la descripción legal. No existe por falta de tipicidad subjetiva, cuando se actúa sin dolo, culpa, ni preterintención.

La culpabilidad no existe cuando el agente es inimputable o persona que en el momento de realizar el hecho no tiene conciencia de que está cometiendo un injusto o de que la conducta es antijurídica.

La principal diferencia que existe entre el finalismo y el causalismo, radica principalmente en la estructura del delito, porque los causalistas relacionan el dolo con la culpabilidad, mientras que los finalistas lo relacionan con el tipo penal (subjetivo). El causalismo concibe la acción como mutación del mundo exterior sin contenido subjetivo, mientras que el finalismo considera la acción como un comportamiento que tiene una finalidad, es decir, que tiene un contexto también subjetivo y no sólo objetivo como lo reclama el culpabilismo.

1.8 La Escuela Científico Social

Es postulada principalmente por Jakobs y Hassemer, dos alemanes, que se oponen al principio denominado Culpabilidad con el que no están de acuerdo porque dicen que sus fundamentos no son demostrables. Intentan sustituirlo por el principio denominado Proporcionalidad, orientado hacia la prevención del delito en todos sus aspectos. Esta tendencia dejaría al procesado desprotegido frente al Estado porque no contaría con los mecanismos que

Bersarión Gómez
Hernández

pueden escoger para su adecuada defensa en un sistema en que el derecho penal es culpabilista.

Estos son, a grandes rasgos, los principales fundamentos de las Escuelas de Derecho Penal que tuvieron sus raíces en Italia y en Alemania principalmente en el siglo XVIII, XIX y XX, y que aportaron fundamentalmente a la disciplina del derecho penal para que se fuera formando y constituyera uno de los más importantes pilares del Derecho.

Con estos argumentos expuestos por cada escuela, sólo nos resta aplicarlos a nuestra legislación y al desarrollo de nuestro derecho penal colombiano y observar cuál ha sido su influencia y de algún modo su aporte.

2. EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

El sistema penal colombiano, históricamente puede dividirse en tres períodos:

- el primero corresponde al que imperaba en las distintas poblaciones aborígenes hasta llegar los Españoles;
- el segundo abarca lo relacionado con la conquista, la colonia y parte de la independencia y
- el tercero relativo a la absoluta independencia, constituida ya en república libre.

Lo que más caracterizó esta primera época se puede observar en la tendencia fuerte y acentuada en reprimir con castigos y penas bárbaras, delitos como el adulterio, el homicidio, el rapto, la violación carnal y el hur-

to, principalmente evidenciada entre los Chibchas, una de las tribus más adelantadas. Se podría considerar que nuestros primeros hombres tuvieron un derecho penal basado en el animismo mágico y en los tabúes, utilizaron penas como la venganza de sangre, la muerte, la composición, azotes, deshonra pública, entre otros, que aproximadamente coincidían con rasgos generales del derecho penal en el mundo antiguo.

Ya en los albores del descubrimiento y a la conquista Española, surgen en 1503 varias disposiciones de la corona española, las que más tarde serían agrupadas en la famosa “*Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*”. La legislación Española, destinada a estos pueblos se caracterizó o se impuso principalmente en *Reales Cédulas, Decretos, Resoluciones, Pragmáticas y Ordenanzas*.

La recopilación de Indias se caracterizó por su inspiración religiosa y por su elevado interés en favorecer y hacer más humana la condición del aborigen. Esta legislación rigió sin restricción alguna hasta 1810, cuando se inició el proceso de emancipación¹⁰. Sin embargo siguió siendo aplicada sin mayor reparo, hasta 1825, cuando se dictó la Ley de Mayo de aquel año en que dispuso la prelación de esas normas: las pragmáticas, órdenes, cédulas, decretos, ordenanzas, hasta 1808; luego la Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas.

Luego de la Independencia, gestada principalmente por Nariño y Torres, fue necesaria la codificación, y allí

¹⁰ ROZO ROZO Julio. *Manual de Derecho Penal General*, Edit. Temis, Bogotá, S.N., 1999, pág. 14.

nació una de las características del Derecho Penal Colombiano que aún hoy mantiene: proyectos, códigos, reformas integrales y compilaciones.

Ya hemos visto cómo ha sido el desarrollo del Derecho Penal a través de la historia y cómo influyó en Colombia haciendo un rápido recuento de las principales legislaciones penales y de los antecedentes principales que incidieron en la formación del Derecho Penal en nuestro país; sin embargo, es importante demostrar cómo ha sido el proceso de evolución que ha tenido la disciplina del derecho penal desde finales del siglo XIX, durante todo el siglo XX y a comienzos del XXI, haciendo énfasis en los principales tratadistas, la influencia de las escuelas, los principales aportes extranjeros y la presentación de proyectos que se convertirían más tarde en los estatutos penales que regirían la conducta de los ciudadanos.

2.1 Los primeros escritores en derecho penal

Durante el siglo XIX escribieron para el Derecho Penal ilustres autores como Demetrio Porras, Medardo Rivas y Arturo Quijano, todos colombianos y que ayudaron a que el derecho penal comenzara con su carrera en nuestro país.

El primero de ellos, Demetrio Porras, Consejero de Estado en 1888, fue un hombre eminentemente tradicionalista, conoció las obras fundamentales de la escuela clásica, y aceptó sin discutir la justicia absoluta como inspiración para el castigo. Presentó

ante el Gobierno un proyecto de Código Penal que comprendía básicamente la parte general y que vino a convertirse más adelante en el Código Penal de 1890. Es importante señalar que en 1882, publicó una *Práctica Forense* en tres tomos, que es algo más de lo que hoy entendemos bajo ese nombre.

Medardo Rivas, más moderno y luchador, fue una de las guías insignias de la Universidad Republicana que en la década del veinte se convertiría en la Universidad Libre. En 1883 publicó sus *Conferencias sobre jurisprudencia criminal y reflexiones contra la pena de muerte*, que muestran firmes ideas democráticas. Sus conferencias muestran una clara influencia del maestro Filangieri eminentemente clásico; Rivas fue un profundo conocedor de las orientaciones positivistas, había estudiado a Lombroso y Garófalo, pero se apartó de muchas conclusiones del positivismo, adversas a la dignidad del ser humano; para él no hay hombres definitivamente malos; cada ser tiene un fondo de bondad, pero los grupos sociales se encargan de pervertir los sentimientos generosos.

Arturo Quijano, no fue catedrático ni tratadista, pero su aporte está en una monografía que se tituló "*Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*"¹¹, que ha tenido gran importancia y que se publicó en 1898; esta obra es de gran sentido nacional, progresista y que demuestra altos conocimientos de la escuela antropológica italiana al exaltar a Lombroso, Garófalo y Ferri.

¹¹ La obra de ARTURO QUIJANO, se recopila en 148 páginas, fue editada por la Imprenta y Librería de Medardo Rivas. Constituye, según plantea en el prólogo, una ampliación de su tesis de grado presentada a la Universidad Republicana.

2.2 Los autores colombianos adscritos a la escuela clásica en el siglo XX

Los finales del siglo XIX y principios del XX, se puede decir que corresponde el periodo inicial del derecho penal nacional, que llega hasta la década de los años treinta, durante el cual imperaron las doctrinas propias del derecho penal clásico europeo, más específicamente italianas.

El derecho Penal, entendido dentro de las nociones de la Escuela Clásica, tuvo dos grandes autores colombianos: José Vicente Concha, considerado “el padre del derecho penal colombiano” y Arcesio Aragón. El primero de ellos, fue profesor de la Universidad Nacional desde 1891 donde difundió sus principios y el segundo, profesor de la Universidad del Cauca.

Ambos fueron iusnaturalistas, vieron en el derecho positivo una expresión de eternos mandamientos y en las penas una forma de mantener el orden tradicional. Los dos creyeron en los dogmas de la Iglesia Católica, en cuyo seno existieron y murieron. Concha, fue además político y parlamentario, ejerció la Presidencia de la República entre 1914 y 1918, afiliado al partido conservador. En 1886 publicó su Tratado de derecho Penal, y representa extractos de la obra de Rossi, Carrara, Pessina, Vidal, entre otros. Cabe destacar que esta obra tiene defectos muy colombianos: ya que no indica mediante notas la obra consultada o transcrita, ni el autor, es una obra casi totalmente copiada y los aportes propios que el escribe con sus ideas no son difíciles de apreciar, además la reproducción de tesis ajenas hace que exista una crítica latente frente a él. Pero sin embargo,

y con estas inconsistencias, hay que reconocer que durante este periodo fue la única obra en la que estudiantes, jueces y profesionales, pudieron investigar y tomar como referencia, lo cual contribuye al gran aporte del autor. Sus lineamientos generales son de orientación clásica, plantea que en el delito ve la suma de cuatro elementos: legal, moral, material y finalmente un elemento de injusticia.

Es importante mencionar que la reforma penal fue iniciada en 1912 por el eminente jurista Doctor José Vicente Concha, con la presentación de un proyecto en cuyos artículos se veía la influencia del Código Penal Italiano de 1890, el más avanzado de su época, al mismo tiempo que la expresión más caracterizada y completa de la ciencia penal clásica del siglo XIX; no tuvo mayor acogida ni se le dio la importancia que merecía tan laudable iniciativa.

Tal vez los estudios penales atravesaban en Colombia una época de decadencia que no permitía formar buen ambiente a semejante reforma, tal vez el temor a las innovaciones o el desvío por estas disciplinas, no permitieron que se llevara adelante. Lo cierto es que solo diez años después, es decir, hasta 1922, se pensó seriamente en aprobar el proyecto Concha, y efectivamente se aprobó por medio de la Ley 109, que debía entrar en vigencia en 1923.

Pero lo que no tuvieron en cuenta fue que para esa época había cambiado sustancialmente la situación en el mundo de la ciencia penal: entre 1909 y 1914 se publicaron los anteproyectos de Código Penal para Austria, Suiza y Alemania, fundados en principios y postulados totalmen-

te diversos de los del Código Italiano. Nació en Europa la Escuela positivista.

Las necesidades de los nuevos países, el cambio sustancial en las condiciones de vida, no solo de las naciones europeas sino del mundo entero, hacían indispensable por todas partes la preparación de importantes reformas en el campo penal. Y fue así como en el año 1922, esos trabajos estaban en plena actividad, y en Italia misma se había presentado en el año inmediatamente anterior un proyecto que reformaría o reemplazaría el código existente.

No era por tanto aconsejable que en Colombia entrara en vigencia la Ley 109 de 1922, fruto del proyecto Concha, sin antes someterla a un nuevo estudio o revisión y fue así como se aplazó el inicio de su vigencia y el Gobierno Nacional creó una comisión de tres especialistas en estudios penales para que determinara qué proyecto debería convertirse en código o si era necesario hacer uno nuevo, adaptado a las nuevas condiciones de la época.

Aragón, fue sociólogo, historiador y jurista payanés. Dedicó su larga vida al estudio y enseñanza del Derecho Penal. En 1908, publicó unos Estudios penales, nociones relativas a la tentativa, el delito frustrado y la complicidad, en el cual resumió el pensamiento de Carrara y le agregó importantes anotaciones referidas a la ley colombiana. Su obra principal que traduce cabalmente todo su pensamiento fue “Elementos de Criminología y Ciencia Penal”, que es un curso de derecho penal general, en el que mezcla estudios criminológi-

cos con jurídicos y en el que expuso la teoría clásica del delito.

A diferencia de la obra de Concha, ésta fue una investigación bien documentada y su autor hace gala de una cultura jurídica envidiable, además es un defensor a ultranza de las concepciones mixtas del derecho penal, y por ello plantea una síntesis entre clasicismo y positivismo que para el momento era verdaderamente avanzada en el pensamiento nacional. Pese a defender con ahínco los principios clásicos, reconoce que la Escuela Positiva ha hecho innumerables aportes que era necesario mantener: “no podemos menos de reconocer que los estudios de los penalistas de la Escuela Positiva, ya en Italia (donde nació y tiene sus más altos representantes), en Alemania, en Suiza, en Francia y en España, han traído muchas rectificaciones y puesto de relieve muchos puntos de vista, que son hoy cánones de todo un sistema represivo y correccional”¹².

Cabe destacar aquí de igual forma a el profesor Samuel Barrientos Restrepo, un ejemplo más de la influencia penal clásica en la doctrina nacional; su posición iusnaturalista y su adhesión a la libertad moral son uno de los principales pilares de su obra contenida bajo el título Elementos de Derecho Penal.

En conclusión, la fase clásica del derecho penal colombiano finaliza con una figura simbólica que, asumiendo una postura importante entre José Vicente Concha y los más importantes positivistas, lleva al derecho penal a un elevado nivel de desarrollo que es necesario rescatar para la historia de esta disciplina.

¹² VÁZQUES VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1997, pág. 246.

2.3 La tendencia positivista en Colombia durante el siglo XX

En la década del treinta, inicia en Colombia, lo que puede denominarse el lapso de tiempo durante el cual un grupo de autores publicó una nutrida producción académica, en la que se perciben en mayor o menor medida influencias de la concepción positivista italiana, que se vio reflejada en el código Penal de 1.936.

Enrico Ferri, fue el principal penalista que incidió radicalmente en los autores colombianos que escribieron acerca de Derecho Penal, sus aportes al estudio del delito como fenómeno natural y sociológico, su especial énfasis en la indagación del biosiquismo del hombre delincuente. Ejerció una influencia dominante en los principales escritores que decidieron seguir con el desarrollo del pensamiento jurídico en Colombia. Cabe destacar que en ese entonces los planteamientos positivistas fueron de inmediato vinculados a las ideas liberales y éstas al más crudo ateísmo.

La fase del positivismo se inicia cuando J. Gutiérrez Gómez, secretario de la Comisión Redactora del Código de 1936, y profesor de la Universidad Externado de Colombia, publica sus Comentarios al código penal colombiano (1940), con influencia de Ferri. Luego es seguido por el profesor de la Universidad Libre, Luis Carlos Pérez, con su libro Nuevas Bases del Derecho Criminal (1947), uno de los más brillantes expositores de la legislación anterior, quien se destacó por su creatividad y notable actitud crítica, pudo jalonar los desarrollos dogmáticos del periodo posterior.

La escuela positiva, tuvo varios afiliados en Colombia, en el que cabe

resaltar dos de sus más importantes y grandes representantes: Jorge Eliécer Gaitán y Carlos Lozano y Lozano. Ambos militantes de las vanguardias políticas en la década del veinte, concurren al parlamento y desempeñaron cargos importantes en la administración pública, quienes se especializaron en Italia, recibieron la principal influencia de Ferri y contribuyeron a la difusión e implantación de las teorías positivistas que aprendieron en Roma.

Gaitán, de inclinación socialista, fue un hombre brillante, de multitudes, excelente orador y quien dominó la opinión popular porque supo interpretar las necesidades de los desposeídos. Hizo del positivismo penal un medio de lucha política. Lozano y Lozano, un clásico humanista, hombre de ideales, esperaba que éstos se impusieran por su propia virtualidad. Estuvo apegado a la ortodoxia liberal, fue más disciplinado intelectualmente y de reposada oratoria.

Ambos fueron catedráticos de Derecho Penal y a ellos se les debe el auge de la Escuela Positiva en Colombia. Además contribuyeron al desarrollo del pensamiento jurídico-penal haciendo que los temas más arduos se trataran con sencillez y se adecuaran a un criterio liberal, humano y progresista.

Lozano ayudó a la redacción del código de 1936 y gran parte de su doctrina quedó allí incorporada; sin embargo Gaitán no fue tenido en cuenta para formar parte de los redactores.

En vida de Gaitán, no fueron publicadas sino algunas reconstrucciones de sus discursos. Tiempo más tarde

el Congreso quiso hacerle un homenaje póstumo publicando los originales de su obra con el título Jorge Eliécer Gaitán, su obra científica. Los tres primeros tomos incluyen sus defensas penales, el cuarto tomo trata las lecciones de derecho penal, sociología y antropología criminales, dictadas entre otras en La Universidad Libre, claustro del cual fue, además, rector durante largos años.

El aporte de Gaitán al desarrollo del pensamiento jurídico penal y criminológico fue sobre el artículo titulado “*Un Criterio Positivo de la Premeditación*”, publicado por primera vez en 1952 y que fue alabado por Ferri. Parte de la crítica a los principios clásicos, y se decide por lo permanente de la personalidad, antes que por la anécdota del acto, para resolver los problemas de la imputación y la pena.

Lozano y Lozano, en su obra Elementos de derecho penal, trata estudios acerca de la ley, el delincuente y el delito y muestra claridad, sabiduría y un amplio sentido criminológico. Este autor fue consecuente con el positivismo, y más aún con sus maestros. Los temas más arduos son tratados con sencillez y adecuación a un criterio liberal y humano. Su principal aporte está representado en la comisión redactora del código penal en donde todos sus conocimientos quedaron plasmados en las actas. A pesar de la tragedia que prematuramente arrancó del mundo su talento y sensibilidad, Lozano y Lozano alcanzó a cumplir lo que se propuso: ser un maestro.

Otro principal autor y que merece también un gran reconocimiento, es el doctor Rafael Escallón, que contribuyó al mejor conocimiento del

positivismo penal en Colombia desde su cátedra en la Universidad Nacional, y por su puesto formando parte de la comisión redactora del Código Penal de 1936 junto con el doctor Lozano.

2.4 El código penal de 1936: Desarrollo del pensamiento positivista

El Código Penal de 1936, fue producto de varios proyectos de comisiones redactoras desde el año 1912 (proyecto Concha) que fue aprobado diez años después mediante la ley 109 de 1922; sin embargo por los innumerables cambios que se dieron en la época en razón de las diferentes doctrinas imperantes en el mundo, se decidió prorrogar su vigencia hasta el año 1925, e inmediatamente el Gobierno creó una comisión integrada por ilustres penalistas para que revisaran el proyecto. Esta comisión consideró que era de vital importancia introducirle al proyecto varias modificaciones que lo pusieran a la par con las últimas tendencias y orientaciones jurídico-penales de Europa en ese momento y fue un proyecto que mereció las alabanzas de Ferri ya que fue eminentemente positivista.

Pese a los cambios que esta comisión realizó, el gobierno contrató una misión italiana que debería encargarse de estudiar nuevamente el proyecto y en el mes de julio de 1927 esta nueva comisión presentó al gobierno un nuevo proyecto de código penal que fue criticado hasta el cansancio porque fue el resultado de una maniobra para “suprimir las modernas tendencias que tenía el proyecto de 1925 y regresar al de 1912 de Concha”. Este proyecto no tenía nada de original y aceptó simultáneamente institucio-

Bersarión Gómez
Hernández

nes jurídicas de las escuelas clásica y positiva no siempre compatibles¹³.

El proyecto de la comisión Italiana no tuvo ninguna acogida ni por parte de penalistas de la época, ni por el propio Congreso, razón por la cual la elaboración del código penal sufrió nuevas demoras, hasta que en 1933 mediante la ley 20, se creó una última Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios conformada por los doctores Parmenio Cárdenas, Carlos Lozano y Lozano, Rafael Escallón y Carlos V. Rey.

Esta comisión trabajó sobre el proyecto de 1925 y finalmente se convirtió en el Código Penal de 1936; la esencia de su estructura se deduce en el siguiente planteamiento:

“... 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 psicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad legal de todo individuo que cometa un acto antisocial, calificado como delito, cua-

lesquiera que sean las condiciones síquicas en que se encuentre¹⁴.

Este aparte de la exposición de motivos, presentada por la Comisión al gobierno, muestra claramente la medida de la influencia positivista en el estatuto penal de 1936. Sin embargo es importante que años más tarde la tendencia positivista vino a ser reemplazada por otras corrientes jurídico-penales.

2.5 Fase de la dogmática jurídico-penal

A partir de la década de los cincuenta se inició un periodo en Colombia, donde se perfiló la primera obra en seguir la orientación dogmática jurídica en materia penal.

Las bases de esta etapa de desarrollo del pensamiento jurídico penal fueron sentadas por Bernardo Gaitán Mahecha, profesor de diversas universidades y quien llamó la atención en el país al dar a conocer las nuevas corrientes penales en el año 1953; él fue el encargado de redactar por primera vez una obra de conjunto con influencia de tal orientación, y que publicó con el título "Curso de derecho penal general" (1963)¹⁵, en el cual recoge elaboraciones no correspondientes a una línea dogmática muy definida pero, en todo caso, cercana a la sistemática neoclásica del delito.

Pero lo que señala su contribución original es el análisis del delito, entendido como acción típicamente, antijurídica y culpable. Gaitán Mahecha, participa del pensamiento

¹³ Proyecto de Código Penal de 1936, exposición de motivos, Bogotá, Imprenta Nacional, 1927, pág. 6.

¹⁴ Código Penal de 1936, exposición de motivos, Bogotá, Imprenta Nacional, 1937, págs. 9 y 10.

¹⁵ GAITÁN MAHECHA, Bernardo. "El derecho penal conforme a las concepciones modernas", en NFP, núm. 19, Editorial Lerner, 1963, págs. 331 y ss.

alemán. Los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad están expuestos en armonía con los más exigentes principios técnicos, formando un sistema para entender el Código Colombiano.

Otro autor que influyó de una manera importante en el desarrollo del pensamiento penal colombiano y que es considerado como uno de los mayores expositores del derecho penal nacional es el doctor Alfonso Reyes Echandía (1.932 – 1.985), quien dictó sus cátedras en la Universidad Externado de Colombia, y que en el año 1964 publicó su obra *Derecho Penal Colombiano*, siguiendo la escuela Técnico Jurídica italiana; sin embargo, años después, más específicamente en 1.972 cuando publica *Derecho Penal, Parte General*, su pensamiento cambia radicalmente que lo lleva a aplicar la dogmática alemana en defensa de una estructura del delito, que con ligeras variantes, puede ser calificada de neoclásica.

Es importante señalar que no hay duda que Reyes Echandía es el padre de la dogmática nacional, porque formó una corriente de pensamiento cuyo influjo se deja sentir hoy todavía; a él se debe una nutrida producción bibliográfica, dentro de la que se destacan los estudios realizados a las diversas categorías del delito. Cabe destacar que gracias a él también se debe el impulso de publicaciones periódicas como la revista *Derecho Penal y Criminología*, que fundó y dirigió hasta su muerte. El estudio del delito desde el punto de vista rigurosamente jurídico, independiente de su repercusión criminológica, lo inició Alfonso Re-

yes, en una extensa obra. También fue modelo de escritores científicos, pues sus preocupaciones apuntaron siempre hacia la grave y perdurable comprensión de los temas. Con su gran aporte la técnica jurídica colombiana se elevó y se hizo respetar.

Quien también acoge parte de esta tendencia dogmática es el doctor Luis Carlos Pérez, quien recoge una sistemática del delito algo peculiar, ya que plantea posturas clásicas y neoclásicas de la dogmática germana y a su vez la influencia de las ciencias francesas e italianas.

En 1963, Humberto Barrera Domínguez, catedrático consagrado de la Universidad Libre, publicó su obra en dos volúmenes titulados: “*Delitos sexuales y Delitos contra el patrimonio económico*”, que son la cristalización de las lecciones dictadas por él en la Universidad, y que se han convertido en textos de consulta obligada, pues traducen un criterio jurídico bien acertado e ilustran de una forma sencilla el sentido de las normas.

En síntesis, para terminar esta etapa, puede decirse que la doctrina nacional se caracterizó por una notable falta de formación política y filosófica, pero no por vacíos en la teoría jurídica, lo cual impide que su nutrida producción académica se traduzca en aportaciones para el desarrollo de un derecho penal autóctono¹⁶.

La labor de los autores que se mencionaron anteriormente ha sido la misma que ha realizado el legislador, que es acudir a la legislación extranjera para incorporar contenidos y preceptos a una discusión que carece de rigor. Solo un cambio de actitud

¹⁶ CONTRERAS VERGARA, “El derecho penal colombiano”, pág. 293.

Bersarión Gómez
Hernández

y de mentalidad, que mire hacia nuevos horizontes, podrá permitir nuevas construcciones en el pensamiento jurídico - penal, que surjan de la reflexión, la controversia, la actualidad y el verdadero análisis que se haga de las normas; mientras se insista en planteamientos cerrados, ya saturados y poco innovadores, el desarrollo futuro puede correr el riesgo de ser escaso y en consecuencia esta disciplina del Derecho Penal estará lejana de verdaderas transformaciones.

2.6 El código penal de 1980: Producto de la influencia de la escuela dogmático jurídica y la tendencia del culpabilismo

El código de 1936 rigió desde el año 1938, y en cuarenta años de análisis y estudios, se dijo que presentaba fallas protuberantes y fue objeto de varias críticas no solo por su orientación filosófica, sino por sus disposiciones en particular. Además cuando el positivismo fue asimilado en nuestro país, en Europa esa corriente jurídico-penal, se encontraba ya obsoleta.

De 1936 a la década de los ochenta, se introdujeron sustanciales aportes de los doctrinantes a la teoría general del delito, surgieron nuevas escuelas penales, se expidieron varios estatutos y se publicaron numerosas obras de derecho penal con base en las modernas concepciones.

El gobierno fue consciente de la necesidad de reformar el código y adaptarlo a las nuevas tendencias que para la época estaban imperando en el mundo, razón por la cual creó una

comisión en 1972 integrada por estudiosos expertos, para que elaborara el anteproyecto de Código Penal, comisión que culminó su trabajo en 1974.

Posteriormente en 1976 y bajo la administración de López Michelsen, se integró otra comisión que elaboró el proyecto y que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980. Este Código Penal, no fue fruto de la improvisación, sino el resultado de un trabajo arduo de ocho años, impulsado por tres presidentes de la república y en el que intervinieron profesores y tratadistas de derecho penal. Este código constituyó un indudable avance doctrinal en relación con el estatuto anterior. La afirmación del principio de culpabilidad, esencial elemento de un régimen democrático, conforme al cual al ciudadano no puede imponérsele sanción alguna, por su manera de ser, sino por sus acciones en la medida en que ellas estén descritas precisamente en la norma penal, y lesione intereses jurídicos dignos de tutela¹⁷.

Como toda obra humana, el código presentaba fallas, susceptibles de corrección en la medida en que se iba aplicando. Pese a esto, varios autores criticaron severamente la codificación y esto puso en velo la legitimidad en que fue elaborado el código. Finalmente para demostrar que este código siguió la tendencia culpabilista se concibió el delito bajo dos estructuras; una objetiva que se basa en el injusto típico (tipicidad) y el injusto penal (antijuricidad) y otra subjetiva basada en el dolo, la culpa y la preterintención, tratadas éstas como causales de culpabilidad.

¹⁷ Publicado en *El Espectador*, Agosto 6 de 1980.

3. TENDENCIAS MODERNAS DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA

Luego del Código de 1980, se produjeron una serie de reformas sustanciales, que llevaron a que se cambiara el estatuto represor, entre ellas la más importante fue la expedición de la nueva Carta Política en 1991, con la cual se creó la Fiscalía General de la Nación y se le otorgaron al fiscal, facultades como el participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto (artículo 251 num. 3 de la C.P), función que realizó el Fiscal Alfonso Gómez Méndez, en cumplimiento del compromiso adquirido desde su posesión y en aras de lograr un verdadero Sistema Penal congruente con un Estado Social y Democrático de Derecho y revisada la normatividad a la luz de la nueva Constitución.

En vista de esto, se expidió la ley 599 de 2000 elaborada por el Fiscal General de la Nación y que vino a convertirse en el Código Penal actual que sustituyó al código de 1980. Las principales características fueron la tendencia finalista, la adaptación dentro del derecho penal moderno, la inclusión de un título con el nombre “*normas rectoras de la ley penal colombiana*”, la división de los hechos punibles en delitos y contravenciones, entre otros.

3.1 La tendencia funcionalista del nuevo estatuto represor

La tendencia funcionalista tiene como sus más sobresalientes representantes a Claus Roxin y Jacobs. Ambos han contribuido a que el de-

recho penal moderno se cimiente en las bases de la teoría de la imputación objetiva, fundada en que la relación de causalidad (típico, anti-jurídico y culpable) no es suficiente para imputar a una persona la comisión de un delito, sino que se requieren otros elementos enunciados a continuación:

1. La creación de un riesgo no permitido.
2. Cuando se presenta la realización del riesgo en un resultado.
3. El resultado sea producido dentro del fin de ámbito de aplicación de la norma. Ejem.: una persona atropella a otra y por este hecho se produce la muerte de la madre del sujeto lesionado, así el sujeto activo responda sólo de las lesiones causadas y no ya por la muerte de la madre del sujeto.

Esta teoría es la que actualmente está imperando en nuestro sistema penal, se aplica luego de la vigencia del código del año 2000, porque recordemos que con la expedición del código de 2000 (ley 599/00) se hablaba de una tendencia *finalista*, la cual planteaba que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable; además reconoce la acción como un evento naturalístico y la tipicidad la considera como una estructura dual, es decir, un tipo objetivo y uno subjetivo.

El funcionalismo plantea que tanto el culpabilismo como el finalismo (dos tendencias anteriores), no resuelven problemas básicos, porque parten de la modificación del mundo exterior y del fenómeno ontológico de la acción.

Con esta tendencia, se habla de un nuevo concepto de acción, bajo los

Bersarión Gómez
 Hernández

marcos de un concepto normativo que prescinde de la causalidad naturalística y define la acción como la creación de un riesgo y la realización del riesgo en el resultado. Este concepto de acción se ubica en la tipicidad, considerada ya no como una estructura dual sino, trípode donde debe haber un tipo objetivo, un análisis de la creación del riesgo y la realización de éste en el resultado y, de un tipo subjetivo en donde se ubicaría el dolo, la culpa y la preterintención.

Sobre esta teoría es poco lo que se ha producido en nuestro país, salvo los esfuerzos hechos por la Universidad Externado de Colombia a través de la realización de diversos foros, traducciones y publicaciones de los principales exponentes del funcionalismo. Sin embargo la tendencia es la de adoptar dichas concepciones sin los elementos críticos suficientes.

Igual ha acontecido con las reformas procesales. El nuevo sistema acusatorio, se implementa sobre la base de condicionamientos de las agencias financieras internacionales y del gobierno norteamericano dentro del contexto del plan Colombia. Dicho sistema se ha implementado sobre las premisas de que es la forma más democrática de ejercicio del poder punitivo del Estado y de que es la única forma como la igualdad, entendida como derecho fundamental, puede hacerse realidad. Sin embargo para la implementación legal del sistema se toman institutos diferenciados tanto del sistema continental europeo como del sistema anglosajón y se pretende hacerlos compatibles,

cuando responden a tradiciones históricas y culturales diferentes, introduciendo figuras ajenas e incompatibles con cualquiera de los dos modelos conocidos, como es el caso del Ministerio Público y su actividad dentro del nuevo modelo que a la postre termina rompiendo el supuesto equilibrio de “*partes*” sobre el cual hipotéticamente se erige el nuevo procedimiento. Así mismo fueron premisas para la introducción del nuevo sistema, el ideal de hacer efectiva la justicia, de hacerla más eficiente, más pronta, más eficaz, y los resultados obtenidos hasta el presente han permitido demostrar que el país no estaba preparado mentalmente ni en su infraestructura para dicha implementación.

Ha sido Colombia el único país en el cual ha mediado un término de escasos tres meses entre la expedición del Código de Procedimiento y su aplicación; el nuevo sistema, transcurrido más de un año de su implementación, está colapsado según afirmaciones del Vicefiscal General de la Nación¹⁸, ya hay 38 mil investigaciones represadas, más de 100 investigaciones al mes, Bogotá tiene más de 18 mil audiencias de conciliación represadas, nunca se planeó, ni se preparó el funcionamiento de ese sistema.

CONCLUSIONES

- El origen del derecho y particularmente del derecho penal se puede explicar desde dos tendencias; la primera sostiene que éste surge a la vida como una imperiosa necesidad y en sus orígenes dos tuvie-

¹⁸ EL TIEMPO, Reportaje de Yamid Amat al Vicefiscal Jorge A. Otálora, “Si no se corrige, la justicia oral puede colapsar” Domingo 18 de Septiembre de 2005, Sección Bogotá, pág. 7ª.

ron que ser las fuentes que lo motivaron: la costumbre, la tradición o herencia y el medio circundante en que se desarrolló la vida del hombre y la segunda que éste se crea de la imperativa necesidad de imponer normas para regular la vida comunitaria en una sociedad ya organizada en clases sociales como un instrumento de dominación de una clase sobre otra.

- La función penal, propiamente dicha, no existió en los pueblos primitivos. El gran auge del derecho penal se nota considerablemente en la edad antigua, media y moderna.
 - El sistema penal colombiano, históricamente se dividió en tres periodos, el primero corresponde al que imperaba en las distintas poblaciones aborígenes hasta llegar los españoles; el segundo abarca lo relacionado con la conquista, la colonia y parte de la independencia y el tercero relativo a la absoluta independencia, constituida ya en república libre.
 - Luego de la independencia, se vio la necesidad de implantar en nuestro país una codificación, y allí nació una de las características del derecho penal colombiano que aún hoy mantiene: proyectos, códigos, reformas integrales y compilaciones.
 - Es evidente que el desarrollo del derecho penal en nuestro país ha estado revestido de un sin número de ambivalencias y que no por ello se puede dejar a un lado los aportes que a él han hecho innumerables juristas.
 - El desarrollo y evolución del derecho penal en Colombia, reafir-
- ma que su papel y desarrollo, se debió esencialmente a la recepción de tendencias y teorías traídas de otros países. En Colombia ha predominado una tendencia receptora tardía en cuanto a escuelas de derecho penal; se nota considerablemente una transmutación de teorías ajustadas con algo de local y no el resultado de procesos de investigación en el área penal, pero en ningún momento podemos hablar que el desarrollo de esta disciplina en nuestro país se debe al trabajo arduo y a la producción nacional de tratadistas, juristas e investigadores jurídicos.
- Todas las reformas al sistema penal colombiano, incluido el actual sistema acusatorio y sus códigos, han sido el resultado de legislaciones importadas, se considera que han sido copiados. Primero fue el código de España y Francia, luego los Italianos, incluyendo el proyecto Ferri de 1921 y luego se quiso reproducir uno de Alemania. Y finalmente el actual sistema acusatorio mezcla del sistema continental europeo y el sistema anglosajón y se pretende hacerlos compatibles, cuando responden a tradiciones históricas y culturales diferentes, lo cual evidencia que Colombia no tiene tradición histórica, pues su historia es un retazo de sucesos que le han negado identidad al derecho penal.
 - Pertenece a una generación a la que le ha correspondido llevar sobre sus hombros el fruto de las improvisaciones, de la inestabilidad institucional, de los desaciertos, de un mal llamado en estos momentos Sistema Acusatorio y de la pretendida intención de des-

Bersarión Gómez
 Hernández

conocer los derechos fundamentales y las garantías procesales de los inculcados, al igual que el de sus propios abogados.

- Por otra parte en la Universidad Libre el aporte no ha sido sustancial, más bien cíclico y signado por algunos de sus docentes que han trascendido académica y profesionalmente del aula de clase, o por algunos egresados que han asumido cargos importantes en la Administración Pública o la Rama Judicial, ejerciendo como magistrados de los tribunales y de las altas Cortes, congresistas, miembros de comisiones redactoras de códigos y reformas, logrando mantener el nivel del derecho penal en la Universidad.
- La ausencia de una Política Criminal coherente y seria de parte del Estado Colombiano, que en términos de Claus Roxin, no es algo diferente a como debe procederse con las personas que han infringido las reglas de la convivencia social, poniendo en peligro a los individuos y a la sociedad, encontrándose esa política criminal en un punto medio entre la ciencia y la estructura social o entre la teoría y la práctica; es no solo un hecho notorio y evidente, sino que además pretende desviarse hacia la solución de los problemas de la comunidad por ella misma, despojándose el Estado de su obligación de cumplimiento de una función pública como es la Administración de Justicia y dejando como resultado una mala estructuración a la hora de elaborar las penas para castigar los delitos y el hecho de no tenerse en cuenta los índices de delincuencia imperantes en la actualidad en nuestro país. Si nos ponemos a analizar a fondo la codificación, encontramos grandes vacíos e injusticias y se puede pensar que está hecho no para reprimir la delincuencia, sino para seguir avalando la impunidad y la corrupción.
- Finalmente, la tendencia funcionalista es la que actualmente está imperando en nuestro sistema penal; el nuevo sistema acusatorio, se implementa sobre la base de condicionamientos de las agencias financieras internacionales y del gobierno norteamericano dentro del contexto del plan Colombia. Dicho sistema se ha implementado sobre las premisas de que es la forma más democrática de ejercicio del poder punitivo del Estado y de que es la única forma como la igualdad, entendida como derecho fundamental, puede hacerse realidad, hacer efectiva la justicia, de hacerla más eficiente, más pronta, más eficaz. Pero los resultados obtenidos hasta el presente han permitido demostrar que el país no estaba preparado mentalmente ni en su infraestructura, para dicha implementación y que el sistema colapsó prontamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, Arcesio. *Elementos de criminología y ciencia penal*, Edit. Porrua, 2002.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario, RUIZ, Salazar José. *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Leyer, 2002.

Desarrollo del
pensamiento
jurídico
colombiano.
Perspectiva
histórica del
derecho penal en
Colombia

BATARRITA ASÚA, Adela, FERNÁNDEZ, Bajo Miguel. *El pensamiento penal de Beccaría: su actualidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1990.

BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2000.

BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona, Editorial Labor S.A., 1936.

Código de Hammurabi, Madrid, Editora Nacional, 1982.

DÍAZ LÓPEZ, Laurentino. *Historia del derecho antiguo*, Panamá, Impresora Roysa, 1987.

ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, S.L, Ediciones los Comuneros, 1940.

GAITÁN MAHECHA, Bernardo. *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, Ediciones Lerner.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús. *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001.

KELSEN, Hans, *Sociedad y Naturaleza*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Edit. Coyocan, México D.C., 2004.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Lerner, 1961.

PÉREZ PINZÓN, Alvaro. *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002

ROZO, Rozo Julio. *Derecho Penal General*, Universidad Sergio Arboleda, Serie Major 17, 2da Edición, Bogotá, 1999.

SPIERENBURG, P. *El Espectáculo del Sufrimiento*. Cambridge, 1984.

THOT, Ladislao. *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho penal*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos, 1927.

TIRAPU, Daniel. *Lecciones de Derecho Canónico*, Granada, Editorial Comares, 1994.

VÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1997.