
EL DERECHO PENAL COLOMBIANO*: NOTAS GENERALES

Fernando Velásquez Velásquez
Abogado egresado de la Universidad de Antioquia,
profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana.

* Conferencia dictada en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo de Brisgovia, en abril 2 de 1993

I. INTRODUCCION

Como muchos de los aquí presentes tienen poca información sobre mi país quiero, en primer lugar, hacer una breve ubicación del mismo. En efecto, el nombre de Colombia proviene de Cristóbal Colón el intrépido marinerero tras del cual llegó la Corona Española al continente americano, hace ya cinco siglos, dando comienzo a uno de los episodios más destacados por la historia oficial a lo largo de la época moderna y que ahora, pretendiendo borrar con el paso de los siglos una de las más descaradas injerencias de la cultura europea en el desarrollo de otros pueblos, se ha querido denominar como el "encuentro de dos culturas".

El espacio físico donde hoy se sienta la República de Colombia, conformada como un Estado Social y Democrático de Derecho según dice la Ley Fundamental, tiene una extensión de 1.138.338 Kms. cuadrados y es ocupado por 33 millones de pobladores que hablan el idioma español y son adeptos en un 98% a la religión católica. En su gran mayoría, se trata de un pueblo de gentes humildes y laboriosas que, presencian hoy atónitas una cruda guerra civil provocada no sólo por la irrupción de un fuerte movimiento guerrillero, de orientación comunista, sino por el intento de algunos grupos de traficantes de droga de hacerse al control político y económico del país.

Desde luego, los abismos entre las clases sociales patrocinados por la corrupta clase gobernante, que sólo se ha preocupado por defender sus intereses y los de la potencia estadounidense, han creado el clima propicio para

que la violencia, el desgobierno y la miseria dominen la escena actual. Es, justamente, en este contexto donde debe ubicarse nuestro derecho penal para poder lograr una aproximación al mismo.

II. ORIGENES Y DESARROLLO

Antes de la irrupción española, en 1492, regía en el continente americano un derecho penal que puede calificarse de primitivo, con manifestaciones bastante similares a las imperantes en otras latitudes en los comienzos de la civilización actual, aunque logrando en algunos aspectos un alto grado de desarrollo. Este derecho era administrado por los caciques de las diversas tribus indígenas, caracterizados por ser jueces severos y justos, como lo demuestran los escasos estudios elaborados al respecto.

No obstante, a lo largo de más de tres siglos de conquista y coloniaje del territorio ese derecho penal primitivo fue reemplazado o alternado con el que entonces regía en España, lo cual permitió que las fuentes que habían posibilitado su construcción se mezclaran con el derecho ancestral, esto es, germánicas, romanas y canónicas.

Cuando el 20 de julio de 1810 se produce el primer grito de independencia, hasta la conformación de la llamada República de la Nueva Granada (1831), el derecho hispano había logrado un gran predominio al punto de que, al expedirse en 1837 nuestro primer código penal, se tuvieron como modelos los códigos napoleónicos de 1810 y español de 1822. Esa influencia se dejaría sentir también en los códigos penales de 1837 y 1890, hasta 1938, momento en el cual se abandonaron en buena medida las concepciones clásicas y entró el Positivismo italiano con todo su furor.

En efecto, el Código Penal de dicho año retomó el Proyecto Ferri para Italia de 1921 y el Código Rocco de 1930, enarbolado como bandera las filosofías de la defensa social propias de la época y viendo en el delincuente a un ser peligroso a quien era necesario combatir. Esta legislación regiría hasta comienzos de 1981, cuando se produce un nuevo cambio de rumbo gracias al Código en vigencia en el cual se ve con claridad la influencia de la dogmática jurídico penal alemana, como luego se dirá.

III. LA DOCTRINA PENAL

Tres períodos distintos se observan, cuando se confrontan los escritos que en el campo penal se han publicado a lo largo del último siglo.

En primer lugar, la **época clásica** inaugurada en 1897 cuando se publica el primer tratado de derecho penal, cuyo autor reconocía en el prólogo de su libro que su cometido se reducía a "compendiar estudios de los más recientes y renombrados autores europeos, sin olvidar otros antiguos, cuyos escritos se cuentan entre las obras magistrales o clásicas de la ciencia penal"; dicha obra, de la cual se hicieron sucesivas ediciones por más de treinta años, estaba influida por las doctrinas conocidas hoy como derecho penal clásico, especialmente las expuestas por Carrara y Rossi. Lo mismo sucedió con los pocos escritos publicados hasta bien entrados los años treinta.

En segundo lugar, debe mencionarse la **época del positivismo** determinada por la entrada en vigencia del Código Penal puesto en vigencia en 1938, como ya se dijo, cuyos redactores habían bebido directamente de las fuentes italianas habiendo sido algunos de ellos alumnos del propio Ferri. Fueron estos expositores los encargados de elaborar un nutrido cuerpo de doctrina que, siguiendo tal inspiración, posibilitó un inusitado esplendor del derecho penal en el país durante los años cuarenta y cincuenta, que cuenta en su haber una veintena de manuales y tratados, así como diversos estudios fragmentarios y publicaciones periódicas patrocinadas por algunos institutos de derecho penal que entonces se fundaron pero que, desgraciadamente, no contaron con la continuidad suficiente.

Común a casi todas estas exposiciones fue la defensa de los postulados de la Escuela Positiva, aunque no faltaron algunos estudiosos que se inclinaron por las doctrinas clásicas.

Pero sería hacia 1963, en tercer lugar, cuando irrumpe la **época de la dogmática penal**. Este período se inicia con la publicación en dicho año de un "Manual" dedicado a la parte general que, por primera vez, siguiendo la traducción castellana de la segunda edición del "Lehrbuch" de Mezger y los derroteros trazados por Jiménez de Asúa, plantea el estudio dogmático del delito. Con posterioridad, una veintena más de manuales o tratados han pretendido, partiendo del derecho positivo vigente en su momento, hacer exposiciones que en una u otra medida se ajustan a dichos lineamientos.

No obstante, llama la atención el hecho de que casi toda la doctrina siga anclada en los modelos teóricos que la dogmática alemana sostuviera en los años treinta del presente siglo, bajo el influjo de las posturas neokantianas; por ello, se echan de menos las construcciones propias del Finalismo y, pos supuesto, las que bajo el nombre de "racionalismo del fin" o "pensamiento funcional" imperan en el derecho penal germano actual.

IV. LA JURISPRUDENCIA

A diferencia de naciones donde el derecho penal ha alcanzado un alto grado de desarrollo, jalonado por una jurisprudencia creadora, en Colombia las decisiones de los más altos tribunales no cumplen dicho cometido. Mientras es normal que en los países europeos los tribunales se apoyen en la doctrina penal, bien para asumir sus tesis o criticarlas, en una coexistencia armónica, en Colombia sucede lo contrario. Por un lado, va la doctrina que se esfuerza en propulsar el cambio del derecho penal y, por otro, la jurisprudencia que se niega de manera sistemática a ello, limitándose la más de las veces a hacer meras aplicaciones exegéticas de la ley que recuerdan el estadio vivido por la teoría de la interpretación de la norma a comienzos del siglo XIX.

Es notable, además, la pobreza académica de la mayoría de los pronunciamientos judiciales amén de su conservadurismo y de la falta de una dinámica creadora que posibilite nuevos cambios y transformaciones. El Juez o magistrado colombiano es, pues, un hombre apegado al frío texto legal, temeroso de las interpretaciones audaces y siempre dispuesto a respetar el criterio de su superior. Por ello, mientras la conformación de los altos tribunales no se democratice realmente accediendo a ellos los más capaces, previo un proceso de selección que atienda a las capacidades y a la formación de los candidatos, no será posible pensar en una verdadera integración de la doctrina y la jurisprudencia.

Por supuesto, la más interesada en una judicatura acrítica, para la cual la tarea de juzgar no vaya más allá del texto penetrando en la realidad social, es la clase política detentadora del poder la cual tiene influjo notable en los mecanismos de selección, máxime con el orden constitucional actualmente vigente. En otras palabras dicho: la jurisprudencia colombiana es el reflejo de una justicia dominada por la ingerencia de un estado burocrático y clientelista, al cual no le interesa un derecho penal progresista y verdaderamente democrático.

V. EL DERECHO PENAL VIGENTE

Como ya se dijo, el *ius poenale imperante* tiene su fuente en el Código Penal en vigor desde el 29 de enero de 1981, el cual ha sido objeto de diversas modificaciones y es secundado por una nutrida legislación penal complementaria que, con razón, ha sido calificada por la doctrina como una verdadera inflación legislativa. Ello es producto de la estrategia de la clase política en virtud de la cual, enfrente a la situación de conmoción social y política, se responde expidiendo leyes penales de diversa índole que, a más de sacrificar la técnica legislativa y los principios demoliberales, cumple

sólo un papel simbólico; por supuesto, no promulgando leyes penales como por encanto desaparecen los problemas sociales y se transforma la realidad.

Sin duda alguna, la legislación actual no oculta su carácter clasista pues al ser el producto de un pacto entre los partidos tradicionales (liberal y conservador) contando incluso con nuevos grupos políticos, busca que la represión recaiga básicamente sobre los sectores más pobres de la población impidiendo un control efectivo de la delincuencia de cuello blanco. No de otra manera, se explica la irrisoria protección que sufren los bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, el orden económico- social, la salubridad pública, etc. frente a la férrea tutela de los bienes jurídicos individuales; ello, como es obvio, se traduce en una desigual aplicación de las sanciones penales, entre las cuales la pena privativa de libertad se aplica en un 95% de los casos, dando poca importancia a otras penas como la pecuniaria.

Además, es característica del derecho penal colombiano la falta de originalidad del legislador, el cual acude ahora a modelos como el propuesto por el anticuado Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, o a legislaciones como la italiana o la alemana. Un buen ejemplo de ello, es la reciente legislación antiterrorista.

El carácter antidemocrático de estas normatividades se ve todavía más claro cuando se tiene en cuenta que casi en su totalidad ha sido expedida por el órgano ejecutivo, acudiendo a mecanismos de diversa índole, con lo cual el principio de legalidad es notablemente quebrantado.

En fin, de esta profusa normatividad imperante puede decirse, además, que es válida pero no eficaz, pues es notable la ausencia de persecución penal, generando amplia impunidad (sobre todo en el campo de los derechos humanos) y posibilitando el imperio de formas de justicia privada. Es tal la cantidad de leyes penales expedidas, que el estatuto penal como derecho penal fundamental se ha visto desplazado por pequeños códigos creados para regular fenómenos como el tráfico de drogas, la guerrilla, el terrorismo, el secuestro, etc., todo lo cual genera gran anarquía legal e imposibilita la tarea de administrar justicia.

V. CONCLUSION

Sin duda alguna el derecho penal colombiano, lo mismo que la estructura social y política del estado, se encuentra en crisis y requiere un replanteamiento de fondo que lo torne más democrático e igualitario. Un primer paso, sin duda, lo constituye la unificación de la legislación actual en un solo

estatuto que sea el verdadero código de las penas el cual debe hacer hincapié en la tutela tanto de los bienes jurídicos individuales como colectivos, castigando por igual los comportamientos que los afecten.

Así mismo, se debe pensar en otra alternativa distinta a la pena privativa de libertad dándole cabida a la pena pecuniaria o a formas de sanción alternativas; también, se requiere un sistema penitenciario idóneo, pues el actual es caduco e inadecuado. Los órganos de persecución penal deben ser, de la misma manera, tecnificados y mejor preparados para poder cumplir una lucha adecuada contra la impunidad. Es más, pensamos que se requiere modificar a fondo las facultades de derecho para hacer la enseñanza de esta disciplina más compatible con la realidad social y política; por supuesto, a la par, es indispensable formar jueces de carrera más idóneos y dotados de mejores herramientas, tornando realidad las tentativas actuales de construir una auténtica carrera judicial que permita cubrir todos los cargos de la judicatura acudiendo al sistema del concurso.

En fin, tal vez muchas de estas ideas sean utópicas y difíciles de realizar en un país que enfrenta problemas de diversa índole, pero también es cierto que las grandes transformaciones en la historia de las naciones han requerido siempre de ideales.