



Documento histórico



El Código Penal Colombiano de 1890



Francisco Bernate Ochoa *

H

INTRODUCCIÓN

oy en día, gracias a la Escuela de Frankfurt, liderada por autores como Hassemer y Herzog, resulta frecuente encontrar una especie de melancolía hacia la filosofía penal de la Ilustración, representada en las críticas hacia la criminalización de delitos que atentan contra intereses colectivos, y el repudio hacia el fenómeno de la expansión del derecho penal.

El pensamiento de la Ilustración se vio plasmado en la filosofía penal ilustrada y en la Escuela Clásica italiana, doctrinas que tuvieron una gran influencia en la academia colombiana de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, e igualmente tuvieron trascendencia en el ámbito legislativo en el Código Penal de 1890.

El presente escrito muestra la historia de este estatuto, así como los principales postulados de la Escuela Clásica del derecho penal, en aras de señalar la influencia que la misma tuvo en sus contenidos, y la aplicación que en la práctica judicial tuvo tal estatuto, para posteriormente examinar su desaparición como Código Penal vigente.



* Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Rosario.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 535-558, julio-diciembre de 2004

1. HISTORIA DEL CÓDIGO PENAL DE 1890

1.1 Antecedentes

Una vez se produce la separación de la Gran Colombia y el consecuente advenimiento de Colombia como Estado independiente, surge la necesidad de expedir las leyes que regirían los destinos del nascente Estado, sustituyendo las españolas que hasta entonces se aplicaban.

Paralelo a la necesidad histórica por la que atravesaba nuestro país elacionada con la escasez de leyes, en el mundo adquiría —gracias a la Ilustración— cada vez más importancia el movimiento codificador del derecho, cuyos pioneros fueron el célebre Código Penal bávaro de 1751 (modificado por el Código Penal bávaro de 1813), seguido por el código austriaco de 1787, el Código Penal prusiano de 1851 y el Código Penal de Napoleón, expedido en el año 1810 y modificado sucesivamente a partir de 1832, ampliamente reproducido y difundido en países europeos, como es el caso de Rumania (cuyo Código era del año 1864) y Mónaco.

El movimiento de la Ilustración quiso dejar plasmado en codificaciones todo su pensamiento, por lo que no es casual que la segunda mitad del siglo XIX resulte especialmente prolija en la expedición de códigos penales a lo largo del planeta. Prueba de ello son los siguientes ejemplos: el Código Penal belga de 1867, el Código holandés de 1881, el Código suizo de 1853, el Código de San Marino de 1865, el Código Penal español de 1870, el Código Penal portugués de 1886, el Código Penal alemán de 1872, el Código austriaco de 1852, el Código de Hungría de 1878, el Código finlandés de 1889, el Código sueco de 1864, el Código danés de 1886, el Código de Islandia de 1869, el Código búlgaro de 1896, y el turco de 1858.

En el caso de América, ejemplos de ello son el Código colombiano de 1890, el Código Penal mejicano de 1871 (que contaba con la no despreciable cantidad de 1.151 artículos), el Código de Nicaragua de 1872 modificado en 1891, el de Honduras de 1880, el de Costa Rica del mismo año, el de Guatemala de 1889, el de El Salvador de 1881, el de Santo Domingo de 1884, el Código Penal de Venezuela de 1897, el Código Penal del Ecuador de 1890, el Código chileno de 1875, el Código Penal peruano de 1862, el Código del Brasil de 1890, el Código uruguayo de 1889, el Código paraguayo de 1880 y el Código Penal argentino de 1887; en el caso de Asia tenemos

Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 6(2): 537-558, julio-diciembre de 2004

como ejemplo el Código Penal japonés de 1880, y en el caso de África, el Congo se regía por el Código del año 1886, en Sudán se aplicó el Código Penal del año 1899; en Australia tenemos como ejemplos el Código de Nueva Gales del Sur del año 1883, y el Código Penal de Nueva Zelanda de 1893.

La historia del Código Penal colombiano se inicia con el gobierno del general Francisco de Paula Santander, quien fijó como meta de su mandato la expedición de un Código Penal para la República de Colombia. La doctrina señala que el proyecto fue presentado a su consideración hacia 1836, pero gracias al espíritu perfeccionista del entonces presidente, así como a su conocimiento en materia de derecho criminal, el Código no vio la luz sino hasta el siguiente periodo presidencial.

El 27 de junio de 1837¹ el ejecutivo, constituido para entonces por José Ignacio de Márquez como presidente de la República y Lino de Pombo como secretario del Interior y Relaciones Exteriores, sanciona el proyecto de ley de Código Penal que en el Congreso había sido firmado por el presidente del Senado, José Joaquín Gori y el de la Cámara de Representantes, Judas Tadeo Landínez, produciéndose así la expedición del primer Código Penal de la República de Colombia. Como influencias de esta ley se citan el Código Penal francés de 1832, el Código Penal español para entonces vigente en la madre patria, y el proyecto elaborado por el jurista Márquez, adicionado con las observaciones presentadas por el general Santander y el jurista Lino de Pombo.

La Constitución de 1858 modificó el nombre de la República, que en adelante se conocería como la Confederación Granadina, y representa el paso definitivo hacia el modelo federal que ya se venía gestando en nuestro sistema político, reiterado en la Constitución de 1863 o Constitución de Rionegro, en la que nuestro país asume la denominación de Estados Unidos de Colombia, con un sistema federal.

Como consecuencia de la adopción de tal sistema político, cada Estado miembro de la federación tuvo competencia para expedir sus propias leyes penales, y así fue sucediendo paulatinamente, siendo el ejemplo

¹ "Más caliente estaba todavía el angosto sillón de palacio, acabado de dejar por Santander, cuando el doctor Márquez sancionó su Código". Quijano, Arturo A., tesis de grado, Universidad Republicana, Bogotá, 1898.

más conocido el Código Penal del Estado Soberano de Cundinamarca, del año 1858 (expedido mediante la Ley del 16 de octubre de 1858 y en el que se reproducía el Código Colombiano del año 1837) que a su vez, mediante la Ley 112 del 26 de junio de 1873 se convirtió en el Código Penal para los Estados Unidos de Colombia y, posteriormente, mediante la Ley 57 de 1887 se adoptó como Código Penal de la República de Colombia.

1.2 Su expedición

La Ley 23 de 1886 estableció la creación de una comisión encargada de preparar un proyecto de Código Penal que enmendara los errores y llenara los vacíos de la ley hasta entonces vigente, siendo ésta conformada por los juristas Demetrio Porras, Clodomiro Tejada, Luis Carlos Rico y Juan Pablo Restrepo, consejeros de Estado, cuyos trabajos se iniciaron en enero de 1887. Como lo señala la exposición de motivos presentada por Porras, promulgada la Constitución de 1886 se había tornado imperativa la revisión de la legislación hasta entonces vigente, a fin de que se incorporaran dentro del nuevo estatuto las enmiendas “aconsejadas por la ciencia y reclamadas por las nuevas instituciones”.² Además, se mencionaba que el Código vigente para entonces –el del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858– no se compadecía con la forma de Estado adoptada por la nueva Constitución, como lo era la del Estado unitario, sin perjuicio de su atraso frente a la evolución de la ciencia.

El consejero Porras adelanta la mayor parte del proyecto; su muerte se produce cuando ya había desarrollado la parte general del Código, reconociendo la influencia de los Códigos de Alemania, Bélgica, Holanda, Portugal, Hungría, Luxemburgo, los Países Bajos, México, Chile y Brasil, y dejando en claro el influjo que tiene dentro de esta obra el famoso proyecto presentado al parlamento en Italia por el entonces ministro Zanardelli –Código Zanardelli–, respecto del cual conviene realizar algunas notas.



² El cambio de Constitución y la necesidad de adaptar la legislación nacional a las nuevas exigencias científicas fueron igualmente las justificantes que en su momento se esgrimieron para reformar tanto el Código Penal de 1980 como el Código de Procedimiento Penal de 1991 mediante la expedición de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal del año 2000, este último lamentablemente rigió por apenas tres años debido a la reforma del procedimiento penal adoptada mediante el Acto Legislativo 3 de 2002, que da paso al sistema acusatorio.

Una vez se produce la unificación italiana, en dicho país regía el Código sardo, modificado para las provincias meridionales, y el Código Penal toscano. Sin embargo, surgió la necesidad de contar con un estatuto que cimentara la naciente unidad nacional. Así, desde 1868 comienzan a presentarse los proyectos encaminados en este sentido; en 1883, el entonces ministro Zanardelli presenta su primer proyecto, y luego, el 22 de noviembre de 1887, presenta el Código Penal para Italia mediante la expedición del Real Decreto 6133 del 30 de junio de 1889, previa autorización para el efecto otorgada por la Ley 22 de noviembre de 1888, que facultó al gobierno para publicar el texto aprobado por esa ley, y cuya entrada en vigencia se produjo el 1º de enero de 1890.

Regresando al caso colombiano, fallecido Demetrio Porras el Consejo de Estado encomienda la redacción³ del Código a Juan Pablo Restrepo, quien dejó de lado la propuesta formulada por aquél y presentó un proyecto que era un traslado literal del Código que se adoptó para el Estado de Cundinamarca en el año 1858, que a su vez había reproducido los preceptos del primer Código que rigió en el país.⁴ El proyecto presentado por Restrepo se convirtió en la Ley 19 del 18 de octubre de 1890, Código Penal del mismo año.

2. CONTEXTO FILOSÓFICO

2.1 La filosofía penal de la Ilustración

El Código Penal colombiano de 1890 –reproducción del Código Penal de 1837– responde a la corriente filosófica conocida como *la propuesta ilustrada del derecho penal*, que representa un cambio de paradigma frente a lo que era el derecho penal autoritario, su antecesor.⁵ El punto de partida lo representa un nuevo entendimiento

³ Velásquez afirma que la labor encomendada a Restrepo fue la de recopilar las normas y no la de crear un nuevo estatuto, lo cual explicaría el que su labor no fue propositiva. Cfr. Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002, p. 197.

⁴ Cancino cita en este aparte una interesante crítica elaborada por el gran jurista colombiano José Vicente Concha, en el sentido de que el Código Penal de 1890 es una “colcha de retazos” en la que no existe unidad filosófica alguna y recoge las incongruencias del Código de 1837. Cancino Moreno, Antonio José, *Instituciones penales colombianas y su evolución a partir del Código de 1837*, en Cancino Moreno, Antonio José, *Obras completas*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

⁵ Grosso García encuentra en el nacimiento del principio de legalidad la primera revolución científica dentro del derecho penal, en tanto que gracias a este postulado se toma distancia entre la potestad punitiva como un acto de arbitrariedad y se pasa al entendimiento del derecho penal como un acto de racionalidad. Grosso García, Manuel Salvador, *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves, p. 25.

del Estado, que pierde su carácter metafísico que lo acompañó en épocas pretéritas, y pasa a ser concebido como un ente abstracto resultante de la suma de las voluntades de los individuos –centro de esta nueva ideología–, que en su favor ceden una porción de sus derechos a cambio de la protección que este ente abstracto les proporciona.

A este nuevo entendimiento del Estado debe adicionarse el advenimiento de la filosofía racionalista propia de la Ilustración, caracterizada por la noción del individuo como ser racional, capaz de acceder al conocimiento gracias al empleo de la razón, y el consecuente replanteamiento de todas las instituciones de la vida social que serán explicados ya no en términos religiosos, sino racionales.

Lo anterior genera –como resultado más importante para los efectos del presente estudio– la secularización⁶ del poder punitivo en contra del carácter religioso y autoritario que anteriormente el mismo ostentaba,⁷ produciendo las siguientes consecuencias en el sistema criminal:

- a. Al producirse una separación entre delito y moral⁸ se modifica el fundamento de la sanción criminal. El delito no será entendido en adelante como un acto pecaminoso, sino que se reafirma la necesidad de la nocividad del comportamiento. Así entonces, el delito será aquella conducta que interfiera en la órbita de acción de otro ciudadano⁹ y no simplemente un acto pecaminoso.
- b. La función de la pena deja de ser la expiación del delincuente, y encontrará su finalidad en la necesidad de prevenir los delitos. Surge entonces el denominado principio de proporcionalidad de las sanciones, en tanto que si lo que se busca es prevenir el delito, la pena debe ser ajustada a la conducta que se endilga al

⁶ Prieto Sanchiz, Luis, *La filosofía penal de la ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 25.

⁷ Sobre el derecho penal en el Estado absolutista, cfr. Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, "Relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales", en *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*. Segunda Parte, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 33 y ss.

⁸ *Ibid.*, p. 56.

⁹ De allí que en el marco del Estado liberal no encuentren explicación los delitos de omisión en los que claramente no hay una conducta de interferencia sino, por el contrario, una abstención relacionada con una actuación que se debió ejecutar teniendo en cuenta la situación de la persona frente al bien jurídico tutelado.

procesado. Por el contrario, si las penas son excesivamente altas, ello podrá incentivar a la comisión de delitos más graves, pues si el delincuente recibe la misma sanción cuando comete uno de tales reatos, que uno menos grave, no habrá suficiente motivación para que se abstenga de cometer el más grave.

- c. El principio de legalidad representó un gran avance para el derecho penal, e igualmente es fruto del pensamiento liberal de la ilustración. Así, si el legislador es el legítimo representante de los intereses de los ciudadanos, solamente él, en su carácter de tal, es quien puede determinar, con claridad y precisión, las conductas que se considerarán nocivas y señalar la respectiva sanción para los mismos, que a su vez debe ser aplicada por el juez que, al no ostentar la representación del pueblo, se debe limitar a aplicar la ley sin que pueda interpretarla.

A manera de conclusión dentro de este primer aparte podemos señalar que gracias al cambio que la ideología de la ilustración produjo en el entendimiento del derecho penal, se generaron unas consecuencias en el entendimiento del delito, tales como la necesidad de consagración legal de las conductas delictivas, y la exigencia de nocividad de la conducta para que sea viable su represión por la vía del derecho criminal.

2.2 La Escuela Clásica italiana

La Escuela Clásica italiana agrupó los principales pensadores que abogaron por un nuevo derecho penal, replanteando las relaciones entre éste y el modelo de Estado, y cuestionando tanto su legitimidad como su función dentro de la sociedad. Heredera de la obra de Beccaria, esta nueva escuela parte igualmente de un fin: los intentos por limitar la –hasta entonces– omnipotente potestad estatal que, a su vez, se verifica en la creación de un esquema del delito que se compadece con ella.

Así, aplicando el método deductivo, se parte de que el delito es un ente jurídico, en tanto que su esencia radica en la violación de un derecho.¹⁰ Se afirma igualmente por los cultores de esta escuela la nece-

¹⁰ Agudelo Betancur, Nódier, *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica. El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996, p. 20.

sidad de nocividad de la conducta, siendo el daño un elemento necesario pero no suficiente para que podamos hablar de la presencia de un reato, y aparece la necesidad de la concurrencia de un acto externo,¹¹ con lo cual hace aparición el principio del acto, necesario pero no suficiente, en tanto que se requiere igualmente el elemento moral.

Así, se parte de la base de que el hombre es libre –lo cual es igualmente fruto de la ideología de la Ilustración– y por ende, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el denominado *libre albedrío*,¹² es decir, la posibilidad que tiene el hombre, en cuanto ser racional, de optar por el bien o por el mal. La pena cumplirá la función de restablecer el orden que ha sido quebrantado con la conducta criminal.¹³

Como consecuencias de la dogmática de los anteriores postulados tenemos las siguientes:

- a. Se reitera la necesidad del carácter lesivo de la conducta, elemento que si bien será necesario, no será suficiente.
- b. El delito es la resultante de fuerzas morales y fuerzas psíquicas, que deben ser consideradas en su causa y en su efecto.¹⁴
 - Fuerzas morales en su causa. Se refiere al libre albedrío, es decir, el delito debe provenir de una voluntad libre, inteligente y sana.
 - Fuerzas morales en su efecto. Se refiere al temor que se genera para los buenos y el mal ejemplo para los malvados.
 - Fuerza física en su causa. Es el comportamiento físico del hombre.
 - Fuerza física en su efecto. Es el mal que se ocasiona con el delito.

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.*, p. 21.

¹³ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴ *Ibid.*, p. 20.

2.3 La decadencia de la escuela clásica y el advenimiento de la escuela positivista

La crisis del Estado liberal fundamentado en las famosas doctrinas del *dejar hacer*, *dejar pasar*, y de la acumulación de capitales, desembocó en la crisis de los años veinte y el consecuente advenimiento del Estado intervencionista.¹⁵ Este nuevo modelo de Estado se refleja en la dogmática penal, con el surgimiento en Italia de la ideología de la defensa social¹⁶ y la Escuela Positivista como reacción a la Escuela Clásica.

El fin del derecho penal dentro de estas concepciones es el de prevenir el crimen. Así entonces, se reitera la función preventiva de la pena, a cambio de la retribución sostenida durante la época del Estado autoritario, en tanto que la misma no debe solamente retribuir, sino que además es necesario que se resocialice al delincuente.¹⁷

Partiendo de la ideología de la defensa social, y del entendimiento del delincuente como un ser anormal¹⁸ —en todo caso perteneciente a una minoría desviada— los seguidores de la escuela positivista aplican el método inductivo para, a partir del estudio científico realizado en delincuentes, extraer las características del hombre desviado a quien se debe imponer una sanción tendiente a su curación.

Igualmente, los cultores de esta corriente de pensamiento abordaron la cuestión de la legitimidad de la respuesta penal en cabeza del Estado¹⁹ señalando que éste, como representante de la sociedad, era el legitimado para reprimir la criminalidad por medio de las instancias oficiales de control social, obrando en nombre de una mayoría no desviada en aras de la reafirmación de los valores sociales.²⁰

Establecido el fin —la defensa social— los pensadores de la Escuela Clásica señalan que lo importante a los efectos de determinar el

¹⁵ Sobre la relación entre escuela positivista y Estado intervencionista, cfr. Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 61. Agudelo Betancur, *op. cit.*

¹⁶ Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 6ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2000, p. 37.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 36. En contra, Mezguer, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, México, Filiberto Cárdenas Uribe, editor y distribuidor, 1990, p. 86.

¹⁹ Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 64. Agudelo Betancur, *op. cit.*, p. 20.

²⁰ *Ibid.*, p. 36. Ferri señaló que el estudio del derecho penal refleja las corrientes político-sociales que dominan la vida del Estado. Ferri, Enrique, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Ed. Reus, p. 41. Citado por Gómez Pavajeau, *op. cit.*, p. 33, nota 52.

quantum de la sanción es la peligrosidad del sujeto desviado, con lo que desaparece la importancia de las ideas de la proporcionalidad —entendida como la relación que debe existir entre el daño cometido y la sanción aplicable— y de lo lesivo, pues el elemento subjetivo pasa a ser necesario y, a diferencia de lo que acontecía con la Escuela Clásica, suficiente.

A partir de lo anterior, y como consecuencias dogmáticas, se permite entonces la punición de la tentativa no idónea y del delito imposible; así mismo, surgen las instituciones²¹ de la condena de ejecución condicional, la libertad condicional y el perdón judicial.

3. PRINCIPIOS NORMATIVOS E INSTITUCIONES DOGMÁTICAS EN EL CÓDIGO DE 1890

3.1 Principios normativos

3.1.1 El concepto del delito

Tanto el Código Penal de 1837, como el de Cundinamarca y el de los Estados Unidos de Colombia de 1873, definen el delito como *la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena*.²²

Por su parte, el proyecto Porras definía el delito de la siguiente manera:

Art. 1°. Es delito o falta toda acción voluntaria, por disposición expresa de la ley, según su naturaleza.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre ejecutadas con malicia o culpabilidad imputable, a no ser que conste o se pruebe lo contrario.

Para fundamentar su definición Porras señaló, entre otras cosas, las siguientes:

1. La definición legal del delito implica un reconocimiento por parte del poder público de la existencia de limitaciones a su actuar y del carácter lesivo de determinados comportamientos

²¹ *Ibid.*, p. 65.

²² Artículo 1° del Código Penal de 1837.

en cuanto se trata de acciones valoradas como perturbadoras del orden público²³.

2. El delito es la infracción de un deber que presupone la lesión de un derecho individual o colectivo.
3. La ingratitud y la dilapidación del caudal propio constituyen ejemplos de la distinción entre acción moralmente reproachable y delito.
4. El ilícito penal tiene por objeto la infracción de la ley, y como sujeto al hombre que obrando libremente la ha infringido.
5. Como manifestación del hombre, el delito cuenta con un fenómeno psicológico y con una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos. A su vez, el delito cuenta con dos fuerzas, una física y una moral. La fuerza física es la del movimiento *de la actividad humana que la voluntad ha determinado ejecutando la acción o dejando de hacer lo que la ley prescribe*, y la fuerza moral es la que manifiesta el hecho cumplido, siendo necesario que concurren la inteligencia y la libertad relacionadas con el conocimiento de los efectos que se producen de las acciones humanas y la facultad de obrar en un determinado sentido o con *intención determinada*.

El Código de 1890, en su artículo primero, definía el delito de la siguiente manera:

Art. 1º. El delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena. En sentido más lato, la palabra delito se extiende a todo acto u omisión que apareje pena al responsable, y entonces comprende las culpas, las tentativas, las conjuraciones y las propuestas para delinquir. El contexto de cada disposición sirve para indicar el sentido en que debe tomarse dicha palabra.

3.1.2 El conocimiento de la ley

El Código Penal de 1837,²⁴ en su artículo 93, establecía que los destinatarios de la ley penal colombiana serían castigados conforme



²³ La influencia del pensamiento ilustrado en el pensamiento de Porras es notoria en este aparte, en tanto que concibe el derecho criminal como una limitante del poder del Estado.

²⁴ Disposición que se reitera en idénticos términos en el artículo 88 del Código Penal de Cundinamarca y en el 77 del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia.

al Código *sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se prescribe*.

Demetrio Porras, conocedor de la doctrina penal imperante para entonces, en la que se iniciaba la distinción entre errores de hecho y de derecho para excluir la punibilidad en aquéllos, plasmó en su propuesta tal aporte doctrinal. Así, el artículo 24 de su proyecto establecía que *la ignorancia de la ley no excluye ni disminuye la imputabilidad. La ignorancia de un estado de hecho del cual dependen la punibilidad de la acción o la agravación de la pena, excluye o disminuye la imputabilidad del agente. Si la ignorancia es imputable, debe responder de delito o de falta en los casos en que la ley castiga el delito o la simple falta*.

El Código de 1890, en su artículo 20, retorna a la fórmula contenida en el Código de 1837 para señalar que "...[S]erán castigados conforme a este Código, sin que sirva de disculpa la ignorancia de lo que él prescribe..."²⁵

3.1.3 Principio de legalidad

El principio de legalidad se encontraba contenido en el artículo 167 de la Constitución de 1821, y lo consagraron sucesivamente el artículo 4º del Código de 1837, así como el Código de Cundinamarca y el de los Estados Unidos de Colombia, señalando que *ningún delito o culpa pueden ser castigados con penas que no hayan sido señaladas por una ley publicada antes de su perpetración*.

El proyecto Porras consagraba en su artículo 14 el principio de legalidad en términos más amplios que los anteriores, en tanto que no lo limita al aspecto de la punibilidad, sino que lo amplía a la conducta, entendida como acción u omisión.²⁶

El Código Penal de 1890 restringía el principio de legalidad a la pena cuando señalaba en su artículo 12: "Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente".



²⁵ Sin embargo, la jurisprudencia de la época reconoció la diferencia entre errores de hecho y errores de derecho. Cfr. sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de octubre de 1898. Véase infra 5.1.

²⁶ "Art. 14. No se consideran punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o faltas y penadas por ley anterior a su perpetración..."

3.2 Instituciones dogmáticas

3.2.1 La tentativa

El Código Penal de 1837 se ocupaba del conato criminal en los artículos 11 y siguientes. El artículo 11 del mencionado estatuto definía la tentativa de un delito como *el designio de cometerlo manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o dé principio a ella*. La graduación punitiva se establecía en los artículos siguientes (12, 13 y 14). El artículo 12 del mencionado estatuto establecía que cuando la tentativa no se hubiere suspendido o dejado de tener efecto sino por circunstancias fortuitas e independientes de la voluntad del autor, se castigaba con pena no menor de la mitad, ni superior de las dos terceras partes de la señalada para el delito consumado.

Por su parte, el artículo 13 establecía que la tentativa cuya ejecución aunque empezada o preparada se hubiere, antes de su descubrimiento suspendido o dejado de consumir por arrepentimiento o voluntario desistimiento del que o de los que intentaban cometerlo, no se castigaba salvo que se tratara de un acto penado por la ley. Por último, el artículo 14 establecía que si el acto que se hubiere cometido para preparar o principiar la ejecución de un delito tuviere señalada alguna pena, ésta se aplicaría en todo caso.

En el artículo 9º el proyecto Porras distinguía entre:

- a. Delito consumado.
- b. Delito frustrado: se produce cuando los actos ejecutados por el culpable con el intento de cometer el delito, puedan haber sido por su naturaleza suficientes para producirlo, y sin embargo no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad (artículo 10º).
- c. Tentativa: se produce en los siguientes eventos (artículo 11).
 - El agente con el propósito de cometer el delito da principio a los actos exteriores de ejecución necesarios para producirla y no los realiza todos por causa o accidente que no sea de su propio y espontáneo desistimiento.
 - Cuando el agente realiza todos los actos que a su juicio son necesarios para la consumación, y la misma no se produce por cuanto los actos son ineficaces por su naturaleza para producirlo.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 535-558, julio-diciembre de 2004

En el caso del desistimiento, el proyecto Porras disponía que cuando se diera comienzo a la conducta mediante actos exteriores y se produjera el desistimiento *propio y espontáneo*, no habrá lugar a sanción salvo que los actos ejecutados constituyan infracciones penales.

En la exposición de motivos, Porras sostuvo que las condiciones para que haya tentativa son:

1. Intención *depravada* en el agente dirigida a cometer determinado delito.
2. Que haya comenzado la ejecución del mismo.
3. Que no se hayan realizado todos los actos necesarios para la consumación.²⁷
4. Que la ejecución se haya suspendido por circunstancias fortuitas o independientes de la voluntad del agente.²⁸

El Código Penal de 1890 distinguía entre delito frustrado y tentativa de delito. En el artículo 4° se definía el delito frustrado de la siguiente manera:

Art. 4°. Hay delito frustrado, cuando los actos ejecutados por el culpado, con el intento de cometerle, son, por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad.

En cuanto a la pena para el delito frustrado se establecía que era punible en todo caso, y se le asignaba una pena correspondiente a las dos terceras partes de la señalada para el delito consumado (artículo 7°).

Para la tentativa se establecía la siguiente definición:

Art. 5°. La tentativa de un delito es el designio de cometerlo, manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o dé principio a ella, sin llegar a constituir delito frustrado.



²⁷ En la mencionada exposición de motivos, y refiriéndose en concreto a este punto, Demetrio Porras sostuvo lo siguiente: "...es menester que el acto o medio empleado sea eficaz o el necesario para realizar el fin propuesto; porque si no lo es a pesar de la intención malvada ante la moral, y el principio de ejecución, el delito que se quería ejecutar es imposible, y no habría motivo suficiente ... para la punibilidad sino en el caso de resultar algún daño u otro delito..."

²⁸ En el caso de que el culpable sea la causa de la no producción del resultado, tendrá lugar la reducción de pena que se justifica en que es necesario suministrar al delincuente un interés para poner fin a su intención criminal.

La tentativa no se penaba en el caso de desistimiento voluntario o manifiesto, siendo penado en cualquier otro evento con una sanción que no fuera inferior a la cuarta parte ni superior a las dos terceras partes de la que correspondiera al delito consumado (artículo 8°).

3.2.2 Autoría y participación

El Código Penal de 1837, reproducido literalmente en este aspecto por el Código Penal de 1890, disponía lo siguiente en torno a la participación criminal.

1. Son sujetos de sanción criminal (artículo 95):
 - a. Los autores del delito
 - b. Los cómplices
 - c. Los auxiliadores
 - d. Los encubridores
2. Son autores del delito (artículo 96):
 - a. Los que lo cometen espontáneamente.
 - b. Los que, obrando a sabiendas hacen que otro lo cometa –siendo necesario que el delito efectivamente se cometa– contra su voluntad, mediante cualquiera de las siguientes formas:
 - i. Dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar.
 - ii. Forzándolo con violencia.
 - iii. Privándolo del uso de la razón.
 - iv. Abusando de quien no dispone de razón.
3. Son cómplices del delito (artículo 97), y reciben como pena las dos terceras partes de la establecida para los autores (artículo 100):
 - a. Quienes espontáneamente y a sabiendas cooperan en la ejecución del delito en el acto de cometerlo, suministran o proporcionan espontáneamente las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, sabiendo que han

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 535-558, julio-diciembre de 2004

de servir para este objeto.

- b. Quienes a sabiendas y espontáneamente, por sus discursos, sugerencias, consejos o instrucciones provocan o incitan directamente a cometer el delito o enseñan o facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa el delito como resultado de tales discursos, sugerencias, consejos o instrucciones.
 - c. Quienes a sabiendas y espontáneamente, por soborno o cohecho, con dádivas o promesas o con órdenes o amenazas, o por medio de artificios culpables, hacen cometer un delito que de otra manera no se cometería.
4. Son auxiliares o factores del delito (artículo 98) y se sancionan con una pena no inferior a la mitad, ni superior a las dos terceras partes de la pena (artículo 100):
- a. Los que espontáneamente o a sabiendas conciertan de consumo la ejecución de un delito que llega a tener efecto, pero que no cooperan ni ayudan a su perpetración en el acto de cometerlo, ni lo causan por ninguno de los medios expresados para el caso de la complicidad.
 - b. Los que sin concierto previo, pero sabiendo que se va a cometer un delito, sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella espontáneamente al que lo comete, o se aprovechan con el reo principal de las consecuencias del delito.
 - c. Los que habiendo ordenado, aconsejado, enseñado o facilitado espontáneamente y a sabiendas de la ejecución de un delito, sobornado, amenazado o provocado para ello, no causan en efecto aquel delito, sino que resulta otro mayor o diferente del todo, por exceso o por voluntad del ejecutor.
 - d. Los que espontáneamente y a sabiendas, por sus discursos, sugerencias, consejos, instrucciones, órdenes, amenazas u otros artificios culpables, aunque no provoquen directamente a cometer el delito, contribuyen a que se cometa.
 - e. Los que espontáneamente conciertan con alguno de los reos principales o cómplices, antes de cometerse el delito,

que receptarán u ocultarán la persona de alguno de ellos, o las armas, instrumentos o utensilios de ejecución, o alguno de los efectos en que consiste el delito, o que los comprarán, expendarán o distribuirán en todo o en parte.

- f. Los que espontáneamente y a sabiendas sirvan de espías o centinelas, o resguarden a los delincuentes para la ejecución de un delito, o le presten para ello algún abrigo, noticia o auxilio sin incurrir en los casos de la complicidad, o les faciliten medios de reunirse, o les ofrezcan antes de la ejecución, y con conocimiento del delito que se va a cometer, protección o defensa.
5. Son encubridores (artículo 99) y se sancionan con una pena no inferior a la cuarta parte ni superior a la mitad de la pena que corresponde al autor (artículo 100):
- a. Los que espontáneamente sin concierto ni conocimiento anterior a la perpetración del delito receptan o encubren después la persona de alguno o algunos de los autores, cómplices o auxiliadores, o los protegen o defienden, o les dan auxilio y noticias para que se precavan o fragüen, u ocultan alguna de sus armas, o alguno de los instrumentos o utensilios con que se cometió el delito, o alguno de los efectos en que éste consistía, o compran, expenden o distribuyen alguno de dichos efectos, sabiendo que aquellas armas, instrumentos o utensilios han servido para el delito, o que de él han provenido aquellos efectos.
 - b. Los que espontáneamente, aunque sin conocimiento de determinado delito que se haya cometido, acogen, receptan, protegen o encubren a los malhechores sabiendo que lo son, o les facilitan lugar de reunión o seguridad, u ocultan sus armas, o les suministran auxilios y noticias para que se precavan de ser aprehendidos.
 - c. Los que sabiendo que se va a cometer un delito, y pudiendo avisarlo, no lo avisan a las autoridades públicas con la oportunidad suficiente para que puedan impedirlo.

El Código, en el artículo 109, establecía un eximente en el caso de los encubridores de sus ascendientes o descendientes en línea recta o de sus maridos o mujeres, o parientes dentro del cuarto grado

civil de consanguinidad o segundo de afinidad salvo cuando ocultaren los efectos de la conducta para aprovecharse de ellos, o los compraren, expendieren o distribuyeren.

Si bien se establecía un concepto restrictivo de autor, en la parte especial se equiparaban, en determinados eventos, los autores a los partícipes. Como puede apreciarse, el Código para entonces vigente es extremadamente casuístico y antitécnico, algo propio de su época, lo generaba problemas de aplicación práctica.

Por el contrario, el proyecto Porras era mucho más coherente, estableciendo la distinción entre autores y cómplices. Determinaba claramente el principio de responsabilidad individual, pero estableciendo la suspensión de funciones para los eventos en que el delito fuera cometido por una persona jurídica.

En el proyecto Porras se entendía por autor la realización directa de la acción u omisión, así como la autoría mediata y la inducción. Para el caso de la complicidad, contenía una fórmula muy simple y afortunada, en tanto que dentro de tal concepto se incluía a quienes “no hallándose comprendidos en ninguno de los conceptos del artículo 30, cooperan a sabiendas por actos anteriores simultáneos a las acciones u omisiones constitutivas del delito o falta, o proporcionen ocasión, medios o datos que faciliten su ejecución”.

3.2.3 El aviso a la Corte sobre infracciones no tipificadas

El Código Penal de 1837 incluía el aviso por parte del juez a la Suprema Corte de Justicia para que ésta a su vez se lo manifestara al Congreso en aquellos eventos en que se encontrara frente a acciones que parecieran, sin serlo, punibles, con la finalidad de que se legislara al respecto. Si bien el proyecto Porras incluía esta disposición (artículo 2º) la misma no se incluyó ni en el Código de 1890 ni en las legislaciones posteriores.

3.2.4 La imputabilidad

El fundamento de la responsabilidad en la Escuela Clásica está constituido por la noción de libre albedrío. A consecuencia de ello, los cultores de esta corriente de pensamiento aceptaban la distinción entre imputables e imputables, siendo sólo los primeros sujetos a sanciones de tipo criminal, distinción que es rechazada por la Escuela Positivista

Estud. Socio-Jurid., Bogotá (Colombia), 6(2): 537-558, julio-diciembre de 2004

que aboga por la unidad entre imputables e inimputables.

El artículo 29 del Código Penal de 1890, consecuente con su inspiración clásica, establecía que son “excusables y no están, por consiguiente sujetos a pena alguna, 1. El que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón”.

4. LA JURISPRUDENCIA Y LA CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1890

4.1 La necesidad del elemento moral

La doctrina refiere como un hito de la ideología de esta época la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena el 20 de octubre de 1898²⁹ en la que afirmó:

Uno de los elementos esenciales para que un hecho criminoso ejecutado por una persona sea imputable a ésta como delito, consiste en que ese hecho haya sido ejecutado con libertad y voluntad por parte del agente que lo ejecuta; luego si obró sobre el agente una violencia física o moral que lo privó de la libertad, entonces el hecho no es moralmente imputable al agente, no hay hecho criminoso y no puede castigársele.

Mediante sentencia del 6 de agosto de 1936, aún estando en vigencia el Código Penal de 1890, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de José Antonio Montalvo sostuvo que “[n]o es responsable el que mata en un acto reflejo producido por un choque nervioso o ... en estado de ofuscación mental y bajo la presión incontrollable de un impulso”. La misma corporación, en providencia del 11 de febrero de 1897, sostuvo que “[p]ara que haya delito criminal es indispensable voluntad y malicia en la ejecución del hecho”.

4.2 Otros aspectos

En torno al error, la sentencia del 15 de octubre de 1898, con ponencia de Baltasar Botero Uribe, se dispuso —siguiendo a Carrara— que “[e]l

²⁹ Garavito, Fernando, *Jurisprudencia de los tribunales de Colombia*, Imprenta Nacional, tomo I, 1908, p. 402. La cita es de Agudelo Betancur, Nódier, *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro, 2001, p. 30.

error en materias jurídicas, puede ser de dos clases: de hecho y de derecho. El primero es la noción o creencia equivocada que uno tiene de que una cosa ha sucedido o no ha sucedido; el segundo es la noción equivocada que uno tiene de las disposiciones de la ley". Posteriormente, en sentencia del 16 de julio de 1888 reconoce la improcedencia del error de derecho como exculpante, cuando sostuvo que "[l]a ignorancia de la ley no excusa a los empleados públicos en el desempeño de sus funciones, aunque aleguen no tener voluntad y malicia en su violación, pues las leyes suponen que el que acepta y desempeña un destino debe saber cuáles son los deberes que tiene que cumplir".

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de agosto de 1889, reconoce la necesidad del carácter lesivo en la conducta cuando sostuvo que "para calificar las injurias hay que tener en cuenta las ideas y costumbres del lugar en que se hayan irrogado".

5. EL FIN DEL CÓDIGO PENAL DE 1890 Y EL AUGE DEL POSITIVISMO EN COLOMBIA

Como hemos visto, el proyecto Porras fue elogiado por la comunidad académica de entonces, pero nunca vio la luz, y el Código Penal que rigió a partir de 1890 fue una continuación del Código de 1858 que a su vez era una reproducción del expedido en 1837. Así, las críticas no se hicieron esperar y en 1912 José Vicente Concha presentó un proyecto de Código inspirado —al igual que el proyecto Porras— en el proyecto Zanardelli. Éste se convirtió en ley de la República mediante la Ley 109 de 1922; sin embargo, nunca entró a regir pues se pensó que resultaba contrario a las tesis imperantes en Europa, relacionadas con las propuestas de Enrico Ferri, quien para 1921 había ya presentado en Italia su proyecto de Código Penal.

Así, mediante la Ley 81 de 1923 se creó una comisión para que estudiara las modificaciones al proyecto presentado por Concha, y que estuvo integrada por los juristas José Antonio Montalvo, Luis Rueda Concha, Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón y Valerio Botero, siendo designado como secretario el doctor Miguel Vargas Vásquez.

La referida Ley 81 de 1923 estableció una comisión para que se encargara de revisar y reformar el proyecto presentado por Porras, pero sus miembros consideraron que debido a que dicho proyecto era un "calco" del Código italiano, su aplicación en Colombia hu-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 6(2): 537-558, julio-diciembre de 2004

biera producido trastornos en la administración de justicia derivados de la defectuosa organización judicial, y porque las necesidades de represión para los delitos no son las mismas en todos los países, tal y como lo dejan consignado en la nota remisoría de su trabajo al Ministerio de Gobierno.

El proyecto presentado por la comisión creada en 1923 no tuvo mayor éxito y el gobierno nacional designó, mediante la Ley 69 de 1926, al penalista italiano Antonino Córdova, procurador de Milán, para que como perito en cuestiones de derecho penal “estudiara las penas que deben señalarse, o sea la fijación clara y pormenorizada de la tarifa de penas”. Es decir, la labor encomendada al perito estaba relacionada con la fijación de las sanciones y, específicamente, con la parte especial del estatuto. Sin embargo, el procurador de Milán y profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, señaló —con acierto— que su labor conllevaría igualmente una revisión de la parte general del estatuto, por lo que terminó realizando —en compañía del doctor Ernesto Valderrama Ordóñez como secretario y el estudiante de derecho de la Universidad Nacional y de Carlos de Mendoza como oficial mayor— una propuesta relacionada tanto con la parte general, como con la parte especial. Como lo advierte la doctrina, la propuesta de Córdova implicaba un regreso a las tesis carrarianas, debido a la influencia que sobre su propuesta tuvo el proyecto Concha, lo cual no agradó a los académicos nacionales que compartían los postulados del positivismo italiano.

El trabajo del profesor Córdova no se convirtió en ley de la República, y mediante la Ley 20 de 1933 se creó la comisión que preparó el que finalmente sería el Código Penal Colombiano de 1936, promulgado mediante la Ley 95 de dicho año, el cual rigió los destinos de la patria hasta 1980, y que cuenta con una notoria influencia del positivismo jurídico-penal.³⁰

El Código de 1936 tuvo una fuerte influencia del proyecto Ferri, obra del principal exponente de la Escuela Positivista que data de

³⁰ Nódier Agudelo ha puesto de presente —con acierto a nuestro juicio— que si bien en el Código del año 1936 la influencia del positivismo era notoria, no era absoluta, pues por ejemplo, el Código limitaba las penas, lo cual era extraño a una teoría positivista en la que la duración de la sanción dependía de la peligrosidad del sujeto sin que fuera posible hablar de límites mínimos o máximos al respecto. Agudelo Betancur, *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, op.cit., p. 48.

1921, y que nunca rigió en Italia, pues el Código que sustituyó el estatuto de Zanardelli fue el elaborado por el jurista Arturo Rocco, entró a regir en 1931 y aún se encuentra vigente en dicho país, a pesar de haber sido sometido a varias modificaciones parciales.

Así, en el Código Penal de 1936 la defensa social era el fundamento de la sanción, tomaba la peligrosidad como parámetro para establecer el *quantum* de la pena (artículos 37 y 38), sancionaba la tentativa no idónea y el delito imposible (artículo 18) y establecía las instituciones de la condena y libertad condicionales, así como el perdón judicial (artículos 80 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Betancur, Nódier, *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela positivista*, Bogotá D.C., Editorial Nuevo Foro, 1994.
- , *Grandes corrientes del derecho penal. Escuela clásica. El pensamiento jurídico-penal de Francesco Carrara*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro Penal, 1996.
- , *La estructura del delito en el nuevo Código Penal*, Medellín, Ediciones Nuevo Foro, 2001.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, 6ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2000.
- Cancino Moreno, Antonio José, *Instituciones penales colombianas y su evolución a partir del Código de 1837*, en Cancino Moreno, Antonio José, *Obras completas*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, “Relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales”, en *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda parte*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Grosso García, Manuel Salvador, *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colección de Estudios Breves.
- Mezguer, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, México, Filiberto Cárdenas Uribe, editor y distribuidor, 1990.
- Prieto Sanchiz, Luis, *La filosofía penal de la ilustración*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.