

## Nociones generales y contexto histórico del derecho penal colombiano. Estudio de las codificaciones penales de 1890 hasta el 2000<sup>1</sup>

Cristian David Ibarra Sánchez\*, Ángel Emiro Páez Moreno\*\*

Recepción: 29-09-2023 / Aceptación: 10-11-2023

**Resumen.** El presente trabajo de investigación tiene como objeto el estudio de la legislación penal en la República de Colombia desde 1890 hasta la actualidad con la ley 599 de 2000, este último conocido como el vigente Código Penal. Lo anterior, conforme a la siguiente pregunta problemática ¿se ha dado un desarrollo oportuno de la legislación penal colombiana que otorgue soluciones fehacientes a las necesidades de una política criminal sólida desde sus inicios hasta la actualidad? Con ello, se pretende analizar las diversas escuelas que han influido en los legisladores a la promulgación y tipificación de los delitos y sus penas en el marco jurídico penal colombiano. Se destaca ante todo, el análisis que a lo largo del desarrollo del ordenamiento jurídico colombiano abarca el contexto constitucional, doctrinal y jurisprudencial, los cuales, han logrado evidenciar el carácter de un óptimo “*derecho penal*” a lo largo del contexto histórico del país en mención. Se destaca así, la gran influencia de las Escuelas Clásica, Positivista y Finalista, que a hoy han venido a establecerse con fuerza en Colombia a lo largo de su codificación, desde 1980 hasta la actual ley 599 del año 2000.

**Palabras clave:** legislación penal colombiana; escuelas del delito; legalidad; penas.

### [en] General Notions and Historical Context of Colombian Criminal Law. Study of Criminal Codes from 1890 to 2000

**Abstract.** The purpose of this research work is to study criminal legislation at the time of the Republic of Colombia from 1890 to the present with Law 599 of 2000 known as the current Penal Code. The foregoing, in accordance with the following problem, has there been a timely development of Colombian criminal legislation that provides reliable solutions to criminological and criminal policy needs from its beginnings to the present?

The aim is to analyze the various schools that have influenced legislators in the promulgation and classification of offences and their penalties in the Colombian criminal legal framework. It is emphasized that throughout the constitutional, doctrinal and jurisprudential development it has been possible to demonstrate the optimal character of Criminal Law throughout the historical context. Thus, the great influence of the Classical, Positivist and Finalist Schools is highlighted, which today have come to establish themselves strongly in Colombia throughout their codification, from 1980 to the current law 599 of the year 2000.

**Keywords:** Colombian Penal Legislation; Crime Schools; Legality; Penalties.

**Sumario.** Introducción. 1. Las Codificaciones Penales del siglo IX y XX en Colombia. Las Escuelas Clásica, Positiva (italiana) y Finalista (alemana). a. Principales nociones de la Escuela Clásica en el Código Penal de 1890. b. El Código Penal de 1936 y las incidencias de la Escuela Positiva. c. El Código Penal de 1980. Los grandes aportes del movimiento alemán. 2. La Ley 599 De 2000. El Código Penal Colombiano en la actualidad. Conclusiones. Bibliografía.

**Cómo citar:** Ibarra Sánchez, C. D.; Páez Moreno, A. E. (2023). Nociones generales y contexto histórico del derecho penal colombiano. Estudio de las codificaciones penales de 1890 hasta el 2000. *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas* 26(3), 205-215.

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de la producción del Proyecto “Gobernabilidad Electrónica en América Latina”, adscrito al grupo de investigación COMUNICACIÓN-UB, Programa de Comunicación Social y Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Boyacá, Tunja, Colombia. 1

\* Doctor de la Università degli Studi Roma Tre, Discipline Giuridiche. Candidato a Doctor de la Universidad de Salamanca, en el Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Candidato a Doctor de la Universidad Complutense de Madrid, en el Doctorado de Filosofía. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad. Abogado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y Licenciado en Filosofía pensamiento político-económico de la Universidad Santo Tomás Bogotá. Investigador del grupo de investigación Socio Jurídica de la Universidad de Boyacá. Correo electrónico [cdibarra@uniboyaca.edu.co](mailto:cdibarra@uniboyaca.edu.co) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4612-6509>

\*\* Posdoctorado en Economía Política de la Comunicación, Universidad de Sergipe, Brasil. Doctor en Ciencias Sociales, Mención Gerencia, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Magister en Ciencias de la Comunicación, Universidad Rafael Belloso Chacín, Maracaibo, Venezuela. Licenciado en Comunicación Social, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Docente-Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Boyacá, Tunja, Colombia. Presidente de la Asociación de Investigadores Venezolanos de la Comunicación ([www.invecomve.org](http://www.invecomve.org)). E-mail: [apaezmoreno@gmail.com](mailto:apaezmoreno@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0924-3506>

## Introducción

El sistema penal colombiano frente a su legalidad ha enmarcado un contexto histórico interesante para su estudio, razón por la cual, el presente escrito pretende mostrar la codificación y reglamentación de la ley penal en Colombia desde su génesis hasta la actualidad. Lo anterior, pretende denotar un panorama de aquellas nociones generales de la legislación penal en su contexto histórico desde hace ya 200 años; esto conlleva al análisis de sus principios, su aplicación y el castigo de los delitos, hasta pasar por la tipificación actual de la ley 599 de 2000 conocida también como el Código Penal Colombiano (de ahora en adelante C.P).

Es necesario en el presente escrito, reseñar algunas precariedades en el ámbito histórico frente al sistema penal colombiano actual, puesto que previo a la época de la república tuvimos un derecho penal referente a la época precolombina y a las épocas de la conquista y de la colonia<sup>2</sup>; o como lo expone Ferré Olivé: “*la evolución histórica del Derecho penal colombiano, pasa por analizar su desarrollo en dos momentos distintos. De una parte, en el periodo pre-independencia, y el segundo a partir de la república libre*”<sup>3</sup>. Del segundo momento, es decir, del contexto histórico de la ciencia penal en la república libre, es la que se dedicará este escrito, ya que el estudio pretende ser encaminado al principio de legalidad y la teoría de la pena, tal y como se plasma hoy en nuestra ley penal vigente, después de un transcurso, evolución y construcción de II siglos; empero del primer momento, que es la época antes de la independencia, la cual, no se dará una detallada descripción. Sin embargo, a manera de síntesis, es necesario exponer como se estipulaban para las culturas indígenas latinoamericanas los principios de legalidad, principio de personalidad de las penas y principio de humanidad de las penas; pues si bien no se conjugan ni configuran como hoy los conocemos en el actual sistema jurídico-penal, al esbozar dichos principios se conjuga una clara equívocidad con la actual ciencia penal.

Podríamos decir lo que Emiliano Borja describe:

De todo lo expuesto hasta aquí, por tanto, podemos llegar a una primera conclusión que nos conduce a considerar que ni tan siquiera los principios de legalidad y culpabilidad son universales en todo sistema de Derecho penal. Al

<sup>2</sup> El primero, denominado época precolombina, fue constituido por instituciones punitivas aborígenes que se centraban en expedir leyes de orden moral (como no matar, no hurtar, no mentir, no quitar la mujer ajena, etc.) empero sus castigos eran de severidad como la pena de muerte para casos de asesinato; por otro lado, la violación en muchos casos (para las comunidades chibchas) fue castigada introduciendo en la uretra del violador una varilla con espinas dándole vuelta hasta desangrarlo, entre otros castigos. El segundo, suscitado por el contexto de la conquista y la época colonial en el nuevo continente, obtenía intereses propios de la Corona Española, sometiendo a los pueblos aborígenes a su legislación e imponiendo la fuerza sus intereses propios. En términos drásticos, un “cuento aparte” de la realidad que hoy emerge en el sistema punitivo colombiano. Cf. A. Suescún Monroy, *Derecho y sociedad en la historia de Colombia: El derecho colonial siglo XVI-siglo XIX*, Tunja, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1998.

<sup>3</sup> J. Ferré Olivé, M. Núñez Paz, & P. Ramírez Barbosa, *Derecho Penal Colombiano Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Bogotá, Ibañez, 2010, p.146.

menos, en los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica dichos axiomas, o no existen, o adquieren otra dimensión<sup>4</sup>.

## 1. Las Codificaciones Penales del siglo IX y XX en Colombia. Las Escuelas Clásica, Positiva (italiana) y Finalista (alemana)

Sin lugar a dudas, esta época de finales del siglo XIX y todo el siglo XX es de mayor relevancia para la ciencia penal colombiana, forjando todo el criterio de su normatividad dogmática, política criminal, entre otros aspectos. Se está ante el resultado de C.P. que como lo dice Nódier Agudelo:

Para decirlo con una metáfora, el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000) es un torrente que se compone de varios afluentes, los cuales resulta imprescindible tener en cuenta, ya que él no puede ser comprendido sino estudiando las distintas líneas de pensamiento en él subyacentes: 1-. En primer lugar, se debe estudiar el antecedente que representa el Código Penal de 1.980, pues aquí viene una gran influencia del pensamiento de la Escuela Clásica del derecho penal; 2-. En segundo lugar, debemos estudiar los antecedentes que representa el Código Penal de 1.936: de aquí provienen ideas rectoras de la Escuela Positivista; 3-. En tercer lugar, debemos tener en cuenta el Código Penal de 1.980, pues de aquí proviene la continuación de la secuencia dogmática (...) cohabitan algunas ideas centrales de la Escuela Clásica y Positivista muy arraigadas a nuestra cultura jurídico-penal, pues la primera tuvo un influjo preponderante en nuestro Código Penal de 1.890, como lo tuvo la Escuela Positivista en el Código Penal de 1.936. La definición legal dogmática del delito entre nosotros principia en el Código Penal de 1.980; ahora bien: como se sabe, a una idéntica estructura del delito, Conducta Típica, Antijurídica y Culpable, corresponden varios Esquemas, el Clásico, Neoclásico y el Finalista, según el significado que se le da a cada una de las categorías de la definición<sup>5</sup>.

A la luz de lo anterior, se ve la materialidad y ejecución del pensamiento penal consagrado por las vertientes de derecho más sólido del mundo para sus diversas épocas: Italia y Alemania. El transcurso de las leyes penales de 1890, 1936 y 1980 en Colombia, configuran el actual sistema penal tal y como se conoce hoy en día.

### a) Principales nociones de la Escuela Clásica en el Código Penal de 1890

El contexto histórico de este Código Penal de 1890 inicia con la encomienda que hace el Consejo de Estado al Doctor Juan Pablo Restrepo, quien resolvió dejar a un lado el trabajo realizado por el Doctor Porras (quien fallese) y, así las cosas, decide elaborar un nuevo proyecto

<sup>4</sup> E. Borja Jiménez, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 672.

<sup>5</sup> N. Agudelo Betancur, *La Estructura del Delito en el Nuevo Código Penal*, Medellín, Nuevo Foro, 2000, p. 11 y 12.

que se configura posteriormente en la ley 19 del 18 de octubre de 1890<sup>6</sup>.

Para conocer el argumento tácito de la ley 19 de 1890 se debe tener una aproximación somera de la doctrina penal de la Escuela Clásica; la cual, nace en Italia en el siglo XVIII con sus mayores representantes Francesco Carrara (1805-1888) y Cesare Beccaria (1738-1794). El sistema de la Escuela Clásica, sucintándola en un orden general, es el resultado de tres corrientes del pensamiento jurídico-filosófico: 1. El aristotélico-tomista, 2. El racional y 3. El demoliberalismo. Todo ello enfoca el legalismo (la legalidad como libertad: normas jurídicas que fundamentan el actuar) y la humanización de las penas (la proporción entre la conducta punible realizada y el castigo a sancionar, pero con miras a la dignidad humana) con una óptica secular distinta a las ya estudiadas en los sub-capítulos anteriores.

En síntesis (y para el estudio que nos compete en este texto) se denotan dos cosas: por una parte, el punto fundante es la “libertad” o el “libre albedrío”, puesto que el hombre actúa conforme y estrictamente necesario a lo establecido por la ley, de ahí el principio de legalidad: “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”<sup>7</sup>, y, por otra parte, las penas desproporcionadas se extinguen, la pena debe ser conforme a la conducta punible desplegada.

Se observa en el Código Penal de 1890 frente al libre albedrío y el principio de legalidad en sus artículos 2, 11 y 12 que el cometer la conducta contraria a derecho fundamenta la libertad del sujeto que realiza el hecho; esto es y, como versa en la Escuela Clásica, la responsabilidad penal se funda en la libertad del individuo quién tiene establecido para sí la capacidad de obrar contrario a derecho y violar la ley o cohibirse de hacerlo:

(...) Art. 1.0 Es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por lo cual se incurre en alguna pena. Art. 2. En toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario (...) Art. 11. La proposición hecha y no aceptada para cometer un delito, no será castigada sino en los casos en que la ley lo determine expresamente (...) Art. 12. Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente. No obstante, si la pena fuere disminuida por ley posterior, se aplicará la nueva ley; y si fuere cambiada, el reo puede escoger entre las dos leyes la que mejor le convenga. Si la ley posterior suprime la pena, no puede aplicarse la que señalaba la anterior, y se entiende rebajado lo que les falte a los que la están cumpliendo.

<sup>6</sup> Cf. A.J. Cancino, *Instituciones Penales Colombianas, para el profesor*, Bogotá, Universidad Externado, 1986, donde alude que este código era “con algunos retoques no siempre felices, un traslado que se adoptó para el Estado de Cundinamarca de 1958” p. 11 y 12. Sin embargo, F. Velázquez Velázquez, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Andrés Morales, 2010 sustenta: “J.P. Restrepo decidió retornar al antiguo Código Penal de 1837; nació así la ley 19 de 18 de octubre de 1890 –vigente desde el quince de junio de 1891–. Este estatuto fue duramente criticado y se adujo que presentaba incongruencias y aun contradicciones graves, lo que era apenas obvio, pues trataba de una recopilación legislativa y no de una obra científica” p. 263.

<sup>7</sup> La traducción del latín es la siguiente: Ningún delito, ninguna pena sin previa ley.

Ahora bien, es necesario señalar que anteriormente se citó al milanés Cesare Beccaria frente a la proporcionalidad de las penas, sin embargo, Nódier Aguelo lo cita frente a este tema, donde alude:

En cuanto a la pena es corriente decir que la Escuela profesó una concepción retributiva de la pena, es decir, como un mal que se aplica a quien causó el mal (...) los principios garantísticos predicados por Beccaria en su inmortal obra de los delitos y de las penas siempre exigió una proporcionalidad entre la gravedad del delito, o sea, entre el daño y la cantidad de la pena<sup>8</sup>

Para concluir este acápite, en sus artículos 13 y 18 frente a la pena, donde el delito no es somero a la voluntad del juez, *sino que a cada delito se le asigna una sanción de acuerdo con la gravedad del ataque al bien jurídico tutelado y violado*<sup>9</sup> será el juez quién dosifique la pena conforme a los límites previamente señalados:

Art. 13. Cuando se cometa una acción que parezca digna de castigo y no lo tenga señalada en la ley, se dará cuenta al Gobierno, para que pueda llenarse el vicio (...) Art. 18. Siempre que la ley castigue la ejecución de un acto, se entiende éste prohibido. Siempre que imponga alguna pena por la omisión de un acto, se considera que hace obligatoria su ejecución.

## b) El Código Penal de 1936 y las incidencias de la Escuela Positiva

En 1936 llega el turno para la escuela positivista, y surge el proyecto que fundamentaría la ley 95 ese año, entrando en vigencia el primero de junio de 1938. El correspondiente proyecto fue elaborado por una comisión creada por la ley 20 de 1933, integrada por los doctores Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas, Carlos Lozano y Lozano, este último como uno de los mayores representantes de esta corriente:

(...) Dicha comisión tomó como base principal el código italiano de Rocco, el proyecto de Ferri de 1921 y naturalmente los trabajos de la comisión de 1923, ya que varios de los comisionados de esta nueva institución habían hecho parte de aquella y tenían una formación filosófica claramente positivista<sup>10</sup>.

Muchos teóricos afirman que el Código Penal de 1936 fue quizá una de las promulgaciones más importantes en la historia de la legislación penal colombiana y, con su surgimiento, se ven claramente los cimientos de la Escuela Positivista; a la luz de esto, surgen tres componentes esenciales de esta corriente: 1. la defensa social, 2. el peligrosismo y 3. la responsabilidad penal individual de acto.

Esta antítesis de la Escuela Clásica empieza por desconocer una serie de categorías. En primer momento, rechaza absolutamente el “libre albedrío”, la premisa

<sup>8</sup> N. Agudelo Betancur, *op. cit.* pp. 24 y ss.

<sup>9</sup> N. Agudelo Betancur, *op. cit.* p. 25.

<sup>10</sup> A. Cancino, *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 16.

empieza por sustentar que el castigo nace, no porque el hombre sea libre, sino porque la sociedad debe protegerse del mismo hombre (de ahí su teoría de la pena de orden preventivo), es decir que, dentro del determinismo de los positivistas, la responsabilidad penal tiene cabida para todos los sujetos que dañen. Muy distinto a la doctrina Clásica que advertía que la conducta punible solo se deriva de la conciencia del sujeto (solo imputables) que tienen capacidad de “entender” y “querer” actuar conforme a derecho o no.

A consecuencia de lo anterior, la responsabilidad penal debe ser proporcional, no al hecho y conducta desplegada con el castigo, como lo sustenta la Escuela Clásica, sino como sustenta el maestro Raffaele Garófalo: “*La pena deve essere proporzionale alla paura del trasgressore*”<sup>11</sup>. Así las cosas, el castigo se adapta al delincuente y no al delito.

El código penal de 1936 en sus artículos 36 y ss, lo sustenta de la siguiente manera:

(...) Artículo 36. Dentro de los límites señalados por la ley, se aplica la sanción al delincuente según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente. Artículo 37. Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad -en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o elementos constitutivos del delito- las siguientes:

Artículo 38. Demuestran una menor peligrosidad y atenúan, por tanto, la responsabilidad -en cuanto no hayan sido previstas de otra manera- las siguientes circunstancias: Artículo 39. Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad. Artículo 40. Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra circunstancia que tenga analogía con las anteriores.

Es evidente que para la Escuela Positivista y, reflejado en el Código de 1936, la fenomenología que expresa el delito es de orden fáctico, es decir, a los hechos que se componen por un orden jurídico establecido. De esta manera, el código mencionado denota la reacción contra la Escuela Clásica que da en un orden de preeminencia al delincuente según su peligrosidad como se estudió en la citación anterior. Y la consecuencia de la pena es ahora una sanción equilibrada al tipo de delincuente.

Ahora bien, al delincuente y el delito se le encuentra en otra categoría importante: las medidas de seguridad como fin de las penas. La finalidad de las penas es de orden preventivo; al contrario de la Escuela Clásica que mira hacia el pasado por el delito cometido, el Positivismo mira hacia el futuro para hablar de un tratamiento como sanción (la pena de muerte solo se da en casos extremos de peligrosidad). Las medidas de seguridad son el tratamiento designado como se puede entrever en los artículos 41 y ss del Código Penal de 1980, a razón de

que sea análogo con la Escuela Positivista. El fin (entre comillas) será que posteriormente el reo pueda “volver” o “readaptarse” a la comunidad. La norma dice lo siguiente:

(...) Artículo 41. Las penas para los mayores de dieciocho años son las siguientes:

Presidio, Prisión, Arresto, Confinamiento, Multa. Artículo 42. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: Prohibición de residir en determinado lugar, Publicación especial de la sentencia, Interdicción de derechos o funciones públicas, Prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, Pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, Caucción de buena conducta, Relegación en las colonias agrícolas penales, Pérdida o suspensión de la patria potestad, Expulsión del territorio nacional, para los extranjeros. Artículo 43. Las penas de presidio, prisión y arresto se deben cumplir en todo caso en régimen de aislamiento durante la noche y de trabajo industrial o agrícola durante el día.

Por último y congruente a lo anteriormente expuesto, se resalta el principio de legalidad que predica “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, La intención del texto denota lo siguiente:

Artículo 1°. Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella. Artículo 2° Las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones. Salvo disposición en contrario, la represión de las contravenciones corresponde a la Policía.

A lo anterior, establece el maestro Cancino Moreno:

(...) En el artículo 1° se resolvió cambiar la palabra “ninguno” por “nadie” por ser la última más propia y precisa que la primera, tratándose de personas; cambiar la palabra “delito” por “infracción”, por ser ésta más genérica que aquella, pues comprende tanto los delitos como las contravenciones; se suprimió también la expresión “o medias”, por estimar que la palabra sanciones comprende tanto las penas propiamente dichas como las medidas de seguridad (...)<sup>12</sup>

Los fuertes cimientos del pensamiento de Enrico Ferri en la escuela positiva mostraban aspectos importantes para dicha legislación, esto es, la peligrosidad del delincuente y la defensa de los intereses colectivos (lo segundo frente a la prevención de la pena); empero, también muestra la filosofía del criminalista de Ezechia Marco Lombroso, más conocido como Cesare Lombroso, puesto que frente a la “humanización del derecho penal” que prima para algunos referentes de esta doctrina<sup>13</sup>, Lombroso toma como superioridad la condena al

<sup>12</sup> A. Cancino, *op. cit.*, p. 77.

<sup>13</sup> Sin lugar a dudas el pensamiento Beccariano es la génesis de la doctrina “humanizadora” de las penas; sin embargo, habrá que dilucidar dos momentos: en primer lugar, Cesare Beccaria no era un jurista-penalista; de hecho, era un filósofo nato de la línea moral. Cf. M. Trapani, “Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político”, en

<sup>11</sup> R. Garófalo, *Di un criterio positivo della penalita*, Napoli, Dottor Leonardo Vallari, 1880, p. 52.

delincuente y con sanciones duras; el fin, salvaguardar a la sociedad.

A conclusión del presente acápite y, resaltando la doctrina colombiana en la década de los 30 en adelante, cabe destacar los mayores representantes de esta escuela, con la salvedad que el primero citado, conduce el código de 1980 a una teoría ya no italiana sino alemana, con la visión tripartita de delito:

Alfonso Reyes Echandía, quien sobresalió con su cátedra de Derecho penal en la Universidad Externado de Colombia, y quien en 1964 publica la obra “Derecho Penal Colombiano”, con tendencia jurídica italiana. En 1972 publica Derecho Penal. Parte General, en el que cambia de tendencia, y en la cual aplica la dogmática alemana en defensa de la estructura del delito con tendencia neoclásica<sup>14</sup>

Igualmente se dice:

El más claro apego a las ideas positivistas fue Jorge Eliecer Gaitán (...) asesinado el fatídico 9 de abril de 1948, se aprobó la ley 45 de 1945 de honores a su memoria, en virtud de ella, se publicó su Obra Científica en 4 tomos que reúnen sus intervenciones en la cátedra, su tesis de grado, tanto en la Universidad Nacional como en la Universidad de Roma a donde fue a especializarse con Enrico Ferri, y muchas de sus famosas defensas (...) Jorge Eliecer Gaitán profesaba sin ambages las ideas positivistas: el principio de responsabilidad legal, estudio del delincuente, rechazo del derecho natural, delito como fenómeno social, etc.<sup>15</sup>

### c) El Código Penal de 1980. Los grandes aportes del movimiento alemán

El Código Penal de 1980 fue expedido por el presidente Julio Cesar Turbay Ayala con el Decreto-Legislativo 100 de 23 de enero de 1980. Este tuvo vigencia desde el 28 de enero de 1981 hasta el 24 de julio de 2001 donde ya empieza a regir el nuevo C.P. conocido también como la ley 599 de 2000. Aun así, en el tiempo que duró dicho código, ya se veían algunas precariedades que hoy se estiman y resaltan en nuestra nueva legislación penal (obviamente con mayor intensidad). En numerosas ocasiones se presentó vacíos y limbos jurídicos de la misma norma que lo condujo a ser reformado, de hecho, las reformas fueron a la mayor desventura puesto que se rea-

lizaron muchas hasta el nacimiento de la Constitución Política de 1991; pero lo crítico fue el endurecimiento de las penas con el fin de presentarle a la comunidad un cierto sentido de “orden” y “seguridad”, que al día de hoy no ha funcionado y ha sido una simple quimera.

La génesis del Código de 1980 surge en la década de los 70 con los Anteproyectos de 1974, 1976 y 1978, inevitablemente fueron elaborados con el fin de acomodar un nuevo “código penal tipo” basado en la teoría alemana de los años 50, la cual, fue el “boom” o la “moda” en la ciencia penal de la época, por eso su razón de ser se expresa en la visión tripartita del delito que como lo sustentó en la comisión de dichos anteproyectos el profesor Alfonso Reyes Echandía y, lo sustenta en su libro Antijuridicidad dice: “*lo único evidente es que ninguna conducta puede calificarse como delito si de ella no es dable afirmar que sea típica, antijurídica y culpable*”<sup>16</sup>. Sin embargo, este código penal en estudio, no había acabado del todo la teoría penal italiana, pues los fines de la pena perseguían la orientación de la Escuela Positivista, como lo estudiamos en el sub-capítulo anterior; pero si hizo reflejo de una teoría del delito con nociones neokantianas: Conducta punible = Típica, Antijurídica y Culpable, la responsabilidad penal recae en el imputable (penas) o inimputables (medidas de seguridad).

Por lo demás y frente a la temática que nos interesa no habrá que decir mucho. Frente a la teoría de la pena como se dijo anteriormente, contiene los sentidos de prevención, con cláusulas muy precisas frente a las penas accesorias de prisión y arresto, y a las medidas de seguridad estipuladas en dicho decreto ley de 1980 en su Título IV *De la Punibilidad* Capítulo I. De las penas, artículos 41 y ss.:

(...) ARTICULO 41. PENAS PRINCIPALES. Los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales: Prisión, Arresto, y Multa. ARTICULO 42. PENAS ACCESORIAS. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: Restricción domiciliaria, Pérdida del empleo público u oficial, Interdicción de derechos y funciones públicas, (Modificado artículo 1o. de la Ley 365 de 1997. El nuevo texto es el siguiente) Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio: Suspensión de la patria potestad, Expulsión del territorio nacional para los extranjeros, Prohibición de consumir bebidas alcohólicas (...) ARTICULO 44. DURACION DE LA PENA (Modificado por el artículo 3o. de la Ley 365 de 1997). El nuevo texto es el siguiente: La duración máxima de la pena es la siguiente: Prisión hasta sesenta (60) años, Arresto hasta ocho (8) años, Restricción domiciliaria hasta cinco (5) años, Interdicción de derechos y funciones públicas hasta diez (10) años, Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio hasta cinco (5) años, Suspensión de la patria de potestad, hasta de quince (15) años. ARTICULO 45. PRISION Y ARRESTO. Las penas de prisión y arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en la forma previstos por la ley. Estas penas podrán cumplirse en colonias agrícolas o similares, teniendo

F. Velázquez Velázquez, R. Vargas Lozano & J. Jaramillo Restrepo, *Cesare Beccaria y el control del Poder de punitivo del Estado. 250 años después*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016, p.96 y ss “«De los delitos y de las penas» no es una obra de derecho penal en sentido técnico (o sea, propiamente, de dogmática jurídica), sino solo un breve tratado de «filosofía política» y de —aquello que llamaríamos hoy, modernamente— «política criminal»; escrito además no por un jurista (aunque graduado en jurisprudencia; mas correctamente: in utroque iure) sino por un polemista que, ante todo, era un filósofo moralista con ansia política de un reformador del orden social constituido”(Cursiva fuera de texto). Ahora bien, en segundo momento tendremos que decir que si bien es cierto que Beccaria dentro de su doctrina formó estructuras sólidas para la humanización de las penas; será la Escuela Positivista Italiana (en representación de Ferri, Lombroso, Garofalo, etc.) quienes ponen como centro del sistema penal al hombre, siendo objeto de estudio, dando grandes aportes a la ciencia de la criminología.

<sup>14</sup> J. Ferré Olvié, M. Núñez Paz, & P. Ramírez Barbosa, *op. cit.*, p. 154.

<sup>15</sup> N. Agudelo, *op. cit.*, p. 130.

<sup>16</sup> A. Reyes Echandía, *La Antijuridicidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 174.

en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho (...) ARTICULO 52. PENAS ACCESORIAS A LA DE PRISION. La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual a la de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 (...) ARTICULO 53. PENAS ACCESORIAS A LA DE ARRESTO. Al imponer la pena de arresto, el juez podrá aplicar las accesorias que considere convenientes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61.

Sin embargo, el principio de legalidad supone garantías en su aplicación frente a los fines de la pena del Código de 1980<sup>17</sup>, la cual fue una utopía, más aún, cuando se estaba en el auge configuración de nuevos tipos, se estaba evolucionando en materia penal y emerge una realidad latente en el país que al día de hoy es muy difícil de superar: el narcotráfico y el conflicto armado. Ahora bien, la manera prosaica de las penas taxativas en nuestras leyes (frase célebre de que “todo lo sostiene el papel”) se proyectan en las penas accesorias que conjugan un “idealismo penal” (habrá que apuntar que se pretenden una serie de penas accesorias con el fin de garantizar armonía jurídica y procesal en el país; parafraseando a Enrico Ferri, esto da luces para imponer la sanción y deben someterse a las garantías necesarias tanto para el reo como para la sociedad, y además, debían ser sancionadas por el poder judicial). El texto denota lo siguiente:

(...) ARTICULO 1o. LEGALIDAD. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

## 2. La Ley 599 De 2000. El Código Penal Colombiano en la actualidad

Colombia constituida como Estado Social de Derecho por medio de su Constitución Política de 1991 y, con todo lo que ello implica, el plexo de valores orientado a la justicia con las garantías procedimentales y legales para materializar la objetividad del derecho penal, fundamenta sobre el principio de legalidad la evolución histórica de su ciencia penal desde hace ya 200 años, y se da origen al C.P (ley 599 de 2000), la cual, adopta una perspectiva integradora que toma de las más grandes Escuelas del pensamiento penal (lo fundamental que permanece) y en muchos puntos es la culminación de largas trayectorias doctrinarias y jurisprudenciales nuestras:

Claramente, el nuevo Código parte de una definición dogmática del delito, arraigada en la doctrina del derecho penal alemana; empero, resulta imposible comprender esa estructura del hecho punible implicada en él si no nos percatamos que en esa definición subyacen las ideas fundamentales de las Escuelas Clásica y Positivista de raigambres italianas, las dos grandes corrientes del pensamiento penal que más han influido entre nosotros, herencia de los Códigos que antecedieron al de 1980, a saber, el de 1890 fundamentalmente clásico, y el de 1936 con gran influencia positivista... Permítaseme aquí recurrir a mi acostumbrado ejemplo que pongo cuando explico esto a mis discípulos: un vaso puede tener contenidos varios: leche, miel, cerveza; no digo que un contenido sea mejor que otro, que esto dependerá de las circunstancias; lo que digo es que la misma vasija, puede tener varios contenidos. Lo mismo ocurre aquí: dependiendo del contenido que se le da a cada una de las vasijas, conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, entonces vamos a tener el bien conocido como Esquema Clásico, o el Esquema Neoclásico, o el Esquema Finalista<sup>18</sup>.

El nacimiento del C.P. tiene su inicio en el gobierno presidencial de Ernesto Samper Pizano, quién por medio del decreto 1892 de 29 de Julio de 1997 decide conformar una comisión interinstitucional, presidida por el Doctor Alfonso Gómez Méndez, Fiscal General de la Nación de 1997 a 2001 para dar cabalidad a un Proyecto. El decreto, en su artículo primero dice: “Créase una Comisión Interinstitucional con el fin de revisar integralmente el sistema penal colombiano, unificar la normatividad y proponer un texto único de proyecto de Código Penal, de Código de Procedimiento Penal y de Código Penitenciario”.

Sin embargo, después de diversas modificaciones, dicho Proyecto se materializa hasta el 14 de diciembre de 1999, donde el Congreso de la República lo aprueba, y es el Presidente de la República de Colombia, Andrés Pastrana Arango, quien después de unas objeciones lo sanciona mediante la ley de 24 de julio 599 de 2000. Que entró en vigencia un año después de su promulgación en el Diario Oficial, numero 44.097.

Siete son los aportes del C.P que Velázquez Velázquez resalta:

(...) en primer lugar, aspiraba a sistematizar la legislación penal entonces dispersa en un solo estatuto punitivo, que reordenaba y armonizaba todo el articulado; en segundo lugar, pretendía poner la legislación penal a tono con la Constitución Política de Colombia de 1991, los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y las decisiones de los más altos tribunales de justicia en especial las de la Corte Constitucional. En tercer lugar, introducía diversas precisiones dogmáticas en materia de normas rectoras –algunas no muy afortunadas–, dolo eventual, contravenciones penales –buen número de los cuales volvía a erigirse los delitos, teoría de la culpa o imprudencia, concepción de la omisión, concurso de personas en la conducta punible, causales de exclusión, concurso de la responsabilidad penal –que recuerdan los modelos hispá-

<sup>17</sup> Colombia siendo un “Estado de Derecho” propende por el principio de legalidad que tiene un orden constitucional, pero este no tiene aún claro su objeto final; será con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 que dicho principio trabaje análogamente con los fines de la pena y establezca una definición concreta y correcta. Es decir, el retraso colombiano es tan evidente, que hasta el surgimiento de Colombia como Estado Social Democrático de Derecho donde se empiezan a ver nociones efectivas frente a dicho principio de legalidad.

<sup>18</sup> N. Agudelo, *op. cit.*, p. 5 y 256.

nicos—, error de prohibición e inimputabilidad. En cuarto lugar, unificaba todo el régimen de sanciones penales al consagrar nuevas especies de castigo y establecer como pena privativa de la libertad máxima la de cuarenta años de prisión; al mismo tiempo que señalaba un lapso de veinte años de internación como máximo de las medidas de seguridad imponibles a inimputables. En quinto lugar, se observa un replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela, pues establecía una nueva distribución y fisonomía a los títulos de la parte especial que, ahora, aparecían encabezados por los atentados contra la vida y la integridad personal, como es tradicional en los códigos penales liberales y no, como en los estatutos autoritarios, con las figuras contra el régimen constitucional y la organización estatal. En sexto lugar, a tono con lo anterior, se eliminaban del catálogo de mandatos y prohibiciones algunas figuras punitivas y se introducían otras cuya necesidad era indiscutible, atendidas las cambiantes circunstancias de la vida social y la evolución de las diversas formas de delincuencia(...) En fin, en séptimo lugar, en términos generales, se trataba de un proyecto que posibilitaba —pese a sus vacíos— un mejor ejercicio de la actividad punitiva del Estado de cara al nuevo milenio, sobre todo si se piensa en la caótica legislación vigente al momento en que fue concebido<sup>19</sup>.

A la conformación Colombia como Estado Social Democrático de Derecho, con la promulgación de su Constitución Política de 1991 y, posteriormente el nuevo C.P, nacieron aportes que identificarán una evolución en el ordenamiento jurídico. Su intención será que el derecho penal sea dinámico como la *ultima ratio* o última razón, limitada, permitiendo que la actividad y la norma penal sirvan de guía e influyan en la mentalización de la punibilidad correcta y objetiva, con criterios claros. Además, debe tenerse en cuenta la función protectora que tienen los bienes jurídicos tutelados, importantes para la convivencia y el bien común<sup>20</sup>.

Así las cosas, hacer un análisis detallado de los aportes de la ley 599 de 2000 implica el estudio de los artículos referentes al principio de legalidad, la tipificación y razón de ser de los delitos y las sanciones penales para conocer su constitución jurídico-penal. Sin embargo, habrá que hacer una aclaración previa: Colombia constituida como Estado Social de Derecho se impera por el principio la dignidad humana, el cual, gira entorno al ordenamiento jurídico de Colombia, a diferencia de otros Estados que promulgan como mayor relevancia el principio de legalidad. Esto no quiere decir que el principio de legalidad no sea relevante, por el contrario, de no ser este principio fundante todo el sistema no tendría coherencia y, sin embargo, el reconocimiento de la dignidad humana como norma rectora y análogo al fundamento constitucional, deriva, sin lugar a dudas, el carácter de “*Ultima Ratio*”.

El derecho penal no busca solamente tipificar y sancionar los eventuales actos delictivos y su posterior imposición penas, sino que busca garantizar los derechos

individuales y colectivos pues son límites del poder punitivo. Es aquí donde se efectúa y materializa la “dignidad humana”<sup>21</sup> como primera norma rectora mostrando su conexidad con la Carta Magna de 1991:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Dicho principio al ser el centro del derecho penal y esencia del hombre es previa a cualquier ordenamiento normativo, constituyendo así el respeto de la persona en su “totalidad” y otorgando legitimidad al mismo Estado para su protección. A la luz de lo anterior, y análogo al artículo primero de la Constitución Política de 1991, los artículos primero de la ley 599 del 2000 (Código Penal colombiano vigente) y de la ley 906 de 20004 (actual Código de Procedimiento Penal) se concluye lo siguiente:

Artículo 1°. Dignidad humana. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana (...)

Artículo 1°. Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

Sin embargo, dejando la siguiente anotación, se exige que la premisa del derecho penal colombiano sea un “derecho garantizador” (ergo el principio de dignidad humana desemboca la tesis fundante del Estado Social de Derecho ya argumentada); empero, con unos principios frágiles (legalidad, favorabilidad, etc.) haciendo que sea un sistema fallido, desembocando en ciertos déficits frente a las penas en contexto de su practicidad.

Razón de ser es el estudio de dicho origen, fundamento primordial en el sistema penal colombiano; el primero de ellos es el principio de legalidad que está previsto en el artículo 6 del Código Penal vigente donde advierte:

Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco (...) La ley permisiva o favorable,

<sup>19</sup> F. Velázquez Velázquez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Andrés Morales, 2010, p. 268.

<sup>20</sup> C. Ibarra Sánchez, *Algunas aporías de la punibilidad en el marco jurídico-penal colombiano*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022, p. 154.

<sup>21</sup> En sentido amplio, es importante enmarcar el pensamiento kantiano frente a dicho principio, pues es el filósofo por excelencia de la dignidad humana. Los textos la base de este pensamiento son: *Grundlagun zur Metaphysik der Sitten (Fundamentación de la metafísica de las costumbres)*, *Kritik der praktischen vernunft (Crítica de la razón práctica)* y *(Metafísica de las costumbres) Die Metaphysik der Sitten* y las *Lecciones de Ética*. Con ello, el contexto de los derechos humanos y su protección de la dignidad humana es conservado al día de hoy por las valiosas teorías de dicho filósofo, quien es develado por las grandes doctrinas jurídico penales desde Francesco Antolisei, Claus Roxin, Günther Jakobs, entre otros jusfilósofos; la presente doctrina fija desde la ciencia penal los bienes jurídicos tutelados del individuo traducidos a la protección de la dignidad humana. A la luz de lo anterior, las nociones expresadas por el kantismo generan en el pensamiento penal moderno, la base fundamental del “dignitas hominis” y, como se ha mencionado, muchos Estados en forma “expresa” lo sustentan en su normatividad como principio fundante.

aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

En la doctrina penal, el jurista Luis Jiménez de Asúa y, parafraseando a Carlos Cossio expresa dicho principio de la siguiente manera:

(...) nullum crimen, nulla poena sine lege (...) tradicionalmente reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal (...)“ la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquélla previamente definida en la ley. Dicho principio encuentra expresión en varios componentes, que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera: “...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal<sup>22</sup>.

Lo que automáticamente y de manera sintética, muestra que dicho principio reúne dos elementos que lo configuran: A. el formal y B. el material.

A. Cuando se habla del principio legalidad penal en sentido formal, sustenta sin menoscabo, la reserva absoluta y sustancial de ley, y con ello, una serie de garantías de tipo procesal y sustancial. Por esta razón, a lo que en materia penal respecta tan sólo se pueden regular los delitos y las penas mediante un orden de legal, es decir, no se puede de ninguna forma dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, incluso los poderes ejecutivo y judicial no pueden crear normas penales, tan sólo por el poder legislativo tiene dicha facultad.

De ahí que su aplicabilidad sea de exención y garantía penal (nulla poena sine lege previa), garantía criminal (nullum crimen sine previa lege), garantía jurisdiccional y ejecutiva (nulla poena nullum crimen nulla culpa sine iudicio). En resumen: 1. no se considera delito una conducta que no ha sido declarada o expresa en la ley previamente. 2. Se castiga la infracción penal con una pena que haya sido tipificada en la ley con anterioridad a dicha infracción. Y 3. La ejecución de las penas debe ser establecida por la ley penal, bajo el control judicial, por tanto, no es posible ejecutar una pena o una medida de seguridad sino mediante una sentencia dictada el juez penal, concordante la ley penal.

B. Por otra parte, el principio de legalidad en materia penal se fundamenta en sentido material, es por esta razón que es estricto desde su procedimiento y ejecución. Implica entonces una serie de requisitos análogos a la ya mencionada prohibición de que el poder ejecutivo dictamine leyes penales: 1. Como fundamento no puede existir irretroactividad de la ley penal, pues para que una conducta sea calificada como delito debe ser descrita de tal manera, con anterioridad a la realización de la misma y dicha sanción impuesta, debe ser especificada de manera previa por la ley; sin embargo, debe tenerse en cuenta que existe la excepción a esta regla cuando estas son favorables para el reo. 2. Como se mencionó en el numeral anterior, el principio de favorabilidad no desconoce lo que dictamina el Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004 en su artículo 6: “*Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia*”, entendiéndose entonces que al tiempo que comportan la formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal, y constituyen una precisión inherente a la aplicación como sistema de las normas en él contenidas, de ninguna manera pueden interpretarse en el sentido de impedir la aplicación del principio de favorabilidad, dicho de otra manera por la Corte Constitucional en su Sentencia C-592 de 2005, Exped. D-5412. Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis:

El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta de 1991 no deja duda al respecto. Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Sobre este punto debe la Corte señalar que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

3. Por otra, la taxatividad de la ley, es decir que las leyes han de ser precisas, esto fundamenta en la ley penal la mayor precisión posible de configuración de las conductas punibles y sus sanciones, en otras palabras, la constitución de los delitos y sus penas. Análogo a esto, reza el artículo 10 del C.P:

Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

Además, la sentencia C-820 de 2005 Magistrada Ponente, Dra. Clara Inés Vargas Hernández es muy precisa y sintética al fundamentar el principio de legalidad penal en los siguientes términos:

<sup>22</sup> L. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950.

Así ha dicho esta Corporación lo siguiente: 13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas... De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29). 14- Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo. 15- Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.” 16- La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad

de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

A la precisión de esta fuente del derecho penal, se dirá que el principio de legalidad es fundamentado principalmente en la teoría de las penas (sus funciones y fines). Por ello, encubre los principios de las sanciones penales, las funciones de las penas y de las medidas de seguridad, entre otros preceptos aceptados en el C.P. Es decir, como el punto de partida del sistema penal es la sanción y el castigo, vano sería no estudiar su razón última, por el cual todos los tratadistas de derecho penal se han enfocado: la libertad individual o física, el tratamiento de las penas, su configuración, su razón de ser.

El principio de legalidad se ha fundamentado en la Carta Magna, siendo postura inherente del poder punitivo o “ius puniendi”; la responsabilidad penal se establece a partir de la verificación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, siempre con un horizonte: la imposición de la respectiva pena. Este elemento de la dogmática penal reviste trascendental importancia, que como lo dice Claus Roxin (en este sentido parafraseándolo) es a partir de la punibilidad que se restringen derechos fundamentales como la libertad personal, así las cosas, la aplicación inmediata y de estricto cumplimiento emerge porque su fin es salvaguardar los derechos fundamentales, empero, el fin que se quiere establecer es el orden correcto a las penas en su contenido teórico. Se observa entonces el artículo 3 de la ley 599 de 2000:

Artículo 3°. Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Ahora, conexo a la proporción de la pena, la pregunta que se formula frente a la necesidad y razonabilidad es ¿por qué y cómo castigar? la pena debe ser necesaria y, su razonabilidad se exige en no vulnerar parámetros de derecho, es decir, que sea efectiva y justa. Luego las penas dadas en un conglomerado social pueden ser consideradas como “voluntades crueles” necesarias para su disuasión efectiva y, en general, para ser consideradas como un medio adecuado para lograr otros propósitos, pero bajo el principio rector ya estudiado: la dignidad humana. Por esta razón se proyecta el artículo 4 de la ley 599 de 2000, que refiere a la funcionalidad, este explica:

Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

A la luz de las teorías de la pena y los principios que las originan, cabe decir que hay unos tipos y elementos de las mismas que, en términos de la ciencia penológica, la Corte Constitucional en Sentencia C-328 de 2016, Exped.: D-11077. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado ha señalado como en los siguientes parámetros:

El Código Penal del año 2000 estableció las siguientes clases de penas: Principales: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible, es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentran la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos. La pena de prisión es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, trabajo forzado y la esclavitud. Por su parte, las penas pecuniarias están representadas por la pena de multa, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal. Las penas accesorias privativas de otros derechos son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: a) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; b) la pérdida del empleo o cargo público; c) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; d) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros.

En Colombia, la pena se modula por la privación de bienes jurídicos fundamentales, dicho en otras palabras: a la libertad, al patrimonio, entre otras sanciones. Para ser más exactos, la persona que está asociada al Estado e infringe el “contrato social” debe ser repercutido en algo negativo (en este caso la privación de la libertad), por ello, el Estado mismo debe tener políticas criminales claras y ponderar cuidadosamente normativas que permitan la imposición de la pena. A modo de ver particular, el fin de la pena recalca en una imposición útil que asegure y salvaguarde a la sociedad y, que esté legitimada por el por el Estado (“*ius puniendi*”); a lo que se debe preguntar ¿para qué sirve la pena? Complejidad de respuesta por su doble connotación: teoría y práctica.

Cuando se habla de la sanción legal propiamente establecida por la norma, en palabras del maestro Günther Jackobs es la manifestación del *ius puniendi* por un acto considerado como delito “(...) *el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido*”<sup>23</sup> (Cursiva y subrayado fuera de texto). Por tal razón, se debe entrever la aplicabilidad de las teorías de las penas y explicar las funciones y sus fines.

Así las cosas, el principio de legalidad conexo con la teoría de las penas logra configurarse y tener ciertos sentidos de aplicabilidad. Ese es el objeto del sistema penal actual.

## Conclusiones

Se destaca que a lo largo del desarrollo constitucional, doctrinal y jurisprudencial se ha logrado evidenciar el carácter óptimo del derecho penal vigente que a lo largo del contexto histórico crea escenarios de intervención legislativa y reglamentaria para materializar los principios de legalidad, personalidad y humanidad de las penas.

Ahora bien, como se analizó en las codificaciones de 1890 a la ley 599 de 2000, si bien es cierto que estos han sido sometidos a interpretaciones normativas, en la actualidad es menester de la dignidad humana, en términos significativos, que la pena o sanción debe ser proporcional a la conducta desplegada por el agente y que este, goza así, de una protección mínima como ser humano que se acoge a la ley por las actuaciones realizadas.

Se vuelve entonces de gran importancia el carácter histórico y normativo que se ha arraigado a al sistema jurídico-penal del Estado colombiano. Son una figura impermeable en el estudio del derecho penal y la naturaleza jurídica que a este se acoge, además crean situaciones de complejidad para el contexto actual. De esta manera cabe resaltar la gran influencia de las Escuelas Clásica, Positivista y Finalista, que a pesar de recaer en cada una de ellas los principios estudiados en el transcurso del presente escrito, los mismos se configuran de distinta manera, pero el que persiste en los tres grandes contextos es la legalidad de la pena. Configurada al sujeto no con “arbitrariedad” sino que por el contrario, funge como índole normativa; la causa en sí misma de la pena y la posibilidad de su aplicación o imposición.

Considerando entonces, desde este punto de partida surge un desarrollo para el derecho penal colombiano, que desde los cimientos de la Escuela Clásica y el carácter garantista que Beccaria identifica en la pena, permite que el actor de la conducta punible vea en la sanción un carácter de humanización, esto como consecuencia de la libertad en el actuar o el “libre albedrío” que el sujeto ha decidido desarrollar desde la voluntad y conciencia que para los sujetos imputables se imponía, siendo esto clave para la normativa de entonces.

Ahora bien, la personalidad surge con la Escuela Positivista que ya no mira conforme a la acción realizada por el sujeto procesal sino que lo mira a este para identificar la peligrosidad que su ser atañe, es decir, se centra en el sujeto más no en la acción y despliega para el Derecho Penal lo que Ferri denomina “*el carácter preventivo de la pena*”, el carácter general, para ser más específicos, y estipula que la sanción es con miras a la protección de la sociedad del mismo hombre que atenta contra los bienes jurídicos de las sociedad.

Por último, la gran y actual influencia alemana, que ha hoy ha venido a establecerse con fuerza en Colombia a lo largo del Código Penal de 1980 hasta el actual con vigencia del año 2000, y a esto se refiere entonces, el sistema tripartito del Derecho Penal: “La conducta debe ser típica, antijurídica y culpable”, conforme a esto se mantiene el carácter preventivo de la pena y crea entonces para armonizar todo aquel sistema jurídico y procesal las penas accesorias y las medidas de seguridad que complementan perfectamente el orden jurídico-procesal para con el sujeto que por medio de la acción decidió acogerse a parámetros legales y de libertad.

<sup>23</sup> G. Jackobs, *Derecho penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 8.

## Bibliografía

- Agudelo Betancur, N., *La Estructura del Delito en el Nuevo Código Penal*, Medellín, Nuevo Foro, 2000.
- Beccaria, C., *Dei Delitti e Delle Pene*, Venezia, Lausana, 1763.
- Borja Jiménez, E., *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.
- Cancino, A., *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- Garofalo, R., *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Dottor Leonardo Vallari, 1880.
- Günther, J., *Derecho Penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial, 1997.
- Ferré Olvié, J., Núñez Paz, M., & Ramírez Barbosa, P. *Derecho Penal Colombiano Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Bogotá, Ibañez, 2010.
- Ibarra Sánchez, C., *Algunas aporías de la punibilidad en el marco jurídico-penal colombiano*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950.
- Restrepo Fontalvo, J., *Codificaciones Penales y Realidad Criminológica en Colombia*, Bogotá, Ediciones Universidad Santo Tomás, 2008.
- Reyes Echandía, A., *La Antijuricidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1974.
- Roxin, C., *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, Sevilla, Ediciones Universidad de Sevilla, 2010.
- , *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Montevideo, BdeF Lta, 2017.
- Salazar Cáceres, C., Breve Historia del Derecho Penal Colombiano, *Revista Principia Iuris*, 2016.
- Suescún Monroy, A., *Derecho y sociedad en la historia de Colombia: El derecho Chibcha Siglo IX-Siglo XVI*, Tunja, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1998.
- , *Derecho y sociedad en la historia de Colombia: El derecho colonial Siglo XVI-Siglo XIX*, Tunja, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1998.
- Trapani, M., Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político. En L. Ferrajoli, N. Agudelo, K. Ambos, R. Posada Maya, & M. Trapani, *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. Doscientos cincuenta años después*, Bogotá, Sergio Arboleda, 2016.
- Velázquez V, F., *Maniela de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Andrés Morales, 2010.