

EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y LA LEY IMPORTADA*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.**

I. INTRODUCCIÓN

En el gobierno de JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ (1837-1841) se expidió, mediante ley 27 de 1837, el primer Código Penal que rigió entre nosotros a partir del 10 de junio de 1838, efemérides que ha motivado la celebración a la cual concurrimos hoy.

Ello nos ha llevado a formular algunas consideraciones que no pretenden aportar nuevos datos a la inconclusa cronografía del derecho penal en Colombia sino, por el contrario, llamar la atención sobre algo que hemos olvidado reiterada y sistemáticamente: al aludir a estas materias damos por sentado que nos referimos a un derecho penal “nuestro”, e incluso solemos hablar de la “historia” de nuestro derecho penal, cuando lo cierto es que no poseemos un derecho penal (entendido como derecho objetivo o como derecho penal científico) que podamos calificar como “propio”, como fruto de nuestras elaboraciones, ni siquiera una historia del mismo. La verdad es que todo se nos ha impuesto, que en el plano jurídico ha ocurrido lo mismo que en otros ámbitos: somos recibidores de una cultura, la llamada cultura occidental, que nos llegó en pleno estado de decadencia a través del imperio español que la impuso a sangre y fuego durante cerca de tres siglos, destruyendo toda una tradición que databa de centenares de años; somos, pues, el producto de lo poco autóctono que dejó el ambicioso colonizador español, y de lo que nos impuso.

No tenemos tradición histórica, “nuestra” historia es un retazo de sucesos que nos han negado la identidad; se nos impuso la religión, el idioma que hablamos, las instituciones políticas, el arte, la filosofía, etc.; también aconteció lo mismo con las instituciones jurídicas. No poseemos un derecho penal “nuestro”, porque durante ciento cincuenta años de legislación penal hemos importado la ley penal; no existe una “ciencia del derecho penal”, porque no tenemos tradición filosófica ni política sin las cuales no es posible teorizar con originalidad. También la teoría penal, la poca que se ha logrado elaborar con relativa y a veces discutible coherencia, ha sido traída de otras latitudes.

* Conferencia pronunciada en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, el día 26 de junio de 1987, con ocasión de la conmemoración del primer sesquicentenario del Código Penal de 1837.

** Coordinador de la Revista *Nuevo Foro Penal*.

Cuando abrimos cualquier "Manual" de derecho penal (bien escasos por cierto), o acudimos a la casi inexistente bibliografía especializada, verificamos, ya sin estupor, que al abordar el decurso histórico del derecho penal vigente, los autores, sin excepción alguna, se dedican a apilar una serie de datos, los cuales suponen en realidad una mera cronología¹ que no son una "historia" porque toda esa serie dispersa de sucesos y de fechas aparece completamente desligada de las circunstancias económicas, políticas y sociales que imperaban en la sociedad colombiana al momento en que sucedieron.

Pero tal vez lo más grave no es esa desvinculación de la realidad que caracterizó estas cronologías, lo preocupante es que la legislación hasta hoy expedida y la poca teoría levantada, nos han legado desvinculadas casi totalmente de los factores que en Europa las posibilitaron. Este descuido es producto del abandono de las investigaciones históricas, las cuales deben realizarse no a partir de la civilización invasora si no arrancando de nuestros verdaderos ancestros, de la identidad que nos brindan las culturas aborígenes.

Ustedes me van a perdonar, y espero que nadie se sienta ofendido o molesto, pero si queremos ser consecuentes con el derecho penal que hoy defendemos o pretendemos profesar, lo primero que debemos hacer es cambiar los términos de la discusión, por lo cual no debe hablarse de "nuestro derecho penal", sino del *Derecho penal vigente en Colombia* y de la *cronografía* que del mismo se ha hecho.

Ojalá, y hago votos por ello, la conmemoración que hoy efectuamos nos posibilite replantear tan trascendentales aspectos, dando un viraje definitivo en los estudios penales que nos permita colocarnos al tanto de la moderna polémica europea pero, al mismo tiempo, apegados a nuestra realidad, al derecho penal que rige en la práctica cotidiana, manifestación en gran medida de las instituciones penales aborígenes y de las que nos han legado culturas como la africana, la europea y aun la asiática, empotradas en nuestra nacionalidad. Obviamente, un viraje radical no es posible mientras las condiciones en un plano general no lo propicien y Latinoamérica encuentre su verdadera autonomía; sin embargo, mucho ganaríamos con un cambio de actitud mental que nos permitiese tomar conciencia de lo que somos y de lo que podemos ser, hasta que llegue un día en el cual florezca el derecho penal como auténtica disciplina que refleje los conflictos económicos, culturales, políticos y filosóficos que se debaten en nuestro conglomerado social, porque, como lo señala LÓPEZ DE MESA, "es verdad que en este continente se está incubando ya una nueva jornada de cultura"².

II. DEL DERECHO PENAL ABORIGEN A LA DOGMÁTICA JURIDICOPENAL

Cuando los autores pretenden historiar el derecho penal en Colombia, con poco éxito, como ya se dijo, muestran un secular y reiterado olvido del derecho penal aborigen que a nuestro modo de ver las cosas es la etapa de más importancia y duración. BARRIENTOS RESTREPO, por ejemplo, dice: "tres periodos se pueden distinguir en la historia del derecho penal en Colombia, así: primer periodo: la conquista; segundo periodo: la colonia; y tercer periodo: la República"³; ROMERO SOTO, haciéndose eco del mismo olvido habla de dos periodos: época colonial y época de la República⁴; REYES ECHANDÍA distingue, a su turno entre "orígenes mediatos" e "inmediatos"⁵; y PÉREZ, que con acierto prefiere hablar de la "integración del derecho penal colombiano", después de señalar las diversas fuentes del mismo, se atreve a indicar algunas "prácticas penales de los aborígenes" y de la "supervivencia de algunas instituciones primitivas"⁶.

Solo ROZO ROZO hace énfasis en aquella etapa. Para él debe hablarse: 1) del derecho penal de las distintas poblaciones aborígenes hasta la llegada de los españoles; 2) el relacionado con la Conquista, la Colonia y parte de la Independencia; y 3) el de la "absoluta independencia" constituida Colombia en República "libre" ("Como si se pudiera decir a boca llena que somos independientes y conociéramos la libertad!")⁷.

Después de todo, lo lógico es hablar de cuatro etapas; 1) periodo del Derecho Penal Originario; 2) periodo de la Conquista; 3) periodo de la Colonia; 4) periodo de la República. Estas cuatro fases nos muestran un común denominador que hoy se palpa cabalmente: hemos evolucionado (si es que se puede utilizar tal expresión) del derecho penal primitivo a la dogmática juridicopenal.

Hoy, en medio de esta nacionalidad convulsionada, cuando la teoría penal colombiana recoge fragmentariamente la polémica alemana de los años cincuentas, en muchos núcleos sociales rigen las instituciones penales primitivas. Este fenómeno no ha sido ni siquiera tenido en cuenta por el legislador colombiano que, al parecer pensando solo en una porción del territorio y en un núcleo social, se ha atrevido a afirmar que "la ley penal colombiana se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella" (art. 8° del C. P.).

Pero prestemos un poco de atención a la *primera etapa*. Durante cientos de años nuestras culturas indígenas se rigieron por unas instituciones penales propias, que en algunos casos llegaron a alcanzar un alto grado de desarrollo⁸, como lo

³ SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, Medellín, Edit. Bedout, 1977, pág. 99.

⁴ *Derecho penal*, cit., págs. 167 y ss.

⁵ *Derecho penal*, cit., págs. 48 y 51.

⁶ *Derecho penal*, t. I, cit., págs. 44 y 45.

⁷ JULIO ENRIQUE ROZO ROZO, *Comentarios de derecho penal general*, I, Bogotá, Edic. Universidad de Santo Tomás, 1978, págs. 110 y ss.

⁸ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de derecho penal*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1977, pág. 913), cree encontrar gran semejanza entre el derecho penal de los nativos de "Indoamérica" y los primitivos del oriente asiático.

¹ Cfr., por ejemplo, LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 41 y ss.; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 10ª ed., Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 48 y ss. BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edic. Lerner, 1963, págs. 31 y ss.; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1969, págs. 167 y ss. Sin lugar a dudas, aunque solo llega hasta 1858, la mejor cronografía es la de ARTURO QUIJANO, *Derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta Rivas, 1898.

² LUIS LÓPEZ DE MESA, *Disertación sociológica*, Medellín, Edit. Bedout, 1970, pág. 422.

muestran los estudios sobre la civilización chibcha, en la que sobresale el supremo legislador NOMPAREN, quien, al decir de TRIANA, expidió una serie de leyes moralizadoras, las cuales "se reducían a cuatro: no matar, no hurtar, no mentir y no quitar la mujer ajena. Solo establecían la pena de muerte para los asesinos, y para los demás transgresores se imponía el castigo de azotes por la primera vez, el de la infamia personal por la segunda y el de la infamia hereditaria por la tercera reincidencia. Este sencillo Código, comprensivo, sin embargo, de casi todos los actos punibles, fue tan eficaz para la moralidad del pueblo que, según el cronista, los indios ignoraban el hurtar, y el mentir hasta cuando los españoles se los enseñaron; pero agrega que quedaron muy bien aprendidos"⁹.

Este Código fue adicionado por NEMEQUENE, Zipa que reinaba en la Sabana de Bogotá a la llegada de los españoles, quien introdujo el tallón y castigos para el incesto y la sodomía, de quien, con razón, ha dicho LÓPEZ DE MESA: se trata de un legislador que nos reveló un despertar del espíritu y que "recopiló, ordenó, amplió y aplicó inteligentemente las normas morales y jurídicas de su nación, dejándonos una tradición que va a permitirnos audaz, pero no embustera mi romántica exégesis de la civilización Muyska"¹⁰.

Lo anterior para mostrar un solo ejemplo de esa cultura indígena que late en nuestras entrañas y que a manera de "iceberg" sigue incrustada en nuestra tradición, aunque hemos cerrado nuestros ojos para ver solo la punta que emerge en medio del mar. Esto para no mencionar las prácticas de los urabae, los catíos, los chipataes, los muzos, los guaches, los nutabes, etc., así como las que todavía imperan hoy: el tabú de la sangre y la composición, la magia adivinatoria y la expiación por el homicidio, entre otras¹¹. Una verdadera historia del derecho penal colombiano tiene que empezar por reconstruir todo este período que, es bueno insistirlo, no terminó completamente con la irrupción española y que por el contrario se sigue manifestando, por lo cual, puede afirmarse, poseemos dos derechos penales: el que ha impuesto el legislador y es objeto de teorización, y el que aún pervive, como subsisten las culturas indígenas en conflicto con la cultura de occidente en decadencia.

El período de la Conquista, que va desde 1492 hasta 1563, se caracteriza por el aplastamiento del derecho penal aborigen, por obra de los conquistadores sometidos a la legislación española, en el que reinaban el capricho, la arbitrariedad, el absolutismo y la fuerza bruta, lo cual hace pensar que aquellos, antes que "atender a la ley del Estado, en cuyo nombre obraban, se contentaban con obedecer pero no cumplir"¹².

La tercera etapa o de la Colonia, que empezó en 1563 y que supuso una consolidación política de los españoles por la erección primero de la Presidencia del Nuevo

⁹ MIGUEL TRIANA, *La civilización chibcha*, Bogotá, Edic. Banco Popular, 1984, pág. 115. Predecesor de NOMPAREN o NOMPANIM (Vaso de León) fue BOCHICA o NEMQUETEBA, a quien QUIJANO considera el "primer legislador de los indígenas de Colombia", *op. cit.*, pág. 12.

¹⁰ *Ob. cit.*, pág. 267. Véase también BARRIENTOS RESTREPO, *cit.*, pág. 100.

¹¹ PÉREZ, *ob. cit.*, págs. 44 y 45.

¹² BARRIENTOS RESTREPO, *ob. cit.*, pág. 101.

Reino de Granada (1563-1740) y, luego, del Virreinato de la Nueva Granada (1740-1810), se caracteriza por el imperio de la legislación española (*Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Estilo, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Fueros Municipales, las Siete Partidas*, la Nueva y la Novísima Recopilación), y las leyes dadas por la Corona que se reunieron en la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* (1680), en las cuales se amalgamaban influencias germánicas, romanas y canónicas¹³.

Como es apenas lógico, es inconcebible pensar en la existencia de un derecho penal propio (salvo cuando los españoles reconocían jurisdicción a los caciques indígenas) durante este extenso período, adelantando el período de la ley penal importada o etapa de la República, que es la subsiguiente.

El período que los expositores denominan *Etapa de la República*, debe enmarcarse dentro de una situación, en cuanto a lo político, bastante convulsionada, como lo demuestran las diversas denominaciones que ha tenido el Estado: *Provincias Unidas de la Nueva Granada* (1810-1819), *República de la Gran Colombia* (1819-1831), *República de la Nueva Granada* (1831-1858), *Confederación Granadina* (1858-1861), *Estados Unidos de Colombia* (1861-1885), y, finalmente, *República de Colombia* (1885-1987).

Durante este lapso solo se han sucedido pugnas intestinas por el poder, enmarcadas en las agrias y a veces planeadas disputas entre liberales y conservadores, que solo han desatado guerras, inestabilidad institucional, atraso y subdesarrollo. El poder ha sido usufructuado por diversos y escogidos núcleos familiares que se lo han transmitido de generación en generación.

La nueva etapa, en cuanto a lo penal, está enmarcada por la continuidad de la legislación española vigente hasta que se produce la sanción del Código Penal de 1837, esta codificación, se ha dicho de manera insistente, es una copia del Código español de 1822 y del francés de 1810 modificado en 1832. Se inicia así el trasplante de instituciones penales a nivel legislativo, mediante una codificación que se perpetuó en la práctica durante un siglo¹⁴. Por ello no es de extrañar que en 1936 GUTIÉRREZ ANZOLA haya afirmado que este Código "...es el mejor que hasta el presente hayamos tenido en el país, porque en él rige una rigurosa técnica y gran concordancia y armonía entre las disposiciones que contienen las nociones esenciales y las que se refieren a la reglamentación de los delitos. Claro está que dicho Código está íntegramente basado sobre los postulados vigentes en aquellos tiempos y muy de acuerdo con la época histórica"¹⁵.

Que fuera el mejor o el peor es algo que de suyo no merece discusión, si se tiene en cuenta que los códigos de 1873 y 1890 no fueron más que refundiciones suyas; lo que sí merece discutirse es aquello de que está basado en los postulados

¹³ *Cfr.* PÉREZ, pág. 41.

¹⁴ AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, pág. 48. Los precedentes del C. P. de 1837 pueden consultarse en la obra de QUIJANO, *op. cit.*, págs. 101 y ss.

¹⁵ JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *El nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Edit. Renacimiento, 1936, págs. 11 y 12.

entonces vigentes y de acuerdo con tal época histórica. ¿En cuáles postulados? ¿A qué concepción filosófica respondía el estatuto? ¿Cuál fue el factor político que lo generó? ¿Cuál fue la situación económica que hizo viable su expedición? Preguntamos.

Una cosa es que tal estatuto, en gran medida, se compadeciera con los factores que entonces posibilitaron las reformas legislativas en España y Francia, con las condiciones políticas, económicas, filosóficas y sociales allí imperantes, y otra muy distinta que se correspondiera con la realidad colombiana, con un Estado colonial enmarcado dentro del mercantilismo económico que, como ha dicho TIRADO MEJÍA, tenía como función "la de reproducir las condiciones para la extracción de excedente económico con destino a la metrópoli, y según las prácticas y principios mercantilistas, esto se hizo por medio de la reglamentación del monopolio"¹⁶. De un estado esclavista que continuaba la discriminación con los indígenas, jerarquizado, y que garantizaba a un reducido grupo de criollos privilegiados el mantenimiento de las altas dignidades civiles, eclesiásticas y militares.

La anterior es, justamente, una nota de la ley importada, de una ley que se traslada de la Europa posrevolucionaria a la Colombia colonial, para ponerla al servicio de las castas entonces dominantes,

Tampoco parece claro, como dice el distinguido profesor, que el Código se hubiese compadecido con la época histórica. Nos resistimos a creer, por ejemplo, que el régimen punitivo, sobre todo en materia de pena de muerte (arts. 32 a 40), estuviera acorde con lo nuestro, con la esencia de nuestra nacionalidad; ¡que tan horribles formas de ejecución de la pena capital como las allí contempladas, se correspondiesen con nuestra tradición!

El inicio de la hegemonía liberal, con JOSÉ HILARIO LÓPEZ a la cabeza (1849-1853), permitió muy pronto la transformación del Estado colonial jerarquizado, para adecuarlo a las exigencias internacionales; se puso así de moda el *laissez faire*, y un alud de disposiciones legislativas barrió la protección comercial y quebró los monopolios¹⁷. Pronto también se presentaron algunas reformas penales como la supresión de la pena de muerte, trabajos forzados, presidio, prisión, reclusión e infamia para los delitos políticos (art. 1º de la ley 26 de mayo de 1849), lo mismo que la vergüenza pública cuando se trataba de delitos comunes (art. 5º), en lo cual tuvo decisiva influencia el entonces presidente del Senado JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ.

A tono con lo anterior, el 31 de mayo de 1851 se expidió una ley que dijo en su art. 1º: "es completamente libre la expresión (sic) del pensamiento por medio de la prensa", y el 4 de junio del mismo año se promulgó otra "estableciendo el juicio por jurados para los delitos de homicidio, robo i (sic) hurto de mayor cuantía". A estas leyes había antecedido la famosa de 21 de mayo de 1851, que abolió la esclavitud.

¹⁶ ÁLVARO TIRADO MEJÍA, "El Estado y la política en el siglo XIX", en *Manual de Historia de Colombia*, t. II, Bogotá, Circulo de Lectores, 1983, pág. 330.

¹⁷ Ídem, pág. 344.

Detrás de todos estos cambios que se iban propiciando estaba el movimiento federalista, que cuajó en 1858 y que dió lugar a la expedición de la Constitución de Rionegro de 1863, de corte decididamente liberal, la cual posibilitó el Código Penal de 1873 (ley 112 de 26 de junio) que acabó, en realidad, de concretar las reformas parciales que se venían introduciendo al Código Penal de 1837, caracterizado por un sistema punitivo sobremanera humanitario¹⁸.

Obviamente, como se ha afirmado, el federalismo respondía "a los intereses de las oligarquías regionales en momentos en que no estaba constituida la nacionalidad y ante la carencia de una clase hegemónica que tuviera un ámbito nacional de dominación"¹⁹. Semejante explosión federalista permitió que a partir de 1858 los nueve Estados soberanos se dieran sus propios códigos penales, vaciados sobre el de 1837, con sus modificaciones, e introduciéndole a veces reformas, aunque no sustanciales. La apertura económica que a su turno garantizó el federalismo, generó pronto una clase dominante con intereses polifacéticos en el comercio, la tierra y la usura que requería una nueva forma de Estado; por ello apareció el movimiento regenerador de NÚÑEZ, que reconstituyó a Colombia en república unitaria y centralista, partiendo de premisas económicas, ideológicas y jurídicopolíticas diferentes. Justamente, dentro de estas últimas urgía una codificación penal autoritaria, por lo cual se regresó al Código de 1837 en gran medida, con la expedición de la ley 19 de 1890, que rigió desde el 15 de junio de 1891 restableciendo, entre otras cosas, la pena capital.

Seguíamos, pues, girando en torno a los intereses de la clase política en el poder, lo cual conllevaba la manipulación de la legislación penal como instrumento de represión.

Hasta esta época, es bueno precisarlo, no había comenzado en Colombia la doctrina penal, la cual nació, afortunadamente sin pretensiones de originalidad, gracias al trabajo de JOSÉ VICENTE CONCHA, quien en el Prólogo de su *Tratado* decía en 1896:

"La tarea de este libro es modesta: se reduce a *compendiar estudios de los más recientes y renombrados autores europeos*, sin olvidar otros antiguos, cuyos escritos cuentan entre las obras magistrales o clásicas de la ciencia penal, tales como el profesor ROSSI, fundador de la escuela ecléctica, a la cual pertenecen hoy mayor número de escritores espiritualistas que no aceptan el positivismo de COMTE, la teoría determinista de LOMBROSO y MAUDSLEY, o los que, en una u otra forma, niegan el libre albedrío, base de la responsabilidad penal"²⁰.

Desgraciadamente la modestia de CONCHA, al reconocer el carácter sumiso y dependiente de las disciplinas penales en Colombia, no sirvió de ejemplo, ni mucho menos su llamado a los noveles escritores a "desarrollar entre nosotros estudio tan hermoso y fecundo".

¹⁸ Así LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 45.

¹⁹ TIRADO MEJÍA, op. cit., pág. 347.

²⁰ JOSÉ VICENTE CONCHA, *Tratado de derecho penal*, 7ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1929, pág. 5.

Con este autor nace la que podríamos denominar *época clásica* de la doctrina penal colombiana, que corre desde 1896 hasta 1938, cuando irrumpe en el ámbito legislativo el Código Penal expedido desde 1936, que recogía el positivismo jurídico italiano y que puede considerarse, en realidad, como el segundo Código Penal de la era republicana. Al lado de CONCHA debe mencionarse también a ARCESIO ARA-GÓN, quien, siguiendo los lineamientos de aquel, publicó en 1934 sus *Elementos de criminología y ciencia penal*, también de corte clásico.

El Código Penal de 1936 se inscribe en el movimiento liberal que se generó a partir de la década de 1930 y, más concretamente, en la "Revolución en Marcha" de LÓPEZ PUMAREJO, quien se propuso, siguiendo los moldes del liberalismo intervencionista inspirado en la filosofía de la defensa social, introducir reformas al Estado colombiano. Algunas de ellas quedaron plasmadas en la reforma constitucional de 1936, y se concretaron en cuanto lo penal en la ley 95 de 1936.

También esta codificación, que irrumpió con pretensiones de modernidad y hasta de originalidad, como su predecesor el Código de 1837, calificado por uno de los redactores de aquel como "extravagante caricatura del Código francés de 1810" es una secuencia más de lo que hemos denominado "ley penal importada"; ello parecieran confirmarlo las siguientes palabras de LOZANO Y LOZANO:

"...el nuevo estatuto recoge metódicamente en sus textos aquello que alguien ha llamado el derecho penal actual, o sea el fruto maduro de más de cincuenta años de controversias científicas entre las más altas escuelas del pensamiento en materia de derecho criminal de Europa y América...

"Es una obra moderna de adaptación, que sus redactores estiman lógica, coherente, dotada de un pensamiento directivo muy definido, y animada por un criterio no solo de equidad sino de defensa social... que restablece el orden de prelación en la defensa de los derechos, que abandona el criterio de la expiación y funda la pena en la peligrosidad"²¹.

Esto no era de extrañar, pues el estatuto seguía muy de cerca el Proyecto de Ferri para Italia de 1921, que recogía los postulados de la defensa social dentro del marco liberal intervencionista entonces imperante, amén de que algunos de los redactores habían sido discípulos del Pontífice de la Escuela Positiva. Nuevamente, pues, trasladamos un proyecto de legislación de un país europeo, en este caso Italia, a un país como Colombia, sumido en el atraso, con una organización política muy diferente, como si los factores económicos, políticos y filosóficos que posibilitaron dicho proyecto de codificación se pudieran también trasplantar mecánicamente.

No queremos cuestionar aquí, desde el punto de vista técnico, el estatuto punitivo de 1936, ni entrar a determinar si fue bueno o malo; lo que nos interesa precisar es que por segunda vez en el decurso republicano se frustró una verdadera reforma penal entre nosotros, porque la preocupación fundamental que nos embargaba era acoger lo que se denominaba "derecho penal actual", como si implantando instituciones extrañas cambiara nuestra realidad.

²¹ CARLOS LOZANO Y LOZANO: "Prólogo", en *Código Penal*, compilado por José Antonio Archila, Bogotá, Edit. Cromos, págs. V y VI.

Con esta mutación legislativa se inició también una segunda etapa en la doctrina penal colombiana, que podemos denominar *época del positivismo*, que corre entre 1938 y 1963 y que muestra como principales exponentes a LOZANO Y LOZANO, PÉREZ, VÁSQUEZ ABAD, GÓMEZ PRADA, MESA VELÁSQUEZ y ARENAS, amén de otros autores que penetraron en el campo de la Parte Especial, caracterizados por la recurrencia a las ideas ferrianas que, paradójicamente, pasaron entre nosotros como expresión del más genuino liberalismo, cuando en realidad eran concreción de filosofías autoritarias²².

Finalmente, llegamos al último período de la doctrina penal entre nosotros, o *época de la dogmática juridicopenal* que se inicia en 1963 y llega hasta nuestros días, en la cual hemos presenciado un anunciado y radical viraje, esta vez hacia la ciencia penal alemana, lo que a su turno se ha traducido en una nueva legislación penal: el Código Penal de 1980.

Este período se ha caracterizado en gran parte por la vigencia de los postulados de la época anterior, lo cual se explica por la supervivencia hasta 1981 del estatuto positivista. Las bases del nuevo desarrollo fueron sentadas por GAITÁN MAHECHA, quien por primera vez llamó la atención sobre las construcciones dogmáticas (1953) y publicó una obra de conjunto siguiendo tales directrices (1963)²³; luego aparece el *Derecho penal* de REYES ECHANDÍA (1964), seguido de diversas monografías, del cual se hicieron 10 ediciones hasta la póstuma (1986). También después del viraje observado, debe mencionarse el importante *Tratado* de PÉREZ (1967, 1977, 1981 a 1987); el *Derecho penal* de ROMERO SOTO (1969); el *Manual* de ESTRADA VÉLEZ (1972, 1975), luego refundido en su *Derecho penal* (1981, 1986); los *Comentarios* de ARENAS (1981), aunque anclado todavía en la época anterior; y, finalmente, el *Derecho penal fundamental* de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1982, 1986).

Ha sido este un período de intenso debate académico, fortificado por el resurgimiento de publicaciones periódicas entre las cuales deben mencionarse revistas como *Derecho Penal y Criminología*, y *Nuevo Foro Penal*, esta última gracias a la importante contribución de AGUDELO BETANCUR.

El Código de 1980 surge de todo un movimiento supuestamente reformador, iniciado hacia 1972, del cual emanan varios proyectos (1974, 1976, 1978, 1979) y supone, en cuanto a lo político, un compromiso entre los partidos tradicionales en el poder en virtud del pacto bipartidista entonces denominado "Frente Nacional", voceros de los grandes potentados financieros que en la década de los setentas y comienzos de los años ochentas, como en ninguna otra etapa de la historia nacional, habían alcanzado una concentración de capitales sin precedentes con la consecutiva pauperización de amplias capas de la población. El Código, pues, aparentemente muy liberal y progresista como se deduce de su título preliminar consagratorio de los principios rectores que rigen el derecho penal de corte occidental capitalista,

²² Así JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 176.

²³ BERNARDO GAITÁN MAHECHA, "El derecho penal conforme a las concepciones modernas", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, N° 1, Bogotá, 1953, reproducido en NFP, N° 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 331 y ss. Cfr. *Curso*, cit., nota 1.

responde a aquellos intereses hegemónicos; si algo queda claro, como lo señaló con acierto algún expositor, es que el legislador colombiano de 1980 dio un tratamiento punitivo diferencial a las conductas que protegen derechos sociales e individuales, contrariando las directrices que orientan nuestra estructura jurídica²⁴, posibilitando que bienes jurídicos de orden colectivo como el orden economicosocial se vieran notablemente desprotegidos en beneficio, y obviamente con beneplácito, de la creciente y corrupta burocracia estatal y de la delincuencia de cuello blanco en permanente ascenso.

Pero no solo se trata de un Código expedido para proteger los intereses en boga en la sociedad colombiana, sino que es otra manifestación más de la ley penal importada, como que gran parte de sus lineamientos han sido calcados del Código Penal Tipo para Latinoamérica, proyecto elaborado siguiendo toda la discusión alemana del presente siglo y que, con acierto, ha sido calificado por BACIGALUPO como "un modelo anticuado" que en realidad deja inalterado el sistema penal²⁵ sin introducir, por ende, una verdadera reforma penal.

Si en 1936 copiamos directamente las doctrinas italianas, esta vez hemos implantado la dogmática alemana por vía indirecta y de repente hemos incorporado un texto legal que recoge más de ochenta años de polémica en dicho país, incluso cuando ya la ciencia penal de aquella nación había dado un viraje radical hacia la política criminal. Esto equivale, ni más ni menos, a olvidar los diversos factores que permitieron la construcción de cada uno de los esquemas del delito, como si los mismos pudieran, de la noche a la mañana, trasplantarse a nuestra realidad.

La inconsecuencia es mayúscula cuando se piensa, por ejemplo, que el esquema clásico nació hacia 1870 y perduró hasta 1900, gracias a la influencia del movimiento positivista (factor científico), dentro de un Estado de corte liberal clásico en plena decadencia (factor político); que el esquema neoclásico, que rigió entre 1900 y 1930, supuso un viraje hacia la filosofía neokantiana (factor científico), en el marco del Estado liberal intervencionista (factor político); y, finalmente, que el esquema finalista que imperó entre 1945 y 1960, fue el fruto de un resurgir de la filosofía iusnaturalista (factor científico), en frontal combate contra el régimen nazi de decidida orientación irracionalista, en la búsqueda de la construcción de un Estado social y democrático de derecho (factor político)²⁶.

¿Cuál es la tradición filosófica, científica, política, etc., vigente en nuestro país, que nos permita darnos semejante legislación penal? ¿Dónde están plasmadas en nuestra sociedad las circunstancias que hicieron viable el surgimiento de tales esquemas en Alemania? ¿Cómo es posible que un país con una elevada tasa de analfabetismo, con una estructura estatal de corte liberal clásico con ropajes de liberalismo intervencionista y autoritarismo, en el cual se debaten todavía las institu-

²⁴ Así, EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal", en NFP, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 180 y ss.

²⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis-ILANUD, 1984, pág. 45.

²⁶ Sobre este punto SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, págs. 208 y ss. y EBERHARD SCHMIDT, quien es en parte copiado por aquel en *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, véase también a HINRICH RÜPING: *Grundriss der strafrechtsgeschichte*, München, C.H. Beck, 1981, especialmente, págs. 54 y ss.

ciones penales aborígenes con las de los invasores, pueda definir en su Código Penal el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2°), lo que no se había atrevido a hacer ni siquiera el Código Penal alemán de 1969, el más dogmático del planeta?

Tal vez nos hayamos "modernizado", como han dicho insistentemente los redactores del estatuto, y no pretendemos discutirlo; tampoco es este el lugar para debatir si la dogmática penal cumple o no importantes funciones, como han planteado los expertos. Lo que nos interesa señalar, una vez más, es cómo hemos reiterado lo que veníamos haciendo desde 1837: seguimos solo preocupados por "estar a la moda", alejados de nuestra realidad. ¡Hasta ahora no hemos realizado una verdadera reforma penal!

Lo dicho para el derecho penal positivo cabe también para la doctrina penal actual, la cual, en gran medida, solo se ha preocupado por los problemas sistemáticos que han suscitado los diversos modelos dogmáticos, sobre todo los neoclásicos, acudiendo como refugio a la doctrina alemana y sus países satélites; poseemos una doctrina que carece de originalidad y se ha preocupado solo por el copismo; para muy poco se ha tenido en cuenta nuestra realidad. Incluso en algunos sectores se desconocen los postulados que se debaten; así sucede, solo para citar un ejemplo, cuando se aborda la concepción finalista, la cual, pese a haber agotado sus planteamientos hace casi treinta años, se hace aparecer por autores nuestros "en plena evolución". Así, ESTRADA VÉLEZ, todavía en pleno 1986, dice que "a pesar de que va ganando terreno, *está todavía en plena evolución y es de esperarse que de la agitada controversia actual (?) surgirá una concepción consolidada* de vastas proyecciones en el futuro"²⁷.

El derecho penal entre nosotros, en conclusión, ha dado un salto mortal desde las instituciones penales de los aborígenes hasta la dogmática juridicopenal, sin que nos hayamos preocupado por construir una verdadera historia de nuestra disciplina; hemos agotado toda la trayectoria legislativa mirando fuera de las fronteras, cuando debiéramos mirar dentro de ellas. Y todo con un común denominador, como lo señala SANDOVAL HUERTAS: "Desde su origen la normatividad penal es empleada sistemática y consistentemente como uno más de los instrumentos a que recurren las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan dentro de las relaciones de producción generadas por la fase contemporánea del sistema capitalista"²⁸.

III. PERSPECTIVAS ACTUALES

Por lo pronto, en cuanto a la legislación penal se refiere, creemos que una verdadera reforma penal no ha sido aún realizada, constituyendo tal clamor una

²⁷ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 100. En similar sentido PÉREZ: "todavía existen dudas sobre si se trata de una organización de principios rectores de la teoría del delito, o si se centra únicamente en los conceptos sobre la acción" (ob. cit., pág. 38).

²⁸ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 67.

reivindicación a la orden del día, digna de ser abanderada por los consultores de las disciplinas penales. Requerimos una codificación a tono con nuestras necesidades, que antes de recurrir a legislaciones importadas se nutra de ese derecho viviente que se refleja en el quehacer cotidiano; no significa esto, sin embargo, que debemos abandonar los desarrollos modernos que nos vienen de países más evolucionados, los cuales debemos conocer a fondo y nos deben servir como punto de referencia y de reflexión.

Se requieren investigaciones históricas, antropológicas, sociológicas, criminológicas, etc., que hagan fácil al penalista conocer el objeto de conocimiento que manipula; las características de la sociedad colombiana; las instituciones penales que rigen los diversos conglomerados que se asientan a lo largo y ancho del territorio nacional; las instituciones políticas reinantes; las diversas manifestaciones de criminalidad; en fin, todo un estudio concienzudo que permita legislar acorde con nuestras condiciones particulares, evitando que la codificación penal se torne ilusoria e inoperante.

Este, lógicamente, es apenas un aspecto del problema, pues de otro lado se requieren hondas transformaciones de la sociedad colombiana, a las cuales no pueden ser ajenos los estudiosos del derecho penal, quienes, por su ministerio, están obligados a velar por ellas.

En lo atinente a la doctrina penal colombiana, todo hace indicar que la incursión por las sendas de la dogmática juridicopenal, posibilitada por la consagración expresa que de ella ha hecho el legislador, tendrá que continuar adelante pero requerirá de muchos años de evolución para que sus alcances lleguen a ser comprendidos por gran parte de los estudiosos, todavía anclados en la tradición y aplicados por una jurisprudencia estacionaria. Es de preverse que las diversas etapas de la concepción dogmática, dado el atraso actual, tiendan a reproducirse entre nosotros hasta que tomemos plena conciencia de que solo es posible una ciencia penal integral en la cual tengan amplia cabida, al lado de las consideraciones puramente dogmáticas, las elaboraciones criminológicas y politicocriminales; afortunadamente algunas direcciones ya empiezan a caminar en este sentido, planteando un derecho penal crítico, aunque los desarrollos que se puedan derivar de las mismas están en vía de desarrollo²⁹.

Es una imperiosa necesidad para poder encontrar nuestra identidad y abordar una codificación como la que hoy nos ocupa, escribir la auténtica historia del derecho penal colombiano; ello seguramente permitirá, acorde con los desarrollos que se proponen, hablar por fin de un derecho penal nuestro, para no tener que limitarnos a las cronografías de las legislaciones que nos han impuesto, y a la tarea mecánica de vaciar polémicas doctrinarias traídas de otras latitudes.

Queremos poner aquí punto final en nuestra exposición, con la cual no hemos pretendido hacer un estudio exhaustivo de lo que ha sido la historia del derecho penal en Colombia, no porque no quisiéramos realizarlo, sino tan solo llamar la atención sobre la inaplazable necesidad de cambiar el rumbo que hasta ahora hemos seguido, so pena de seguir anclados en un estudio improductivo que poco podrá ofrecer a las generaciones venideras. ¡El verdadero derecho penal colombiano está todavía por construirse, ese es el reto presente y por ello nadie puede llamarse a engaños!

²⁹ Dentro de este esquema, por ejemplo, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, t. 1, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986.

LA CODIFICACIÓN PENAL COLOMBIANA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO*

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL**

Inicialmente, deseo expresar mi sincero agradecimiento a los organizadores de este encuentro, con el cual se conmemoran los ciento cincuenta años de expedición de nuestro primer Código Penal Republicano, el Grupo de Estudios de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO", la Editorial Temis y la Biblioteca Luis Ángel Arango, por la gentil invitación que me han hecho para participar en él. Sea del caso destacar, en relación con el tema que comprende mi ponencia, que él, contrario a lo que su título insinúa, no corresponde a una exhaustiva investigación que comprenda todo el desarrollo histórico del proceso codificador colombiano y, mucho menos, visto dentro del amplísimo contexto latinoamericano. Primero, porque una labor de tal magnitud no solo excedería las pautas fijadas para la intervención en este evento, sino que las limitaciones de tiempo con que contamos para su preparación la habrían hecho imposible. Segundo, porque ciertamente la dispersión del material consultable y lo precario de la investigación histórica hasta ahora adelantada en estos temas, se habrían constituido en limitantes superiores a nuestros propósitos. Por eso, si algo ha de caracterizar este modesto trabajo es su generalidad, en el sentido de que no constituye una revisión minuciosa de la historia de los códigos penales que nos han regido, a partir de la emancipación. Él se circunscribe en una muy somera consideración de algunos criterios imperantes en la adopción de varios de los códigos que han regido en el área latinoamericana.

Tampoco pretendemos demostrar nada específico, que no sea lo indispensable que resulta la formación de una conciencia, en quienes se ocupan de estas materias, para abordar la investigación sobre nuestro pasado legislativo en pos de una toma de posición frente al futuro, a partir de la verificación de esas constantes que nos han signado e identifican como pueblo dependiente y contradictorio, aun en la producción de nuestros sistemas penales.

El proceso de emancipación de la Corona española no determinó en forma inmediata el establecimiento de un nuevo orden jurídico por parte de los Estados latinoamericanos que recién nacían a la vida como naciones independientes. Entre uno y otro fenómeno se aprecia un período intermedio; en el que siguieron imperan-

* Intervención del autor en las Jornadas de conmemoración de los ciento cincuenta años de expedición del Código Penal de 1837, celebradas durante los días 27 y 28 de junio de 1987 en Bogotá.

** Profesor de Criminología de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.