

DUARTE MARTÍNEZ, CARLOS, "La transmutación de las sanciones positivistas para el delincuente nato en el código penal colombiano de 1936", *Nuevo Foro Penal*, 101 , (2023).

La transmutación de las sanciones positivistas para el delincuente nato en el código penal colombiano de 1936¹

The transformation of positivist sanctions for the innate delinquent in the Colombian Criminal Code of 1936

Fecha de recibo: 06/06/2023. Fecha de aceptación: 11/07/2023.

DOI: 10.17230/nfp19.101.3

CARLOS ARTURO DUARTE MARTÍNEZ*

Resumen

En Colombia las ideas de la escuela positivista influyeron la redacción del Código penal de 1936 sin que las penas de prisión perpetua y prisión indeterminada fueran acogidas para todos los delincuentes natos, pues únicamente se establecieron para los alienados o anormales, bajo el nombre de "medidas de seguridad". A partir de un estudio general del impacto del positivismo penal en América latina y en particular de las actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios que redactó dicha codificación, se sostiene que lo anterior fue resultado de un sincretismo con el

1 Artículo producto de la investigación realizada para la clase sobre "El positivismo biológico jurídico en América Latina" impartida por el Doctor Sandro Olaza Pallero en los cursos intensivos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

* Abogado y Especialista en Derecho público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB) y Magíster en Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas "Laureano Gómez Serrano" de la UNAB. cudarte3@unab.edu.co

pensamiento penal colombiano, que era influido por la escuela clásica del Derecho penal y reconocía la insuficiencia de investigaciones sobre la delincuencia nacional y de médicos, jueces y administradores penitenciarios para cumplir con las metas perseguidas por el positivismo penal.

Palabras clave

Peligrosismo; prisión indeterminada; pena de muerte; criminología.

Abstract

In Colombia, the ideas of the positivist school influenced the drafting of the Penal Code of 1936, without the sentences of life imprisonment and indeterminate imprisonment being accepted for all born criminals, since they were only established for the alienated or abnormal under the name of “security measures” (medidas de seguridad). Based on a general study of the impact of penal positivism in Latin America and, in particular, the minutes of the Penal and Penitentiary Affairs Commission, which drafted the former document, it is argued that it was the result of a syncretism with Colombian penal thought, which recognized the insufficiency of investigations into national crime and of doctors, judges, and prison administrators to meet the goals pursued by penal positivism.

Key Words

Dangerousness; indeterminate prison; death penalty; criminology.

Sumario

Introducción. 1. La escuela positivista italiana. 1.1. Fundamentos y postulados generales. 1.2. El delincuente nato y su tratamiento jurídico penal. 1.3. Recepción en América Latina. 2. El Código Penal colombiano de 1936. 2.1. Estertores del Código Penal de 1890. 2.2. Génesis de la legislación penal de 1936. 2.3. Labores de la Comisión Asesora de Asuntos Penales y Penitenciarios. 2.4. Recepción de la legislación positivista en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Introducción

Los años treinta del siglo XX fueron muy importantes para Colombia. Después de una hegemonía de 44 años, el poder político no residía en miembros del Partido Conservador. El liberal Enrique Olaya Herrera se impuso en la elección presidencial de 1930 ante un conservatismo dividido en dos candidatos, y en el legislativo el liberalismo obtuvo las mayorías en 1933. La no participación del Partido Conservador en las elecciones presidenciales de 1934, 1938 y 1942, y en legislativas de 1933, 1935 y 1937, decidida por Laureano Gómez Castro, permitió que el Partido Liberal gobernara hasta 1946.

En esos 16 años, conocidos como la República Liberal, se hicieron reformas constitucionales y legales acordes con la nueva ideología en el gobierno. El ámbito penal no fue ajeno al reformismo liberal: con la Ley 95 de 1936 se expidió un Código Penal que derogó el de 1890 y puso en sintonía al país con la principal corriente penal de finales del siglo XIX y comienzos del XX: la escuela positivista italiana. El texto que sirvió de base a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, conformada en 1933 para presentar un proyecto de codificación penal al Congreso de la República, fue el anteproyecto de Código Penal que se había elaborado en 1925 y que, a su vez, había tenido como referente al proyecto para el Reino de Italia redactado bajo la dirección de Enrico Ferri en 1921. En este último se previó que el juez al dictar sentencia bajo ciertas condiciones subjetivas del reo podía emitir una condena a tiempo indeterminado u optar por la prisión perpetua. En el pensamiento positivista, las penas indefinidas o perpetuas tienen una íntima relación con la noción de delincuente nato o aquella persona cuyas condiciones fisionómicas y sociales lo conducían irremediabilmente a delinquir, y frente al cual la sociedad no debía sino protegerse mediante su exclusión, garantizada con el presidio.

El Código Penal colombiano de 1936 en contra de las posturas positivistas dividió las sanciones entre penas para los delincuentes “normales” y medidas de seguridad para delincuentes “anormales”. Dentro de estas últimas solo previó el carácter indeterminado de la reclusión en manicomio criminal o colonia agrícola especial, pues frente a los delincuentes normales el juez siempre debía imponer las penas ciertas y definidas en la ley.

La tesis de este escrito es que esta regulación fue resultado de una transmutación de los postulados de la escuela positivista a un ambiente político y social en el que las visiones liberal-positivista y católico-positivista colombianas, que informaban a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, prefirieron seguir la tradición legal de establecer penas ciertas para las personas que al cometer delitos gozaran de “normalidad síquica” y, además, dudaban de las capacidades del sistema penitenciario de lograr los objetivos de las sanciones penales.

Para tal fin, el presente texto se divide en tres partes: en la primera se sintetizarán los principales postulados de la escuela positivista italiana, la relevancia de la noción de delincuente nato y su recepción en algunos países de América Latina; en la segunda se expondrá el contexto en que se adoptó el Código Penal de 1936, se reconstruirán a partir de las discusiones de la comisión redactora y los debates legislativos las razones del rechazo parcial a las prisiones indefinidas y perpetuas, para luego exponer su recepción en la doctrina y por la Sala de Casación

Penal de la Corte Suprema de Justicia entre 1942 y 1946. Finalmente, se plantearán unas conclusiones.

1. La escuela positivista italiana

1.1. Fundamentos y postulados generales

El positivismo penal italiano persiguió preocupaciones compartidas por todos los penalistas y criminólogos: prevenir el delito, implementar las mejores consecuencias para los delincuentes y proteger de manera eficaz a los bienes jurídicos. Se singularizó por descreer de las tesis del pensamiento ilustrado: que el hombre es bueno por naturaleza, que sus decisiones son libres y razonadas; que el ser humano es un intangible para el Estado, cuyas penas siempre deben respetar su esfera privada. La concepción del “hombre-animal” del positivismo biológico inaugurado con los trabajos de Charles Darwin y Francis Galton, en el que las personas pueden ser superiores e inferiores², va a llevar a que el delito se piense como un hecho que está condicionado por causas endógenas, congénitas o sociales³. Es decir, para la escuela positivista penal las personas no son libres para decidir si cometen o no delitos, sino que están predestinadas a hacerlo.

Ferri sustentó la negación al libre albedrío de la escuela criminal positivista en el convencimiento de que es la ley de la causalidad natural la que se evidencia en la realidad: el delito es un efecto de un conjunto de causas naturales, mediatas e inmediatas, inevitables, de allí que para identificar esas causas sea más importante conocer la personalidad propia del delincuente, determinada por la herencia y el medio en que crece, que imaginar que es un sujeto de plenas capacidades⁴. Garofalo explicó que las causas que llevan al hombre a delinquir son contrarias a la justicia, al progreso y a la moral de las sociedades modernas, por lo que el delincuente debe ser asimilado a un salvaje y valorado como un atrofiado, un anormal⁵.

La identificación de estas desviaciones que hacían a las personas delinquir se soportó principalmente en el análisis de la estadística criminal, a fin de encontrar

2 Ricardo Rabinovich-Berkman. *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Volumen I: los derechos existenciales*. (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013), 122.

3 Nódier Agudelo. *Grandes corrientes del Derecho penal: escuela positivista*. 7ª edición (Bogotá: Editorial Temis, 2002), 2-3.

4 Enrico Ferri. *Sociología criminal*. (Bogotá: Leyer, 2007), 301-302.

5 Rafael Garofalo. *El delito como fenómeno social*. (Madrid: La España Moderna, 1950), 4-6.

constantes y prevalencias, para postular a través de un proceso de abstracción las causas generales de la delincuencia⁶.

Así, Lombroso, a partir de datos estadísticos (europeos), sostuvo que los delitos se ven influidos por causas climáticas⁷ y geográficas⁸: que los delincuentes podían ser identificados por características morfológicas u anomalías⁹, al punto de existir un arquetipo de hombre criminal o un *criminaloide*. Las enfermedades también las entendió como condicionantes para la comisión de delitos¹⁰, al igual que factores sociales: la ausencia de recursos¹¹, la educación¹² y hasta la riqueza influían en los

6 Ferri. *Sociología criminal*, 175 a 182.

7 Lombroso explicaba que el calor hacía que durante el verano se cometieran más homicidios y rebeliones, mientras que en el invierno predominaban los delitos contra la propiedad, y que las violaciones se presentaran más en las ciudades; César Lombroso. *El delito, sus causas y remedios* (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902), 11, 13, 16 y 30.

8 Reconoció que en muchas tribus había salvajes buenos por tener una moral *sui generis* que los llevaba a no delinquir, pero que había evidencias de que cuando ellos entraban al mundo civilizado incurrieran en crímenes; que los homicidios en el sur de Italia eran mayores debido a que históricamente fue poblado por africanos y orientales; que Córcega por más que fuera territorio francés tenía una criminalidad similar a la de toda "raza italiana"; que en Francia los homicidios eran más cometidos por personas con cabello moreno que con cabello rubio; que los judíos eran proporcionalmente menos delincuentes que los católicos; y de los migrantes dijo que son un foco de alta delincuencia: más necesitados, poco vigilados, viviendo en aglomeraciones, perdían la vergüenza y escapaban con facilidad a la justicia. Ver Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 35, 37, 49, 52-54, 95.

9 Dijo que un mayor peso y volumen de los cerebros era común en los delincuentes, al igual que los hoyuelos en medio del occipital, aspecto que se encuentra en los grandes simios; así mismo la nariz torva, defectos en la oreja y en la mandíbula y el aplanamiento de la frente -que se hereda-, senos frontales pronunciados, asimetría del rostro. Los *criminaloides* podían distinguirse por los delitos específicos que cometían: los cabezones tendían a ser ladronzuelos, los homicidas por tener caras o mandíbulas grandes, los agresores físicos por sus cabezas simétricas, brazos largos y manos gruesas, los vagabundos por carecer de signos de vitalidad, los ladrones por ser más inteligentes que los homicidas, los asaltantes de caminos por tener cabello y barbas espesas. Ver César Lombroso. *Los criminales*. (Bogotá: Leyer, 2005), 9-19.

10 Por ejemplo, los alcohólicos eran más propicios a cometer lesiones físicas, actuaciones contra el poder y la autoridad, aunque los índices disminuían en los países más civilizados; y la epilepsia la asoció como una causa de "criminalidad congénita" que propicia una menor sensibilidad, así como a los suicidios. Ver Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 135-137; y Lombroso. *Los criminales*, 73-78.

11 La carestía de alimentos aumentaba los delitos contra la propiedad, disminuía los homicidios y no impactaba en las rebeliones, mientras que la abundancia hacía que aumentaran las violaciones sexuales. Ver Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 107, 117, 120.

12 Lombroso presentó unos datos que le permitieron sostener que la criminalidad no decrecía con el aumento de la educación de las personas, aunque los poco instruidos tendían a ser homicidas. Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 145 y 148.

delitos que se cometían¹³; y también los factores familiares¹⁴.

Frente a los críticos de su tiempo, Ferri aceptó que las anomalías delictuales se encontraban incluso en los hombres honrados, y resaltó que es la conjunción de varias de estas lo que hacía que unas personas delinquieran más que otras, y que el contexto social y ambiental podía llegar a desinhibir la comisión del delito¹⁵.

Todo lo anterior explica que la escuela positivista italiana concibiera como fundamento de la responsabilidad penal al peligrosismo de una persona para delinquir, es decir, la potencialidad de cometer delitos. El delito fue visto por sus integrantes como la negación de la civilización¹⁶, un retroceso dentro de los progresos de la sociedad europea, por lo que la sanción penal era la reafirmación de la civilización moderna. En este contexto, la función del Derecho penal era la de prevenir y reprimir las desviaciones sociales, el carácter peligroso de los delincuentes y garantizar la defensa de la sociedad.

En coherencia con estos postulados, Garofalo criticó las teorías que abogaban por restringir la aplicación de la detención preventiva. Puso de presente que la existencia de un peligro se advertía al momento de la comisión del delito y no “en el momento posterior y accidental de la sentencia”, de allí que el Estado tenía que “prevenir, por los medios más restrictivos, los peligros que amenazan a sus miembros”, por lo que la detención preventiva era procedente ante la confesión del inculcado, la captura en flagrancia y los delitos graves, pues en esos casos las sospechas sobre la peligrosidad del acusado eran legítimas¹⁷.

En relación con la teoría de la pena de la escuela positivista del Derecho penal, Lombroso planteó una “profilaxis y terapéutica del delito”, en la que se incluían una alta variedad de posibilidades, preventivas y sancionatorias, según la causa que determine el peligro para la sociedad o el delito cometido. Por ejemplo, destacó que el divorcio servía para prevenir los adulterios, que la pederastia se reducía si eran

13 Lombroso descartó que los desocupados cometieran un número mayor de delitos; resaltó que en los países con jornadas de trabajo más extensas los delitos de homicidio y lesiones aumentaban, que en las zonas que se industrializaban también aumentaban los delitos con diferencia a las zonas agrícolas y que en exceso la riqueza se relacionaba con el alcoholismo y los abusos sexuales. Ver Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 170-181.

14 Lombroso destacó que los hijos ilegítimos y huérfanos tenían una mayor tendencia a ser delincuentes, lo mismo que los hijos de padres viciosos o enajenados, y que eran las mujeres las más afectadas por estos antecedentes. Ver Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 199, 201 y 235.

15 Ferri. *Sociología criminal*, 75-78.

16 Ferri. *Sociología criminal*, 185-186.

17 Garofalo. *El delito como fenómeno social*, 120-126.

mujeres casadas quienes dirigían escuelas y casas de trabajo y que la prostitución era mayor en zonas en donde laboraban hombres¹⁸. Para los delitos de las personas que vivían en la miseria reconoció que la caridad era necesaria; frente a los migrantes valoró el trabajo que realizaban las sociedades de ayuda en la búsqueda de empleos¹⁹; también aseguró que las casas de reforma eran necesarias para los niños de naturaleza perversa o expuestos a riesgos que promovieran la comisión de delitos²⁰. Todas estas medidas parecen consejos de un buen amigo más que consecuencias penales. En este sentido, Ferri coincidía en que resultaba preferible abordar las causas de los delitos en sus orígenes, pues descreía de las posibilidades de las penas para combatirlo²¹.

La imposición de las penas para la escuela positivista en todo caso estaba orientada, explica Ferri, en procura “de la defensa o preservación de la existencia social”²². Así, el llamado a responder penalmente se fundamenta en que la persona pertenece a la sociedad en que vive, y no en la libertad con la que hubiera actuado al momento de delinquir, de donde toda sanción penal es consecuencia de una responsabilidad social²³. Garofalo advirtió que para determinar la sanción penal a imponer era necesario valorar las pruebas psiquiátricas que permitan identificar o descartar caracteres neuróticos para establecer si era necesaria la reclusión en un manicomio criminal o en una prisión²⁴.

Lombroso propuso que los delitos leves debían ser castigados mediante penas corporales: ayunos, duchas o trabajos forzados, por considerarlas más eficaces que las penas de prisión de corta duración; para los delitos de mediana relevancia pensó en la multa conmutable con trabajo y la indemnización a favor de la víctima cuando fuera una persona natural; mientras que condicionó la condena a la reincidencia como una sanción adecuada para los delincuentes jóvenes y ocasionales²⁵.

18 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 355-361.

19 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 387 y 390.

20 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 426; Carlos Lozano y Lozano. *Elementos de Derecho penal*. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950), 33.

21 Ferri. *Sociología criminal*, 252.

22 Ferri. *Sociología criminal*, 332.

23 Ferri. *Sociología criminal*, 370.

24 Garofalo. *El delito como fenómeno social*, 101-102.

25 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 526-534.

Por su parte, las penas de prisión de mayor extensión debían reservarse para los delincuentes habituales, el manicomio criminal para los enajenados, la prisión indefinida para los incorregibles y delincuentes natos, en donde médicos y jueces pudieran verificar que habían enmendado su carácter delictivo por uno honesto; mientras que la pena de muerte debía reservarse frente a conductas “que repugnan naturalmente al espíritu moderno”: homicidio reincidente, bandolerismo y mafia, por involucrar “raras individualidades criminales”²⁶.

En general, el positivismo penal admitió una gradualidad de las sanciones, según no tanto el daño causado con el delito sino con el signo de peligro del delincuente. Es decir, las penas deben ser coherentes con cada categoría de criminales, sin distinguir entre personas “sanas” y los enfermos mentales.

1.2. El delincuente nato y su tratamiento jurídico penal

Uno de los más interesantes resultados de las inducciones hechas por la escuela positivista fue la clasificación de los delincuentes²⁷: de ocasión, por herencia, de oficio, los natos, los habituales, los locos, los pasionales, los impulsivos, fueron categorías que a veces se sobreponían.

Para Ferri el delincuente nato era un hombre salvaje, brutal, pérfido, perezoso, que no puede interiorizar la idea social del delito ni teme a la prisión, de allí que vea en ella hasta un sitio en el que se le asegura la comida; y es nato “por la tiranía inexorable de las tendencias congénitas”, por “la composición originaria de su constitución orgánica y psíquica”, es decir, él nace para delinquir²⁸. Lombroso destacó que el delincuente nato tiene amor por el mal²⁹. Este tipo de delincuente está afectado por alteraciones que lo hacen “perfectamente diferenciable de los individuos normales y susceptible de identificación”³⁰. El delincuente nato es principalmente un tipo antropológico antes que una noción normativa.

En un comienzo Ferri sostuvo que la pena de muerte era una herramienta a la que la sociedad no podía renunciar y que debía utilizarla como medio para la “selección artificial”: para extirpar a los individuos antisociales, no asimilables. Estas

26 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 566-575.

27 Lombroso. *Los criminales*, 60-61; Garofalo. *El delito como fenómeno social*, 50-55; Ferri. *Sociología criminal*, 144.

28 Ferri. *Sociología criminal*, 149-150.

29 Lombroso. *Los criminales*, 61.

30 Alfonso Reyes Echandía. *Criminología*. 3ª edición (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1976), 20.

muerter, en Ferri, se explicaban para la propia conservación de la sociedad, para evitar perpetuar las desgracias. Es un claro uso eugenésico de la pena de muerte. Pero también reconoció que la prisión indefinida y la deportación eran medidas que se deben aplicar antes que la pena de muerte³¹.

En la escuela positivista, en general, la prisión o segregación indefinida, la deportación y la pena de muerte fueron medios eliminitorios de los criminales más peligrosos, como los natos y algunos habituales³². Esta segregación por tiempo indeterminado era un medio de defensa que atañe no a la gravedad objetiva del delito, sino a la misma personalidad peligrosa del delincuente, quien debía ser apartado de la sociedad hasta que se readapte³³, pues a partir de la "apreciación directa de las autoridades que rigen las cárceles" se puede llegar a saber "si el recluso necesita todavía de la acción penal para su restablecimiento o no"³⁴.

Garofalo construyó un alegato a favor de la pena de muerte con datos que en su entender mostraban que donde esta había sido derogada la criminalidad aumentaba, mientras que disminuía en donde no había sido abolida. Así sostuvo que no había alternativa frente a los grandes criminales, al considerar que "el verdadero criminal nato no retrocede más que ante la muerte. Podrá desdeñar jactanciosamente ésta, pero téngase por seguro que ella atrae su atención, atajando a veces sus ímpetus, contra los cuales nada puede el sentido moral"³⁵. Garofalo expuso que el destierro solo podría ser útil si se pudiera garantizar que a quien se le aplicara no pudiera nunca tener algún contacto con otro ser humano, lo que para comienzos del siglo XX ya se presentaba como imposible; y la prisión perpetua no le gustaba pues generaba en el reo la idea de la fuga y no de la corrección, de allí que "el único medio absoluto y completo es la muerte"³⁶.

Nótese que la pena de muerte no fue pensada por el positivismo penal como castigo o venganza, sino como medio de defensa ante un riesgo insuperable para la sociedad. Fue una de las defensas frente al delincuente nato.

31 Ferri. *Sociología criminal*, 546 a 550.

32 Ferri. *Sociología criminal*, 432 a 433 y 555 a 556.

33 Juan González. *El crepúsculo de la doctrina positiva del derecho penal*. (México D.F.: Imprenta Universitaria, 1952), 39.

34 Roque Pupo Villa. *Manual de Derecho penal*. (2ª edición, Buenos Aires: Editorial Colombiana, 1942), 153.

35 Garofalo. *El delito como fenómeno social*, 178.

36 Rafael Garofalo. *La criminalidad*. (Madrid: Daniel Jorro-Editor, 1912), 267.

Las ideas positivistas superaron el ámbito antropológico y sociológico para intentar ser escritas como normas jurídicas. La labor la asumió Ferri y concluyó con el proyecto de Código Penal para el Reino de Italia del 12 de junio de 1921³⁷ —jamás aprobado—, sin que dentro de las penas imponibles incluyera la pena de muerte. Para entonces estaba vigente el código *Zanardelli* o Código Penal de 1889 que, siguiendo la tradición liberal y clásica, inaugurada por *Beccaria* y seguida por *Carrara*, no preveía la pena de muerte, y solo sería derogado por el Código Penal fascista de 1930 que sí la contemplaba y fue redactado por *Rocco*.

Vale destacar que en el proyecto de Ferri no se define al delincuente nato, aunque queda comprendido dentro de la definición del delincuente habitual, esto fue todo “autor o cómplice de dos o más delitos cometidos en tiempos diferentes e independientes unos de otros”. En este proyecto, que fue parcial pues solo regulaba lo que corresponde a la parte general de un código penal, no se previó alguna distinción conceptual entre penas y medidas de seguridad, pero sí contenía una amplia variedad de sanciones debido al reconocimiento de los diferentes tipos de delincuente³⁸. Las sanciones para los mayores de 18 años enlistadas en el artículo 39 fueron la multa, destierro local, confinamiento, prestación obligatoria de trabajo diurno, segregación simple en casa de trabajo o colonia agrícola, segregación rigurosa en casa de reclusión y segregación rigurosa perpetua.

La segregación rigurosa, temporal o perpetua, consistía “en la obligación al trabajo industrial o agrícola durante el día con aislamiento nocturno” en establecimientos de reclusión si eran personas normales (art. 52), o internación en casa de alienados delincuentes cuando se era enfermo de la mente (art. 32 N°1). La segregación temporal era: (i) por un mínimo de 3 años y un máximo de 20 años; o (ii) “por una duración absolutamente indeterminada con un mínimo de diez años” (art. 36 Inc. 3°), esto según la valoración de la personalidad que hiciera el juez durante el juzgamiento y ejecución de la pena. La segregación rigurosa perpetua sí estaba reservada para “los casos establecidos en la ley” (arts. 52 y 53). Los así segregados además sufrían la interdicción para los cargos públicos (art. 102) y en materia civil (art. 103). Solo la condena a segregación perpetua era imprescriptible (art. 124 Inc. final). A falta de la parte especial no se pueden conocer las conductas frente a las cuales procedía la segregación rigurosa perpetua.

37 Enrico Ferri. *Proyecto preliminar de Código Penal para Italia (1921)*. (Madrid: Ediciones Góngora, 1925), 105-158.

38 González. *El crepúsculo de la doctrina positiva del derecho penal*, 45.

La renuncia a la pena de muerte no fue exclusiva en Ferri. Lombroso al final de su vida también abjuró de esta sanción penal, al decir en 1906:

Fui partidario de la pena capital durante los primeros años de mis estudios jurídicos, pero tras madura reflexión me he convertido en adversario. No es que la pena de muerte no sea lógica, sino que si nos colocamos únicamente en el plano del interés social, la pena de muerte podría ser útil solo a condición de que se ejecutase con frecuencia. Lo cual constituiría una barbarie. Aplicada raramente, como ocurre ahora, no es más que un espectáculo público terriblemente doloroso y contrario a nuestras actuales costumbres³⁹.

Así, pues, si algún consenso se quiere encontrar dentro del positivismo penal frente a las consecuencias penales para los delincuentes natos, se debe reconocer que este fue en torno de la prisión indefinida o perpetua.

Sobre el proyecto ferriano de Código Penal, Jiménez de Asúa⁴⁰ consideró que fue “una terminante renuncia de las ideas positivistas que, en su tiempo, tomaron el aspecto de una revolución”, comparable con la afiliación de Ferri al Partido fascista pese a su anterior militancia en el socialismo.

1.3. Recepción en América latina

La escuela positivista fue ampliamente recibida en el subcontinente suramericano. Para finales del siglo XIX Europa ejercía una fuerza gravitacional en el ámbito económico y social para las élites y los intelectuales. Y las migraciones en ambos sentidos del atlántico permitieron que las ideas del positivismo influyeran en la valoración del fenómeno criminal y su control penal. Los autores positivistas no solo eran leídos, también recibían en sus salones de clases a penalistas y criminólogos de América Latina.

Debe resaltarse que al acogerse a la escuela positivista en América Latina se incurrió en un vicio que ha sido muy reiterado: hacer un análisis de sociedades tan plurales desde concepciones europeas. En este sentido Jiménez de Asúa criticó que el positivismo penal se adaptara a las necesidades de las élites dirigentes de cada país, sin que en realidad se hicieran estudios positivistas, con la notable excepción de la Argentina:

39 Como se cita en Marino Barbero. *Pena de muerte*. (Buenos Aires: De palma, 1985), 9-10.

40 Luís Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito*. 2ª edición (Buenos Aires: Hermes), 59-60.

Así como se hace burgués en México, se hace católico en Colombia, donde Escallón habla de una escuela católico-positivista, y en Chile se convierte en ameno y discursivo por lógica exigencia de quien allí lo personifica.

En casi todas partes los positivistas se hacen —valga la frase— escolásticos y citan a Ferri y a Garófalo como podían invocar los nombres de Carrara o de Berner. No investigan la realidad delincuente, ni estudian las características del criminal ni las causas del delito. Solo citan lo que hicieron, hace sesenta años, aquellos revolucionarios de su tiempo.

Acaso es en la Argentina donde realmente se conserva un positivismo más conforme a la primera hora... Eusebio Gómez es, al respecto, el ejemplo de noble fidelidad y de inteligencia luchadora⁴¹.

A nivel doctrinal los penalistas escribieron libros desde las estructuras conceptuales positivistas. Ejemplos son Eusebio Gómez en Argentina y Jorge Eliécer Gaitán en Colombia, ambos lectores de la escuela positivista italiana y alumnos de Enrico Ferri. El primero de ellos, abogado y docente de la Universidad de Buenos Aires, tuvo una vida académica y profesional destacable que lo llevó a escribir un tratado de Derecho penal sobre la idea del hombre criminal, en el que lo describe como un ser de anomalías, poco evolucionado desde la antropología, inferior al hombre honrado y reconoce que esas deficiencias se heredaban, de donde nacía así el ladrón nato, el asesino nato⁴². Jorge Eliécer Gaitán, abogado de la Universidad Nacional de Colombia y profesor y rector de la Universidad Libre, publicó en 1945 su libro sobre “Defensas penales”, testigo de su ejercicio forense, como émulo a la obra homónima de su maestro Ferri. En esta obra se incluye su propuesta de clasificación de los delincuentes que premeditan y que fue valorada por Ferri como “un aporte original, quizá el único hecho por un indoamericano, a la ciencia de la criminología”⁴³.

En el ámbito criminológico se hicieron estudios para caracterizar la delincuencia en los ambientes propios de la Argentina, como destacaba Jiménez de Asúa. Lancelotti abordó el problema criminal en Buenos Aires y dentro de los remedios propuso “educar al pueblo”, “preocuparse por la infancia abandonada” y “mejorar las condiciones

41 Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito*, 61.

42 Ricardo Rabinovich-Berkman. “Positivism biológico en la noción del delincuente del *Tratado* del Profesor Eusebio Gómez (1939)”. En *Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, su legado histórico*. (Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013): 239-241, 250.

43 Como se cita en Jorge Eliécer Gaitán. *Defensas penales*. (Bogotá: Temis, 1976), 355.

económicas y morales de las clases obreras”⁴⁴. También los no juristas concurren al propósito de estudiar el hombre criminal. Destaca la labor de José Ingenieros, interesándose por el tratamiento médico de los “alienados” en la Argentina⁴⁵.

Alrededor de los años treinta la escuela positivista era vista en América Latina como una herramienta útil y necesaria para enfrentar la delincuencia. En 1937 un joven Nieto Arteta en su tesis de grado como abogado sostuvo que las ya consolidadas ideas antropológicas lombrosianas podían potencializarse con los estudios endocrinológicos de Nicola Pende, novedosos en el ámbito colombiano, para “la extirpación de las tendencias criminógenas en el delincuente”⁴⁶.

Para esa misma época, Alfonso Patiño resaltaba que el Código Penal mexicano de 1929 había superado la noción de la pena como un castigo para apostar por la readaptación del delincuente, la cual considera hunde sus bases en la escuela positivista: segregar al delincuente como mecanismo de defensa para la sociedad y educarlo para hacerlo útil a esta⁴⁷. En la actualidad, Cruz Barney ha puesto de presente que en la exposición de motivos de lo que fue ese Código Penal se encuentran amplias citas a Ferri⁴⁸. Las ideas positivistas tuvieron cierta influencia en la legislación argentina con la expedición del Código Penal de 1921, aunque desde 1924 quiso ser adicionado hasta en tres ocasiones para implementar las ideas del “estado peligroso” y otras propuestas con mayor relevancia positivista que no fueron aprobadas⁴⁹. Respecto de estos proyectos, Soler expuso que eran diferentes versiones de ideas positivistas, unas más extremas que otras, con el objetivo más o menos común de implantar un “sistema de peligrosidad”, con el cual a los alienados no se les excluía de responsabilidad, sino que antes se les presumía⁵⁰. Así, es claro

44 Miguel Lancelotti. *La criminalidad en Buenos Aires: al margen de la estadística 1887-1912*. (V. Abeledo: Buenos Aires, 1914), 79.

45 José Ingenieros. *La locura en la Argentina*. (Buenos Aires: Cooperativa Editorial, 1920).

46 Luis Nieto Arteta. *De Lombroso a Pende*. (Bogotá: Óptima, 1938), 133.

47 Alfonso Patiño, “Las escuelas clásica y positiva del Derecho penal: nuevas corrientes de este Derecho”, Tesis para obtener el título de abogado, UNAM, 1935, 33.

48 Óscar Cruz Barney. “El pensamiento positivista en la codificación penal mexicana”. En *Estudios contemporáneos de teoría dogmática jurídica en Iberoamérica* (México: UNAM, 2020), 165-174.

49 Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho penal. Tomo I: parte general*. (Buenos Aires: EDIAR, 1998), 433-440.

50 Sebastián Soler. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. (Buenos Aires: V. Abeledo-Editor, 1929), 209 y ss.

que la influencia del positivismo penal italiano en el Código Penal colombiano de 1936 no fue una situación excepcional.

En relación con la labor judicial argentina, esta también se vio influida por el positivismo penal incluso antes de que operaran las modificaciones legislativas. Un breve excurso sobre la mujer delincuente así lo demuestra. El positivismo penal encontró que la mujer delinquía menos: “Todas las estadísticas enseñan que la proporción de delitos es mucho mejor en las mujeres que en los hombres”⁵¹. La idea general de la escuela positivista sobre la mujer fue que ella, al ser más débil y de menor inteligencia que el hombre, tenía menos capacidad para maquinar grandes delitos. Hacia 1900 Moebius expuso que los delitos que cometían las mujeres tenían como causa principal la pasión, la superstición y el error, como consecuencia de tener cerrada “la puerta de las artes y las ciencias, donde pudiera acudir ansiosa de investigar la verdad, ilustrarse y encontrar pasto a su imaginación exaltada e ignorante”⁵².

Recientemente, la profesora Di Corleto ha señalado que durante los inicios del siglo XX en Buenos Aires los delitos de las mujeres no llamaban la misma atención de los criminólogos y periodistas que los que eran cometidos por los hombres y que esto, en su momento, se explicaba por la creencia en “la constitución débil y la mentalidad tímida de las mujeres”⁵³. Esta autora ha estudiado un caso que llamó en Argentina la atención durante la segunda década del siglo XX: la condena a prisión indeterminada a Carmen Guillot, como determinadora del homicidio de su concubino, y ha destacado que: (i) en el proceso penal seguido en su contra predominó el saber médico psiquiátrico sobre el penal, en razón al interés que generó una enfermedad que ella tenía, a su huida temprana del hogar paterno y al poco cuidado que daba a sus hijos; (ii) los jueces prestaron especial atención a las relaciones extramatrimoniales de Guillot como prueba de su carácter peligroso, valoración que no solía aplicarse a los casos en los que se involucraban varones. Esto lleva a esta profesora a argentina a criticar “las imprecisas nociones que determinaban la culpabilidad de una mujer” en el campo judicial, pues para los jueces fue la “sexualidad peligrosa la que finalmente signó el destino trágico de su distinguido esposo”. En similar sentido, los estudios recientes de Castells han demostrado que la defensa de las mujeres era más sencilla si los casos penales se seguían por delitos menores o estos se podían justificar desde la defensa del honor y la moralidad femeninas; por el contrario, el reproche era

51 Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, 253.

52 Paul Moebius. *La inferioridad mental de la mujer*. (Valencia: F. Sempere y Compañía, 1904), 168-169.

53 Julieta Di Corleto, “Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1, n°11 (2010): 19-20, 23-26, 30.

mayor si la conducta reñía con la idea positivista de la mujer delincuente al incurrir en delitos de la mayor gravedad⁵⁴.

2. El Código Penal colombiano de 1936

2.1. Estertores del Código Penal de 1890

Esta codificación fue expedida bajo la égida de la Regeneración, movimiento político conservador encabezado por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro. El primero fue cuatro veces presidente de la República, en cuyo segundo período presidencial se peleó la Guerra Civil de 1894, ganada por el Partido Conservador y que dio lugar a la expedición de la Constitución Nacional de 1886, en la que se adoptó un modelo centralista y se diseñó un Estado confesional católico. Esta carta política era contraria al modelo liberal y laico propugnado por la Constitución de Rionegro de 1863, con la que se diseñó un *olimpio liberal*.

En materia de control a la criminalidad, la Regeneración conservadora estaba ante un escenario en el que se valoraba la necesidad de dar seguridad a la riqueza y controlar los efectos delictuales de la población, superar la debilidad federalista en el control del orden público y, desde luego, dominar al recién derrotado enemigo liberal, que luego pelearía dos guerras civiles en 1895 y entre 1899 y 1902, de allí que con la Ley 61 de 1888 se le otorgaran facultades extraordinarias al presidente de la República para “prevenir y reprimir” administrativamente delitos contra la seguridad del estado, el orden público y las propiedades pública y privada. Dicha regulación legal acogió así un Derecho penal de excepción⁵⁵. En este sentido, el Código Penal de 1890, con sus 916 artículos, se presenta como una herramienta para las mismas finalidades desde la legalidad ordinaria.

Bernate considera que el Código Penal de 1890 se sustenta teóricamente en las nociones penales ilustradas: libre albedrío como fundamento de la sanción y una finalidad preventiva de las penas, por lo que excluía de responsabilidad penal a los inimputables, postulado rechazado por el positivismo⁵⁶. En este sentido, se concibió al delito como “la voluntaria y maliciosa violación de la ley” (art. 1), con lo que respetaban las bases del delito como acto libre y querido por el delincuente. No se previó la prisión

54 Florencia Castells, “Mujeres y delitos violentos: experiencias y prácticas en la justicia de paz bonaerense”, *Revista Pilquen*, 2, n°21 (2018): 80.

55 Juan García. *Regeneración o catástrofe: Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*. (Bogotá: Universidad Javeriana, 2009), 107-110.

56 Francisco Bernate, “El Código penal colombiano de 1890”, *Estudios Socio Jurídicos* 6, n°2 (2004): 541, 542 y 554.

perpetua y se exculpaba penalmente al demente que en ese estado delinquiera (art. 29 N° 1), lo que también riñe con la visión antropológica lombrosiana.

Varios tipos penales muestran la subordinación de esta codificación penal a los propósitos de guardar la fe católica: penaba a los blasfemos de Dios (art. 203), la alcahuetería (art. 424), la bigamia (art. 439), el amancebamiento público y escandaloso (art. 451), y el homosexualismo (art. 419). El carácter católico del Congreso de la República —solo hubo liberales en el Senado desde 1903— no impidió que se estableciera la pena de muerte para los empleados públicos que incurrieran en traición a la patria (arts. 150 y 152), los particulares en casos de grave piratería (art. 196), asalto en cuadrilla (art. 252), asesinatos (art. 598) y parricidio (art. 615). Se previó que las ejecuciones se hicieran principalmente en lugares públicos (art. 49), en presencia de los cómplices (art. 29), vestido el condenado de negro y con un letrado que advirtiera de su corto futuro (art. 51) y mediante armas de fuego (art. 48). Para los demás delitos la pena máxima era de 25 años de prisión (art. 71).

Vale destacar que la pena de muerte fue un campo de amplio debate ideológico entre el liberalismo y el conservadurismo durante el siglo XIX y comienzos del XX, casi equiparable a las discusiones por la forma de Estado y el carácter laico de las instituciones públicas. El radicalismo liberal la prohibió en la Constitución de Rionegro de 1863 como reconocimiento de la “inviolabilidad de la vida humana” (art. 15. N° 1), mientras que la Regeneración conservadora, en el artículo 29 de la Constitución de 1886, viabilizó su adopción por el legislador. En 1910, durante la Asamblea Nacional Constituyente convocada para restaurar el orden institucional luego de la dictadura de Rafael Reyes (1905 a 1909), los liberales insistieron en derogarla como finalmente se hizo mediante el artículo 3° del Acto Legislativo 03⁵⁷.

De hecho, en 1912 José Vicente Concha, entonces senador, y quien había sido diputado en la Asamblea Constituyente de 1910 y sería presidente de la República entre 1914 y 1918, presentó en el Senado un proyecto de Código Penal en el que incluía la pena de muerte⁵⁸, pese a que tuvo como guía al Código Penal italiano de 1890, que la rechazaba. Para Concha la pena de muerte, aunque problemática, llegaba a ser legítima bajo las condiciones de ser justa y necesaria, o sea, proporcional “a la gravedad del delito y culpabilidad del delincuente” e “indispensable para garantizar la conservación de la sociedad”⁵⁹, de allí que abogara porque la abolición de aquella no fuera algo

57 Alexander Hurtado. *Construcción del código penal colombiano de 1936*. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019), 35-36.

58 Hurtado. *Construcción del código penal colombiano de 1936*, 36.

59 José Vicente Concha. *Tratado de Derecho penal y comentarios al Código penal colombiano*. 2ª

absoluto para todos los países. Frente a la prisión perpetua Concha expuso que era un buen reemplazo para la pena de muerte, que debía acompañarse con el “derecho de gracia” que habilitaba prudentemente a liberar a algunos de los condenados⁶⁰.

El proyecto Concha estuvo una década en remojó, hasta ser aprobado, sin incluir la pena de muerte, con la Ley 109 de 1922 que debió entrar en vigencia el 01 de enero de 1924, pero esta fue postergada por un año más mediante la Ley 81 de 1923, y de manera indefinida según la Ley 64 de 1924. Estas decisiones se justificaron por querer realizarle reformas al reciente Código Penal que lo acercaran a la escuela positivista.

Para tal fin se integró una Comisión Revisora por José Antonio Montalvo —de quien se hablará más adelante—, Luís Rueda Concha, Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón y Valerio Botero Isaza⁶¹, que en 1925 presentó un proyecto que, aunque se inspiró en el proyecto de Ferri, se alejó parcialmente de los postulados del positivismo penal⁶²: sí distinguía entre penas y medidas de seguridad y negaba la responsabilidad penal del delincuente. Ese proyecto no fue aprobado por el Congreso de la República, como tampoco otro nuevo redactado en 1927 bajo la asesoría de funcionarios italianos⁶³, autorizada por la Ley 69 de 1925. Aunque en ninguno de ellos se planteó la pena de muerte, las reflexiones sobre la legislación penal llevaron a que en el Congreso de la República se discutiera la posibilidad de reestablecerla de manera análoga a la prevista en el texto original de la Constitución de 1886, lo que fue rechazado en el Congreso por liberales e incluso algunos conservadores⁶⁴.

2.2. Génesis de la legislación penal de 1936

El 7 de agosto de 1930 el Partido Liberal, después de 44 años, volvió al poder ejecutivo al ganar con Enrique Olaya Herrera la Presidencia de la República (1930-1934). Su gobierno se desarrolló bajo la idea de la “concertación nacional”, en la

edición, (Bogotá: Librería Americana, 1907), 111-113.

60 Concha. *Tratado de Derecho penal y comentarios al Código penal colombiano*, 114.

61 Agustín Gómez Prada. *Derecho penal colombiano*. (Bucaramanga: Imprenta Departamental de Santander, 1952), 49.

62 Luís Carlos Pérez. *Manual de Derecho penal Tomo I*. 2ª edición (Bogotá: Editorial Temis, 1969), 33; Jorge Gutiérrez Gómez. *Comentarios al Código penal colombiano*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1940), 8.

63 Hurtado. *Construcción del código penal colombiano de 1936*, 129-132.

64 Alberto Bejarano, “¿El fin justifica los miedos? Perspectiva genealógica de los debates sobre la pena de muerte en Colombia”, *Desafíos*, n°18 (2008): 231-234.

que tuvo un amplio diálogo con los conservadores, pues mantuvieron las mayorías en el Congreso de la República hasta 1933 y en la Corte Suprema de Justicia hasta 1935, al ser nombrados los magistrados en agosto de 1929 y tomar posesión en mayo de 1930⁶⁵.

Bajo el gobierno de Olaya Herrera se expidió la Ley 20 de 1933 que creó la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, con el fin de elaborar los Códigos penal y de procedimiento penal, integrada por cuatro miembros: “uno por la Cámara de Representantes, uno por el Senado y dos por el Gobierno”.

Para la redacción del Código Penal los escogidos fueron Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón, Carlos Lozano y Lozano y Carlos Vicente Rey. Fungió como secretario Jorge Gutiérrez Gómez, y fueron oficiales mayores Néstor Pineda y Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, de quien se hablará más adelante.

Parmenio Cárdenas (1891-1978) era de filiación liberal; integró tanto la Comisión Revisora de 1925, lo que demuestra su buena recepción por el conservatismo, como la Comisión de Asuntos Penales de 1933, de la que fue su presidente. Además, fue magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los períodos 1925-1929 y 1930-1935⁶⁶, para después ser senador por el Partido Liberal durante el resto de la República liberal. También fue profesor universitario y destacado autor de obras sobre Derecho penal.

Rafael Escallón (1891-1951) fue miembro del Partido Conservador y católico convencido; al igual que Cárdenas, estuvo en las comisiones de 1925 y de 1933, esto último prueba de la concertación de Olaya Herrera. Hizo parte de diferentes gobiernos durante la hegemonía conservadora. Para los años veinte ya era considerado gran conocedor del Derecho penal, e incluso años después Parmenio Cárdenas se refirió a él como “el consultor y profesor de más alto vuelo y de mayor preparación en materia penal que ha tenido el país”⁶⁷. Escallón fue alumno de Ferri en 1915 y difundió las ideas de la escuela positivista en Colombia desde la cátedra en la Universidad Nacional de Colombia, razón por la que fue amenazado con la excomunión por la Iglesia católica⁶⁸. Tal vez la crítica de Jiménez de Asúa de pervertir las ideas positivistas al hacerlas

65 Para ese momento los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran elegidos por el Congreso de la República para periodos quinquenales de postulaciones hechas por el Presidente.

66 Mario Cajas Sarria. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la regeneración al régimen militar*. (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016), 171.

67 Parmenio Cárdenas. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*. (Bogotá: Editorial Kelly, 1968), 19.

68 Cárdenas. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*, 20.

católicas, reseñada más arriba, fue la respuesta de Escallón para compaginar su fe religiosa y sus conocimientos penales. Este cruce fue sencillo: si el Derecho penal es defensa social y la sociedad colombiana es católica, el Derecho penal colombiano debe ser defensor de los dogmas católicos. Así es palpable cuando él explicaba que:

(...) en el Derecho canónico encontramos el origen de la doctrina presentada hoy por la escuela criminal positivista, de la indeterminación de las penas, ya que si el sistema de celdas tenía por objeto facilitar el perfeccionamiento y la regeneración moral, no podía desde un comienzo determinarse por cuánto tiempo verificaría tal conversión⁶⁹.

Es decir, al igual que el hombre no entraba al cielo sin redimir sus pecados, el delincuente no podía regresar a la sociedad sin regenerarse. Este eclecticismo católico-positivista estaba bastante difundido e incluso no varió con la expedición del Código Penal de 1936. Para 1942 García Herreros, también docente de la Universidad Nacional de Colombia, advertía que la defensa social a través del Derecho penal en Colombia debía estar subordinada a la legalidad teológica defendida por Tomás de Aquino, y que los penalistas católicos colombianos rechazaban no solo los postulados evolucionistas y materialistas de la escuela positivista sino también el fundamento liberal-ilustrado de la escuela clásica, pues “no se defiende un orden jurídico a base de principios falsos, fruto de pensadores heterodoxos, fruto de errores filosóficos, como tampoco un orden positivo (leyes positivas) desacorde con la ley natural”⁷⁰.

Carlos Lozano y Lozano (1904-1952) fue un liberal en todas sus épocas, destacado penalista, alumno de Ferri en 1925, y tuvo una amplia trayectoria académica en las universidades del Rosario y Nacional de Colombia. Por sus capacidades intelectuales y virtudes humanas, Parmenio Cárdenas lo calificó como un “hombre superior”⁷¹. Durante la República Liberal tuvo las más altas responsabilidades: para 1933, además de participar en la Comisión de Asuntos Penales, fue elegido Representante a la Cámara y fue varias veces ministro del presidente Eduardo Santos (1938-1942). Incluso llegó a ejercer las funciones de presidente de la República algunos días en 1942, durante el segundo período presidencial de López Pumarejo (1934-1938 y 1943-1945). Lozano y Lozano representó el eclecticismo liberal-positivista en Colombia: en sus clases hacía una completa exposición de los postulados de la

69 Rafael Escallón. *Conferencias de Derecho penal*. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1932), 86.

70 Carlos García Herreros. *Crítica a la teoría positiva de la responsabilidad penal*. (Bogotá: Editorial Kelly, 1942), 52-59.

71 Cárdenas. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*, 16.

escuela positivista, pero en su concepción del delito el elemento subjetivo tiene una relevancia única al punto de poder supeditar o justificar la pena⁷², lo cual se relaciona más con la tradición liberal que impide a un hombre libre en sus decisiones responder por consecuencias con las que no tiene algún vínculo subjetivo.

Carlos Vicente Rey, el menos connotado de los comisionados, fue varias veces congresista por el Partido Liberal, estudió la escuela positivista penal y ejerció el litigio en lo criminal de manera destacada⁷³.

Los cuatro redactores de lo que se convertiría en el Código Penal de 1936, aunque estaban formados en el Derecho penal desde tesis positivistas, dieron confluencia a posturas eclécticas desde los dos polos ideológicos presentes en Colombia: el conservadurismo-catolicismo y el liberalismo. Por ende, no era extraño que el resultado de las discusiones de estos redactores fuera un claro sincretismo de ideas extranjeras y de una realidad propia.

2.3. Labores de la Comisión Asesora de Asuntos Penales y Penitenciarios

La Comisión Asesora se instaló el 5 de junio de 1934 y en agosto de 1935 concluyó con la redacción del proyecto de Código Penal. Tras esto, siguió con la elaboración del Código de Procedimiento Penal, con nuevos integrantes. El Código Penal fue aprobado mediante la Ley 95 de 1936 y su vigencia, inicialmente prevista desde enero de 1937, fue ampliada para el 1 de julio de 1938 con la Ley 124 de 1937, mismo día que entró a regir la Ley 94 de 1938 o Código de Procedimiento Penal.

El Código Penal de 1936 regula las consecuencias jurídicas de la comisión de los delitos en el título segundo denominado “sanciones”, que se subdivide en tres capítulos: penas, medidas de seguridad, y otro sobre disposiciones comunes. En el siguiente cuadro se sintetiza la información relevante para el asunto tratado en el presente texto:

72 Yesid Reyes Alvarado, “La teoría del delito a propósito de Carlos Lozano y Lozano”, *Revista Derecho penal y Criminología* 22, n°73 (2001): 23.

73 Poca información disponible, aparte de la que se cita, se encuentra sobre el autor.

PENAS	
Mayores de 18 años “que gocen de normalidad psíquica”	
Principales: - Presidio, de 1 a 25 años - Prisión, de 6 a 8 meses - Arresto, de 1 a 5 días - Confinamiento, de 13 meses a 3 años - Multa	Accesorias: - Prohibición de residir en determinado lugar, de 3 meses a 5 años - Publicación especial de la sentencia - Interdicción de derechos o funciones públicas, de 1 a 10 años - Prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, de 10 días a 4 años - Pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial - Caución de buena conducta, de 1 a 5 años - Relegación en las colonias agrícolas penales, de 1 a 20 años - Pérdida o suspensión de la patria potestad, de 1 a 5 años - Expulsión del territorio nacional, para los extranjeros
MEDIDAS DE SEGURIDAD	
Menores de 18 años	Enajenados mentales e intoxicados crónicamente por alcohol u otra sustancia
- Libertad vigilada - Segregación en una escuela de trabajo o en un reformatorio	- Segregación en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, por mínimo 2 años y 1 un año, respectivamente, y hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad - Libertad vigilada - Trabajo obligatorio en obras o empresa públicas - Prohibición de concurrir a determinados lugares públicos

Debe añadirse que se estipuló que los manicomios criminales y las colonias agrícolas especiales debían ser dirigidos por siquiátras y funcionar como instalaciones similares a las de los enfermos. Esas medidas de seguridad se aplicaban a los “alienados” que cometieran delitos para los que se preveía la pena de presidio “o cuyo estado los haga muy peligrosos”. Así mismo, la segregación del alienado solo podía “cesar condicionalmente” por orden judicial, siempre que se tuviera un dictamen médico que estableciera que ha “desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño”.

De lo anterior es claro que la idea de prisión indeterminada, sostenida por la escuela positivista penal italiana, no fue acogida en el Código Penal de 1936 para los delincuentes con “normalidad psíquica”, cuya pena máxima era de 25 años, sino únicamente para los alienados bajo el nombre de medida de seguridad, quienes debían permanecer reclusos en los manicomios o colonias agrícolas durante incluso toda su vida, según la afectación padecida. Este contenido aprobado fue resultado de las discusiones principalmente en el seno de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, como en seguida se explica.

La Comisión decidió que sus discusiones tuvieran como sustento el proyecto de Código Penal de 1925. Esto hizo que particularmente Parmenio Cárdenas y Rafael Escallón tuvieran coincidencia en muchos de los aspectos discutidos, mientras que Carlos Lozano y Lozano era la principal voz disidente, y Carlos Vicente Rey a veces planteaba propuestas intermedias. Las discusiones sobre las consecuencias de los delitos se registran entre las Actas 69 del 19 de octubre y 104 del 13 de diciembre de 1934⁷⁴.

Lozano y Lozano era el positivista más convencido entre los miembros de la Comisión: (i) desde un comienzo se opuso a que las sanciones se dividieran en penas para los delincuentes normales y medidas de seguridad para los delincuentes anormales, e insistió en ser consecuentes “sin timideces” con el positivismo penal⁷⁵, que no hacía alguna distinción, y expuso que cualquier subclasificación de las sanciones tenía relación con la escuela clásica que funda la sanción penal en la responsabilidad moral⁷⁶; (ii) aunque rechazó la prisión perpetua por considerarla “absurda y aberrante”, sí estuvo de acuerdo con penas eliminatorias y propuso como pena máxima la relegación a una colonia penal a tiempo indeterminado que se ubicara en la frontera sur o amazónica de Colombia y sin revisión durante los primeros 20 años⁷⁷; (iii) pero luego la ajustó en el sentido de proponer que la pena indefinida fuera la de presidio entre 20 años a 30 años, de donde los últimos 10 años quedaban supeditados a la personalidad del delincuente y a la regeneración y buenos hábitos adquiridos durante el cumplimiento de la sanción⁷⁸; (iv) al ver que el criterio de distinguir las sanciones entre normales y anormales se imponía, propuso unas medidas de seguridad especiales para los delincuentes políticos en las que

74 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. *Trabajos preparatorios del nuevo Código penal Tomo I*, (2ª edición, Bogotá: Imprenta Nacional, 1938), 162-254.

75 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 69 y 70, pp. 163 y 166.

76 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 71, p. 170.

77 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 72 y 74, pp. 172 a 173 y 177 a 178.

78 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 75, p. 181.

incluyó el destierro, por considerar que es tanto humano como adecuado para lograr la defensa social, y es coincidente con el derecho de asilo⁷⁹. También dejó manifiesta su insatisfacción de trabajar sobre el proyecto de Código Penal de 1925, pues la Comisión parecía más revisora de ese documento que redactora de un nuevo Código Penal, misión esta recibida del Congreso de la República⁸⁰.

Parmenio Cárdenas y Rafael Escallón, frente a estas propuestas de Lozano y Lozano, destacaron que: (i) la distinción entre penas y medidas de seguridad no desdice del positivismo penal, pues ambas tienen una misma naturaleza: ser medios de defensa social, solo que reconocían que el peligrosismo de los delincuentes normales era distinto al de los alienados, por lo que las sanciones debían ser distinguibles⁸¹; (ii) descreyeron de las posibilidades de las colonias penales por considerar que serían costosas, podrían facilitar la fuga si estaban en lugares apartados, podrían ser un premio de llegar a tener mejores condiciones de vida que las cárceles, y que sería inoportuno colonizar territorios con delincuentes y no personas honestas, aunque Cárdenas aceptó que fueran pena accesoria y no principal⁸²; (iii) recibieron de mejor manera la prisión indeterminada entre 20 y 30 años, aunque consideraron que la pena máxima de 25 años, que venía desde el proyecto de 1925, era suficiente⁸³; (iv) rechazaron el destierro para los delincuentes políticos porque era “infame y causa vejamen”, y podría ser utilizado con fines políticos: eliminar al opositor y no al delincuente; y, además, posibilitaría que desde el exilio se planearan atentados en contra de la seguridad estatal. Esta postura fue compartida por Rey⁸⁴. Debe destacarse que ellos rechazaron que la labor realizada fuera solo de revisión del proyecto de Código Penal de 1925, y expresaron que, por el contrario, era tan auténtica que no escribían un código para ser coherentes con el positivismo penal sino con la realidad de Colombia.⁸⁵

En tanto que el criterio de Cárdenas y Escallón se consolidaba, todos coincidieron en que las medidas de seguridad de los alienados tuvieran un mínimo de duración para evitar que se simularan las demencias⁸⁶.

79 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 85 y 87, pp. 203 a 204 y 210 a 211.

80 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 84, p. 200.

81 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 69, 70, 71 y 86, pp. 163, 166 a 167, 170 y 206 a 207.

82 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 72, 73, 74, pp. 173, 175, 178 a 179.

83 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 75, p. 181

84 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 87, p. 211 a 212

85 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Actas 84 y 86, pp. 201 a 202 y 205 a 206.

86 Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, Acta 88, pp. 213 a 214.

Es importante destacar que antes y después de las labores de la Comisión, sus integrantes expusieron valoraciones más personales sobre las penas y las medidas de seguridad. Rafael Escallón descreía de las posibilidades del sistema penitenciario colombiano de su época para llegar a conocer la personalidad de los delincuentes, sin lo cual los propósitos de la escuela positivista no podrían lograrse. Para 1932 dijo que:

La readaptación o mejoramiento del delincuente encuentra mayores tropiezos, y con la actual organización de nuestras cárceles sería casi imposible obtenerlo... [por eso] La base de nuestro régimen penitenciario deberían ser las colonias agrícolas penales.

(...)

La readaptación entre nosotros es un imposible dados los exiguos sueldos con que se retribuyen no solo a los empleados de la guardia de los pobres presos, sino también a los directores de las cárceles. A un Director con un sueldo que apenas le alcanza para vivir y auxiliado por unos guardias que no ganan ni siquiera un sueldo equivalente al jornal de un obrero, nada de les puede exigir⁸⁷.

Tan grande sería la desconfianza de Escallón sobre las posibilidades del sistema penitenciario, que al redactar el Código Penal no se incluyó a la colonia agrícola penal como pena principal, según exponía en sus clases.

Parmenio Cárdenas, tres décadas después de entrar en vigencia el Código Penal que ayudó a gestar, dejó ver que la prisión indeterminada no le incomodaba para todos los tipos de delincuentes, pero sí las limitaciones de los jueces penales para no incurrir en errores al momento de imponerlas, al decir que a la "indeterminación de la pena, a donde se habrá de llegar algún día, cuando la justicia obtenga su máxima respetabilidad, cuando la técnica carcelaria y la sabiduría de los jueces, despejen el temor de cualquier arbitrariedad o desacierto"⁸⁸. Pero frente a los alienados consideró que el riesgo de la arbitrariedad se elimina, pues son siquiátras quienes pueden medir su peligrosidad social, por lo que no hay problema con acoger el carácter indeterminado de las medidas de seguridad de segregación en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial:

Mientras que la duración de la pena impuesta en la respectiva sentencia tiene un carácter fijo, solo variable en su aplicación en los casos de perdón judicial, condena condicional o libertad provisional, en cambio, la medida de seguridad,

87 Escallón. *Conferencias de Derecho penal*, 49-50.

88 Cárdenas. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*, 139.

forzosamente es a tiempo indeterminado, como quiera que está de por medio un tratamiento, sin que se pueda señalar el tiempo exacto de duración⁸⁹.

Años después Lozano y Lozano, en similar sentido al de Cárdenas, expuso que en un futuro podría adoptarse el carácter indeterminado de la pena para algunos delincuentes no alienados:

La ventaja principal del régimen establecido por el código es la de disponer una medida a tiempo indeterminado, es decir mientras subsista la peligrosidad, porque se trata de una situación que no pueda ser corregida en tiempo fijo. Cualquier señalamiento de plazo habría constituido un error. Un morfinómano puede curarse con rapidez. Un demente precoz casi nunca (...) De todas maneras aquella norma de la ley colombiana le abrirá paso a una modificación del criterio que permita más adelante, como se ha intentado parcialmente hacerlo con los criminales habituales, y con los menores, segregar en forma indefinida de la comunidad a todos los incorregibles o inintimidables⁹⁰.

También Jorge Gutiérrez Gómez, secretario de la Comisión, dejó registro de las dificultades que tenía el régimen penal para 1936: los funcionarios judiciales no conocían los fundamentos teóricos del positivismo penal, no existían muchos laboratorios de antropología ni se siquiatria, ni se contaban con colonias agrícolas, manicomios de trabajo ni reformatorios, lo que permitía esperar que las decisiones judiciales se tomaran con la mentalidad de la legislación anterior⁹¹. También dudaba de las posibilidades de construir manicomios criminales y colonias agrícolas, y de que científicamente el carácter indeterminado de las medidas de seguridad lograra su propósito:

El delincuente recluido en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial permanecerá en estos establecimientos hasta el momento en que deje de ser un peligro para la sociedad; pero la dificultad estará en precisar cuándo ha llegado ese momento y si en realidad el delincuente ha dejado de ser peligroso, y aunque... se exige el dictamen de peritos para que el juez pueda hacer cesar condicionalmente la reclusión lo cierto es que con esta disposición se pueden cometer grandes injusticias y causar alarma en la sociedad⁹².

89 Cárdenas. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*, 172.

90 Lozano y Lozano. *Elementos de Derecho penal*, 380.

91 Gutiérrez Gómez. *Comentarios al Código penal colombiano*, 7 y 9.

92 Gutiérrez Gómez. *Comentarios al Código penal colombiano*, 181.

Todas estas consideraciones son intuitivas, pues, como criticaba Jiménez de Asúa, estos redactores tampoco hacían estudios sobre la criminalidad en Colombia, es decir, sus nociones sobre el delito se soportaban en datos europeos y en la experiencia profesional adquirida, lo que desdice de la metodología de la escuela positivista.

Un atento lector del Código Penal de 1936 puede advertir fácilmente que la noción de delincuente nato no se hizo norma jurídica expresa. Pero con lo escrito por Cárdenas y Lozano y Lozano como doctrinantes, al menos se puede pensar que la prisión indeterminada, prevista teóricamente desde la escuela positivista como una de las sanciones para el delincuente nato, podría adoptarse legalmente en un futuro incierto, que nunca llegó.

Tal vez al aplicar esta legislación para los delitos de los pirómanos, pedófilos y pederastas, relacionados con sus trastornos, los jueces habrían tenido en cuenta la noción del delincuente nato y adoptarse para ellos alguna de las medidas de seguridad indeterminadas previstas en el Código Penal de 1936, en razón a que aquellos trastornos se relacionan con conductas previstas como delitos.

Finalmente, debe decirse que el Congreso de la República aprobó el proyecto escrito por la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios sin mayores modificaciones, pero una de estas fue tasar la pena máxima imponible en 24 años, uno menos de lo previsto en el Código Penal de 1890.

2.4. Recepción de la legislación positivista en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Dentro de los 10 años anteriores a la expedición del Código Penal de 1936 la referencia a los autores positivistas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fue casi nula; acaso se encuentra un salvamento de voto de 1928 del entonces magistrado Parmenio Cárdenas⁹³. Son los magistrados del período 1940 a 1945 quienes empiezan a citar a Lombroso, Garofalo y Ferri para entender la obra que sus discípulos habían escrito.

93 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de noviembre de 1928, M.P. Julio Luzardo Fortoul. *Gaceta Judicial* Tomo XXXVI, p. 217.

Acerca del tema de interés de este escrito, se deben resaltar las Sentencias del 15 de junio⁹⁴, 8 de julio⁹⁵ y 4 de septiembre de 1942⁹⁶, que tienen como magistrado ponente a José Antonio Montalvo, quien fue miembro de la Comisión Redactora de 1925 y accedió a la Corte Suprema por los votos de la minoría conservadora en la Cámara de Representantes⁹⁷. En ellas la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema destaca que el Código Penal de 1936, aunque se basó en el proyecto de Código Penal para Italia elaborado por Ferri, no acogió el criterio subjetivista de la responsabilidad penal, pues varias de sus disposiciones preservan “la tradición jurídico-penal que reconoce el predominio al elemento objetivo”, a saber: (i) sí distingue entre penas y medidas de seguridad; (ii) para tasar la pena no solo tiene en cuenta la personalidad del delincuente, sino también la “gravedad y modalidades del hecho delictuoso”; (iii) la legislación colombiana no permite al juez apartarse de los mínimos y máximos de las sanciones penales, sino que los debe observar rigurosamente; (iv) no se adoptó “la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua”, sino que la pena máxima es de 24 años.

Expresamente, el magistrado Montalvo señaló que fue la tradición colombiana, que había eliminado la pena de muerte y establecido como pena máxima 25 años de prisión en el Código Penal de 1890, la que orientó la redacción de las penas en el Código de 1936 por derroteros diferentes a los que había propuesto Ferri.

Más adelante, en Sentencia del 11 de diciembre de 1945⁹⁸, la Corte Suprema de Justicia expuso que el criterio de la peligrosidad de la escuela positivista en el Código Penal no puede ser el principal para la determinación de la responsabilidad, sino que “su graduación debe subordinarse a la gravedad y modalidades del delito, a sus móviles y a la personalidad del infractor”. Esta lectura es más reduccionista del positivismo penal que la dada en 1942, pues aquella vez la peligrosidad estaba equiparada con criterios objetivos, mientras que en 1945 se la subordina a estos.

Pese a que la punibilidad del Código Penal de 1936 no es coherente con el

94 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de junio de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. *Gaceta Judicial* Tomo LIII, pp. 135 a 148.

95 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de julio de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. *Gaceta Judicial* Tomo LIII, pp. 393 a 398.

96 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 04 de septiembre de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. *Gaceta Judicial* Tomo LIV, pp. 163 a 169.

97 Cajas Sarria. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la regeneración al régimen militar*, 255.

98 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de diciembre de 1945, M.P. Francisco Bruno. *Gaceta Judicial* Tomo LIX, pp. 1033 a 1039.

positivismo, los positivistas colombianos mantuvieron en líneas generales una lectura acorde a sus postulados. En sentido contrario a los anteriores pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 26 de junio de 1946⁹⁹ sostuvo que el Código adoptó el “criterio de la responsabilidad social-legal”, que con el artículo 11 se cobija a “todos los hechos antisociales de las personas normales como las anormales”. Por eso, explicó el alto tribunal, aunque en el Código colombiano las penas se diferenciaban conceptualmente de las medidas de seguridad, estas últimas eran también “sistemas defensivos” previstos “para los anormales o menores de edad que infrinjan la ley penal, con el objeto de separarlos de la vida social, hacerlos inofensivos, someterlos a un tratamiento adecuado y conseguir por este medio su readaptación a la sociedad”.

Hay un personaje que requiere especial atención y refleja que las ideas penales también fueron parte de la lucha ideológica bipartidista: Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. Como se anotó más atrás, él fue uno de los oficiales mayores de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, y fue elegido como magistrado de la Corte Suprema de Justicia para el periodo 1945 a 1950. Como magistrado ponente de la Sentencia del 31 de julio de 1946¹⁰⁰, no tuvo reparo en destacar que penas y 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 peligrosidad del sujeto criminal”, lo que era coherente con su actividad en la Comisión.

Gutiérrez Anzola era de talante conservador y así se notó cuando se abstuvo de firmar en 1949 una carta abierta en el que la mayoría liberal de la Corte Suprema de Justicia criticó el Decreto 3519 expedido por el presidente Mariano Ospina Pérez, al amparo de un estado de sitio declarado para contener las protestas generadas por el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, con el cual aumentó el quórum decisorio de la Corte Suprema para decretar la inconstitucionalidad de sus medidas legislativas, a las tres cuartas partes y no con la mayoría simple¹⁰¹.

Ya bajo el mandato presidencial de Laureano Gómez Castro, Gutiérrez Anzola tuvo a cargo prologar extensamente una edición de obras selectas de Gaitán

99 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de junio de 1946, M.P. Domingo Sarasty Montenegro. *Gaceta Judicial* Tomo LXI, pp. 789 a 795.

100 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de julio de 1946, M.P. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. *Gaceta Judicial* Tomo LXI, pp. 154 a 165.

101 Cajas Sarria. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la regeneración al régimen militar*, 321 a 324.

publicadas por el Ministerio de Educación Nacional en cumplimiento del artículo 10 de la Ley 45 de 1948, que le rinde honores *post mortem*. Gutiérrez Anzola deja constancia de que las obras del caudillo liberal “contienen muchos de esos errores producidos por la formación materialista y positivista... e impregnadas de vicios fundamentales que no pueden llegar al lector sin la criba necesaria para su depuración y mejor entendimiento”¹⁰². Páginas después utilizó una tercera persona que no determinó para criticar la influencia positivista en el Código Penal de 1936, al decir que: “alguien se sorprendía de que en Colombia todavía se leyeran los libros de Ferri y calificaba de atraso el hecho de que en nuestro país aún se pensara y se discutiera sobre el positivismo, cuando este había pasado ya de moda en todas las demás partes del mundo”¹⁰³.

De otra parte, la doctrina coincidió en que los postulados de la escuela positivista no fueron acogidos en su totalidad en el Código de 1936. Así, destacó que frente a los inimputables el fundamento para imponer la medida de seguridad sí era su peligrosidad, pero para los imputables se tenía que analizar la gravedad y modalidades del delito y los motivos determinantes y, además, el criterio de la peligrosidad estaba subordinado a los mínimos y máximos legales de las penas, de donde el carácter indeterminado de las consecuencias de los delitos solo lo tenían las medidas de seguridad¹⁰⁴.

CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito se expuso la imperfecta recepción en Colombia de los postulados del positivismo penal relacionados con las sanciones para las conductas delictuales. El Código Penal de 1936 es prueba de la transmutación del carácter indeterminado de la prisión en tanto solo fue prevista para los alienados o delincuentes anormales, incluso con dudas de los mismos redactores sobre contar con herramientas médicas de tratamiento efectivo.

Esa transmutación es palpable también al no normativizarse la noción antropológica del delincuente nato. Ello resultó siendo consecuencia de la ausencia de estudios sobre la criminalidad en Colombia, de datos sobre los detenidos y condenados recluidos en las mismas prisiones, así como de abogados y médicos

102 Jorge Gutiérrez Anzola, “Prólogo”. En *Jorge Eliécer Gaitán, su obra científica, Volumen I* (Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1952), VIII.

103 Gutiérrez Anzola, “Prólogo”, XXXIII.

104 Nódier Agudelo. *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. (Bogotá: Editorial Temis, 1984), 31-34.

colombianos que además de leer a Lombroso, Garofalo y Ferri, realizaran investigaciones criminológicas. En tal escenario, se prefirió seguir con la tradición de la legislación colombiana de hacer prevalecer el elemento objetivo de la conducta para los delincuentes no alienados.

Es también clara la influencia del pensamiento liberal —propio del Gobierno Nacional que creó la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios y del Congreso de la República que aprobó el proyecto de Código Penal recibido— de respetar la esfera privada de la persona entendida como un sujeto de plenas capacidades, cuando se decide estipular una pena de prisión máxima y que esta sea de 24 años, uno menos que lo previsto en el Código Penal de la Regeneración conservadora. Los efectos de la ilustración en el campo penal ya se habían asentado significativamente en el pensamiento penal colombiano, a los que no se estuvo dispuesto a renunciar.

El Código Penal de 1936 es, pues, prueba de un sincretismo entre ideas penales europeas y visiones latinoamericanas. Y así como antes de la República liberal había en Colombia una escuela católico-positivista, a la que Jiménez de Asúa criticó, con ella puede decirse que también se consolidó una escuela liberal-positivista. En la realidad colombiana de la primera parte del siglo XX existían ya muy buenas razones o excusas para abjurar del positivismo penal en nombre de la práctica legal nacional.

Las notables falencias del Estado colombiano hacían que, a ojos de los miembros de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, fuera arriesgado adoptar medidas penales que pudieran afectar la libertad de los ciudadanos en nombre de unos avances de defensa social que no podían lograrse.

El estudio de la aplicación judicial del Código Penal de 1936, especialmente luego del período aquí analizado hasta su derogación por el Código Penal de 1980, no puede obviar un fenómeno que empezó a hacerse común desde 1948: el uso del Derecho penal para eliminar al contendor político; el liberal durante el período de la violencia bipartidista, y el comunista y socialista con la aparición de las guerrillas de izquierda durante los años sesenta. Ello implica abordar fenómenos que no se pueden explicar dentro de la escuela positivista italiana.

Décadas después el tiempo pareciera no haberles dado la razón a las ideas positivistas penales en Colombia, pues la Constitución de 1991 es buena hija del pensamiento liberal sobre el Derecho penal y proscribía la pena de muerte y la prisión indeterminada, incluso para inimputables.

Sin embargo, estudios actuales alrededor de las neurociencias reavivan las discusiones planteadas por los antiguos positivistas sobre la relación entre algunos delitos y alteraciones mentales, el fundamento de la responsabilidad penal, las clases

de consecuencias a imponer y la vigilancia a su ejecución¹⁰⁵. Que la libertad no sea lo que determine el actuar de todas las personas podría transformar al Derecho penal desde sus cimientos, y no solo para los que ayer se denominaban alienados y hoy inimputables, pues las vivencias que se presentan en las cárceles tienen influencia en las posibilidades de reincidencia o de readaptación¹⁰⁶.

Para el Derecho penal colombiano lo anterior plantea el reto de realizar investigaciones locales, desarrollar capacidades para identificar en la práctica estas situaciones y darles un adecuado tratamiento judicial. Sin embargo, el riesgo de que estos temas, como ayer, se lean desde las experiencias extranjeras se mantiene.

Bibliografía

- Agudelo, Nódier. *Grandes corrientes del Derecho penal: escuela positivista*. 7ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002.
- Agudelo, Nódier. *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.
- Barbero, Marino. *Pena de muerte*. Buenos Aires: De palma, 1985.
- Bejarano, Alberto. "¿El fin justifica los miedos? Perspectiva genealógica de los debates sobre la pena de muerte en Colombia". *Desafíos*, n°18 (2008): 214-241.
- Bernate, Francisco. "El Código penal colombiano de 1890". *Estudios Socio Jurídicos* 6, n°2 (2004): 537-558.
- Cajas Sarria, Mario. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991. Tomo I: De la regeneración al régimen militar*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.
- Cardona, José. "La influencia de la neurociencia en ejecución de la pena desde el fin resocializador". *Revista Nuevo Foro Penal* 16, n°94 (2020): 93-124.
- Cárdenas, Parmenio. *El Código penal colombiano como estatuto de defensa social. Tomo I*. Bogotá: Editorial Kelly, 1968.
- Castells, Florencia. "Mujeres y delitos violentos: experiencias y prácticas en la justicia de paz bonaerense". *Revista Pilquen* 2, n°21, Universidad Nacional del Comahue (2018): 68-82.

105 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Neurociencias y Derecho*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1952), cap. III; Custodia Jiménez Martínez, "No es mi culpa, fue mi cerebro. ¿Es esta una afirmación válida para aplicar la inimputabilidad a individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas?", *Revista Derecho penal y Criminología*, 37, n°103 (2016): 96 y ss.

106 José Cardona, "La influencia de la neurociencia en ejecución de la pena desde el fin resocializador", *Revista Nuevo Foro Penal*, 16, n°94, (2020): 105-115.

- Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. *Trabajos preparatorios del nuevo Código penal Tomo I*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1938.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de noviembre de 1928, M.P. Julio Luzardo Fortoul. Gaceta Judicial Tomo XXXVI.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de junio de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. Gaceta Judicial Tomo LIII.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 08 de julio de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. Gaceta Judicial Tomo LIII.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 04 de septiembre de 1942, M.P. José Antonio Montalvo. Gaceta Judicial Tomo LIV.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, M.P. Francisco Bruno. Sentencia del 11 de diciembre de 1945. Gaceta Judicial Tomo LIX.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de junio de 1946, M.P. Domingo Sarasty Montenegro. Gaceta Judicial Tomo LXI.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de julio de 1946, M.P. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. Gaceta Judicial Tomo LXI.
- Concha, José Vicente. *Tratado de Derecho penal y comentarios al Código penal colombiano*. 2ª edición. Bogotá: Librería Americana, 1907.
- Cruz Barney, Óscar. "El pensamiento positivista en la codificación penal mexicana". En *Estudios contemporáneos de teoría dogmática jurídica en Iberoamérica*. México: UNAM, 2020, 149-184.
- Di Corleto, Julieta. "Los crímenes de las mujeres en el positivismo: El caso de Carmen Guillot (Buenos Aires, 1914)". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1, n°11 (2010): 19-30.
- Escallón, Rafael. *Conferencias de Derecho penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1932.
- Ferri, Enrico. *Defensas penales*. Bogotá: Temis, 1988.
- Ferri, Enrico. *Proyecto preliminar de Código Penal para Italia (1921)*. Madrid: Ediciones Góngora, 1925.
- Ferri, Enrico. *Sociología criminal*. Bogotá: Leyer, 2007.
- Elícer Gaitán, Jorge. *Defensas penales*. Bogotá: Temis, 1976.
- García Herreros, Carlos. *Crítica a la teoría positiva de la responsabilidad penal*. Bogotá: Editorial Kelly, 1942.
- García, Juan. *Regeneración o catástrofe: Derecho penal mesiánico durante el siglo XIX en Colombia*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2009.

- Garofalo, Rafael. *El delito como fenómeno social*. Madrid: La España Moderna, 1950.
- Garofalo, Rafael. *La criminalidad*. Madrid: Daniel Jorro-Editor, 1912.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Neurociencias y Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1952.
- Gómez Prada, Agustín. *Derecho penal colombiano*. Bucaramanga: Imprenta Departamental de Santander, 1952.
- González, Juan. *El crepúsculo de la doctrina positiva del derecho penal*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1952.
- Gutiérrez Anzola, Jorge. "Prólogo". En *Jorge Eliécer Gaitán, su obra científica, Volumen I*. VII-XLIII. Bogotá: Ministerio de Educación Nacional, 1952.
- Gutiérrez Gómez, Jorge. *Comentarios al Código penal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1940.
- Hurtado, Alexander. *Construcción del código penal colombiano de 1936*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019.
- Ingenieros, José. *La locura en la Argentina*. Buenos Aires: Cooperativa Editorial, 1920.
- Jiménez de Asúa, Luís. *La Ley y el Delito*. 2ª edición. Buenos Aires: Hermes.
- Jiménez Martínez, Custodia. "No es mi culpa, fue mi cerebro. ¿Es esta una afirmación válida para aplicar la inimputabilidad a individuos con trastornos de la personalidad y psicópatas?". *Revista Derecho penal y Criminología* 37, n°103 (2016): 81-107.
- Lancelotti, Miguel. *La criminalidad en Buenos Aires: al margen de la estadística 1887-1912*. Buenos Aires: V. Abeledo, 1914.
- Lombroso, César. *El delito, sus causas y remedios*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.
- Lombroso, César. *Los criminales*. Bogotá: Leyer, 2005.
- Lozano y Lozano, Carlos. *Elementos de Derecho penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950.
- Moebius, Paul. *La inferioridad mental de la mujer*. Valencia: F. Sempere y Compañía, 1904.
- Nieto Arteta, Luís. *De Lombroso a Pende*. Bogotá: Óptima, 1938.
- Patiño, Alfonso. *Las escuelas clásica y positiva del Derecho penal: nuevas corrientes de este Derecho*. Tesis para obtener el título de abogado, UNAM, 1935.
- Pérez, Luís Carlos. *Manual de Derecho penal Tomo I*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1969.

- Pupo Villa, Roque. *Manual de Derecho penal*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial Colombiana, 1942.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Volumen I: los derechos existenciales*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. "Positivismos biológico en la noción del delincuente del *Tratado* del Profesor Eusebio Gómez (1939)". En *Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, su legado histórico*, coordinado por Tulio Ortiz, 239-251. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2013.
- Reyes Alvarado, Yesid. "La teoría del delito a propósito de Carlos Lozano y Lozano". *Revista Derecho penal y Criminología* 22, n°73 (2001): 13-25.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Criminología*. 3ª Ed. Bogotá: Criminología, 1976.
- Soler, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires: V. Abeledo, 1929.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal Tomo I: parte general*. Buenos Aires: EDIAR, 1998.