

SISTEMA PENAL Y CONTROL SOCIAL EN COLOMBIA

JOSE ENRIQUE NUÑO HENAO

Tesis de grado para optar al título de Abogado

Director:

ANDRES FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
BOGOTA, D.C.

2002

A mi hermano,  
a mis inigualables padres  
con todo mi aprecio.

## AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus mas sinceros agradecimientos a:

Andrés Fernando Ramírez Moncayo, Abogado y Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, por su constante motivación en este trabajo.

Silvia Margarita Rugeles, Abogada penalista, por su gran paciencia y dedicación además de sus valiosas orientaciones.

Juan Camilo Córdoba, Abogado penalista, por sus preciados aportes.

Fernando Lizcano, Abogado penalista, por tan oportunos y valiosos consejos.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1 HISTORIA DEL DERECHO PENAL.	1
1.1 GENERALIDADES	1
1.2 ÉPOCA PRIMITIVA	1
1.3 EDAD ANTIGUA	1
1.3.1 Derecho Hebreo	3
1.3.2 Derecho Romano	4
1.4 EDAD MEDIA	5
1.4.1 Derecho Germánico	5
1.4.2 Derecho canónico	6
1.4.3 Derecho hispano	7
1.4.4 Glosadores y prácticos	8
1.5 EDAD MODERNA	9
1.5.1 La recepción en Alemania	9
1.5.2 El humanismo	9
1.5.3 Pensamiento de Cesar Beccaria	10
1.6 EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA PENAL ITALIANA	11
1.6.1 Escuela Clásica	12
1.6.2 Escuela Positiva	14
1.6.3 Terza Scuola	17
1.6.4 El pensamiento técnico jurídico	17
1.7 HISTORIA DEL MÉTODO DOGMÁTICO EN ALEMANIA	19
1.7.1 La época de la ilustración	19
1.7.2 El liberalismo	19

1.7.3 El racionalismo	19
1.7.4 El positivismo	20
1.7.4.1 Normativismo	20
1.7.4.2 Naturalismo	20
1.7.5 El Neokantismo	21
1.7.5.1 El Historicismo	21
1.7.5.2 Corrientes Neokantianas	22
1.7.6 El Irracionalismo Nacionalsocialista	22
1.7.7 El Finalismo	23
1.7.8 El Funcionalismo	24
2. SISTEMA PENAL EN COLOMBIA EN EL SIGLO XX	26
2.1 GENERALIDADES	26
2.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1936	29
2.3 ESTRUCTURA NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL DE 1936	32
2.4 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SISTEMA POSITIVISTA COLOMBIANO	36
2.5 PRINCIPALES INSTITUCIONES LEGISLATIVAS PRODUCIDAS EN EL AMBITO POSITIVISTA	38
2.6 CÓDIGO PENAL DE 1980	38
2.6.1 Trabajos preparatorios de la Comisión Redactora de 1972	40
2.6.2 Trabajos preparatorios de la Comisión Redactora de 1978	52
2.6.3 Estructura Normativa del Código Penal de 1980	59
2.6.4 Fractura del sistema positivista	61
2.6.5 Introducción académica de la dogmática jurídico Penal	62
2.7 NUEVO CÓDIGO PENAL	64
2.7.1 Propósito de la reforma	65
2.7.2 Estructura normativa del Nuevo Código Penal: Parte general	69
3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA	73
3.1 GENERALIDADES	73
3.2 NOCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL	73
3.3 MODELOS Y POLÍTICA CRIMINAL	74
3.3.1 Modelos totalitarios, cerrados o absolutos	75

3.3.2 Modelos abiertos, relativos o democráticos	75
3.3.3 Modelos autoritarios	75
3.4 TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINALES	76
3.4.1 Defensa Social	76
3.4.2 Política Criminal Alternativa	77
3.4.3 Perspectiva abolicionista	78
3.4.4 Derecho Penal mínimo	78
3.4.5 Derecho Penal de garantías	79
3.4.6 Nuevo Realismo	79
3.4.7 Prevención General positiva fundamentadora	79
3.4.8 Política criminal dogmático jurídica	79
3.4.9 Medidas alternativas al sistema Penal	80
3.4.10 Modelo de prevención	80
3.5 EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA POLÍTICA CRIMINAL	81
3.6 LA POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA SOCIAL DE ESTADO	82
4. CRISIS DEL SISTEMA PENAL EN COLOMBIA	85
4.1 GENERALIDADES	85
4.2 LA FUNCIÓN Y MISIÓN DEL SISTEMA PENAL	85
4.3 CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO	87
5. CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFÍA	92

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad esencial mostrar la problemática penal que a lo largo de los años se ha robustecido como consecuencia de los diferentes procesos legislativos y las erradas interpretaciones de las necesidades sociales por las cuales ha pasado la sociedad colombiana, con el fin de establecer la finalidad y misión del sistema penal desde la perspectiva intelectual del control social, por lo cual empezaré con un recorrido por la historia penal, analizando cada uno de los movimientos científicos surgidos en las diferentes instancias socio políticas, para luego comenzar el estudio de los diferentes procesos legislativos en materia penal del Estado Colombiano abarcando la respectiva normatividad del siglo XX hasta la última reforma para posteriormente llevar a cabo el análisis de la política criminal como elemento integrador del sistema penal y terminar en última instancia con las críticas del mismo.

Para lo anterior, decidí partir del estudio minucioso y detallado de la normatividad penal sustancial en su parte general, pues es allí en donde encontramos las orientaciones políticas, filosóficas y axiológicas del sistema en general, que son en últimas las que estructuran y nos definen el modelo a seguir. Por lo expuesto, no será objeto de estudio del presente trabajo la preceptiva procesal penal, pues en mi concepto su finalidad primordial es diferente mas no disímil de la sustancial por lo cual merece un pormenorizado estudio de la misma envergadura del presente trabajo.

Con lo anterior no estoy diciendo que la parte procesal no sea de gran importancia; todo lo contrario, creo que por su complejidad y desarrollo merece un estudio intelectual muy grande. Espero en un futuro poder realizar ese estudio e integrarlo al presente, con el fin de otorgarle una visión generalizada e integradora del sistema penal colombiano.

# **1. HISTORIA DEL DERECHO PENAL**

## **1.1 GENERALIDADES**

Para todo análisis jurídico es menester y necesario estudiar el aspecto histórico del tema objeto de reflexión.

El derecho penal se remonta al momento mismo a partir del cual el hombre comienza a transgredir los principios de convivencia social según los juicios de valor de cada época, lo cual genera la imposición de las distintas formas de pena acordes a la respectiva conducta anómala.

A continuación me remitiré a las distintas épocas de la humanidad, con el fin de mostrar la evolución histórica del derecho penal desde su génesis, pasando luego por la Edad Antigua, la Edad Media hasta llegar a la época moderna en donde nacen importantes teorías criminológicas y se estructuran las grandes escuelas de la ciencia penal.

## **1.2 ÉPOCA PRIMITIVA**

El hombre aborígen no tenía la suficiente capacidad de raciocinio necesario, como para identificar la relación causal de su actuar con los principios de convivencia del momento, pues sus reacciones y comportamientos dependían de su instinto animal sobrenatural.



El Derecho Penal se caracterizaba principalmente por la concepción del delito desde una perspectiva netamente animista, además de concebir la pena como algo divino y fatal.

Lo importante era el actuar del hombre desde el punto de vista objetivo, sin darle relevancia alguna a la intención en el actuar humano. Cuando se infringía una prohibición, automáticamente se sancionaba sin tener en cuenta el porqué de la acción ni mucho menos la justificación del hecho.

Existían formas de penalización muy severas, tales como *la venganza privada*, en donde el agresor pasaba a ser víctima del agredido o de su familia, los cuales hacían justicia a propia mano.

Poco después, como consecuencia del desarrollo político social reflejado en un poder político estable surgió el *Sistema de la Ley del Talión*, en donde el ofensor sufría la misma trasgresión que inicialmente soportó el ofendido, manifestado muy claramente en el Código de Hammurabi hacia el año 1950 a.J.C. y en la Ley de las XII Tablas además de la Legislación Mosaica.

También imperó el *Sistema de la Compositio* en donde se compensaba patrimonialmente al agredido de manera voluntaria y tiempo después de manera obligatoria. El dinero entregado por el agresor iba en un porcentaje a la autoridad pública con fines de colaborar al poder oficial, por lo cual se le denominó dineros de paz; el otro porcentaje se le entregaba al agredido. Esta institución se plasmó en el derecho germano, en las antiguas Leyes de Manu de la India y en la Ley de las XII Tablas.<sup>1</sup>

Por último, existía la figura de la *expulsión de la paz*, la cual consistía en la exclusión del infractor de su comunidad que a su vez implicaba la exposición de tal

---

<sup>1</sup> GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, Tratado de Derecho Penal Tomo I, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001, Página 241

personaje ante la familia del ofendido.

Las anteriores formas de sanción no eran comunes en todos los pueblos, pero si eran las principales penas en la mayoría de las comunidades.

### **1.3 EDAD ANTIGUA**

Este período es muy importante dentro del desarrollo jurídico del derecho penal, pues es precisamente en él en donde comienzan a forjarse las distintas compilaciones y sistematizaciones de las diversas disposiciones sueltas que venían regulando las conductas humanas hasta el momento, para lo cual haré un esbozo de las dos grandes estructuras jurídicas de la época.

**1.3.1 Derecho Hebreo:** Sus normas se encuentran principalmente en la Sagrada Biblia, en sus libros Éxodo, Levítico y Deuteronomio, los cuales constituyen la Legislación Mosaica, que al lado del Génesis y Los Números, conforman el Pentateuco.

Este derecho se caracterizó principalmente por darle suprema relevancia al principio de la igualdad ante la ley sin ningún tipo de excepción, además de menguar la rigurosidad de las penas para todo tipo de delitos, salvo aquellos que contrariaban la divinidad, la moral y las buenas costumbres.

Los delitos se clasificaron en categorías tales como delitos contra la divinidad, contra los semejantes, contra la honestidad, contra la propiedad y los de falsedad.

La plena prueba era condición *Sine Qua Non* para condenar a un procesado, pero dentro del campo probatorio no se le daba ningún valor al testimonio único ni se establecía la figura de la prueba pericial, pues se suponía que el juez era un conoedor pleno de todas las ciencias; además de dársele a la confesión un valor

tal, que generaba la disminución de la pena para el condenado. Toda decisión judicial debía estar plenamente motivada.

1.3.2 **Derecho Romano:** Esta época abarcó el período contemplado desde el año 753 a.J.C. y 553 d.C.

En esta etapa histórica, la figura del *paterfamilia* fue bastante relevante desde el punto de vista socio político, pues era precisamente en él sobre quien recaía la responsabilidad de cada clan, lo cual implicaba la potestad incluso de imponer la pena de muerte a aquellos súbditos que estaban bajo su responsabilidad. Estas manifestaciones omnímodas y bárbaras era el rezago de algunas de las penas establecidas en la época primitiva, que siguieron rigiendo aún en el *período de los Reyes* llegando aproximadamente hasta el año 509 a.J.C. en donde la pena seguía teniendo carácter religioso. El Rey tenía jurisdicción criminal plena.

Tiempo después, en el *período de la República*, que abarcó desde el año 510 a.J.C. hasta el año 31 d.C surgieron instituciones tales como la *Provocatio Ad Populum*, con la cual el procesado tenía el derecho de poner a conocimiento del pueblo su sentencia, la cual requería motivarse debidamente por el magistrado respectivo. A finales del presente período esta institución llegó a ser insuficiente con el surgimiento de la *Accusatio*, en virtud de la cual cualquier ciudadano tenía las facultades de denunciar un delito y de acusar al respectivo inculcado.

En el año 450 d.C. aparecen compilaciones jurídicas tales como la Ley de las XII tablas, la cual contenía algunas disposiciones de carácter penal; las Leyes Cornelia y Julia prohibieron la venganza privada dejando así la represión penal en manos del poder público además de limitar considerablemente la omnipotencia del *paterfamilia*.

A comienzos del año 31 d.C. y hasta el año 533 d.C., en la *Época del imperio*, los tribunales de los funcionarios imperiales, se convirtieron en órganos de justicia

penal, asumiendo las funciones de instrucción y juzgamiento, dando origen como tal, a la denominada *justicia penal extraordinaria* a comienzos del gobierno del emperador Augusto. De este período data el *Digesto o Pandectas* ( año 529 d.C. ), el cual contenía una recopilación jurídico penal ( *libri terribilis* ),<sup>2</sup> que influyó considerablemente durante muchos siglos y el cual hacía parte del *Corpus Iuris Civilis*.

El derecho penal romano en toda su historia, afirmó el carácter público y social de éste, además de estructurar la figura de la analogía dentro del principio de legalidad, diferenciar los delitos públicos de los delitos privados, los hechos culposos de los hechos dolosos, el hecho consumado del meramente tentado, desarrollar las teorías de la imputabilidad, culpabilidad y el error como causa excluyente de responsabilidad, prever la figura de la prescripción de la acción penal y permitir la figura del indulto dentro del imperio, mas no en la República.

#### **1.4 EDAD MEDIA**

Esta época data desde la caída del Imperio Romano hasta el siglo XV; se caracteriza por la diversidad de legislaciones jurídicas en las cuales impera la rigidez de la represión penal, además del resurgimiento del derecho romano a través del fenómeno de la Recepción entre los siglos XII a XV gracias a las recopilaciones españolas entre ellas las Siete Partidas y las recopilaciones Alemanas como La Carolina, en las cuales se retoma la legislación Justiniana.

Los desarrollos más sobresalientes fueron los siguientes:

**1.4.1 Derecho Germánico:** Su estructura contemplaba figuras jurídicas propias, que ya estaban desuetas en algunas otras comunidades. Se caracterizó por ser un

---

<sup>2</sup> VALENCIA RESTREPO Hernan, Derecho Privado Romano, Página 188

sistema bárbaro en cuanto la existencia de penas tales como la *venganza de la sangre o Blutrache*, la *Faida* o venganza sobre la familia del infractor, *la pérdida de la paz o Friedenslosigkeit*, en virtud de la cual se desprotegía por completo al ofensor exponiéndolo al poder del ofendido y una pena menos rígida denominada *La Compositio*.

En este sistema imperó la responsabilidad objetiva, en donde lo trascendental era la comisión del hecho, sin importar de manera alguna la situación subjetiva o motivación del actor.

**1.4.2 Derecho Canónico:** El poder creciente de la Iglesia, especialmente en aspectos concernientes a lo social, cultural, económico y político, fue generando a la vez un criterio opresor de la misma, reflejado en sanciones de carácter disciplinario que poco a poco se fueron imponiendo.

Fue un derecho en donde imperó una teoría intermedia entre imputación objetiva y la imputación subjetiva, ya que se tenía en cuenta tanto el móvil de la acción como la ocurrencia del hecho. Algunos vestigios de la responsabilidad objetiva se reflejaron en casos tales como la extensión de la pena a terceros inocentes, la vigencia del principio de responsabilidad penal de las corporaciones, la infamia de los hijos incestuosos, las interdicciones por los delitos de herejía y apostasía, que se hacían recaer sobre los hijos descendientes del autor, entre muchos otros.

El delito fue objeto de clasificación en tres categorías a saber: Los atentatorios contra el derecho divino cuya competencia recaía exclusivamente en la Iglesia, los lesionadores del orden humano con competencia para el poder Laico y los desconocedores tanto del poder divino como del humano.

Para el cumplimiento de las disposiciones legales, se creó la jurisdicción eclesiástica y se llegó a tal extremo que al clérigo solo lo podía juzgar un tribunal eclesiástico sin importar el delito cometido. Los punibles que atentaban tanto contra

el derecho divino como del humano llamados también delitos mixtos, podían ser discutidos por tal autoridad.

Hubo distintas concepciones de la pena entre las cuales se pueden destacar la de Santo Tomas De Aquino quien le daba un carácter vengativo, de intimidación y subsanador con fines de hacer efectiva una justicia conmutativa; la de Agustín cuyo carácter era meramente retributivo.

Existió una figura muy peculiar en este derecho a la cual se le denominó tregua de Dios y en virtud de la cual, para contrarrestar el poder vengador del ofendido, se erigió la figura del *Asylo o refugio inviolable* en donde los templos tenían el privilegio de inaplicar las consecuencias de la violación de las disposiciones legales, protegiendo a las personas fugitivas de sus perseguidores.

**1.4.3 Derecho Hispano:** La *época primitiva* se caracterizó por la gran influencia romana, la cual se fue diluyendo paulatinamente hasta el *período Visigótico* en el cual emergieron los primeros intentos codificadores reflejados tanto en el Código de Eurico hacia los años 469 a 481 como en el Brevario De Alarico en el año 506 los cuales fueron de aplicación muy aislada. Luego se dieron a conocer otras codificaciones tales como la Ley Visigótica creada por Chindasvinto en los años 642 a 653 y complementada luego por su hijo Recesvinto en los años 649 a 672 bajo el nombre de Fuerojuzgo, la cual contemplaba algunas disposiciones penales en las cuales sobresalieron el carácter personal de las penas, la apreciación de diversos grados de culpabilidad, el reconocimiento del elemento intencional en el delito, la menor punición de los hechos culposos, la punición de la tentativa, el reconocimiento de la legítima defensa, la consagración de la Faida y del Talión, la desigualdad de la clases frente al derecho penal, la severidad de las penas imponibles, entre otras.

En la época de la *Reconquista*, caracterizada por la invasión árabe en el periodo comprendido entre el año 711 hasta 1492; la inminente y consecuente caída de la

monarquía visigoda, hubo gran confusión legislativa en el territorio Ibérico, generando una serie de fueros caracterizados por la barbaridad de las penas.

Esta dispersión llegó hasta el siglo XII, cuando el Rey Alfonso X el Sabio, trató de unificar las distintas regulaciones en el denominado *Fuero Real y Las Leyes De Estilo* en el año 1255; luego con el *Espéculo y las Partidas* en los años 1256 a 1265, con las cuales surge a cabo el fenómeno de la recepción del derecho romano en España.

Posteriormente se expidieron diversas recopilaciones y ordenamientos como el de *Alcalá* en 1348 el cual fue seguido por una serie de leyes cuyo objeto principal era reprimir las distintas formas de criminalidad existentes en el momento, generando una gran confusión legislativa la cual se trató de clarificar y unificar en las *Ordenanzas de Castilla* en el año 1485, además de las *Leyes de Toro* en el año 1505. Posteriormente el Rey Felipe II ordenó la Nueva Recopilación en el año de 1576 la cual fracasó y generó la expedición de la Novísima Recopilación por parte de Carlos IV en el año de 1805, igualmente frustrada.

**1.4.4 Glosadores y Prácticos:** Los glosadores comenzaron con la tarea de adoptar nuevamente la legislación romana en el derecho español con la interpretación a través de glosas del Corpus Iuris Civilis entre los años 1100 a 1256.<sup>3</sup>

Posteriormente, se comenzó a confrontar tanto la legislación como la jurisprudencia vigente con los textos romanos, tarea por cierta bastante oportuna, que dio origen al movimiento denominado de los *Postglosadores o Comentaristas* entre los años 1250 a 1450.

---

<sup>3</sup> PETIT Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Página 66

La sistematización de los trabajos anteriores y la expedición de reglas generales, fue llevada a cabo por los *Prácticos* a lo largo del siglo XVI.

## **1.5 EDAD MODERNA**

Este período comprendido entre los siglos XVI y XVIII se caracterizó principalmente por los siguientes puntos:

**1.5.1 La Recepción en Alemania:** El resurgimiento del derecho romano, da lugar al fenómeno de la Recepción en materia penal, principalmente en Alemania, lo cual generó un cambio en el desarrollo de tal derecho, lo cual se reflejó en la *constitutio Criminalis Bambersgenesis* en el año 1507 y luego en la *Constitutio Criminalis Carolina* en 1532, con vigencia hasta 1870 cuando se elabora el Código Penal Imperial, vigente a partir de 1871.

*La Carolina* asentó de manera definitiva el poder público del Estado en materia punitiva y estabilizó el derecho Alemán de entonces.

**1.5.2 El Humanismo:** Durante los siglos XVII a XIX, surgió el movimiento conocido como el Iluminismo, el cual marcó el desarrollo del derecho penal a lo largo de la historia.

Entre otros, sus grandes expositores fueron Beccaria en Italia; Pufendorf, Thomasius y Bohmer en Alemania; Howard en Inglaterra; Ch.De Secondat Barón De La Bréde , Montesquieu y J.J. Rousseau en Francia.

Los grandes trabajos de los personajes anteriores, fueron cimentando las bases de lo que luego sería la Escuela Clásica del Derecho Penal, de trascendental influencia en el continente Europeo, como por ejemplo en Alemania con la supresión de la



pena de tortura por parte de Federico el Grande en el año 1740. y en Austria en donde José II promovió la expedición del primer Código Penal Humanista en 1787.

El Iluminismo concluyó con la Revolución Francesa en el año de 1789 que a su vez generó *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cuya ideología repercutió en los códigos penales europeos, que en ese entonces se estaban gestando tales como el Francés de 1810 y el Bávaro de 1813 cuya autoría se debe a Feuerbach.

**1.5.3 Pensamiento de Cesar Beccaria:** Los postulados de Beccaria dados a conocer en su magnífica obra *De Los Delitos Y Las Penas*, en su momento se enfrentó a un derecho penal caracterizado por el absolutismo y la arbitrariedad de la rama judicial, el carácter expiatorio de la pena, la desigualdad ante la ley penal, la interpretación analógica que hacían los jueces para determinar lo ilícito, el abuso de la tortura, de la pena de muerte y en general por el poco aprecio a la dignidad humana; el carácter bárbaro e intransigente de las penas, sigue siendo de gran relevancia y aplicación en la época contemporánea. En algunas legislaciones penales se siente su sólida ingerencia.

Entre los postulados más importantes de Beccaria se encuentran el de la *separación de poderes*, donde manifiesta que las funciones de legislar, ejecutar las leyes de carácter general y resolver las controversias que surjan de tal ejecución, deben estar en manos diferentes con el fin de evitar un autoritarismo y concentración de poder.

La *proporcionalidad entre el delito y la pena* donde la gravedad de la conducta generadora del ilícito determinará la severidad de la pena a imponer.

El *rechazo a la pena de muerte* la cual es injusta, innecesaria e ineficaz, considerándola viable únicamente en los eventos en que la nación va a recobrar su

libertad o la ha perdido y cuando se viven tiempos anárquicos en donde los desórdenes mismos hacen el papel de la leyes.

*La dañosidad social como criterio para medir la gravedad del delito*, lo realmente importante para determinar la gravedad de la infracción es la afección social que generó la conducta dañosa.

*La publicidad de la justicia penal*, donde es menester la aplicación de un sistema acusatorio en el cual el desarrollo del proceso esté caracterizado por la publicidad del mismo y por el respeto del debido proceso.

*La igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal*, implicando la no discriminación de las personas por ningún motivo y por ende la aplicación de la ley penal sin tener en cuenta la calidad de los mismos; la racionalidad como punto de partida en la creación de normas penales.

*El principio de la legalidad de los delitos y la penas*, lo cual limita ostensiblemente la actuación del juez, ya que deberá someterse a lo expresamente establecido por el legislador quien a su vez tiene la tarea de determinar tanto las conductas objeto de reproche como la pena imponible a las mismas.

Por último y como consecuencia de lo anterior, se deriva el principio de la *prohibición a la interpretación judicial* según la cual, el juez debe someterse a lo dispuesto por el legislador y aplicarlo en su cabalidad con el fin de evitar la arbitrariedad del régimen totalitario y otorgarle seguridad jurídica dentro del régimen político.

## **1.6 EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA PENAL ITALIANA**

La publicación de la obra de Beccaria marcó el comienzo de la moderna ciencia del derecho penal donde las concepciones sobre el método fueron de diversa índole,

generando la creencia de la existencia de diversos objetos del conocimiento en esta disciplina tales como el derecho natural, el delito como manifestación biológica o psicológica y el derecho positivo.

Tanto en Alemania como en Italia, las diversas posturas metódicas de la ciencia penal, tomaron vías diferentes, al punto en que en éste último la Escuela Clásica tomaba como objeto el derecho natural, la Escuela positiva al delito como hecho empírico y la Escuela Técnico Jurídica, el derecho positivo. En Alemania en cambio, ha existido consenso respecto a que el derecho positivo sea el objeto de la ciencia penal.

A continuación, analizaré los puntos mas importantes de cada una de las escuelas insignias de la ciencia penal.

**1.6.1 Escuela Clásica:** Esta corriente penal fue en gran parte rezago de la Revolución Francesa, por tanto defendió a ultranza los derechos del hombre dentro de un Estado liberal no intervencionista, en la época (siglo XIX) donde el capitalismo estaba en su apogeo junto con la Revolución Industrial.

La denominación de Escuela Clásica no refleja en realidad la unificación de las ideologías jurídico penales del momento; fue una decisión caprichosa del tratadista Enrico Ferri al denominar así a la unificación doctrinaria que él mismo hizo en el discurso pronunciado en la Universidad de Bolonia en el año de 1880 sobre los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal de las corrientes reinantes en Italia y en otros países europeos, para contraponerlos a la concepción de los Positivistas.

Dentro de esta escuela se encuentran teorías opuestas y heterogéneas defendidas por los autores mas representativos de cada nación, tales como la concepción de la pena, que para algunos tenía el carácter de retributiva y para otros el carácter preventivo, entre muchos mas ejemplos.

Sin embargo, los diversos puntos de contacto como la primacía del derecho natural al lado del racionalismo entre otros, son los que han permitido agrupar todas estas ideologías bajo un nombre unitario: Escuela Clásica Criminal.

Se debe recordar que el raciocinio de Beccaria fue el punto de partida para muchas de las teorías que poco a poco se fueron desarrollando; por estas amplias razones fundamentales, el verdadero precursor del pensamiento clásico fue este genial personaje.

Otros grandes tratadistas que hicieron parte de esta escuela y que hoy siguen teniendo alguna vigencia fueron Romagnosi (1761-1835), Filangieri (1752-1788), Pagano (1748-1799), Rossi (1787-1848), Carmignani (1768-1847), Pessina (1828-1917) y Carrara (1805-1888) con su gran obra *programa del curso de derecho criminal* en la cual pretendió construir políticamente un sistema del derecho penal y del delito de validez universal e intemporal, independiente de un tipo de legislación en particular, apoyado en postulados lógicos racionales en donde el derecho se fundaba en principios naturales dados por Dios a la humanidad, permitiéndole tener vida y criterios preexistentes a los pareceres de los legisladores. Además de lo anterior, Carrara manifestó que la ciencia del derecho criminal debía considerarse como un orden racional que emana de la moral jurídica, preexistente a todas las leyes humanas y obligatoria aun para los legisladores.<sup>4</sup>

Dentro de la concepción clásica se pueden destacar los siguientes postulados:

1. Esta corriente adoptó el *método deductivo o especulativo* por virtud del cual se partía de la ley general para luego aplicarla al caso particular.
2. Se concibió la naturaleza del *derecho* como algo divino, congénito al hombre, proveniente de Dios desde la misma creación del hombre, de donde se

---

<sup>4</sup> CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1971, Página 5

desprende un dualismo normativo a saber: La existencia de un derecho positivo y un derecho natural.

3. El epicentro del *derecho penal* es la ley natural y su origen es la ley eterna independientemente de la leyes humanas.
4. El *delito* es un ente abstracto consecuencia de la contraposición de la conducta humana con el derecho positivo.
5. La *pena* es apreciada con carácter retributivo o compensatorio del daño ocasionado con la conducta delictiva y el desagravio al ordenamiento jurídico. Las medidas de seguridad y de prevención tienen el carácter de meras medidas policivas que se encuentran fuera del derecho penal.
6. La *responsabilidad penal* se fundamenta en el libre albedrío o facultad de autodeterminación del ser humano.

Para que el funcionario judicial pueda imputar un hecho a una persona, debe verificar la existencia de tres juicios a saber: La imputación física, es decir, la causa material del hecho punible, la imputación moral, es decir, la voluntariedad del hecho y por último la imputación legal o tipicidad de la conducta.

**1.6.2 Escuela Positiva:** El surgimiento de esta escuela tiene como fundamento político el cambio de la ideología liberal clásica del Estado a la idea de un Estado intervencionista, protector de la colectividad y en general de los intereses sociales; desde el punto de vista filosófico, el levantamiento contra las teorías individualistas que defendían a ultranza los derechos personales, desconociendo de tal manera los intereses de la comunidad en general.

Los máximos representantes de esta tendencia fueron C. Lombroso ( 1836-1909,) quien partió de la observación y análisis de los delincuentes, estudiando tanto su

aspecto psicológico como el aspecto orgánico, creando así la ciencia denominada *Antropología Criminal*, cuyos postulados mas importantes se plasmaron en las obras: “*El hombre criminal en relación con la antropología*”. “*La jurisprudencia y la disciplina carcelaria*” cuya publicación data del año 1876; E. Ferri (1856.1929), quien en su obra titulada *Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío*, planteó estudiar el delito como fenómeno natural y social, valorándolo como expresión antisocial de cierta personalidad del delincuente. También irrumpió una nueva disciplina denominada *Sociología criminal*, en la cual planteó que el delito era la resultante de una triple serie de causas a saber: Individuales, físicas y sociales, a partir de lo cual clasificó los delincuentes en cinco categorías: Natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales.

R. Garófalo (1851-1934), fue otro de los pensadores partidarios de esta escuela y quien ,manifestó la necesidad de incorporar innovaciones jurídicas a la justicia penal, para lo cual aportó el concepto de *temibilidad del delincuente* como criterio de penalidad, así como la noción de *delito natural*.

A los anteriores autores, precursores de esta nueva tendencia, se sumaron otros, entre ellos E. Florian (1869-1945), F. Grispigni (1884-1955), Jiménez de Asúa (1889-1970), J.P. Ramos (1878-1970), J. E. Gaitán (1898-1948), C. Lozano y Lozano (1904-1952), entre otros.

Como aspectos más relevantes de esta escuela se encuentran los siguientes:

1. Acudieron al método experimental o científico comúnmente conocido como método inductivo o Galileano, en virtud del cual se parte de la observación de los fenómenos para luego extraer las conclusiones generales. Se pasa de lo abstracto planteado por los clásicos, a lo concreto, de la deducción a la inducción. Los positivistas son menos idealistas y mas realistas, empíricos.

2. Manifiestan que el derecho plasmado en las leyes de los Estados para regular la vida en sociedad, es producto de las condiciones históricas y sociales vigentes en la comunidad.
3. El derecho penal aparece como producto de la necesidad de defender los intereses sociales de toda una comunidad representada por el Estado, es decir, de la responsabilidad social de cada uno de los miembros que conforman tal colectividad.
4. El delito es concebido como un hecho social, un fenómeno natural cuyo origen según Ferri reside en un trío de causas a saber: individuales, físicas y sociales.
5. La pena es concebida como un medio de defensa social, cuya aplicabilidad dependerá de la peligrosidad del delincuente y no tanto de la gravedad del delito. En este punto cabe resaltar que las medidas de seguridad si hacen parte del derecho penal y cumplen con la misma función y naturaleza de las penas.
6. En cuanto a la responsabilidad penal se afirmó que su sustento estaba dado por la responsabilidad social que tenían cada uno de los miembros de la colectividad por el mero hecho de vivir en sociedad y se erradicó por completo el concepto del libre albedrío como fundamento de tal responsabilidad.
7. La figura del delincuente fue profundamente estudiada, dando lugar a la creación de la denominada antropología criminal, la cual concluye en la no existencia de delincuente que no sea anormal bien sea de manera permanente, ocasional, por causas genéticas, morfológicas o por cualquier otra causa degenerativa en tal calidad.

1.6.3 **Terza Scuola:** El extremismo de los clásicos y de los positivistas generaron una corriente intermedia o ecléctica, los cuales tomaron elementos de una y otra escuela con el fin de estructurar un nuevo postulado frente a la política criminal.

Los juristas mas representativos de esta tendencia fueron M. Carnevale, B Alimena (1861-1915) y G. B. Impallonemi (1846-1907), quienes plantearon algunos postulados tales como:

1. La diferenciación entre las disciplinas jurídicas y las empíricas en donde se le viste a la primera de un método lógico, abstracto y deductivo; a las segundas de un método causal, explicativo y experimental.
2. Se concibe el delito como un fenómeno social y a la vez como un hecho complejo cuyas causas se derivan de factores endógenos y exógenos.
3. Se rechaza la tipología positivista de los que delinquen, aunque acepta la existencia de delincuentes habituales, ocasionales y anormales.
4. Utiliza la misma estructura sancionatoria de los positivistas, es decir , aplica tanto las penas como las medidas de seguridad.
5. La responsabilidad moral es considerada como fundamento de la pena y la peligrosidad como sustento de la medida de seguridad. La pena no se agota con el castigo del delincuente, sino que además se pretende su rehabilitación social.

1.6.4 **El Pensamiento Técnico-Jurídico:** El surgimiento de esta tendencia es consecuencia del abandono conceptual del derecho penal objetivo de la época, ya que las discusiones de las distintas escuelas se fundó en la formación de teorías novedosas a partir de concepciones políticas y filosóficas de cada momento, sin tener presente la aplicación práctica de lo que proponían.



La problemática anterior fue dada a conocer por el jurista A. Rocco (1876-1942) en su discurso titulado *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, pronunciado en el año de 1908 en la Universidad de Sassari, donde planteó el estudio restringido y aferrado del derecho como única posibilidad de creación de una verdadera ciencia jurídica, para lo cual era necesario ir reduciendo poco a poco la ciencia jurídicopenal a unos principios de derecho, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, es decir, a un estudio general pormenorizado del delito y la sanción, desde una óptica meramente jurídica como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo.

En cuanto al método, Rocco distinguió tres momentos distintos en la elaboración jurídicopenal: La exégesis, la dogmática y la crítica.

La exégesis es entendida como la investigación inicial que ha de realizar la ciencia del derecho penal, por virtud de la cual se indaga el sentido de las proposiciones jurídicopenales, para obtener así los datos empíricos a los cuales se les aplica los métodos inductivo y deductivo en la siguiente fase.

La etapa dogmática implica la aplicación del método inductivo sobre los preceptos jurídicopenales previamente interpretados en la etapa exegética, obteniendo como resultado los dogmas conceptuales de carácter general, a partir de los cuales se elabora el sistema del cual se desprenderán unas consecuencias en cuanto a la aplicación de los preceptos legislativos.

La etapa de la crítica, conlleva a realizar los juicios de valor sobre la legislación vigente para poder posteriormente determinar si ese derecho objetivo o positivo previamente conocido es, o no, como debiera ser.

El esquema anterior se criticó mucho, pues expresa que los momentos implicatorios de todo estudio dogmático, tienen correlación íntima y por ende no pueden estudiarse separadamente, además de que la fase de la valoración debe

dirigirse también a la esencia de la hermenéutica de las normas jurídicopenales y de estructuración del sistema y no solamente a la crítica del mismo.

## **1.7 HISTORIA DEL MÉTODO DOGMÁTICO EN ALEMANIA**

La evolución de la ciencia penal en Alemania ha girado entorno al derecho positivo, el cual se confundía con el derecho natural y el derecho racional.

En este punto es menester distinguir tres etapas en cuanto a la evolución y desarrollo de la ciencia penal Germana.

*1.7.1 La Época de la Ilustración.* Las ideas del iluminismo en materia penal desarrolladas por K.F. Hommel (1722-1781), sirvieron para armonizar los principios del derecho natural dictados por la razón con las leyes positivas.

*1.7.2 El Liberalismo.* En esta etapa es relevante el papel cumplido por el destacado jurista alemán Feuerbach quien manifestaba que la filosofía solo puede aclarar la jurisprudencia positiva, mas no dominarla, en aras de clarificar que el derecho positivo es el protagonista en el mundo jurídico y que el papel del derecho natural en relación con aquél es básicamente moderar su aplicación, ya que solo cuando la legislación logra incorporar los principios sobre la pena y la imputación descubiertos por la razón, será posible abandonar tal derecho natural, lo cual ocurrió con la expedición del Código Penal Bávaro de 1813. Lo anterior se constituyó como el primer antecedente de la ciencia penal liberal del siglo XIX, en donde el derecho positivo con poca injerencia del derecho natural, se convirtió en el objeto de estudio para la ciencia penal hasta 1840.

*1.7.3 El Racionalismo.* Esta etapa comienza en 1840 con las ideas del gran filósofo F. Hegel, quien manifestaba que lo racional es real y lo real es racional, lo cual al

aplicarse a la ciencia penal significaría que lo real es decir el derecho positivo, es racional ( derecho ideal o deber ser) y viceverso, que a su vez permite concebir el delito como la negación del derecho y la pena como la negación de esta negación, la cual debe ser impuesta con un fin netamente retributivo.

*1.7.4 El Positivismo.* Esta corriente penal cumplió un papel protagónico entre 1870 y 1900 aproximadamente, colocando en duda el punto de partida del mismo idealismo Alemán como lo era la *libertad de la voluntad*, generando una nueva fundamentación de la pena sobre bases deterministas y con una función finalista, es decir, utilitaria, para lo cual se planteó una reforma del derecho penal vigente no en su estructura, sino en su significado mismo y resaltando ante todo el principio de legalidad. La influencia de esta corriente se manifiesta en dos directrices a saber:

*1.7.4.1 Normativismo:* En la década comprendida entre 1870 y 1880, el pensamiento de K. Binding sacó a flote este ideario, donde se negó la licitud de incorporar juicios de valor o referencias a la realidad metajurídica en la tarea dogmática, de gran auge con la aparición de algunas situaciones tales como la *Escuela Histórica*, la cual puso en crisis la metafísica jurídica e impulsó la lógica a través de las construcciones sistemáticas abstractas además de las interpretaciones filológicas de los textos históricos con fines de volver a dar al derecho romano su esencia normativista y dogmática; *la entrada en vigor del Código Penal de 1871*, como consecuencia de la unificación política alemana y por último con la incidencia del *liberalismo clásico* en donde el derecho positivo en estricto sentido era el protagonista.

*1.7.4.2 Naturalismo:* El apogeo que en la época vivía el evolucionismo, además de los grandes cambios en la estructura social como consecuencia del decaimiento del liberalismo, fueron los hechos impulsores un nuevo ideario en la concepción de las ciencias penales. El derecho penal pasó de ser un derecho meramente garantista a un derecho de prevención, con el fin de evitar la comisión de conductas

punibles como consecuencia de la industrialización. Se pretendió elevar el derecho penal al rango de una disciplina científica, puesto que era el método experimental el único que podía permitir caracterizar una actividad como ciencia. El punto de partida naturalista se ve reflejado en el carácter práctico de la ciencia penal en donde la norma jurídica es el resultado de una abstracción conceptual a partir de los hechos reales de la vida jurídica, en donde la construcción jurídica solo es posible en la medida en que los preceptos legales se puedan aplicar a los acontecimientos de la vida jurídica misma.

*1.7.5 El Neokantismo.* Entre 1900 y 1930 se dijo que el positivismo con su metodología naturalista no permitía la adecuada comprensión de la esencia correspondiente a las categorías centrales del delito, proponiéndose la abolición de tal corriente, impulsando la intromisión de los conceptos de valoración y la perspectiva material en la dogmática jurídicopenal con el fin de variar la concepción dogmática del delito. Por lo anterior, surgieron dos corrientes que buscaban darle un significado diferente al concepto de ciencia, el cual permitiera calificar como tal a aquellas disciplinas que tuvieran como objeto el estudio de la conducta humana, sin tener que remitirse en ningún momento a las características de las naturales con excepción de las matemáticas, la lógica y las ciencias experimentales. Tales corrientes fueron las siguientes:

*1.7.5.1 El Historicismo:* Esta corriente se fundamentó en que el derecho tiene su génesis en la voluntad del pueblo, el cual a su vez se organiza en un esquema societario en donde el campo de acción de los individuos partícipes de tal, está delimitado por la misión que tienen dentro de la organización, dependiendo del lugar que ocupen en ella misma. Lo anterior fue consecuencia de la distinción efectuada entre las ciencias naturales de las del espíritu denominadas así por W. Dilthey, quien definió estas últimas como el conjunto de ciencias cuyo objeto se centra en la realidad histórica social.

1.7.5.2 Corrientes Neokantianas: Este ideario más que abandonar el positivismo jurídico, lo complementó, para lo cual distinguió las ciencias del espíritu en donde encontramos al derecho, de las ciencias naturales partiendo de las diversas formas a priori que condicionan sus respectivos modos de conocimiento. Afirman que tanto las ciencias positivas como las espirituales tiene el mismo objeto, pero se diferencian en el método que determina tal objeto. Una de las vertientes Neokantianas como lo fue la Escuela de Baden, diferenció las ciencias histórico-culturales de las ciencias naturales en donde las primeras persiguen fines netamente particularistas, remitiéndose a la ciencia axiológica, en contraposición a la formación generalizadora de los conceptos de las ciencias naturales. Lo anterior repercutió en el derecho penal surgiendo así la dogmática neoclásica, caracterizada por el conocimiento individualizado y por hechos referidos a valor, de lo cual se dedujo que el derecho pertenece a las ciencias culturales empíricas en donde los valores tienen un carácter finalístico.

1.7.6 *El Irracionalismo Nacionalista*. Esta concepción del derecho penal dominante entre 1933 y 1945, es fruto del fanatismo ideológico nazi, en su afán por cambiar las circunstancias sociopolíticas de la época, critican los postulados del derecho penal liberal, convirtiéndola quizá en la más radical de las existentes hasta la época.

Para esta corriente, el derecho debía ser consecuencia de la filosofía propia de cada nación, excluyendo totalmente cualquier tipo de ingerencia extranjera; se deduce que las fuentes supremas del derecho penal, estaban principalmente en la concepción jurídica del pueblo alemán y en la voluntad de quien tuviera a cargo la conducción de la comunidad (Führer).

Lo anterior condujo a que el derecho penal fuera objeto de un quebrantamiento casi total, pues ya el principio de legalidad se encontraba en un segundo plano, teniendo presente que el juez no estaba sometido al imperio de la ley sino al dominio de los dictados superiores con el objetivo proteccionista de la comunidad nacional, que a

su vez conllevó para que cualquier atentado contra la misma, fuera motivo de la inmediata represión judicial, generando en últimas un derecho penal de autor, en donde lo punible era incluso la mera intención independientemente de la concreción del hecho.

En esta corriente la aplicación de la teoría clásica del delito era inocua, pues si la conducta atentaba contra los intereses de la comunidad, era reprochable penalmente, así no fuera típica ni antijurídica ni mucho menos culpable.

Se puede apreciar, que esta nueva concepción del derecho penal tiene de nota distintiva su irracionalismo desde todos los puntos de vista, quebrantando los enfoques que hasta la época se le venían otorgando a la ciencia jurídicopenal.

*1.7.7 El Finalismo.* Entre los años de 1945 y 1960 y en cabeza de H. Welzel, surgió en el mundo del derecho penal la que se denominó la “Revolución Copernicana”, consecuencia del absoluto rechazo de un fenómeno político como lo fue el régimen nazi, quien con su extremo nacionalsocialista desagregó de manera absurda la estructura del derecho penal que hasta la época se había formado, generando la posición dogmática la cual afirmaba que el legislador no podía de manera autónoma y discrecional erigir como delito cualquier conducta, pues siempre requería previa a tal calificación, los presupuestos en los que se sustenta la dignidad de la persona humana además de ciertos límites prejurídicos; un fenómeno científico reflejado en la concepción filosófica que a contrario sensu del pensamiento neokantista pasó del subjetivismo al objetivismo en donde el objeto del conocimiento determinaba al sujeto, y a su vez al método.

Según los planteamientos anteriores, surgieron nuevas concepciones de los principales elementos del derecho penal que a continuación se explicarán:

Para esta escuela, se entiende que *la acción* es el ejercicio de la actividad final y no solamente causal, entendiendo tal finalidad como la capacidad previsiva del ser

humano en cuanto a las posibles consecuencias de su actuar, con el poder de proyectar sus distintos fines y conducir su actividad con base a un plan, para la consecución de tales.

En cuanto a la *tipicidad*, el tipo penal se entendió como la descripción concreta de la conducta prohibida integrada; desde luego por una parte objetiva y otra subjetiva cuyo núcleo fundamental es el dolo, permitiendo distinguir los delitos dolosos de los imprudentes o culposos, estableciendo modalidades especiales del delito con una diversa configuración en cada uno de los niveles de análisis de la construcción dogmática, sean de omisión o de comisión.<sup>5</sup>

Por otro lado y desde el punto de vista formal, la *antijuricidad* es entendida como el juicio según el cual la acción típica es contraria a derecho y desde el punto de vista material, como dañosidad social.

En lo referente a la *culpabilidad*, se concibió como el reproche al autor de la conducta típica por no ajustar su accionar a la preceptiva legal. Tanto la culpa como el dolo se ubicaron en la acción.

*1.7.8 El Funcionalismo.* En todo el análisis de la evolución de la ciencia jurídicopenal, se ha llegado por último a la actual fase del derecho penal Alemán en donde prevalece la ingerencia de las corrientes sociológicas funcionalistas, para quienes la sociedad está compuesta por una serie de órganos cumplidores, cada uno de ellos de una función específica dentro de la estructura social con el fin de mantener el dinamismo de la estructura básica de ese ente fundamental denominado sociedad.

Dentro de este esquema se destacan situaciones entre ellas la *continuidad del pensamiento sistemático* planteado por el padre del finalismo H. Welzel quien

---

<sup>5</sup> VELÁSQUEZ Fernando, Derecho Penal Parte General, Página 329

estableció la sistemática del delito ( acción típica, antijurídica y culpable. ); *la aproximación de la ciencia penal a la realidad social* en donde se pasa del sistema al problema en concreto estudiando minuciosamente las controversias de manera explícita, además del paso de la aplicación a la concreción de la ley en donde el proceso hermenéutico se centra en buscar la norma aplicable al caso particular; por último *la atención a la realidad metajurídica* en virtud del cual surgen nuevas propuestas alternativas en materia penal en contraposición al proyecto oficial de código penal de 1962, se acuden a otras ciencias. La sicología y la sociología entre otras, como auxiliares del derecho, otorgándole gran impulso a la criminología considerada ciencia alterna del derecho penal.

Actualmente dentro del funcionalismo Alemán, se destacan corrientes tales como La *Moderna*, cuyo defensor mas representativo es el gran doctrinante Claus Roxin quien plantea la necesidad de superar el dualismo existente entre la dogmática y la política criminal de una manera tal que se complementen entre sí hasta el punto en que la segunda se convierta en el límite interno de la primera. La Radical, en donde Günther Jakobs concibe la pena como prevención general integradora, consecuencia de la interrelación entre la sociología y la dogmática penal, en donde cada comportamiento en particular tiene un significado regido por su propio contexto, en donde los conceptos jurídicospenales se organizan de una manera coherente con la misión social que cumple el derecho penal.



## **2. Sistema Penal En Colombia En El Siglo XX**

### **2.1 GENERALIDADES**

Antes de abordar la problemática penal Colombiana en el siglo veinte, es menester hacer un breve recuento de su desarrollo legislativo en materia criminal a lo largo de la historia que nos precede.

Es de conocimiento general que el continente Americano fue descubierto por los Españoles en 1492, quienes con su omnipotencia característica poco a poco fueron consolidando sus ideales clasistas con el fin de llegar algún día a conformar un nuevo sistema de vida con todas sus implicaciones, como lo fue en principio el Nuevo Reino de Granada hacia 1563 aproximadamente. Una vez estructurada toda la maquinaria base del modelo político español, fueron surgiendo nuevas ideas encausadas a fortalecer exhaustivamente el sistema político social vigente hasta el momento, por lo cual apareció hacia 1740, un supuesto modelo de Estado aún más poderoso, denominado Virreinato de la Nueva Granada, donde el despotismo, el autoritarismo y la injusticia social fueron sus principales características predominantes.

En materia penal rigió una especie de legislación casuística conformada por instituciones tales como el Fuero Real, el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Leyes de Estilo, las Siete Partidas, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación además de las leyes dictadas por la corona para estos territorios y cuya agrupación fue denominada Recopilación de los Reinos de las Indias en donde la severidad y desproporcionalidad de las penas, la desigualdad en su aplicación, la concurrencia y por ende conflicto de competencias entre la iglesia y la justicia civil, fueron sus notas mas significativas.

Todo lo anterior, fue gestando un descontento generalizado entre la corona Española y los gobernantes designados por la misma, hasta el punto de originar en 1789 la denominada Revolución Burguesa con la cual se acabó de derrumbar el impetuoso imperio Español.

Hacia 1810, la situación político social era bastante compleja, consecuencia de la violencia política generada por la devastadora lucha partidista, reflejada a lo largo de los años siguientes en los distintos modelos políticos que rigieron en nuestro territorio, tales como los adoptados en 1831 con la República de la Nueva Granada, en 1858 con la Confederación Granadina, en 1861 con los Estados Unidos de Colombia y en 1886 con la hasta hoy República de Colombia.

Una vez proclamada la independencia de los Españoles, la normatividad penal vigente seguía siendo la hispánica, en donde lo imperante era la severidad de las penas, lo cual dio pie para que en 1819 el Congreso de Angostura facultara al Presidente de la República previo concepto del poder judicial para sustituir y hasta condonar las penas aflictivas como la capital entre otras tantas.

Años después y más exactamente en 1826, se proclamó una ley que establecía la validez de las sentencias pronunciadas por los tribunales de las provincias independientes que hacían parte de la Gran Colombia, exceptuando las decisiones penales dictadas por los jueces o tribunales Españoles contra todo aquél que había sido considerado criminal en razón de su opinión o servicios prestados a la causa independentista durante la época de la revolución política.

En 1821 el Congreso de Cúcuta dio plena validez a las Leyes de Indias en todo aquello que no contrariara la Constitución, las leyes y los decretos de la República.

En 1823 se elaboró el primer proyecto de Código Penal, el cual fracasó por las vicisitudes políticas del momento, además por contener en gran proporción los preceptos hispanos al respecto, motivo por el cual en 1825 bajo disposición legal se le dio aplicación a las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos, ordenanzas del

gobierno español sancionadas con anterioridad al 18 de marzo de 1808 y en última instancia a las ordenanzas reales, la Recopilación de Indias, la de la Nueva Recopilación y las siete partidas en aquellos temas en donde se carecía de regulación alguna.

El Congreso de la República en 1826 aprobó un proyecto de Código Penal que en últimas no entró en vigor como consecuencia de la objeción presentada por el ejecutivo.

En 1837 y bajo el sistema político de la República de la Nueva Granada, se adoptó la primera codificación penal en el ámbito sustantivo basada en el proyecto presentado por José Ignacio de Márquez y Vicente Azuero en 1833 e inspirado en el Código Penal Francés de 1810 y el Español de 1822, cuya trascendencia radicó en la derogatoria tácita de la legislación Española que regía en ese momento.

Una vez expedido el Código Penal de 1837, se fueron gestaron paulatinamente algunas reformas de carácter sustancial, sobresaliendo la realizada en 1849 sobre la abolición de la pena de muerte en los delitos políticos y la venganza pública en los comunes, entre otras tantas.

Durante todo este recorrido legislativo y como consecuencia de las luchas partidistas, fueron surgiendo nuevas tendencias políticas en donde la más importante es la abanderada por el modelo federalista para en ese entonces la República de la Nueva Granada, que pasó a llamarse Confederación Granadina y años más tarde Estados Unidos de Colombia, la cual estaba conformada por una serie de Estados soberanos y autónomos que llegaron incluso a tener su propia legislación penal, cuyas ideologías se plasmaron en un nuevo ordenamiento constitucional como lo fue el de 1863.

La Constitución de Rionegro trazó algunas pautas en materia penal entre las cuales se destacan la abolición definitiva de la pena de muerte además del límite máximo de pena corporal hasta de diez años. También se gestó la expedición de un nuevo

código penal de rasgo humanitario en muchas de sus disposiciones el cual se cristalizó a mediados de 1873 sometiendo a su cabal cumplimiento a los territorios con dependencia directa del gobierno federal, mas no a los Estados, puesto que allí seguía vigente la normatividad local.

El antropocentrismo del Código de 1873 no duró mucho, pues una vez terminada la hegemonía liberal llegó a la presidencia de la República, Rafael Núñez con su movimiento regenerador, quien propendió a fortalecer el Estado en todos sus frentes, lo cual generó la expedición de una nueva normatividad penal que se acomodara a los cometidos de la reciente Constitución de 1886, en donde claramente se vislumbra la deshumanización del derecho penal, toda vez que volvió a dar aplicación a la hasta el momento extinguida pena capital para los autores de ciertos tipos penales y es así como se expide la ley 19 de 1890, mejor conocida como Código Penal de 1890.

Cabe resaltar que a través del acto legislativo número 3 del 31 de Octubre de 1910, se suprimió de manera definitiva la pena capital, sustituyéndola por veinte años de presidio mientras que la ley dispusiera otra cosa para el efecto en sus Artículos 3 y B transitorio respectivamente.

## 2.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1.936

Después de la expedición de la Constitución Política de 1886 y sus 36 reformas hasta 1936, no hubo cambios sustanciales en materia penal, salvo la abolición de la pena capital en 1910 y los intentos frustrados de reforma en 1912 y 1922, con el proyecto presentado por el periodista, penalista y posterior Presidente de la República Dr. José Vicente Concha, cuya influencia radicó en el código penal italiano de 1890, además de los postulados de la ciencia penal clásica del siglo XIX.

El proyecto presentado en 1912 pretendió adecuar la legislación penal a las circunstancias político sociales de la época, las cuales mostraban un margen de delincuencia bastante alto y desentonaban con los avances científicos del momento en cuanto a la organización de medios de represión del delito y en especial de la adopción de un control social acorde a la coyuntura vivida, pero lastimosamente no fue tenido en cuenta por causas en su gran mayoría de carácter político.

Una década mas tarde y debido a que la situación social no mejoraba, se decidió adoptar el proyecto presentado por José Vicente Concha años atrás, mediante la ley 109 de 1922, de “aparente realidad” pues su vigencia fue pospuesta por el Gobierno Nacional a través de la ley 81 de 1923 expedida por el Congreso de la República a petición de la Corte Suprema de Justicia, manifestando que tal normatividad debía ser sometida a un nuevo estudio o revisión, debido a los cambios continuos de la ciencia penal, lo cual se reflejaba en los distintos proyectos de código penal presentados en algunos Estados Europeos, incluyendo el italiano, en el cual se había inspirado Concha.

Además de posponer la vigencia de la entrada en vigor del nuevo código penal, la ley 81 de 1923 creó una comisión de tres especialistas en estudios penales con el fin de estudiar las observaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia y las que a lo largo de las sesiones se fueran dando hasta llegar en últimas a presentar un proyecto definitivo por conducto del Gobierno Nacional, para los cuales se creó la comisión que de una u otra manera se desvió un poco hasta el punto de llegar a decidir que lo mas conveniente era la preparación de un nuevo proyecto de código penal, lo cual se cristalizó a lo largo de los debates hasta la presentación en 1925 del proyecto definitivo de la nueva normatividad, que entre otras menciones recibió los mayores elogios de eminentes jurisconsultos como Enrico Ferri.

A pesar de lo anterior y menospreciando los grandes esfuerzos de la comisión, tal proyecto no fue ni siquiera debatido por las cámaras legislativas, quedando así una vez mas, la sensación de frustración de la tan anhelada reforma penal.

Un año mas tarde, se contrató una misión de desconocidos Italianos, para la elaboración de una nueva propuesta de código penal, la cual no fue tomada en cuenta de manera acertada, pues se inspiraba, en el para entonces obsoleto y anticuado proyecto de 1912, además de tener innovaciones poco científicas como la supresión de las medidas de seguridad.

Los trabajos encaminados a alcanzar la tan sufrida reforma, estaban paralizados hasta la creación de la Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios; con la expedición de la ley 20 de 1933 comenzaron a trabajar en primera instancia en la elaboración de un proyecto de decreto orgánico del régimen carcelario y penitenciario adoptado a plenitud por el Gobierno Nacional en el Decreto Ley 1405 del 7 de julio de 1934. De ahí en adelante se centraron sus esfuerzos en la preparación de un nuevo proyecto de reforma de código penal vigente, inspirada en los mas destacados postulados de la ciencia penal moderna, la cual fue puesta a consideración del Gobierno el 22 de agosto de 1935 y adoptada por el Congreso extraordinario de 1936 a través de la ley 95 del 24 de abril de 1936 la cual autorizó a su vez en su Artículo 434 al Gobierno para “ ordenar su nomenclatura y subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse en algunas de sus disposiciones”<sup>6</sup>, por lo cual se expidió el Decreto 1607 del 8 de julio de 1936 con el fin de remitir el código adoptado, a la Academia Colombiana de la Lengua para que hiciera las respectivas correcciones de redacción, para luego remitirla nuevamente a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, con el fin de presentar al Gobierno Nacional, el texto definitivo debidamente corregido y coordinado, quien lo aprobó y lo adoptó mediante Decreto 2300, del 14 de septiembre de 1936.

Cabe anotar que por disposición del Decreto 2300 de 1936 subrogado por el Artículo 13 de la Ley 124 del 30 de Noviembre de 1937, el Código Penal entró en vigencia el 1° de julio de 1938.

---

<sup>6</sup> CÓDIGO PENAL de 1936, Artículo 434, Colección Codex Brevis, Página156, Bogotá

Durante su vigencia, tal normatividad fue objeto de distintos fenómenos entre los cuales se destaca la dictadura militar reinante entre 1953 y 1958 en donde a través de figuras de excepción como el estado de sitio se expedieron algunas disposiciones entre la cuales se destacan, el Decreto 434 del 1° de Marzo de 1956 expedido con base en el acto legislativo número 6 del mismo año ( prohibió las actividades de comunismo internacional ), el Decreto 0014 del 12 de enero de 1955 derogado por el Decreto 1699 del 16 de Julio 1964 ( se aplicó a aquellas personas cuyos antecedentes, actividades, hábitos o formas de vivir, las coloque en estado de peligrosidad social ) y el Decreto 250 de 11 de Julio de 1958 conocido como el Código Penal Militar. Los anteriores ordenamientos fueron declarados como legislación permanente en la Ley 141 de Diciembre 16 de 1961.

### 2.3 ESTRUCTURA NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL DE 1936

“ Algunos de los miembros de la comisión redactora de la presente normatividad fueron a beber en la fuente del positivismo penal Italiano, en ese tiempo en Roma.

Por entonces la máxima concreción de tal teoría era el proyecto de 1921. En 1919, Ludovico Mortara instituyó la Comisión Real de las leyes penales, de la cual hicieron parte, Ferri como presidente y otros autores importantes entre quienes estaban Garófalo, Lusting, Berenini, Florián, entre otros.”<sup>7</sup>

Dentro de la estructura normativa de este ordenamiento legal, se encuentra la actividad psicofísica como la base o fundamento de la imputabilidad penal; la peligrosidad social como medida de responsabilidad y la teoría de la defensa social sustentadora de las sanciones y la eficaz prevención de la delincuencia. El estudio del delincuente partía del supuesto de que se trataba de una personalidad antisocial. La infracción de la ley penal se dividió en delitos y contravenciones, quedando esta última bajo control policial salvo disposición en contrario

---

<sup>7</sup> AGUDELO BETANCUR Nodier, La estructura del delito en el nuevo código penal, Medellín, Ediciones nuevo Foro, 2001, Página 52

( Artículo 2 ). La escala penal se dividió en *penas principales* ( Artículo 41 ) en donde se ubicaron el presidio, prisión, arresto, confinamiento, multa y sanción pecuniaria, *penas accesorias* ( Artículo 42 ) tales como la prohibición de residir en determinado lugar, la publicación especial de la sentencia, la interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, caución de buena conducta, relegación a colonias agrícolas penales, pérdida o suspensión de la patria potestad; expulsión del territorio nacional para los extranjeros. Todos mayores de diez y ocho años. *Medidas de seguridad* para quienes al tiempo de cometer el hecho, se hallare en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia; padeciera de grave anomalía psíquica ( Artículo 29 ) entre las cuales se encontraban 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 ( Artículo 61 ).

Cabe señalar que para el cumplimiento de las penas privativas de la libertad, era indispensable el aislamiento celular de noche y el trabajo industrial o agrícola durante el día ( Artículo 43 ).

Las penas anteriores se imponían con base en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente ( Artículo 36 ).

Los establecimientos en donde se cumplirían las medidas de seguridad, debían clasificar y separar los detenidos según la afinidad en sus condiciones psíquicas y físicas, para lo cual se tenía en cuenta el hecho cometido, la vida anterior del condenado y sus capacidades para el trabajo ( Artículo 77 ).

“ Innovaciones de gran alcance son también el establecimiento de la caja de multas, la reglamentación de la condena y libertad condicionales, el perdón judicial y la



indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito como parte de la función pública del Estado.”<sup>8</sup>

Cabe anotar que en la *condena condicional* se concedía a quienes se les imponía pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no excediera de dos, siempre y cuando no tuvieran antecedente penal alguno, buena conducta anterior a la comisión del punible y quien bajo convicción del juez y teniendo en cuenta la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso no fuera de aquellas personas peligrosas para la sociedad (Artículo 80). *La libertad condicional* se le concedía al condenado a penas de prisión o arresto no menores de dos años, que haya cumplido las dos terceras partes de la condena, o la pena de presidio que haya cumplido las tres cuartas partes, que demostrara con su comportamiento y bajo el buen criterio del juez, que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que por tanto no volverá a delinquir ( Artículo 85 ). En cuanto al *perdón judicial*, solo procedía para los punibles que la ley expresamente autorizara, además del cumplimiento de los requisitos exigidos para la condena condicional ( Artículo 91 ).

En cuanto a la extinción de la acción penal y de la condena, se estableció su viabilidad en los casos de muerte, prescripción y desistimiento en ciertas circunstancias. Para la prescripción, en la acción penal se tenía en cuenta la clase de sanción, además del término de pena fijado en la sentencia con ciertos topes ( Artículo 105 ); para la sanción se consideraba si ésta era o no privativa de la libertad además del término fijado en el fallo ( Artículo 108 ).

En lo que respecta a la parte especial, es importante resaltar que ésta se dividió en 16 títulos a saber: Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado, Delitos contra la administración pública, Delitos contra la administración de justicia, De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito, Delitos contra la fe pública, Delitos contra la moral pública, Delitos contra la salud y la integridad

---

<sup>8</sup> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, Agosto 22 de 1935, Código Penal , Ley 95 de 1936, Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Imprenta Nacional, 1937, Página 12

colectivas, Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio, Delitos contra el sufragio, Delitos contra la libertad individual y otras garantías, Delitos contra la libertad y el honor sexuales, Delitos contra la integridad moral, Delitos contra la familia, Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad.

Para la situación coyuntural de la época y bajo el pensamiento de la comisión redactora, no era de gran relevancia los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, pues era mínima la posibilidad por ejemplo de que se diera la traición a la patria, o la piratería, lo cual no es óbice para restarles importancia alguna.

En los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, no se miran a los imputados como delincuentes vulgares y ordinarios, sino como ciudadanos que proceden inspirados a veces en lo más nobles y levantados propósitos e ideales.<sup>9</sup>

En el título referente a los delitos contra la vida y la integridad personal merece anotación especial la inclusión de entidades jurídicas tales como el homicidio por piedad ( Artículo 364 ), el preterintencional ( Artículo 365 ) y el que tiene lugar cuando existen concausas ( Artículo 366 ). También dentro de este título cabe resaltar la sanción que se le impone a la persona que hallándose atacada de una enfermedad venérea tenga acceso carnal con otra ( Artículo 381 ), la suspensión del procedimiento a petición del ofendido en el delito de lesiones personales cuya incapacidad no supere los quince días ( Artículo 378 ).

En cuanto a los delitos contra la propiedad, se consideró como criterio para fijar la pena en el delito de hurto además de la cuantía, circunstancias de tipo subjetivo o personal del agente ( Artículo 398 ), se estableció hasta el momento insancionable delito de robo ( Artículo 402 ), se incluyó dentro de las modalidades de estafa la que “ con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las

---

<sup>9</sup>Ibid., Página 14

necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen...”<sup>10</sup> ( Artículo 411 ) y por último se previó la disminución de la pena para quien restituya el objeto materia de la infracción o indemnice a la persona perjudicada en los perjuicios causados antes del fallo de primera instancia o veredicto del jurado según el caso ( Artículo 429 ).

#### 2.4 FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SISTEMA POSITIVISTA COLOMBIANO

Es claro que dentro del esquema planteado por el Código Penal de 1936, sobresale el pensamiento positivista del **delito** al considerarlo semejante a un fenómeno natural y social, valorándolo como expresión antisocial de cierta personalidad delictuosa, además de la concepción de la **pena**, como un medio de defensa social cuya aplicación debe hacerse valorando la peligrosidad del delincuente, además de la gravedad del delito. En cuanto la **responsabilidad penal** cabe anotar que su fundamento radica en la *responsabilidad social y legal*, según la cual el hombre responde por el solo hecho de vivir en sociedad sin distinciones de ninguna índole propias del pensamiento clásico, por lo cual no se sanciona al hombre porque sea libre sino porque la sociedad debe protegerse de él, lo cual hace a su vez que la sanción penal se da por el solo hecho de la comisión del punible independientemente de que quien lo cometa sea imputable o actúe en estado de inimputabilidad.

Lo anterior fue ratificado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 31 de Julio de 1946 la cual manifestó que “ Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C.P. derogado desapareció por

---

<sup>10</sup> CÓDIGO PENAL de 1936, Artículo 411, Op. Cit., Página 147

completo en la nueva ley. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condena a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la personalidad del sujeto criminal”.<sup>11</sup>

Ahora bien, la consagración de la responsabilidad legal no implicó la aceptación de todo lo que ello conllevaba, como lo refleja el Artículo 36 al establecer que la sanción se aplicará dentro de los límites señalados por la ley y con base en” la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”,<sup>12</sup> lo cual significaba de manera implícita pero inequívoca un garantismo pleno para el agente del punible muy característico del Pensamiento Clásico.

Además de lo anterior, se tomaron las causales de justificación ( Artículo 25 ) y de inculpabilidad ( Artículo 23 ) como excepciones al principio de la responsabilidad legal o social como se deduce del Artículo 11 quien establece que “ todo el que cometa una infracción prevista por la ley penal será responsable, *salvo los casos expresamente exceptuados en este código*”<sup>13</sup>, – cursiva fuera del texto – significa que en tales eventos el hecho no trasuntaba la personalidad del agente, no trasuntaba peligrosidad, lo cual refleja plenamente el pensamiento del jurista más representativo de la escuela positivista como lo fue Enrico Ferri quien afirmaba que el delito es una manifestación de la personalidad del agente.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Gaceta Judicial, Tomo LXI, Página 160

<sup>12</sup> CÓDIGO PENAL de 1936, Artículo 36, Op. Cit., Página 22,

<sup>13</sup> Ibid., Artículo 11, Página 15,

<sup>14</sup> AGUDELO BETANCUR Nodier, op.cit., Página 59

## 2.5 PRINCIPALES INSTITUCIONES LEGISLATIVAS PRODUCIDAS EN EL ÁMBITO POSITIVISTA

Además de lo expuesto en el acápite anterior, esta preceptiva estableció postulados propios de la escuela positivista entre ellas “la *sanción como tratamiento*” ya que el carácter de las penas y de las medidas de seguridad no son de índole represivo sino preventivo en aras de la defensa social; *la indeterminación de las medidas de seguridad* que implica la no estimación cuantitativa de su duración la cual depende de causas exógenas a la normatividad penal; la consagración del *delito imposible*, en donde se castigaba la exteriorización de la intención perversa del actor en la comisión de un punible ( Artículo 18 ); *la reglamentación de los subrogados penales* de condena condicional ( Artículo 80 ), Libertad Condicional ( Artículo 85 ) y el Perdón Judicial ( Artículo 91 ); *la consagración de la reincidencia* en el Artículo 34 en donde el que cometiere un nuevo delito dentro de los diez años siguientes de ejecutoriada la condena, recibiría una sanción equivalente a la impuesta por el delito cometido aumentado en una tercera parte cuando la reincidencia es por primera vez y en una mitad, cuando se da por segunda vez; *la connotación de jurisdiccional de las penas y las medidas de seguridad mas no su equiparación cualitativa*, reflejado en la división de las sanciones que se hacen en el título segundo del libro primero separando las penas en el capítulo primero, las medidas de seguridad en el capítulo segundo y unas disposiciones comunes en el capítulo tercero del referido título. Lo anterior demuestra el carácter jurisdiccional de las medidas de seguridad, pero no su equivalencia con las penas lo cual difiere del pensamiento positivista quien no hacía diferenciación alguna entre ambas sanciones.

## 2.6 CÓDIGO PENAL DE 1980

La difícil situación socio económica que vivía nuestro país en la década de los cincuentas y sesentas desencadenó en una preocupación generalizada por crear medios conducentes en la lucha contra la criminalidad que año tras año aumentaba descomunadamente; es así como se expiden algunas normas tales como la Ley 27 de

1963 la cual otorgaba facultades extraordinarias al Presidente de la República, facilitándole tomar las medidas necesarias para tal efecto, permitiéndole de manera inmediata la expedición de algunos decretos, entre ellos el 2525 de 1963 tendiente a doblar las penas para los concursos de delitos y reestructuración de los delitos de asociación para delinquir y prevaricato. El decreto 528 de 1964 tendiente a modificar las reglas sobre competencia y algunas instituciones Procesales; el 1358 de 1964 con algunas disposiciones del procedimiento penal; el 1698 de 1964 sobre la organización de la carrera y vigilancia judicial, el 1699 del mismo año, correspondiente a conductas antisociales; el 1726 de ese mismo año sobre policía judicial, entre otros tantos que quedaron sin piso por fallo de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia.

Por todo lo anterior, además de la gran crisis social, en 1972 en el Gobierno Conservador de Misael Pastrana Borrero, se crea la Comisión de Reforma del Código Penal con la expedición del Decreto 416 del 22 de Marzo del mismo año, la cual terminó con su cometido en 1974 presentando un anteproyecto de Código Penal calificado de armónico y congruente basado en gran parte en el Código Penal Tipo para Latinoamérica. En ese mismo año, el Gobierno Nacional solicitó al Congreso de la República facultades extraordinarias para poner en vigencia el trabajo de la comisión, lo cual no se dio de manera inmediata, pues se le solicitó al Gobierno la designación de una nueva comisión que revisara el anteproyecto en cuestión, por lo cual se expidieron los Decretos 2447 y 2597 de ese mismo año además del 111 de 1976 creando la tan solicitada comisión quien culminaría su labor en 1978 luego de arduos trabajos. Un año más tarde se expidió la Ley Quinta de 1979 con la cual le concedieron al Presidente de la República, facultades extraordinarias por el término de un año con el fin de poner en vigencia tal normatividad previa conformación de una comisión asesora integrada por dos senadores, tres representantes y sendos miembros de las comisiones redactoras designados por el Gobierno Nacional para la revisión cuidadosa de los anteproyectos anteriores comparándolos con el Código vigente para ese entonces, terminando en Diciembre del mismo año. Finalmente, se adoptó el proyecto final a

través del Decreto Ley 100 del 23 de enero de 1980, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1981.

Dentro de la evolución normativa, el presente ordenamiento fue objeto de algunas modificaciones y adiciones en su aspecto sustancial entre las cuales se destacan la Ley 30 de 1986 ( Estatuto De Estupefacientes ), la Ley 80 de 1993 ( Estatuto General De Contratación de la Administración Pública ), el Decreto Ley 663 de 1993 ( Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ), Ley 40 de 1993 ( Estatuto Antisecuestro ), Ley 190 de 1995 ( Estatuto Anticorrupción ) y la Ley 333 de 1996 ( Extinción del dominio sobre bienes adquiridos en forma ilícita ).

2.6.1 Trabajos preparatorios de la comisión redactora de 1972. Partiendo del supuesto de que la parte general del Código Penal es la que traza las directrices de una política criminal de Estado con base en ciertas orientaciones filosóficas y científicas, es menester ahondar un poco en las discusiones suscitadas a lo largo del proceso jurídico que antecedió la promulgación del ordenamiento Penal de 1980 en lo que a tal parte respecta.

El Decreto 416 de 1972 ordenó el establecimiento de una comisión redactora del proyecto de Código Penal motivo por el cual se escogieron los mas célebres estudiosos de la ciencia penal del momento como lo eran Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, Federico Estrada Vélez, Hernando Baquero Borda, Bernardo Gaitán Mahecha, Hernando Londoño Jiménez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Rafael Poveda Alfonso, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, Darío Velásquez Gaviria, a quienes les correspondió la dura labor de presentar un proyecto de reforma del Código Penal vigente, para lo cual trabajaron a lo largo de dos años finalizados los cuales originaron la creación de una nueva comisión revisora de tan estupenda tarea.

En la primeras sesiones se dedicaron al aspecto meramente formal de la organización y planeación del plan de trabajo como consta en las actas del 5 mayo de 1972 ( Acta 1 ) y 19 de Mayo del mismo año ( Acta 2 ).

Después de discutirse la parte relativa a la aplicación de la ley penal se dilucidó lo concerniente al título de los principios rectores cuya ponencia correspondió al Dr. Luis Enrique Romero Soto ( Acta No. 10 ) el cual me permito transcribir de manera textual para una mayor ilustración del tema en estudio:

#### “Título Preliminar

#### Principios Fundamentales”

“Artículo 1° Nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley, ni sometido a penas que no hayan sido establecidas por la ley anterior al hecho cometido.

Artículo 2° Nadie puede ser condenado penalmente por disposiciones que no tengan el carácter expreso de leyes penales previas.

Artículo 3° Las leyes penales deben describir los hechos punibles de manera inequívoca, sin dejar duda sobre su carácter de tales ni sobre los elementos precisos de la conducta punible.

Artículo 4° En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer penas por aplicación analógica de la ley penal.

Artículo 5° No hay delito sin culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Artículo 6° La pena tiene naturaleza protectora, preventiva, retributiva y educadora. Sus fines son la protección de los bienes tanto sociales como de los particulares, la



prevención de los delitos, la sanción al culpable y su reeducación para incorporarlo en la sociedad.

La base de la pena es, esencialmente, la culpabilidad.”<sup>15</sup>

En sesión del 14 de Julio de 1972 se comenzó a discutir la ponencia anterior en donde lo mas sobresaliente fue la aclaración de la no adhesión a escuela penal alguna sin prescindir de una filosofía dada por la realidad misma de la coyuntura colombiana. Respecto al sustento axiológico de los preceptos anteriores cabe resaltar que la tendencia de tal ponencia en cuanto al principio de legalidad fue la de ratificar su consagración legal por constituirse en una de las columnas básicas de un Estado democrático. En relación con el Artículo Segundo se manifestó que era menester establecer el carácter de penales de las leyes cuyo contenido sustancial fuera la imposición de sanciones punibles puesto que algunas disposiciones con carácter coercitivo pueden parecerse a las sanciones penales de manera formal pero sustancialmente son completamente diferentes; respecto al Artículo Tercero, se dijo que teniendo en cuenta que los ciudadanos pueden hacer todo aquello que no está prohibido, sobre lo cual no se ha establecido sanción alguna, era necesario dejar constancia legislativa expresa de aquellas conductas cuya realización constituían un hecho punible; en lo referente a la aplicación analógica de la ley penal se determinó su prohibición absoluta, pues se catalogó como enemiga pública de la democracia si se tiene en cuenta que su permisión abre paso a la aplicabilidad de la ley penal a hechos que típicamente no se constituyen como punibles. En cuanto a la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal se quiso evitar el establecimiento de los delitos calificados como de resultado en donde éste no ha dependido directa ni indirectamente de la culpabilidad, lo cual no quiere decir que se haya adoptado el esquema propuesto por la escuela clásica. Por último en lo concerniente a la finalidad y naturaleza de la pena, se presentó un esquema ecléctico basado en la retribución de los clásicos y en la prevención y educación de los positivistas.

---

<sup>15</sup> ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Parte General, Volumen I, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1981

Respecto de la ponencia y la explicación de la misma surgieron ciertas críticas constructivas dentro de las cuales se destacan las del Dr. Gaitán Mahecha quien resaltó la no inclusión del principio de antijuricidad a pesar del establecimiento del principio de reserva lo cual abre la posibilidad para que el Estado a través del Congreso de la República, dicte leyes que luego se conviertan en mecanismos de represión para satisfacer el principio de reserva, tipicidad y retroactividad, y propuso la revisión de la ponencia además de la elaboración de una nueva a su cargo;<sup>16</sup> las del Dr. Reyes Echandía quien sugirió la inclusión de la culpabilidad no solo para los delitos sino también para las contravenciones si se tiene en cuenta que no hay diferencia ontológica alguna entre ambas figuras. Además de lo anterior, manifestó su preocupación en cuanto el precepto relativo a la naturaleza y finalidad de las penas, pues adujo la inconveniencia de incorporar una tesis sincrética al respecto, lo cual puede o no reflejar las necesidades Nacionales al respecto.<sup>17</sup>

Por último, el Dr. Julio Salgado presentó una posición antagónica a todo lo expuesto anteriormente y propuso la no consagración de tales principios dentro del proyecto en cuestión, lo cual fue denegado por el resto de la comisión.

Después de las discusiones anteriores se aprobó la conformación de una subcomisión integrada por los Doctores Gaitán y Reyes, con el fin de que conjuntamente rehicieran la ponencia anterior.

En Sesión del 15 de Julio de 1972, se presentó el proyecto sobre principios rectores de la ley penal Colombiana a cargo del Dr. Gaitán Mahecha la cual en su tenor literal establecía lo siguiente:

“ Proyecto sobre Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana”

## LIBRO PRIMERO

---

<sup>16</sup> Ibid, p 107

<sup>17</sup> Ibid, p 108

## TITULO PRIMERO

### Principios rectores de la ley penal colombiana

#### Capítulo Único

Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley, ni sometido a sanciones que no hayan sido establecidas por la ley anterior al hecho cometido.

Artículo 2. Principio de Irretroactividad. Toda ley que declara punible un hecho, no es aplicable al que se haya cometido con anterioridad a su vigencia.

Artículo 3. Principio de tipicidad. Las leyes penales deben describir los hechos punibles de manera inequívoca, sin dejar duda sobre su carácter de tales ni sobre los elementos precisos de la conducta punible.

Toda sanción debe señalarse de manera concreta y con referencia al hecho punible al cual debe aplicarse.

Artículo 4. Principio de antijuricidad. No son punibles de ninguna manera las conductas, ni los hechos que se realicen en ejercicio de derechos o facultades legítimas.

Artículo 5. Principio de Culpabilidad. No hay punibilidad sin culpabilidad. Ninguna sanción podrá ser aplicada sin la previa declaratoria de culpabilidad exigida por la ley.

Artículo 6. Principio de identidad. En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer sanciones por aplicación analógica de la ley penal.

Artículo 7. Principio de favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al hecho que se imputa, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Pero no se podrá recurrir a leyes vigentes en diversas épocas para lograr con su aplicación conjunta una regla más favorable.

Este principio también se aplicará a los que están cumpliendo condena.

Artículo 8. Principio de igualdad. Toda conducta punible descrita en la ley se sancionará de conformidad con ésta, cualquiera que sea su autor.

Artículo 9. Principio de Obligatoriedad. La ley penal colombiana se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales.

Artículo 10. Principio de proporcionalidad. Toda sanción debe ser correlativa a la naturaleza subjetiva y objetiva de la conducta punible, en función de su finalidad protectora, preventiva, retributiva y educadora.

La base de la sanción es, esencialmente, la culpabilidad cuando se trata de la pena.

Artículo 11. Principio de conocimiento. La ignorancia de la ley no excusa la punibilidad, sino cuando se den las circunstancias expresamente indicadas en la ley.<sup>18</sup>

El anterior proyecto comienza a discutirse en la comisión, en sesión del 28 de Julio de 1972 en donde uno de los puntos mas importantes fue la controversia en cuanto a la inclusión de tales principios en la normatividad penal si se tiene en cuenta que casi todos ellos están establecidos como normas constitucionales lo cual haría inocuo la reiteración legal de los mismos. Ahora, la tendencia mayoritaria hizo

---

<sup>18</sup> Ibid, p 115 y 116

respetar su pensamiento, por lo cual se le dio discusión a cada uno de los principios rectores con el fin de aprobarlos con la mayor claridad posible.

Sobre el artículo primero se puede decir que hubo acuerdo en la comisión respecto de su redacción, con la salvedad de la adición de la frase “ forma precisa” motivo por el cual quedó de la siguiente manera:

Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley, ni sometido a sanciones que no hayan sido establecidas en *forma precisa* por la ley anterior al hecho cometido.

En cuanto al artículo segundo, se acota que las modificaciones fueron meramente formales mas no sustanciales como se puede apreciar en su redacción definitiva a saber:

Artículo 2. Principio de irretroactividad. La ley que declara punible un hecho, solo es aplicable al que se haya cometido con posterioridad a su vigencia.

El artículo tercero solo sufre la modificación de la supresión del inciso segundo y en la redacción del primer inciso quedando así:

Artículo 3. Principio de tipicidad. Las leyes penales deben describir los hechos punibles de manera inequívoca, sin dejar duda sobre su carácter de tales ni sobre los elementos precisos de la conducta punible.

El artículo relacionado con la antijuricidad fue objeto de una adición en cuanto a la no punibilidad de conductas originadas en el cumplimiento de deberes, por lo cual quedó así:

Artículo 4. Principio de antijuricidad. No es punible la conducta que se realice en ejercicio de derecho o facultad legítima o en cumplimiento de deber.

El artículo quinto se modificó de manera tal que el principio de culpabilidad quedara a salvo respecto de las contravenciones, pues se suprimió la expresión “no hay punibilidad” por la frase “no es punible la conducta” y se le adiciona la supresión de la objetividad penal, quedando el precepto de la siguiente manera:

Artículo 5. Principio de Culpabilidad. No es punible la conducta que se realice sin culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

El principio de identidad sustancialmente hablando es dejado intacto con respecto a su redacción original, salvo lo concerniente al epígrafe el cual es modificado por “principio de exclusión de analogía” quedando así:

Artículo 6. Principio de Exclusión de Analogía. En ningún caso se podrá configurar hecho punible o imponer sanción por aplicación analógica de la ley penal.

El principio de favorabilidad fue aprobado con base en la ponencia original presentada por el Dr. Romero Soto, modificándosele lo concerniente al epígrafe y algunos aspectos en su redacción sin alterar su parte sustancial quedando de la siguiente manera:

Artículo 7. Favorabilidad de la Ley Penal. La ley penal permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al hecho que se imputa, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Pero no se podrá recurrir a leyes vigentes en diversas épocas para lograr con su aplicación conjunta una regla más favorable.

El principio de igualdad fue objeto de una sustancial modificación pues se adujo que la redacción tanto de la ponencia como del proyecto del Dr. Gaitán generaban confusión pues hacían referencia a la no discriminación en la aplicabilidad de la ley penal, lo cual excluía totalmente el principio legal de la individualidad de la pena en donde se miran ciertas circunstancias personales de los condenados, lo cual se motivó la redacción de la siguiente manera:

Artículo 8. Principio de igualdad. La sanción penal se aplicará sin tener en cuenta consideraciones personales diferentes a las establecidas en la ley.

El principio de obligatoriedad se había aprobado con anterioridad a la presentación del proyecto del Dr. Gaitán Mahecha, en las sesiones referentes a la ponencia del Dr. Baquero Borda, sobre la aplicación de la ley penal a las personas, el cual quedó de la siguiente manera:

Artículo 9. Obligatoriedad de la Ley Penal. La ley penal colombiana se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, salvo las excepciones reconocidas en la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se puede acotar que sus elementos fueron divididos en artículos distintos a saber: la función de la sanción penal y el principio de proporcionalidad propiamente dicho, redactándose de manera más sencilla, aduciéndose que en el capítulo de las sanciones se desarrollaría con mas detenimiento y precisión los aspectos sustanciales de tales preceptos los cuales quedaron redactados de la siguiente manera:

Artículo 10. Función de la Sanción Penal. Toda sanción, en su cantidad y calidad La sanción penal tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora.

Artículo 11. Principio de proporcionalidad. Toda sanción en su cantidad y en su calidad, debe establecerse de conformidad con la naturaleza objetiva y subjetiva del hecho punible.

Por último, en relación con el principio del conocimiento de la ley penal, puede decirse que las modificaciones fueron mínimas, pues se limitaron a la redacción normativa y a la supresión de la expresión “punibilidad” en cuanto a que su inclusión reduciría el alcance de la norma al desconocimiento de la ilicitud como ficción jurídica.

Artículo 12. Principio de conocimiento. La ignorancia de la ley no excusa, sino cuando se den las circunstancias expresamente indicadas en ella.

Después de arduas discusiones sobre la parte especial del proyecto del nuevo código penal, la comisión llevó a cabo una serie de reformas al articulado previamente aprobado por ella incluyendo la parte general del mismo, según sesión del 10 de Agosto de 1973, en donde se resaltan las siguientes:

En cuanto al principio ***favorabilidad***, se modificó su ubicación dentro del articulado colocándose a continuación del principio de la irretroactividad de la ley penal y se sustituyó la segunda parte del inciso primero, con el fin de darle mas claridad; se adicionó el inciso segundo con el fin de aclarar que el principio en mención se debe aplicar no solamente a las personas que cumplen penas, involucra también a aquellas que estén cumpliendo medidas asegurativas de internación de supuesta privación efectiva de la libertad, quedando redactada así:

Artículo 3. Favorabilidad de la Ley Penal. La ley penal permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al hecho que se imputa, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. *Pero no se podrá tomar de leyes vigentes en*



*diversas épocas lo más favorable para aplicarlo simultáneamente al mismo caso.*

*Este principio también se aplicará a los que están cumpliendo pena o medida asegurativa de internación. – lo resaltado fue lo modificado y complementado –*

El principio de **Tipicidad** se modificó en su redacción con el fin de indicar que la conducta objetivamente descrita en el código, debe contener los elementos mínimos que integran un tipo penal, por lo cual se redactó así:

Artículo 4. Principio de tipicidad. La ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca, *sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integran.* - lo resaltado fue lo modificado –

El principio de la **Antijuricidad** también fue objeto de modificación en su redacción pasándola del aspecto negativo al aspecto positivo y dejando de presente que el concepto de antijuricidad no solamente es formal, sino además sustancial quedando por ende de la siguiente manera:

Artículo 5. Principio de antijuricidad. *Para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado en la norma penal.* - lo resaltado fue lo modificado –

El principio de **culpabilidad** fue modificado con el fin de otorgarle una redacción de carácter positivo en contraposición con su redacción original quedando de la siguiente manera:

Artículo 6. Principio de Culpabilidad. *Para que una conducta sea punible, debe realizarse con culpabilidad.* Queda proscrita

toda forma de responsabilidad objetiva. - lo resaltado fue lo modificado -

El principio de **exclusión de analogía** fue objeto de modificación debido al contenido de su redacción aprobada con la sensación de encontrarse dirigida al legislador, mas no al operador jurídico o funcionario judicial que es en últimas, quien debe aplicar la ley penal adecuadamente, por lo cual se redactó la nueva norma de la siguiente manera:

Artículo 7. Principio de Exclusión de Analogía. En ningún caso se podrá imponer sanción por aplicación analógica de la ley penal.

En cuanto al principio de **igualdad**, se suprime del texto aprobado la expresión “personales” que aparece como predicado de “consideraciones” con el fin de evitar que situaciones tales como la religión, el sexo, la política entre otros, se tomen en cuenta por el operador jurídico en cuanto a la aplicabilidad de las sanciones. Lo anterior motivó su modificación. Contenida en la siguiente redacción:

Artículo 8. Principio de igualdad. La sanción penal se aplicará a *las personas* sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley. - lo resaltado fue lo modificado –

Por las mismas razones modificadoras del artículo sobre el principio de la exclusión de analogía se cambió la redacción del precepto relativo al principio de **proporcionalidad**; lo cual orientó la redacción de la siguiente manera:

Artículo 9. Principio de proporcionalidad. Toda sanción en su cantidad y en su calidad, debe *aplicarse* de conformidad con la naturaleza objetiva y subjetiva del hecho punible. - lo resaltado fue lo modificado –

Los artículos anteriores con sus respectivas modificaciones además de los no modificados se establecieron dentro de la parte general, título primero, capítulo único, como los principios rectores de la ley penal colombiana.

En 1974, el Gobierno Nacional, requirió del Congreso de la República, facultades extraordinarias para poner en vigencia el trabajo anterior, lo cual no se dio de manera inmediata, pues se le solicitó al ejecutivo la designación de una nueva comisión que revisara el anteproyecto en cuestión, procediendo a la expedición de los Decretos 2447 y 2597 de ese mismo año, además del decreto 111 de 1976 creando la tan solicitada colegiatura, culminando su labor en 1978, luego de arduos trabajos que a continuación serán objeto de estudio.

2.6.2 Trabajos Preparatorios de la comisión redactora de 1978. Es bien sabido por los estudiosos del derecho penal, que la comisión revisora del anteproyecto presentado en 1974 no pudo, por dificultades materiales invencibles, elaborar las actas de constancias, correspondientes a la revisión de la obra, que finalmente fue entregada en su articulado en publicación oficial hecha por el Ministerio de Justicia de la siguiente manera, en cuanto a la parte de interés para tratar en el presente trabajo:

## LIBRO PRIMERO

### PARTE GENERAL

#### TITULO PRELIMINAR

##### DE LAS NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL COLOMBIANA

Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie podrá ser condenado ni sometido a medida de asistencia y protección por un hecho que no esté expresamente previsto

como infracción por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, *ni sujeto a penas o medidas de asistencia y protección que no se encuentren establecidas en ella.* - lo resaltado fue lo adicionado –

La novedad en la redacción de este artículo fue la extensión del principio de legalidad a las medidas de asistencia y protección siguiendo el modelo adoptado por Rocco en su proyecto de Código Penal Italiano ( Artículo 200 ).

Artículo 2. Conducta punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.

Este precepto no se encontraba tácitamente consagrado dentro del articulado del anteproyecto de 1974. Su inclusión pretende definir de manera expresa el delito, para evitar aplicaciones erróneas de la ley penal.

Artículo 3. Principio de favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

En el articulado del anteproyecto de 1974 se hacía referencia a la prohibición de conformar un conglomerado de aspectos favorables de diferentes leyes de distintas épocas para aplicarlos de manera simultánea al mismo caso

Artículo 4. Exclusión de analogía. No podrán crearse delitos, ni imponerse penas o agravantes, mediante aplicación analógica de la ley penal. Esta prohibición rige para las medidas de asistencia y protección.

En el artículo séptimo del anteproyecto anterior solo se hacía referencia a la exclusión de analogía en cuanto a la imposición de la sanción cuando se aplicara analógicamente la ley penal, lo cual fue superado en el presente artículo el cual extiende la prohibición a la creación de delitos y la imposición de agravantes además de las respectivas penas.

Artículo 5. Principio de igualdad. La ley penal se aplicará sin tener en cuenta consideraciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de otra índole, origen nacional, estirpe, posición económica, nacimiento o cualquier condición social.

Este artículo definió las consideraciones personales de manera expresa e inequívoca a diferencia del presentado en el anteproyecto anterior el cual estaba redactado de manera genérica, haciendo alusión únicamente a la sanción penal.

Artículo 6. Cosa juzgada. La persona condenada o absuelta, mediante sentencia de juez colombiano, no será sometida a pena o medida asistencia y protección por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta.

Este artículo es novedoso con respecto al anteproyecto de 1974 el cual no lo incluía de manera expresa, por razones meramente de conveniencia o de influencia doctrinaria. En mi parecer, es apropiado la claridad de las normas penales en tanto y en cuanto dilucidan una mejor apreciación de interpretación para el operador jurídico.

Artículo 7. Principio de conocimiento. La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella.

En ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación.

Este artículo tiene como aparente innovación la inclusión del inciso segundo, el cual en mi concepto no hace mas que reiterar la esencia del principio de reserva en su acepción de la legalidad.

Artículo 8. Juez natural. Nadie podrá ser sancionado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible.

Este principio es otra de las acepciones fundamentales de la legalidad, por tanto su inclusión pretende establecer de manera expresa e inequívoca los alcances inmediatos de tan importante principio.

Artículo 9. Fines de la pena y de la medida de asistencia y protección. La pena tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora. La medida de asistencia y protección persigue fines de curación, tutela y rehabilitación.

La diferencia de este precepto respecto al redactado en el anteproyecto de 1974 radica en la inclusión de los fines de las medidas de asistencia y protección los cuales coinciden con los establecidos en el Código Penal de 1936.

Artículo 10. Jurisdicción penal militar. Salvo en casos de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al Ejército Nacional.

Con la inclusión de este artículo se quiso arraigar la diferencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal especial como lo es la militar, lo cual es muy importante si se tiene en cuenta que las fuerzas militares tienen un régimen sui generis en casi todos sus aspectos hasta el punto de poseer una normatividad propia reguladora de la carrera militar.

Artículo 11. Ámbito de aplicación de las normas penales. Las normas contempladas en libro primero de éste código se aplicarán a todas las leyes penales y disciplinarias, así sean excepcionales o temporales.

Esta disposición también es nueva respecto al anteproyecto de 1974 y tiende básicamente a otorgarle claridad en la aplicación e interpretación de las leyes penales.

Una vez finalizada la tarea anterior en el año 1978, se expidió la Ley Quinta de 1979, concediéndole al Presidente de la República, facultades extraordinarias por el

término de un año con el fin de poner en vigencia tal normatividad previa conformación de una comisión asesora integrada por dos senadores, tres representantes y sendos miembros de las comisiones redactoras designados por el Gobierno Nacional para la revisión cuidadosa de los anteproyectos anteriores, comparándolos con el Código vigente para ese entonces, lo cual se hizo realidad el 22 de Febrero de 1979 con la sesión de instalación de tal comisión revisora integrada por los Doctores Luis Carlos Giraldo Marín, Federico Estrada Vélez, Jorge Gutiérrez Anzola, Ciro López Mendoza, Jorge Elías Nader, Jairo Ortega Ramírez, Arturo Rosas Benavides y Andrés Wilches Balseiro, quienes se dedicaron juiciosamente a cumplir con su cometido.

En sesión del 23 de Febrero de 1979 se comenzó a discutir el título referente a las normas rectoras de la ley penal Colombiana proclamando como textos definitivos de la parte general los enunciados a continuación:

## LIBRO PRIMERO

### Parte General

## CAPITULO PRIMERO

### De las normas rectoras de la Ley Penal Colombiana

Artículo 1. Principio de legalidad. Nadie podrá ser *sancionado* por un hecho que no esté expresamente previsto por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o *medidas de seguridad* que no se encuentren establecidas en ella.  
- lo resaltado fue lo modificado –

Artículo 2. *Hecho punible*. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable. - lo resaltado fue lo modificado –

Artículo 3. Principio de tipicidad. La ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca. – Se adicionó este artículo -

Artículo 4. Principio de antijuricidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. – Se adicionó este artículo –

Artículo 5. Principio de culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. – Se adicionó este artículo -

Artículo 6. Principio de favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que no estén condenados.

Artículo 7. Exclusión de analogía. En ningún caso se podrá imponer sanción, ni agravarla por aplicación analógica de la ley penal.

Artículo 8. Principio de igualdad *ante la ley*. La ley penal se aplicará a *las personas* sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. - lo resaltado fue lo adicionado –

Artículo 9. Cosa juzgada. *El procesado*, condenado o absuelto, mediante sentencia *ejecutoriada*, proferida por juez Colombiano, no será sometida a *sanción* por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta. - lo resaltado fue lo adicionado y modificado –

Artículo 10. Principio de conocimiento *de la Ley*. La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. - lo resaltado fue lo adicionado –

En ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación.



Artículo 11. Juez natural. Nadie podrá ser *Juzgado* por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, *ni con violación de las formas propias de cada juicio*. - lo resaltado fue lo modificado y adicionado –

Artículo 12. *Función de la sanción penal*. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora, y resocializadora. Las medidas de *seguridad* persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. - lo resaltado fue lo modificado –

Artículo 13. Jurisdicción penal militar. Salvo en casos de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al Ejército Nacional.

Artículo 14. *Ámbito de aplicación de las normas penales*. Las normas contempladas en el libro primero de éste código se aplicarán a todas las leyes penales y disciplinarias, así sean excepcionales o temporales, *siempre que en ésta no se disponga de otra cosa*. - lo resaltado fue lo adicionado –

Las pequeñas modificaciones llevadas a cabo fueron objeto de las propuestas de los comisionados las cuales se iban aprobando unánimemente sin discusión alguna, por tanto no merecen una explicación detallada. En verdad, tales cambios no alteraron la esencia de los preceptos, pues su finalidad fue aclararlos o complementarlos para evitar aplicaciones e interpretaciones erróneas de la ley penal. La principal novedad se dio con respecto a los artículos 3º, 4º y 5º en donde cabe anotar que su nueva inclusión, dentro de los lineamientos del anteproyecto original, se hizo necesaria en la medida en que tales, rezan una clarísima filosofía proyectada hacia la dogmática jurídica orientadora de este nuevo código.

Después de treinta y dos sesiones, se finalizó en Diciembre de 1979 tan importante labor por la cual se adoptó el proyecto final a través del Decreto Ley 100 del 23 de enero de 1980, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1981.

2.6.3 Estructura Normativa del Código Penal de 1980. Es preciso anotar que la filosofía jurídica imperante en esta nueva normatividad penal, es la orientación de la escuela técnico-jurídica; al tener presente que a lo largo de tal codificación y en especial en la parte general, se hizo un estudio global especial del delito y de la sanción desde una perspectiva eminentemente jurídica, tomando en cuenta tanto hechos como fenómenos regulados de manera tal por el ordenamiento jurídico positivo, posibilitando la construcción de una ciencia verdaderamente jurídica. Lo anterior se refleja claramente cuando en el Libro primero, título I, se plasman las normas rectoras de la Ley Penal Colombiana las cuales sirven tanto para la buena interpretación como para la correcta aplicación de tal normatividad.

Uno de los cambios fundamentales en relación con el Código Penal de 1936, se dio en el campo del fundamento de la responsabilidad penal, en donde se pasó de la responsabilidad legal y social, es decir, de la peligrosidad, a un derecho penal de culpabilidad como se puede deducir de Artículos tales como el 5° el cual establece que “ para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad...”<sup>19</sup>, el 35 determina que “ nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”<sup>20</sup>, entre otros, estableciendo en últimas que la medida de la culpabilidad sería la medida de la pena.

En relación con el concepto de culpabilidad también se dejó atrás el puro psicologismo para establecer una teoría normativa mixta o compleja según la cual la culpabilidad es un reproche sustentado en tres elementos, como lo son la exigibilidad de una conducta determinada de conformidad con las normas penales, dolo o culpa e imputabilidad del autor.<sup>21</sup> No se sanciona al individuo por su carácter de peligroso; se sanciona únicamente en cuanto sea culpable, es decir, cuando su comportamiento es socialmente reprochable como consecuencia propia de su voluntad desviada.

---

<sup>19</sup> DECRETO LEY 100 de 1980, Artículo 5°, Publicaciones Legis, 1997, Página 4

<sup>20</sup> Ibid., p 15

<sup>21</sup> GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, op.cit., Página 334

La teleología de la pena pasa de ser únicamente un tratamiento a tener una función retributiva, protectora y resocializadora. A las medidas de seguridad se les dio el carácter de curación, tutela y rehabilitación ( Artículo 12 ).

El delito se definió como una conducta típica, antijurídica y culpable ( Artículo 2° ) lo cual significa que una conducta es reprochable penalmente, cuando se realiza con culpabilidad de manera tal que lesione o ponga en peligro sin justa causa el interés jurídico tutelado por la ley.

En principio, se consideró que los inimputables al no cometer culpa no eran capaces de cometer delitos, lo cual se aclaró posteriormente en la Ley 43 de 1982 donde se estableció que a tales personas se les aplicaría las medidas de seguridad establecidas en el Decreto Ley 100 de 1980, por lo cual quedaron sometidas a la ley penal pero por no tener la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta ni poder autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión bien sea por inmadurez psicológica o trastorno mental<sup>22</sup> solo les es aplicable las medidas de seguridad establecidas en el Artículo 93 del mismo ordenamiento. Lo Anterior es una clara demostración de que el estatuto penal de 1980 se amparaba también en la ya consolidada “defensa social” pues como se explicó, los inimputables se sometían al *Ius Puniendi* del Estado con el fin de proteger a la sociedad y de protegerlos de la misma.

En los apartes anteriores se resume el eje central de la reforma penal en lo que al tema del presente trabajo respecta, como lo es el Control Social en el derecho penal Colombiano, lo cual permite concluir que de un derecho penal basado en una responsabilidad legal y social desde la perspectiva peligrosista del autor, pasamos a un sistema en donde el delito es producto de la voluntad humana y cuyo fundamento de la responsabilidad penal es la culpabilidad. La función de las penas se centra en la protección, prevención, retribución, resocialización del autor del hecho punible y de las medidas de seguridad, como curativas, tutelares y rehabilitadoras.

---

<sup>22</sup> DECRETO LEY 100 de 1980, Artículo 31, Op. cit., Página 14

2.6.4 Fractura Del Sistema Positivista. Partiendo de las instituciones características del sistema positivista, es claro que casi todas desaparecieron de la normatividad de 1980, pues si se hace un recuento de ello podremos apreciar primordialmente que la responsabilidad legal y social como fundamento de la responsabilidad penal, quedó rezagada en la historia patria, de acuerdo a lo explicado en los acápites anteriores, el sistema jurídico de 1980 estableció la Culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal quebrantando de tal manera el esquema filosófico y jurídico de la escuela positivista.

Otro de los rezagos jurídico penales del sistema positivista se dio en la teleología de la penas, pues a pesar de que en la normatividad anterior no se seguía el esquema positivista de equiparación de las sanciones, la aplicación tanto de las medidas de seguridad como de las penas tenía fines de tratamiento lo cual se quebrantó en la normatividad de 1980 al pasar a tener el carácter de curativas, tutelares y rehabilitadoras en cuanto a las primeras; retributivas, preventivas, protectoras y resocializadoras en cuanto a las segundas. En este mismo punto también es importante resaltar que la ideología positivista en cuanto la indeterminación de las medidas de seguridad fue retomada en parte por la reforma de 1980 pero posteriormente revaluada por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 176 de mayo 6 de 1993 en donde se manifestó en cuanto a la indeterminación del máximo de la medida que “ el tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente al término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad”. Y en cuanto al mínimo de la medida se dijo que “el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compece con la preceptiva constitucional, particularmente con

el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación”.<sup>23</sup>

Otros de los aspectos en los cuales se reflejó el quebrantamiento de los postulados positivistas fue en la supresión del delito imposible como consecuencia de la abolición de cualquier forma de responsabilidad objetiva ( Artículo 5° ) y en la eliminación del perdón judicial como subrogado penal en los delitos en los cuales procedía.

De lo anterior se puede inferir que los postulados bandera de la escuela positivista se diluyeron en gran medida con el nuevo esquema adoptado por el ordenamiento penal de 1980.

2.6.5 Introducción académica de la dogmática jurídico Penal. A lo largo de la historia surgieron distintas interpretaciones respecto al estudio del derecho, lo cual ha propiciado generación tras generación, un caos doctrinario de grandes proporciones reflejado a su vez en el surgimiento de las diferentes escuelas jurídico penales. Aunque la dogmática jurídicopenal no comparte en gran medida los preceptos filosóficos, es claro que la realización del derecho no es posible sin la determinación de una corriente filosófica rectora de toda cuestión jurídica, puesto que de la misma manera como se concibe el Estado, la persona humana y sus respectivos derechos, se concebirá el derecho y principalmente el derecho penal como garante de los mismos. Es preciso recordar las palabras del Doctor Gaitán Mahecha cuando manifestaba que “ las tendencias del derecho penal tienden a simplificar en fórmulas concretas el contenido del derecho y hacer que éste se realice en axiomas jurídicos”<sup>24</sup> lo cual es de bastante importancia desde el punto de vista dogmático si se tiene en cuenta que lo pretendido por esta disciplina es el

---

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-176 de Mayo 6 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, Referencia: Demanda D-202

<sup>24</sup> GAITÁN MAHECHA Bernardo, El derecho penal conforme a las concepciones modernas, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias, Facultad de derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional, No. 1, 1953

estudio del contenido de aquellas disposiciones que forman en el seno del ordenamiento jurídico positivo, el derecho penal.

Etimológicamente expresado, la palabra “Dogma” es un vocablo de origen griego que significa algo así como “opinión”, “disposición”, “proposición doctrinal”. La dogmática es la ciencia de los dogmas. Con base en lo anterior, se puede definir la dogmática jurídicopenal como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal,<sup>25</sup> además de la valoración del sistema normativo en análisis.

El primer impulso a la disciplina dogmática fue obra de la escuela técnico jurídica quienes expresaron que toda ciencia tiene su técnica particular, por tanto posee un método (el dogmático), un objeto (el derecho positivo) y unos postulados generales o dogmas. El objeto de la dogmática jurídicopenal es el estudio del derecho penal objetivo además de los conceptos doctrinarios científicos. El método se desarrolla en tres momentos a saber: El Interpretativo de donde se toman las normas penales, se analizan, se verifican sus similitudes y diferencias para establecer unos dogmas; la fase sistematizadora a partir de los dogmas creados, se elabora un concepto o construcción lógica en donde cada una de las anteriores encuentra su explicación para luego plantear una hipótesis que determine si la teoría funciona acorde al texto legal en su conjunto; por último, la fase crítica para incorporar al sistema las elaboraciones criminológicas y político criminales para luego valorar críticamente el derecho penal vigente y alcanzar una ciencia total del derecho penal.<sup>26</sup> El proceso de creación de la norma debe tener en cuenta los principios orientadores de la ciencia penal además de la intelección y la científicidad doctrinaria.

De los atributos más destacados de la ciencia del derecho penal, diferentes de los asignados a su objeto, se destacan entre tantos, su carácter de ser un saber

---

<sup>25</sup> ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid España, 1997, P. 192

<sup>26</sup> VELÁSQUEZ Fernando, op.cit., p 14

práctico en cuanto a que no se centra específicamente a formular leyes universales, estáticas y absolutas; de ser una ciencia del deber ser en la medida en que se ocupa del estudio de la conducta humana desde un plano valorativo; es comprensiva debido a que procura interpretar su objeto de estudio; es normativa dado que se expresa a través de proposiciones cuya corrección o incorrección deriva de su confrontación con las valoraciones contenidas en las disposiciones legales y es hermenéutica, en la medida en que el dogmático se enfrenta a un texto legal cuyo sentido debe establecer a partir de sus orígenes y antecedentes, así como del entorno en que surge y de su tenor literal.<sup>27</sup>

De lo anterior se desprende que la dogmática jurídico penal además de dotar de fundamentos teóricos y permitir un perfeccionamiento del derecho de manera creativa, ofrece al ordenamiento jurídico las directrices a seguir.

En síntesis, la ciencia del derecho ha adquirido nuevos temas de investigación mediante el sistema dogmático, ha logrado deslindar los campos del derecho y de las ciencias auxiliares de éste, para demostrar cómo el delito no puede ser otra cosa que el acto, injusto y culpable, descrito por las leyes y sancionado por las mismas.<sup>28</sup>

## 2.7 NUEVO CÓDIGO PENAL

Una vez entrada en vigencia la Constitución de 1991 con todas sus innovaciones y como consecuencia de la mutabilidad sociocultural, comenzaron a coger gran fuerza los distintos comentarios relacionados con una nueva reforma del sistema penal Colombiano, los cuales poco a poco se fueron cristalizando hasta el punto de convertirse en un problema de Estado; su única solución o mejor, cuya salida más idónea fue la presentación de varios modelos de proyectos conteniendo las distintas

---

<sup>27</sup> Ibid., p 13

<sup>28</sup> GAITÁN , Op. cit., p 104

problemáticas en materia criminal; así como surgen los proyectos de ley presentados por el entonces Fiscal General de la Nación Dr. Alfonso Gómez Méndez quien aprovechando el mandato constitucional a través del cual los distintos órganos del Estado pueden presentar proyectos de ley en su respectivas materias, decidió elaborar los concernientes a un nuevo código penal, código de procedimiento penal y la normatividad penitenciaria, los cuales puso a consideración del constituyente secundario como lo es el Congreso de la República.

A continuación explicaré brevemente las consideraciones del entonces Fiscal General de la Nación Dr. Alfonso Gómez Méndez, con el fin de mostrar una visión general de las consideraciones que conllevaron a la presentación de la reforma del sistema penal Colombiano.

2.7.1 Propósito de la reforma. Dentro de la exposición de motivos de los proyectos de reforma del sistema Penal Colombiano, el Doctor Gómez Méndez, resaltó que tal iniciativa “atiende a los principios y postulados trazados por la Constitución Política de 1991 y su desarrollo jurisprudencial, así como a las necesidades de modernización y adecuación de la legislación para una sociedad cambiante que ha evolucionado considerablemente desde la década de los ochenta.

La entrada en vigencia de una Constitución Política, en la que se consagra un nuevo concepto de Estado, con instituciones, principios y valores acordes con las tendencias políticas, sociales y jurídicas que actualmente se aplican en las sociedades democráticas más avanzadas, impone el examen y la consecuente adecuación del sistema normativo que se venía aplicando.

La carta política de 1991 señaló los principios a partir de los cuales el legislador debe regular las diversas áreas del derecho. En cuanto a la potestad punitiva del Estado, la norma de normas consagra los fundamentos que permiten identificar aquellos bienes jurídicos que el constituyente pretendió proteger. En este orden de ideas, la tarea del legislador se encuentra delimitada, correspondiéndole actualizar



la normatividad penal, procesal penal y penitenciaria, atendiendo a las reglas contenidas en el denominado Bloque de Constitucionalidad.

Lo anterior se refleja en necesarios cambios al nivel de la parte general y especial del código penal, tanto en materia de las normas rectoras como de la estructura del delito y, muy especialmente, en materia de punibilidad. No menos importantes son las exigencias al nivel de la parte especial, toda vez que, la amplia gama de nuevos derechos, caracterizados por tener titular de índole colectiva, hacen necesaria una revisión del catálogo de tipicidades legalmente consagradas.

Con base en la Constitución, la normatividad sustantiva parte de la regulación de las garantías penales ( principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho, aunando a los principios de derecho de acceso a la administración de justicia y todos los contenidos en el artículo 29 del debido proceso).

El cambio estructural que se refleja en la parte especial, en donde el derecho a la vida pasa a ser el bien jurídico protegido más importante; la protección específica de los derechos fundamentales, en unos casos completamente nuevos, aquellos de naturaleza personal o personalísima sobre los que la sociedad ha manifestado una especial sensibilidad, como la protección de la no discriminación, de la integridad moral, de la libertad sexual, de la libertad de expresión, de la protección en casos de desaparición forzada etc.

Complementariamente a lo anterior, los nuevos bienes de naturaleza colectiva apreciados por la sociedad colombiana en evolución, tienen también su respaldo en este proyecto, pues será tema de debate la inclusión en el catálogo punitivo, de la manipulación genética o los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, entre otros.

La Tipificación de las conductas punibles, y también consecuentemente de estos nuevos delitos, parte necesariamente del principio de intervención mínima, base del derecho penal, que configura a éste como *ultima ratio*, por tanto, sólo puede

sancionarse penalmente una conducta cuando las demás normas del ordenamiento jurídico han demostrado ser insuficientes o ineficaces para dispensar la tutela que se pretende, conjugado con el principio de proporcionalidad, entendido como la exigencia de adecuar la sanción penal realmente a la gravedad del hecho tipificado que se ha cometido.

De esta manera, el derecho penal está en la obligación de garantizar con la tipificación de los delitos y sobre todo con las penas que le correspondan, que está conforme con el Estado Social de Derecho.

Lo anterior nos lleva obligatoriamente a considerar que la teoría del bien jurídico tiene en la actualidad un fondo constitucional y que éste se construye a partir del concepto de derecho constitucional fundamental, lo que obligó a una revisión de la parte especial del código, pues aquellos bienes jurídicos sin correspondiente protección constitucional, no deben estar elevados a dicha categoría, es decir, la protección sin referente material, sería inconstitucional.

.....

El sistema legislativo Colombiano ha tenido como elemento preponderante en su estructuración, la carencia del análisis científico. Se legisla para el momento, para solucionar de forma temporal una crisis presentada en la sociedad, en fin, para calmar las expectativas de la presencia del poder punitivo del Estado, lo que ha llevado a una desproporción de penas entre los diversos bienes jurídicos , cuando aquellos de mayor valor deben implicar, por su trasgresión, una sanción superior.

.....

Pero además, nuestro país se encontró frente a nuevas realidades políticas, sociales y económicas diferentes a las existentes antes de 1980, lo cual obligó a la expedición de una profusa legislación de carácter especial y paralela en materia penal, haciendo, al día de hoy, difícil su análisis y estudio, por lo cual se hace absolutamente necesario recodificar la materia penal en lo que pueda ser denominado el “Derecho Penal Fundamental”.

Con este proyecto se logrará la consecución de una política criminal coherente, que parte de una realidad social y que permite la interpretación a través de la normatividad constitucional, lo que proporciona una adaptabilidad permanente a los cambios de nuestra sociedad.

El Código Penal debe tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, deben también cambiar. Por esa razón, el proyecto que hoy se presenta, nos va a permitir contar, en un futuro próximo, con un verdadero sistema penal congruente con un Estado Social de Derecho.”<sup>29</sup>

Como se puede observar de los comentarios anteriores, es claro que la finalidad básica de la expedición de una nueva normatividad penal es adecuar la preceptiva existente a las innovaciones del nuevo constitucionalismo Colombiano, puesto que el modelo penal siempre debe ser coherente con la filosofía de la carta magna y requiere por tanto desarrollar sus cometidos de la manera mas idónea y eficiente posible. Es claro que después de la expedición del Código Penal de 1980 surgieron situaciones sociales antagónicas tanto a las mínimas normas de convivencia humana como a los principio de un Estado de Derecho, lo cual debía ser controlado de manera preventiva y represiva por parte del Estado, lo cual generó un paralelismo normativo entre el derecho sancionador específicamente el derecho penal y las preceptivas encaminadas a poner orden en tales dificultades sociales propias de la coyuntura de la época. Todo lo anterior, además de la mutabilidad social y la necesidad de una recopilación normativa dio origen a las distintas iniciativas de reforma del sistema penal colombiano, la cual se cristalizó de manera inmediata con el proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación en cabeza del Doctor Alfonso Gómez Méndez.

---

<sup>29</sup> GACETA DEL CONGRESO 139, Jueves 6 de Agosto de 1998, Imprenta Nacional de Colombia, Santa fe de Bogotá

2.7.2 Estructura Normativa Del Nuevo Código Penal: Parte General. Continuando con el estudio del control social en materia penal, explicaré las modificaciones introducidas en la parte general de la nueva normatividad si se tiene en cuenta que es precisamente en las normas rectoras donde se encuentran los lineamientos orientadores de tal ordenamiento penal.

Partiendo de la nueva organización estatal y con base en los postulados del Estado Social de Derecho, el **respeto de la dignidad humana** se constituyó en la primera de las normas rectoras del ordenamiento penal lo cual significa que la protección al individuo se convierte en el objeto principal de un Estado de tal naturaleza lo que a su vez confirma el carácter de ultima ratio del derecho penal ( Artículo 1 Código Penal ).

Otra de las innovaciones se dio en la inclusión expresa e inequívoca del **bloque de constitucionalidad** en la normatividad penal, lo cual facilita al operador jurídico la tarea de aplicación e interpretación de la ley penal. ( Artículo 2 Código Penal )

En lo referente a las **funciones de la pena y las medidas de seguridad**, el nuevo ordenamiento trae como gran aclaración en mi concepto, los principios de las sanciones penales además de unas concepciones que aunque formalmente sean distintas sustancialmente son similares a las del código anterior, pues en cuanto a las primeras se dice que sus funciones son de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; en cuanto a las segundas, las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación, cuyo sustento radica en los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobresalen la sentencia C- 070 de 1996, donde expresa que “Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP Art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos”<sup>30</sup>; la C-430 de 1996 en donde se dijo que

---

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-070 del 22 de Febrero de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”;<sup>31</sup> la C- 144 de 1997 en la que se expresó: “El derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos. La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende "que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones..... en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP Art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad . El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario..... Sobre la función de la ejecución de la pena en el Estado Social de Derecho, esta Corte Constitucional ha dicho:

*“ La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la*

---

<sup>31</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-430 del 12 de Septiembre de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

*dignidad (CP Art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP Art. 16). La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal.”<sup>32</sup>*

La consagración del principio de **Legalidad** se hizo extensiva en su definición, pues abarcó tanto el principio de juez natural como los de exclusión de analogía y favorabilidad de manera tal que su contenido incluyó todas sus acepciones.

En cuanto al principio de **igualdad** se puede decir que se pasó de una igualdad formal a una igualdad material permitiéndosele al funcionario judicial declarar la exclusión de responsabilidad o de disminución de la pena, cuando aparezca en el proceso que el hecho ha sido determinado por la existencia de profundas condiciones de marginalidad, desigualdad, ignorancia, coacción o presión social, etc., que hacen inexigible al sujeto la conducta adecuada al derecho partiendo del supuesto constitucional el cual establece que “ el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”<sup>33</sup> ( Artículo 13 Constitución Política ). La igualdad debe ser real y efectiva y se deberán adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados, además de proteger y dar trato preferencial ( desigualdad niveladora ) a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta o de profundas desigualdades. El principio de la **prohibición de doble incriminación** se reitera una vez más en su operancia

---

<sup>32</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-144 del 19 de Marzo de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>33</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Edición conmemorativa, Legis, 2001 Página 6

en un mismo proceso, ante procesos simultáneos o paralelos y en su clásica consideración ante situaciones ya juzgadas.<sup>34</sup>

Se confirma un **derecho penal de acto** en el Artículo 9° con sus inseparables características como lo son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, agregando que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado ( la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado ) eliminando de manera tal la exagerada discrecionalidad judicial existente sujeta a la especulación probatoria además del proceso de imputación subjetiva en manos del sindicado y manteniendo la división de la conducta punible en delitos y contravenciones. La **tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad** quedan incólumes a su concepción original.

Por último cabe resaltar la consagración expresa del carácter **orientador, prevalente y esencial de las normas rectoras del sistema penal.**

---

<sup>34</sup> GACETA DEL CONGRESO 139, op. cit., p 3

### 3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA

#### 3.1 GENERALIDADES

Dentro del presente capítulo explicaré someramente los elementos que integran el concepto de política criminal además de sus diferentes acepciones dentro de los parámetros y el esquema conceptual que se ha venido trabajando a lo largo del presente estudio.

#### 3.2 NOCIÓN DE POLÍTICA CRIMINAL

En la doctrina jurídicopenal se pueden encontrar distintas definiciones de la política criminal las cuales en su gran mayoría se dirigen a describir los elementos constitutivos de la misma. Hay quienes la definen en sentido amplio diciendo que *la política criminal es la política jurídica en el ámbito de la justicia penal*,<sup>35</sup> y en un sentido estricto como *los instrumentos que se utilizan para contrarrestar la criminalidad y la criminalización, especialmente su prevención, represión y control*.<sup>36</sup>

Además del uso de la expresión “Política Criminal” también es normal encontrar expresiones tales como profilaxis criminal ( su alcance se reduce a la noción de hospital, clínica en virtud de que su génesis se vincula con los orígenes de la criminología y con la apreciación del hombre que delinque como sinónimo de anómalo), reacción social ( como respuesta del Estado o la sociedad a los comportamientos antagónicos a las mínimas reglas de convivencia ), control social

---

<sup>35</sup> VELÁSQUEZ, Op.cit., p 33

<sup>36</sup> PEREZ PINZÓN Álvaro Orlando, Curso de Criminología, Universidad Externado de Colombia, Sexta Edición, Bogotá , 2001, p. 201



( como medio en busca de un fin en un caso en concreto reduciéndose a una política penal ) y política criminológica ( estrategias que combaten el delito )<sup>37</sup>.

Teniendo en cuenta la definición anterior, es necesario precisar que para tener una verdadera política criminal se deberá llevar a cabo un trabajo empírico cuyo objeto se centre en el estudio de las desviaciones conductuales con la finalidad de llegar a una síntesis que permita establecer soluciones a tales comportamientos antagónicos que posteriormente se vean reflejados en los textos legales. En este punto hay que diferenciar la criminalidad entendida como los hechos dañosos causados por un agente humano y la criminalización entendida como el proceso constituido por los poderes de definición, asignación y ejecución.

La política criminal es a la vez una forma de organización de la vida social basada en la atribución del poder que determina el reparto de bienes, garantiza las instituciones en sentido amplio y propone valores y así mismo una acción, una estrategia, un movimiento para alcanzar un objetivo.<sup>38</sup>

Delimitar la política criminal implica identificar las corrientes ideológicas que pueden influenciarla para buscar a través de ellas las directrices que nos proporcionan la clave para comprender la variedad de los hechos observados.

### 3.3 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Los modelos de política criminal se califican dependiendo de la manera como se definan los fenómenos criminales y respondan a ellos, o según el modelo de sociedad dentro de la cual se practiquen; por tanto se pueden expresar tentativamente tres modelos a saber:

---

<sup>37</sup> PEREZ PINZÓN, Ibid. p 201 y 202

<sup>38</sup> DELMAS – MARTY Mireille, Modelos de Política Criminal, Centro de publicaciones secretaría general técnica, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1986, p. 26

3.3.1 Modelos totalitarios, cerrados o absolutos. El poder político mantiene una ingerencia directa y casi ilimitada sobre la vida social e individual en donde el delito se define a ciencia del gobernante y las respuestas punitivas son igualmente ilimitadas.

Cuando un Estado engloba con un solo e idéntico movimiento circular a todos los comportamientos de rechazo de las normas, los amontona sin distinción alguna entre infracción y desviación para imponer luego un único modo de pensamiento y de acción, hasta el punto de que los hombres, convertidos en intercambiables, puedan confundirse en un cuerpo único perfectamente homogéneo, se dice que ha adoptado un modelo totalitario en su política criminal.<sup>39</sup>

3.3.2 Modelos abiertos, relativos o democráticos. Dentro de este modelo, la política criminal no la dicta el gobierno en forma absoluta e ilimitada sino que el sistema político y jurídico le impone determinados límites sin los cuales no sería posible el ejercicio legítimo del poder. Lo anterior se ha reflejado en los sistemas democráticos caracterizados por la existencia de un marco político orientado por un ordenamiento jurídico en donde se definen las directrices fundamentales dentro de las cuales se desarrolla la política estatal y fuera de la cual el ejercicio del poder se vuelve ilegítimo, por lo tanto inaceptable. Lo anterior permite claramente distinguir la infracción de la desviación y da viabilidad a la continuidad de la presión social sobre las infracciones.

3.3.3 Modelos Autoritarios. Puede decirse que este modelo es el resultado de la combinación arbitraria de los dos anteriores, pues se aplican en los sistemas en donde la sociedad está estigmatizada por un modelo democrático y abierto de Estado, pero a su vez quienes detentan el poder en su nombre, ejercen una política criminal totalitaria disfrazada de democracia mediante la elaboración de un discurso

---

<sup>39</sup> Ibid., p 26

aparentemente ajustado y sometido a la preceptiva legal. Lo anterior describe cabalmente la realidad Colombiana en donde tenemos formalmente un modelo de Estado liberal y democrático pero sustancialmente un modelo autoritario y por ende arbitrario lo cual se refleja en los poderes omnímodos de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a la privación de la libertad de los sindicados en muchos casos de manera arbitraria e injusta.

### 3.4 TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINALES

A continuación haré una breve pero sustancial mención de las distintas posiciones político criminales que a lo largo de la historia han aportado de una u otra manera los principales movimientos criminológicos.

3.4.1 Defensa Social. Esta tendencia político criminal tiene sus orígenes en enfoques simplemente biológicos ( rehabilitar al criminal y modificar sus tendencias o predisposiciones ), psicológicos ( catarsisar la psiquis del desviado ), antropológicos y culturales ( transculturación del desviado ) con una finalidad preventiva en las primeras y abolicionista de criminalidad en la última por lo cual a su vez se plantea que tanto el Estado como la sociedad misma tienen la obligación solidaria de asistir a aquél que con sus actos está generando daños a la organización social. Por lo anterior se puede decir que esta tendencia se caracteriza por su carácter humanista y antropocéntrico en la medida que a pesar de proteger a la sociedad de los agentes criminales y al riesgo que estos mismos crean, siempre toman en cuenta el respeto de la dignidad humana.

El principal postulado de esta tendencia radica en la proposición de una *reacción social* frente al criminal y sus actos peligrosos, lo cual hace que converjan tanto la política criminal como el derecho penal y la criminología con el fin de armonizar el estudio del fenómeno delictivo con la interpretación y aplicación de la preceptiva penal y el estudio de la personalidad del autor. Por las razones aducidas, tienen

como objeto principal el estudio de la personalidad peligrosa de los agentes criminales, el tratamiento penitenciario al que deben someterse con fines netamente resocializadores de lo cual se colige que su teleología apunta a la prevención, protección y reintegración social respectivamente.

3.4.2 Política criminal alternativa. El profesor Alessandro Baratta fue quien estructuró materialmente la tendencia en estudio lo cual hace necesario recordar sus palabras en cuanto a que “la atención de la nueva criminología, es decir, de la criminología crítica, se ha dirigido sobre todo al proceso de criminalización, individualizando en él uno de los mayores nudos teóricos y prácticos de las relaciones sociales de desigualdad propias de la sociedad capitalista, y persiguiendo, como uno de sus objetivos principales, extender de un modo riguroso la crítica del derecho desigual al campo del derecho penal. Elaborar una teoría materialista (económico – política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, y trazar las líneas de una política criminal alternativa, de una política de las clases sociales subalternas en el sector de la desviación: he aquí las principales tareas que incumben a los representantes de la criminología crítica que parten de un enfoque materialista y que están animadas por la convicción de que sólo un análisis radical de los mecanismos y de las funciones reales del sistema penal en la sociedad capitalista tardía puede permitir una estrategia autónoma y alternativa en el sector del control social de la desviación, esto es, una política criminal de las clases actualmente subalternas...”<sup>40</sup>, por lo cual se construye una teoría materialista de la desviación, los comportamientos socialmente negativos y el proceso de criminalización hacia una política de las clases subalternas; luego se lleva a la realidad una política criminal alternativa al sistema imperante, como superación del derecho penal en donde se pretende concebir la política criminal como una transformación social e institucional y no como una simple reacción a la criminalidad del momento en donde se extienda tal política a la tutela penal de intereses sociales tales como la salud, la ecología entre otros; se suprime la cárcel previa utilización de mecanismos paralelos como la

---

<sup>40</sup> BARATTA Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Siglo Veintiuno editores, 1986

ampliación de la suspensión provisional y la libertad condicional además de la ampliación de los permisos carcelarios. Posteriormente, como consecuencia de lo anterior, llevar a cabo la transformación del Estado para pasar de un modelo capitalista a un modelo socialista que pueda dar origen a conceptos tales como descriminalización, destipificación, desprisionizar y desjudicialización.

Creo que la estructura anterior en el medio social colombiano, se prestaría para el incremento de la criminalidad, por tanto al tomarse como política criminal de un Estado como el nuestro mas que prevenir o reprimir los índices de criminalidad, se tolerarían en gran proporción.

3.4.3 Perspectiva abolicionista. Para el abolicionismo no es relevante la exterminación del crimen, pues la lucha contra la criminalidad no se constituye en un fin en si mismo considerado, ya que para ellos la problemática social, delincencial y jurídico penal es una realidad para afrontar de una u otra manera, por tanto mas que idealizar la forma de extirpar tales coyunturas, hay que concientizar a la sociedad de la realidad material en la que viven para poder afrontarla de la mejor manera posible.

El planteamiento anterior ha sido defendido por algunos estudiosos de la política tales como Godwin, Marx, Lenin, Bakunin, Molinari, Malatesta, Ferrajoli y Foucault quienes han propuesto de una u otra manera la supresión del sistema penal.

3.4.4 Derecho Penal mínimo. Esta tendencia defendida por la gran mayoría de los estudiosos del Derecho Penal apunta a desbordar un poco más la libertad humana renegando la aplicación del derecho penal en todas sus acepciones, para lo cual propone una disminución punitiva de manera tal que se destipifiquen conductas cuya relevancia social sea mínima, además de una ampliación de las garantías y derechos ciudadanos dentro del proceso penal.

3.4.5 Derecho Penal de garantías. La presente orientación defendida muy representativamente por Luigi Ferrajoli pretende al igual que la anterior, renegar la aplicación del sistema penal pero sin llegar al punto de su extirpación constituyendo al funcionario judicial en la mayor garantía ciudadana y reforzando principios tales como el de legalidad, culpabilidad acusatorio, carga de la prueba entre otros tantos.

3.4.6 Nuevo Realismo. Esta tendencia surge de las entrañas de la nueva criminología especialmente de la denominada radical defendida especialmente por W. A. Bonger y la Escuela de Utrecht quienes pretendieron aterrizar la existencia del delito, su estudio minucioso, concreto y paralelo al estudio de la víctima, el agresor, la reacción social y el comportamiento desviado. Se manifestó que la pena tiene como finalidad la recuperación del sentido de recriminación social por cuanto la comisión de un delito implica el atentado dañoso contra la sociedad misma y contra el sentido de solidaridad entre los miembros de tal. Por lo anterior, es necesario mantener activo el sistema carcelario.

3.4.7 Prevención general positiva fundamentadora. Dentro de esta perspectiva político criminal se pretende al igual que la anterior, ampliar cuantitativamente los tipos penales como medio preventivo de defensa social, pues según sus más célebres representantes H. Welzel y G. Jakobs, a través de tal fórmula, se genera cierto resquemor entre los miembros de la sociedad en cuanto a las conductas desviadas lo cual produce una disminución de la criminalidad y por ende una tranquilidad social relativamente satisfactoria.

3.4.8 Política criminal dogmático jurídica. Esta tendencia encuentra en Heinz Zipf y Hans Göppinger sus más sobresalientes representantes y en mi concepto, es de las más ajustadas a la realidad social y jurídica por la cual atravesamos, pues combina elementos claves para el equilibrio coyuntural como lo son el derecho penal, la dogmática y la política criminal en estricto sentido. Cada uno de estos

elementos cumple una función distinta e independiente entre sí, pero teleológicamente lo que se busca es el establecimiento de un modelo estatal que satisfaga en la mayor medida posible, los intereses de la colectividad en general.

La Dogmática aporta el elemento científico, el derecho penal el elemento preventivo - represivo y la política criminal la propuesta o solución.

3.4.9 Medidas alternativas al sistema penal. La propuesta de esta tendencia apunta a la innovación de ciertas medidas propias del sistema penal, por lo cual proponen el establecimiento alternativo de algunas, tales como el cambio de concepción de determinadas conductas, el desplazamiento de la responsabilidad personal al ámbito institucional, el carácter represivo del sistema penal hacia el campo de la prevención, la reorganización de la comunidad en aras a una adecuada integración humana, el establecimiento de medidas conciliatorias y terapéuticas, desconcentración del sistema penal, aplazamiento del cumplimiento de la pena, amonestación con reserva de pena, trabajo correccional, dispensa de pena, trabajo de utilidad social, suspensión del fallo, entre otras.

3.4.10 Modelo de prevención. Esta perspectiva es quizás de las más importantes en el ámbito criminológico, puesto que a partir del plano científico, es decir, desde la tendencia dogmática, el sistema penal debe apuntar más que a reprimir, a prevenir la desviación de las conductas humanas. En este punto hay que diferenciar dos momentos a saber: El primero lo constituye la etapa pre-delictual en donde la idea es la prevención de la desviación humana y el segundo es la etapa pos-delictual en donde se pretende proteger a la sociedad de aquellas personas incursas en situaciones criminales. Como se puede apreciar el aspecto represivo se convierte en ultima ratio, pues lo sancionatorio solo es viable en la medida en que el agente criminal no cumpla con los fines intrínsecos del sistema penal. Pero como no toda tendencia es perfecta, esta tampoco es la excepción, pues configura una política de

“deber ser” la cual de ninguna manera aporta soluciones eficaces para la coyuntura actual.

Las anteriores concepciones político criminales no son las únicas que se han presentado en la doctrina, pero en mi concepto son las que muestran los estudios mas acertados en la materia, por lo cual no veo necesario hacer mención de todas las propuestas que al respecto se han presentado.

### 3.5 EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA POLÍTICA CRIMINAL

En este punto desemboca toda la problemática anterior en cuanto a la adopción de un modelo de política criminal para un modelo de Estado urgido de solucionar sus conflictos sociales como consecuencia de la convergencia jurídico penal vivida.

Para tratar de encontrar una solución a tal dilema es necesario formularnos el siguiente interrogante ¿ Cual es el criterio a seguir para adoptar un modelo de política criminal en un modelo de Estado?; la respuesta dependerá del modelo mismo establecido para un Estado en su norma de normas, es decir, que es indispensable y necesario acudir a la constitución política para poder descifrar la incógnita planteada. ¿ Porqué es necesario acudir a la carta magna para tal propósito? Como bien es sabido por los especialistas jurídicos, la Constitución Política establece la filosofía, las orientaciones generales y el modelo de Estado a seguir en una Nación, por tanto es allí y no en otra parte donde encontramos la respuesta a nuestro interrogante. En el caso colombiano es claro que el modelo a seguir es el de un “Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general,”<sup>41</sup> de lo cual se coligen varias cosas tales como la orientación a una política

---

<sup>41</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 1, Op cit., p 1



criminal abierta, relativa o democrática en donde la constitución misma impone los límites en su adopción y establecimiento tales como el respeto a la dignidad humana, lo que la hace tener un carácter antropocéntrico. Ahora, es claro que en la teoría todo lo anterior parezca muy halagador y reconfortante, pero en la práctica las cosas tienen un sentido completamente diferente, pues a pesar de que el ordenamiento jurídico impone límites al establecimiento de una política criminal determinada, en realidad no siempre se toman en cuenta por el legislador ni mucho menos por el operador jurídico, quienes influenciados por intereses de toda índole ejercen sus funciones de legislar y judicializar según el caso, conforme a la coyuntura del momento, lo cual desnaturaliza por completo la finalidad de una política criminal sensata hasta el punto de convertirla en una política criminal autoritaria.

Cuando un Estado como el Colombiano se rige por los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, necesariamente tendrá que ubicarse en un modelo de política criminal abierto, en donde su filosofía dependerá de las orientaciones establecidas por la norma de normas. Otra cosa muy diferente es la de establecer cual de las tantas tendencias criminológicas es la que se va a adoptar, lo cual ya es un problema no solo dogmático sino jurídico y político que se explicará a continuación.

### 3.6 LA POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA SOCIAL DE ESTADO

Partiendo de la definición de Política Criminal, es decir, entendida como el conjunto de medidas de que se vale el Estado para enfrentar la criminalidad y la criminalización, explicaré su función dentro de la organización estatal desde dos perspectivas a saber: En primer lugar abordando la política criminal como objeto de conocimiento y en segundo lugar como un método. En cuanto al primero, se puede aducir que la política criminal es un sector de la política referido a un fenómeno llamado criminalidad y que por ende implica el ejercicio de un poder. En

cuanto al segundo, la política criminal sería la actividad intelectual de carácter científico encaminada a estudiar, explicar y comprender la política estatal respecto del fenómeno criminal y formular observaciones sobre el conocimiento obtenido de ese proceso.<sup>42</sup>

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos además de lo planteado en el numeral inmediatamente anterior cabe decir que es la coyuntura social y el desarrollo cultural de un pueblo, son los factores determinantes que orientan la función punitiva del Estado en aras de una política criminal acorde al modelo mismo de Estado. Por más que el Estado sea el titular de la función judicial deberá siempre encaminar sus orientaciones a la solución de la problemática social como consecuencia de un estudio criminológico.

Lo anterior permite afirmar que la política criminal es un fenómeno de la realidad que desencadena en la función punitiva del estado por tanto es el poder estatal que a su vez define lo criminal y proporciona la respuesta punitiva pretendiendo hacer tanto de sus definiciones como de las respuestas que proporciona, actos legítimos, es decir, buscando siempre su convalidación presentándolos como acordes con el sistema de principios, normas y condiciones que le impone la definición de un marco jurídico comprometido con el estado Social, democrático y pluralista sometido al imperio del orden jurídico.<sup>43</sup> Si la política criminal depende de la asunción de una realidad, es claro que está en función de una política social sin la cual no tendría sentido alguno su configuramiento.

En conclusión, *la política criminal en últimas equivaldría a una política social de Estado cuyo objeto de estudio comprende la problemática social y cultural generada por la interacción de poderes en aras del mejoramiento de una realidad. Además de lo anterior, la política criminal es parte de la política general de Estado, adoptada para combatir y enfrentar el problema del delito y procurar una vida pacífica, por lo*

---

<sup>42</sup> GROSSO GARCÍA Manuel Salvador, La Reforma del Sistema Penal Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá , 1999

<sup>43</sup> GROSSO GARCÍA, ibidem

*cual puede contener propiamente una política penal de la cual se origina el sistema penal.*

Teniendo en cuenta lo anterior, me atrevo afirmar que en Colombia la práctica legislativa, aplicativa y ejecutiva del sistema penal no está presidida de investigaciones reales, científicas y empíricas que sustenten plenamente una política criminal real y eficaz, lo cual degenera en soluciones poco efectivas que combatan el fenómeno de la criminalidad y la criminalización. En este punto es pertinente aconsejar que el modelo de política criminal Colombiano debe ser abierto, relativo o democrático, en donde ésta no es dictada por el gobierno en forma absoluta e ilimitada sino que el sistema político y jurídico le impone determinados límites sin los cuales no sería posible el ejercicio legítimo del poder y en donde existe además un marco político orientado por un ordenamiento jurídico en donde se definen las directrices fundamentales dentro de las cuales se debería desarrollar la política estatal y fuera de la cual el ejercicio del poder se vuelve ilegítimo y por lo tanto inaceptable.

## **4. CRISIS DEL SISTEMA PENAL EN COLOMBIA**

### **4.1 GENERALIDADES**

El presente capítulo es quizás uno de los más importantes de el presente estudio, pues después de haber abarcado y analizado nuestra historia penal, para proseguir con la realidad Colombiana en cuanto a su política criminal considerada en este trabajo como una política social mostraré los principales problemas por los cuales atraviesa el sistema penal Colombiano, partiendo de su función y misión culminando con su finalidad.

### **4.2 LA FUNCIÓN Y MISIÓN DEL SISTEMA PENAL**

A lo largo de este trabajo y bajo un estricto y restrictivo sentido, se ha entendido el sistema penal como el conjunto de elementos ( Dogmática Jurídico Penal, Política Criminal y Normatividad Penal: Norma sustancial y Norma procesal ) cuya interacción está orientada a estudiar el fenómeno del delito, crear mecanismos para su extirpación y garantizar la convivencia pacífica dentro de la sociedad.

El contenido de la definición anterior, además de indicarnos las instituciones que conforman el sistema penal, nos proporciona las pautas para definir tanto la función como la misión del sistema penal, pues es en el dónde encontramos su estructura material para alcanzar sus propios fines. De entrada se puede afirmar que el delito es el centro de acción y de intelección de las ciencias penales en donde las mismas encuentran su origen. Sin delito no hay proceso y sin éste no hay función persecutoria estatal.

A manera de propuesta, me permito afirmar que se debe tomar en primera instancia el elemento dogmático con el fin de precisar científicamente e intelectivamente que conductas humanas pueden ser o no objeto de represión por la norma legal penal, tarea que por de más no puede realizarse de manera aislada y autónoma, pues es necesario e indispensable la coadyuvancia de un estudio sociocultural que nos muestre la realidad imperante dentro de un modelo estatal preestablecido; es aquí en donde la política criminal como política social aporta su granito de arena para la elaboración de normas penales eficaces además de la construcción de un verdadero y coherente sistema penal. Esta es la forma adecuada de organización y estructuración de todo sistema penal.

Tomando el caso Colombiano, la fórmula planteada es casi desconocida, o por lo menos eso es lo que se demuestra en nuestra organización penal, pues si retomamos el estudio histórico realizado en el capítulo segundo, concluimos en que la expedición de los códigos penales han sido el fruto de la presión social y de la realidad virtual, mas no real del momento lo cual se refleja en los resultados mismos, que en lugar de aportar soluciones eficaces a la problemática sociocultural de un pueblo, lo que ha hecho es sosegarlos en un mundo ficticio donde las reglas que rigen son de igual carácter. Con base en el planteamiento anterior, cabe anotar que el derecho penal como instrumento de control social, se ve relegado a presentar fórmulas frágiles y poco reales para la viabilidad de una convivencia comunitaria pacífica. Ahora, los procesos legislativos que han precedido a la expedición de las distintas normatividades penales no han sido otra cosa que la compensación de los grandes compromisos políticos adquiridos por los padres de la patria o por el poder ejecutivo en aquellas épocas de omnipotencia gubernamental además de la apresurada decisión legislativa en cuanto a la solución de antagonismos sociales a través de la tipificación penal de ciertas conductas. Nos hemos visto avocados a un desmembramiento legislativo de tal envergadura que la principal función del legislador no merece ningún tipo de importancia y por ende ningún tipo de acogimiento intelectual, lo cual se ha reflejado en aspectos tales como el crecimiento de la impunidad, los altos índices de criminalidad por no mencionar otros tantos. ¿ Donde queda la finalidad y la misión del sistema penal?

¿Será que el Estado Colombiano si está cumpliendo con su función punitiva?  
¿Será que los anteriores interrogantes seguirán siendo contestados con hipótesis mas no con planteamientos veraces?. Creo que la propuesta planteada puede ayudar a contestar tales interrogantes.

#### 4.3 CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Volviendo un poco al tema de la crisis penal en Colombia es menester ahondar en el tema penitenciario, puesto que la pena es uno de los aspectos más importantes del sistema penal desde su perspectiva finalística. Cuando la persona es condenada e internada en un establecimiento carcelario, se le debe garantizar plenamente sus derechos fundamentales consecuenciales, al respeto de la dignidad humana, entre los cuales encontramos el debido proceso el cual se extiende a la normatividad penal penitenciaria dentro de lo cual la Corte Constitucional ha dicho que “El procedimiento de calificación de la conducta de un recluso está regulado por la ley y consiste básicamente en la reunión periódica del Consejo de Disciplina con el objeto de examinar las planillas semanales del director de la escuela, de los maestros de talleres o de los vigilantes y deliberar sobre la constancia a consignar en libros sobre el comportamiento del interno. Las diferentes categorías o clases de conducta, establecidas por el legislador son: ejemplar, buena, regular, mala y pésima. Las reglas para la clasificación en una u otra clase están también consagradas en normas legales, las cuales deben tenerse en cuenta para promover o rebajar la conducta del interno..... En consideración a lo expuesto, la rebaja en la calificación de la conducta del peticionario - con la consecuente suspensión de su trabajo **fuera del penal** -, sólo podía ser tomada luego de un procedimiento administrativo. De no ser así, se habría configurado una vulneración de los derechos al debido proceso administrativo y a la igualdad de oportunidades e, indirectamente del derecho fundamental al buen nombre”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 601 DE Diciembre 11 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Lo anterior nos confirma que una persona a pesar de encontrarse privada de su libertad material, mantendrá siempre y de manera absoluta sus derechos fundamentales, pues tanto la constitución como la ley garantizan el respeto de la dignidad humana de la cual se derivan los demás derechos de primera generación.

Lastimosamente, en nuestro medio no se tiene conciencia de las implicaciones provenientes de la adopción de un sistema penitenciario adecuado y acorde con las finalidades de un Estado Social de Derecho, lo cual se ve reflejado en el salvajismo, autoritarismo y nepotismo imperante en las cárceles Colombianas, convirtiendo nuestro sistema penitenciario en una de las causas de violencia institucionalizada que deslegitima todo el sistema de justicia penal.

Ahora bien, si analizamos la pena como una medida preventiva, retributiva, con fines de reinserción social del condenado, debemos primero que todo establecer si esa persona en realidad necesita de tratamiento penitenciario para alcanzar su resocialización, pues muchas veces y a pesar de la existencia comprobada de un delito, no es indispensable la reclusión carcelaria de tal individuo, pues lo que se conseguiría en últimas con tal medida sería lo contrario a lo que realmente el legislador pretendía. Lo anterior ha sido objeto de grandes discusiones doctrinarias hasta llegar a pronunciamientos de la Corte Constitucional como consecuencia de la interposición de acciones de tutela de los directamente afectados y en donde se ha manifestado que “en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, cabe mencionar que las mismas reglas de Tokio recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-153 DE 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Lo anterior ha generado una gran crisis del sistema penitenciario, pues nuestro sistema penal sufre hoy por hoy del síndrome de la *reclusión penitenciaria* por lo cual desde la investigación misma se priva al sindicado de su libertad material como consecuencia de las disposiciones caprichosas del legislador además de los poderes omnímodos y en gran medida discrecionales de los señores fiscales lo que a su vez genera una sobrepoblación carcelaria imposible de contrarrestar efectivamente, bien sea por carencia presupuestal o por orientaciones erradas en la política criminal. Al lado de la problemática anterior, también nos encontramos con la realidad eminente vivida al interior de los centros de reclusión, en donde el Estado mismo evade su posición de garante de los derechos fundamentales de la persona humana permitiendo todo tipo de actividades criminales y antagónicas a la finalidad misma de la medida.

No es ninguna novedad afirmar que en nuestras cárceles mueren seres humanos violentamente casi todos los días; se ejercen actividades ilícitas y se trasgreden todos los derechos de la personas, lo cual va en evidente contravía de la función resocializadora de la pena, entendida ésta como el mecanismo para evitar nuevas incursiones en conductas ilícitas. De lo anterior se deduce que en lugar de cumplir con las finalidades de la medida, el condenado se ve sometido al pago de una doble pena: Su privación de la libertad y el padecimiento de una coyuntura aberrante e inhumana con sus propias reglas y por ende con sus propias penas. ( Penas del alma )

A manera de conclusión, resulta importante recordar la palabras de Beccaría cuando manifestaba que “para cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias de que se trate, proporcionada a los delitos y dictadas por las leyes.”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> BECCARIA Cesare, De los Delitos y las Penas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994 p 87



## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se trató de abarcar los orígenes del sistema penal, su desarrollo legislativo, su eficacia en el plano socio cultural de un pueblo hasta llegar a su crisis como consecuencia de los distintos problemas políticos y coyunturales en un modelo de Estado. Dentro de ese análisis se encontraron algunas novedades no por todos conocidas tales como la forma de adopción de nuestros distintos ordenamientos penales, pues como se tuvo oportunidad de analizar es obvio que nuestro sistema penal ha sido producto de la presión social, de los interminables compromisos políticos además de la inoportuna improvisación legislativa. Siempre pretendimos ocultar nuestra verdadera realidad adoptando modelos jurídicos foráneos que jamás lograron su cometido preventivo general y especial dentro de nuestra sociedad, todo lo contrario, consiguieron enterrar aún más esa realidad veraz sacando a flote una antagónica y triste coyuntura virtual. Ahora bien, sustentando un poco las críticas anteriores es preciso recordar que a lo largo de este estudio se ha pretendido mostrar un poco toda esa verdad nacional; en últimas, me ha conllevado a afirmar que en nuestro medio no hay conciencia legislativa en cuanto al carácter científico e intelectual de todo sistema penal, eso es precisamente reflejado en la expedición de códigos penales sin ningún proceso serio y mucho menos sin tales características. Tan cierta es la anterior afirmación, que apenas en 1953 y en cabeza del ilustre penalista Dr. Bernardo Gaitán Mahecha, se hizo el primer estudio dogmático en materia penal de una manera seria y coherente con la coyuntura del momento. Si se quiere ahondar en el tema, es necesario recordar un poco la cercana reforma penal propiciada por el ex Fiscal General de la Nación Dr. Alfonso Gómez Méndez, caracterizada por la unilateralidad en su elaboración y su inoportunismo en su expedición si se tiene en cuenta que no hubo un proceso tal que garantizara la participación activa y continua de los académicos, de las distintas instituciones estatales y en general de toda la

sociedad, contraviniendo una vez más lo planteado ininidad de veces en el presente trabajo, como lo es el establecimiento de un proceso científico e intelectual en la labor legislativa. Dicha reforma se llevó a cabo dentro de una gran problemática socio política como lo fue el proceso de paz, lo cual imposibilitaba la adopción de una nueva normatividad penal ya que su finalidad era precisamente unificar en un solo texto las distintas preceptivas penales dispersas por todo el ordenamiento jurídico además de la tipificación de otras tantas conductas, lo cual queda sometido a los vaivenes de dicho proceso, pues nadie sabe a ciencia cierta cual va a ser su desenlace que de darse de una u otra manera puede desnaturalizar la nueva normatividad penal.

Todo lo anterior conlleva a concluir que mas allá de un avance en materia penal, hemos venido perdiendo terreno frente al desarrollo global en la materia, pues seguimos aparentando una realidad ficticia que en el fondo es el problema mismo que nos está enterrando cada día mas dentro de un mundo donde nadie sabe a ciencia cierta cuales son las instituciones que nos garantizan una vida pacífica y especialmente, donde se respete la dignidad humana.

Creo que muchos de los anteriores problemas podrían solucionarse con la asunción seria de la responsabilidad que implica la adopción de un sistema penal acorde con nuestra realidad y sustentado siempre en la fórmula de la aplicación en primera instancia de la dogmática jurídico penal que nos permita adoptar un modelo abierto de política criminal sustentado en los principios constitucionales de la carta magna para en últimas estructurar un sistema penal idóneo que nos conduzca a enfrentar con mas entereza y eficacia nuestra ineludible realidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Decreto 100 de 1980, Tomo I, *Colegio de Abogados Penalistas Bogotá Y Cundinamarca*, Bogotá – Colombia, 1982

ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Parte Especial, Volumen II, Colección Pequeño Foro, Edición dirigida por Luis Carlos Giraldo Marín, 1981

ACTAS DEL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Parte General, Volumen I, Colección Pequeño Foro, Edición dirigida por Luis Carlos Giraldo Marín, 1981

AGUDELO BETANCUR Nodier, la estructura del delito en el nuevo Código Penal, Ediciones Nuevo Foro, Medellín – Colombia, 2001

BACIGALUPO Enrique,. Manual de derecho penal, , Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1994

BARATTA Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, , Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 1986

BECCARIA Cesare, De los delitos y las penas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1994

CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Tomo I, Bogotá - Colombia, 1971

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO ( LEY 95 DE 1936 ), *Colección Codex Brevis*, Librería Voluntad S.A. , Bogotá – Colombia, 1951

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, LEY 95 DE 1936, DECRETO 2300 DE 1936, Comisión de Asuntos Penales Y Penitenciarios, República de Colombia, Imprenta Nacional, Bogotá, 1937

COMENTARIOS A LA REFORMA DEL SISTEMA PENAL, Colegio de Abogados Penalistas de Santa Fe de Bogotá y Cundimarca, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá - Colombia, 1999

DE SOLA DUEÑAS Ánge, Política social y política criminal, , Homo sociologicus Ediciones Península, Barcelona – España, 1983

DELMAS-MARTY Mireille, Modelos Actuales de Política Criminal, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1986

DIARIO OFICIAL 23316 DEL 24 DE OCTUBRE DE 1936, Imprenta Nacional, Bogotá, 1936

EL DERECHO PENAL CONFORME A LAS CONCEPCIONES MODERNAS, Revista del Instituto de Ciencia Penales y Penitenciarias No.1, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional, Bogotá – Colombia, 1953

GAITÁN MAHECHA Bernardo, Derecho penal general, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1994

GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá – Colombia, 2001

GROSSO GARCÍA Manuel Salvador, La reforma del sistema penal colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez , Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999

MARTÍNEZ SÁNCHEZ Mauricio, La Crisis de la Justicia Penal en Colombia, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999

MIR PUIG S. – STRATENWERTH G. – ROXIN C. – BERGALLI R. – RODRÍGUEZ M. G. – BARATTA A. – HASSEMER W. – BUSTOS J.- CEREZO J.- KAUFMANN A. – JESCHECK H. H. – MUÑOZ CONDE F. – GIMBERNAT ORDEIG E. – LUZÓN PEÑA D. – CÓRDOBA RODA J., Política Criminal y reforma del Derecho Penal, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1982

MORALES MARÍN Gustavo, Proceso Y Sistemas de Juzgamiento Penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá - Colombia, 2001

OCAMPO LÓPEZ Javier, Historia Básica de Colombia, Plaza & Janés Editores, Bogotá – Colombia, 1994

PELÁEZ Michelangelo, Introducción al Estudio de la Criminología, ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1982

PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando, Curso de Criminología, universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2001

PETIT Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Abogados Asociados Editores, Buenos Aires – Argentina, 1924

PLAZAS VEGA Alfonso, Presidentes de Colombia, Panamericana Editorial, Bogotá – Colombia, 1993

RAMÍREZ BASTIDAS Yesid, Sistema Procesal Penal Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1998

RESTREPO PIEDRAHITA Carlos, Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1995

ROXIN Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamento, La estructura de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997

SABINE George, Historia de la Teoría política, Fondo de Cultura Económica, Santa fe de Bogotá – Colombia, 1992

SANDOVAL HUERTAS Emiro, Sistema penal y criminología crítica, Editorial Temis, Santa fe de Bogotá – Colombia, 1994

VALENCIA RESTREPO Hernán, Derecho Privado Romano, Señal Editora, Medellín – Colombia, 1996

VELÁSQUEZ Fernando, Derecho penal – parte general, Editorial Temis, Santa fe de Bogotá – Colombia, 1997

