

# LOS ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN COLOMBIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936. LA GARANTÍA CRIMINAL

## OS ANTECEDENTES DAS GARANTIAS JUDICIAIS NA COLÔMBIA NO CÓDIGO PENAL DE 1936. A GARANTIA CRIMINAL

*Jaime Alberto Sandoval Mesa\**

---

**Resumen:** *En el presente artículo se examinará el proceso de codificación de 1936 y la influencia de los diferentes fundamentos jurídicos que tenían lugar en la definición del concepto de garantía criminal que fue adoptado en dicha legislación. En este sentido, el proceso de codificación de 1936 se desarrolló a partir de la influencia de la escuela italiana que comienza a generar influencia a finales del siglo XIX, y en especial, durante las primeras décadas del siglo pasado. En este punto se tratará de establecer que, a pesar de la influencia citada, el concepto de garantía seguía determinado por el criterio de fidelidad al derecho que se desarrolló en los tres siglos de influencia hispánica. De lo anterior, se pretende mostrar, cómo estos elementos que dieron lugar a un proceso marcado por elementos de la escuela italiana en discusión en la época, al final otorgaron una noción dogmática a la garantía criminal, la cual se mantiene hasta la actualidad, a pesar de la fuerte discusión positivista del momento. Así mismo, se observa como también desde el procedimiento penal, varias instituciones procesales anteriores, permitían la defensa de garantías judiciales como por ejemplo los poderes de los jurados de conciencia que permitían interferir en la definición de las sentencias de los procesados para moderar su responsabilidad.*

*El presente artículo se elaboró mediante el método hermenéutico analítico, hipotético deductivo, de carácter cualitativo, dado que prevalece el análisis de interpretación de las figuras analizadas, en el contexto histórico en que fueron erigidas, acudiendo a las fuentes primarias de su producción. Por lo anterior la investigación se realizó mediante la recolección de fuentes de tipo documental, bibliográfico con un enfoque de tipo dogmático, histórico y teleológico de carácter teórico.*

---

\* Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.  
E-mail: jaisandoval@yahoo.com  
Recibido: 01/03/2018. Aceptado: 25/04/2018.

*En tal virtud, para construir el contexto jurídico exigido en este caso, se hace uso de fuentes directas tanto legales como jurisprudenciales y doctrinarias que analizaron y crearon los conceptos, en el momento en que fueron expedidas las instituciones de legalidad del código de 1936. Lo anterior se realizó mediante el uso de herramientas de tipo histórico y construcción del derecho, en el cual se desarrollaron los antecedentes del período examinado. Así mismo se utilizaron dentro del método hermenéutico mencionado, otras herramientas de tipo descriptivo, propositivo y reflexivo.*

**Resumo:** *Este artigo examinará o processo de codificação de 1936 e a influência das diferentes bases jurídicas que ocorreram na definição do conceito de garantia penal que foi adotada em referida legislação. Neste sentido, o processo de codificação desenvolvido 1936 a partir da influência da escola italiana que começa a gerar influência no final do século XIX e especialmente durante as primeiras décadas do século passado. Neste ponto, ele tentará estabelecer que, apesar dessa influência, o conceito de segurança foi determinado pelo critério de fidelidade à lei que se desenvolveu nos três séculos de influência espanhola. A partir do exposto, pretende-se mostrar como esses elementos resultou em um processo marcado por elementos da escola italiana em discussão no momento, no final deu uma noção dogmática à garantia penal, que é mantida até os dias de hoje, apesar da forte discussão positivista do momento. Da mesma forma, observa-se, bem como do procedimento criminal, vários procedimentos legais anteriores, permitiu a defesa de garantias legais, como os poderes dos jurados de consciência que permitiram a interferir na definição das penas dos réus para moderar a sua responsabilidade.*

*Este artigo foi feito pelo método hermenéutico analítico, hipotético dedutivo, qualitativa, pois a interpretação análise dos números discutidos no contexto histórico em que foram erigidos, indo para a fonte de produção primária vigente. Por essa razão, a pesquisa foi realizada por meio da coleta de fontes documentais, bibliográficas, com abordagem dogmática, histórica e teleológica de cunho teórico. Como tal, para construir o quadro jurídico necessário, neste caso, o uso de ambas as fontes diretas legais como jurisprudencial e doutrinária analisados que criou os conceitos, quando foram emitidas instituições código legalidade 1936. É a anterior foi realizada através do uso de ferramentas históricas e da construção da lei, em que o background do período examinado foi desenvolvido. Da mesma forma, outras ferramentas descritivas, proativas e reflexivas foram utilizadas dentro do método hermenéutico supracitado.*

**Palabras clave:** *Garantía criminal, Legalidad, Codificación penal de 1936, Elementos procesales*

**Palavras-chave:** *Garantia criminal, Legalidade, Codificação criminal de 1936, Elementos processuais*

## **1. INTRODUCCIÓN**

El contexto del Estado colombiano, que rodea la codificación penal de 1936, se puede advertir desde 1910, año que en Colombia se había intentado ratificar la vigencia del Estado de Derecho a partir de la Constitución de 1886. Con este proceso constitucional se pretendía dar fin a toda la inestabilidad del siglo XIX ocasionada casi desde la independencia definitiva de España, el 7 de agosto de 1819. A pesar de los problemas de centralismo que ocasionaba en el terreno de organización política del Estado, la nueva carta, en materia de derechos fundamentales, en sus artículos 26 al 30 establecía un concepto de garantías para el ciudadano en materia penal.

La carta de 1886 en Colombia, pregonaba la teoría del Estado demoliberal de derecho con una fuerte tendencia francesa, derivada de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y de la Carta de la Primera República de 1791. Esto en cuanto al contenido dogmático de los derechos, sin embargo, todavía pregonaba la importancia de la Fe Católica y la prevalencia del Ejecutivo, además de un fuerte centralismo administrativo que a la postre causaría muchos efectos negativos en su aplicación práctica. Lo cierto es que para 1910, se verifican los 100 años de las teorías liberales en Colombia<sup>1</sup> y pese a todo, se ratifica el Estado de Derecho. Lo relevante del sistema, es que si bien, se tenían todos los presupuestos formales, las instituciones colombianas tardaron mucho tiempo en propender por un contenido material de los derechos fundamentales. Tanto así que las desavenencias políticas por estos factores se iban a resolver en muchos conflictos internos uno de ellos en 1888 y el resultado de todos estos factores en la guerra civil denominada la guerra de los mil días entre 1899 y 1903.

Con todos estos elementos de fondo, el proceso de creación del código de 1936 en materia penal, justamente en se inicia en 1910 con una reforma constitucional que propuso un mayor control constitucional, mediante la iniciativa ciudadana de accionar ante las leyes injustas, un equilibrio de poderes al reducir el presidencialismo que se había acentuado en la carta citada (1986), así como también, se estableció la limitación de los Estados de Excepción. Finalmente se propuso el fortalecimiento del poder judicial para que ningún poder pudiera ejercer influencia y mantuviera su autonomía<sup>2</sup>. No obstante, la reforma, la situación social era superior al alcance de las garantías; al menos en el terreno judicial los contenidos materiales de las garantías tienen algunos antecedentes, pero no es una concepción que fuera aplicable a nivel general.

En este escenario, se produjo en el país, al menos desde 1910 hasta

---

1 URIBE, V., 1985. p. 211- 213.

2 *Ibidem*.

1936 una relativa pacificación, dado que en 1903 se había conjurado la guerra de los mil días citada anteriormente, y se había podido salir de un régimen fuerte de 1905 a 1909 que había limitado libertades, además de ejercer influencia sobre el poder judicial<sup>3</sup>. El presidente colombiano de ese entonces Carlos E. Restrepo, pretendía crear ante todo un Estado para todos, un Estado de libertades, sin odios y sobre todo, era importante equilibrar el régimen que se había establecido en la Constitución de 1886, mediante la centralización y un acentuado autoritarismo, para adaptarlos al Republicanismo que se pregonaba por la época<sup>4</sup>. No obstante, las libertades eran objeto de limitación y frente a las garantías tan sólo se analizan elementos formales, que pueden verificarse respecto de la actuación de jurados de conciencia que podían intervenir en la calificación de la decisión morigerando sus efectos en muchos casos.

Los elementos mencionados pueden dar una idea de este período entre 1910 a 1936, que propicia la Codificación penal vigente para la época de la primera violencia en Colombia, es decir, del periodo comprendido entre 1948 y 1962.

En efecto, este primer período, propició una serie de eventos que se presentan con anterioridad y que pueden ubicarse a partir de 1890 en Colombia, pero que a raíz de la reforma constitucional de 1910 permiten dar un impulso adecuado a las normas punitivas que van a regir cerca de 70 años en Colombia, para sentar las bases de instituciones que lentamente dan forma a las garantías judiciales en Colombia.

Puede aseverarse que el fin de este proceso de configuración de los presupuestos mínimos de las garantías judiciales, que le dieron seguridad jurídica al Estado en materia penal, con muchos altibajos culmina con la Constitución de 1991, luego de varias codificaciones que permitieron generar las bases de este proceso y finalmente se consolidan en el código penal vigente<sup>5</sup>.

En este momento analizado, donde rige una Constitución liberal (1886) se trata según Luigi Ferrajoli, de los principios sobre los que se fundó el modelo garantista clásico derivado de las revoluciones liberales (francesa, inglesa y norteamericana) que dieron lugar a la consideración de la legalidad bajo principios como: - Estricta legalidad, la materialidad, lesividad de los delitos y la responsabilidad personal<sup>6</sup>. Tales figuras, son el fruto de la tradición jurídica ilustrada y se trató de un proceso madurado desde el siglo XVIII por múltiples corrientes como, por ejemplo; las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas

---

3 VAZQUEZ, A., 1986. p. 266-268.

4 *Ibid.*, p. 280.

5 Ley 599 de 2000.

6 FERRAJOLI LUIGI, 1995, p. 33 y 34.

de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, entre otros aspectos que posteriormente dieron paso al positivismo jurídico con sus consecuencias en materia penal<sup>7</sup>. No obstante, la obra nacional también tuvo sus aportes con características propias que siempre propiciaban una lealtad al derecho escrito, sobre todo en la interpretación que era regida por una ley civil (153 de 1888 con su reforma de 1894) que fijó el desarrollo de las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y su alcance. En las mismas se establecía la consideración de tres fallos constantes podrían constituir doctrina probable.

Ahora bien, de la conformación del concepto garantías judiciales en este momento, se puede verificar del factor anglosajón, el juicio oral; el contradictorio entre partes; la presunción de inocencia y el jurado entre otros. Luigi Ferrajoli comenta que incluso muchas de estas corrientes que conformaron los principios citados, no eran filosóficamente homogéneos entre sí, ni tampoco eran unívocamente liberales. Por ejemplo, las filosofías utilitaristas pudieron fundamentar posteriormente, en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria, pero al mismo tiempo, también pudieron informar tecnologías penales autoritarias y anti garantistas, como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible<sup>8</sup>.

Ahora del positivismo jurídico posterior, si por un lado estaba en la base del principio de estricta legalidad, por el otro, también permitió modelos penales absolutistas, caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales<sup>9</sup>. Durante este tiempo, el caso nacional no fue ajeno este tipo de contradicciones, sin embargo, muchas de ellas sólo se quedaron en planos teóricos y no alcanzaron el nivel formal de las codificaciones vigentes. Todo esto permitió de alguna manera preservar el sistema nacional colombiano durante el siglo XX a pesar de los diferentes conflictos generados sobre todo de violencia. En este sentido se advierte por completo que el asunto que más prevaleció se debió a la legalidad de tipo formal, sin embargo, el derecho podía ser reiterado y además se podían fijar elementos comunes y constantes que conformaban el precedente a nivel jurisprudencial en la praxis de las altas cortes. Esto también era aplicable para las garantías penales.

En todo caso independientemente de los sistemas mencionados, la fundamentación teórica y filosófica señala, de acuerdo con Ferrajoli que se trata de un conjunto de principios que hacen parte de las

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI LUIGI, 1995. p. 33 y 34.; SANDOVAL MESA J. 2018. p. 21 y 22.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, L., 1995. p. 33 y 34.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L., 1995. 33 y 34.

constituciones y codificaciones modernas, que le dan legitimidad a los estados democráticos actuales. Es decir, de allí surge nuestra noción de estado moderno y contemporáneo en donde la expresión del principio de legalidad también constituye un factor de libertad en el estado democrático actual<sup>10</sup>. Este factor en los inicios del siglo XX, son predicables al sistema jurídico nacional, al menos en el plano legal. El problema durante todo este tiempo, va a ser de eficacia y de conocimiento en el desarrollo de la función judicial, puesto que el juez todavía no hacía uso de la tarea de modulación jurisprudencial en la búsqueda de justicia efectiva y tampoco tenía a mano interpretaciones favorables en este sentido, desde el punto de vista supra positivo; tales efectos por ahora eran absolutamente desconocidos en Colombia.

Todo este proceso de establecimiento de las instituciones penales también hace parte del papel fundamental de la memoria histórica en los procesos de democratización en situaciones de conflicto<sup>11</sup>. Especialmente, en las instituciones que tuvieron que intervenir en los orígenes del conflicto armado Nacional. Este proceso de reconstruir las instituciones que permite a la sociedad, emprender búsquedas de justicia y con ello contribuir a las transformaciones que se requieren para garantizar un ordenamiento social-democrático<sup>12</sup>, tan sólo comienzan recientemente se comienza a indagar sobre los presupuestos que dan lugar a la codificación penal de 1936 y sus efectos anteriores concomitantes o posteriores. Además, el análisis de este contexto social y político tan sólo ocupa recientes trabajos que hasta ahora han impedido construir unos orígenes concretos de las instituciones recientes en materia penal en Colombia.

Ahora bien, las causas y consecuencias de las garantías judiciales en virtud de la codificación de 1936 revelan que las mismas obedecieron a un proceso de maduración conceptual en materia penal y constitucional. Incluso, muchos elementos rebasaron la barrera del tiempo y llegaron hasta la Constitución de 1991 que se ponen en marcha en virtud de consecuencias de ausencia de justicia penal, como se indicó anteriormente.

En concreto y haciendo una recapitulación, se puede afirmar que la influencia de la *Novísima recopilación* de las leyes de Indias, produjo efectos hasta 1890 en nuestro país y que a partir de allí se construye la tradición de la legalidad penal que generó consecuencias durante todo el siglo XX, la cual solamente puede ser variada a partir de la Constitución de 1991.

De todas maneras, esta evolución trasciende más adelante en el desarrollo de las instituciones penales nacionales y va a tener grandes

---

10 FERRAJOLI, L., 1995. p. 93; SANDOVAL MESA, J., 2018, p 21.

11 CNRR, 2009, p. 20.

12 CNRR, 2009, p. 67.

desafíos en una época de excepción constitucional incluso para 1936 período que se analiza, que probablemente va a rebasar sus contenidos y a su turno no pudo evitar inestabilidad en el sistema penal colombiano. Todo ello, si se tiene en cuenta que el desarrollo penal se enmarca dentro de un contexto en el que además se trazó una reforma constitucional en Colombia de tipo social<sup>13</sup> que trató de reivindicar derechos que van a generar efectos en todo el orden jurídico. Como se dijo antes, estos efectos sociales siempre fueron desatendidos en lo político y administrativo del país y desembocaban en el terreno penal donde las dificultades de realización de derechos hacían imposible atender circunstancias de ausencia de justicia material.

## **2. ANTECEDENTES PREVIOS A LA CODIFICACIÓN DE 1936. ELEMENTOS CONSTITUCIONALES Y PENALES**

En Colombia, el proceso legislativo punitivo que venía desde -1837-1873- hasta la Constitución de 1886, se vincula con el enfoque contenido en la Carta Política y las restricciones de garantías individuales que reprimían aspectos relevantes a nivel institucional. Se advierte en este momento que el restablecimiento en la Carta Política de la pena capital e igualmente el hecho de derogar la prohibición de imponer penas que superaran los diez años, ampliaba el rango de punición en forma considerable en la legislación posterior<sup>14</sup>. Es decir, se varió de un sistema que pretendía ampliar las garantías judiciales a uno que ahora las va a restringir y, además, se torna represor, si tenemos en cuenta el concepto aludido de Ferrajoli que indica que tales figuras constitucionales, se establecen como mecanismos de protección de derechos fundamentales. Esto se revela en un amplio margen de penas de más de diez años, la restauración para este momento de la pena de muerte que había sido abolida en la constitución de 1863, entre otros aspectos. Entonces se observa que para 1890 se hereda una tradición de endurecimiento de penas y un estado de autoridad igualmente fuerte, con lo cual las garantías se tornan en último recurso frente al poder estatal.

En este momento se puede observar que los presupuestos de la Constitución de 1886, permitía aseverar el desarrollo de cláusulas que podían ser interpretadas como garantías. Por ejemplo el artículo 26 pregonaba la garantía del debido proceso y el principio de legalidad, prácticamente en los términos actuales, es decir hace referencia a la garantía judicial y criminal. Todo ello se complementaba con el artículo 28, en sus elementos de ley previa, estricta, no retroactiva y acudiendo al

---

13 BOTERO, 2006, p. 88.

14 RESTREPO, J. P., 2005, p. 71.

principio de favorabilidad<sup>15</sup>. Sobre la pena de muerte es preciso aclarar que en la reforma constitucional de 1910 la misma quedó abolida y para el momento del código de 1936, el artículo 29 la proscribía expresamente.

Como ejemplo de las restricciones aludidas en la Carta de 1886, se sancionaron artículos transitorios que permitieron al presidente perseguir delitos de prensa<sup>16</sup> y la expulsión del territorio de los opositores al régimen<sup>17</sup>. Esta tendencia intervencionista de derechos fundamentales, desde la Constitución de 1886, se denota en la interpretación ante el Congreso, que uno de sus creadores “Miguel Antonio Caro” expresó sobre la libertad de imprenta. Señaló que el artículo K de la Constitución de 1886, disponía que mientras no se expidiera la ley de imprenta, el gobierno quedaba facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa. Así, el artículo revelaba que el Constituyente no quiso imponer un deber al Congreso, sino dar una facultad al gobierno sin otro término, que el juicio prudente del legislador (CARO M. A. P. 71, 1986). Es decir, se determinaba una facultad discrecional para tal efecto, lo que sucede es que en este tiempo si una ley lo expresaba y no afectaba elementos fundamentales del Estado, conforme al artículo 121, era legal así en su conjunto afectara derechos fundamentales como la libertad de expresión.

Adicionalmente, bajo la Constitución de 1886, la fórmula mencionada se denomina de estado de sitio, noción que universalmente se le llama Estado de excepción, en el art. 121 de la Carta, lo que afectará sin cesar durante el siglo XX las garantías judiciales, acompañadas en muchos casos de decretos que involucraban el ejercicio de la autoridad marcial o legalidad marcial. Así, mediante la Ley 61 de 1888, el capítulo de las garantías individuales quedaba a la orden del gobierno<sup>18</sup>. Sobre este punto se puede afirmar que desde entonces la legitimidad del Estado se vio afectada por los episodios de violencia del siglo XX que generaron la problemática principal de la estabilidad de la legalidad en materia penal<sup>19</sup>.

Justo en este momento se inician las normas de excepción con la ley 61 de 1888, denominada la Ley de los Caballos de 1888<sup>20</sup>. La ley citada

---

15 El acto legislativo 01 de 1936 en cuanto al principio de legalidad penal y garantías judiciales, solamente introdujo la siguiente modificación: Artículo 9°. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Disponible en: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>>. El documento completo de la Constitución de 1886 original se encuentra en la siguiente dirección, para examinar el contenido de los artículos 26 al 29 que regularon las garantías criminal y judicial durante 1936 e incluso en los periodos de 1948 a 1962, SACHICA, L., 1990, p. 48-52.

16 CARO, M. A., 1986, p. 244.

17 CARO, M. A., 1986, p. 71.

18 VAZQUEZ, C. A., 1986, p. 205-207.

19 RESTREPO, F. J., 2005, 9. 71.

20 OLANO, G. H., 2015.

fue derogada por la Ley 18 de 1898. En su art. 1°, facultaba al Presidente de la República: “para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afecten el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión ó pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario”. Según Olano, la ley se expidió en una época de bandolerismo e inseguridad en el país<sup>21</sup>.

En este sentido el concepto de garantía judicial se enmarcaba por un criterio de autoridad de la ley fuerte, más que todo acompañado de medidas del ejecutivo, tradición que va a ser constante durante este tiempo. Esta es una de las razones por las cuales se puede afirmar que los conceptos de protección de derechos van a tener más que todo un contexto formal y no material, dado que la legislación paralela del ejecutivo como la mencionada anteriormente, causará efectos perjudiciales al sistema punitivo. La costumbre de defensa de las instituciones desde el poder judicial, tan sólo se va a desarrollar después de 1948, no antes, dados los criterios todavía en formación del alcance de las decisiones judiciales.

Por otra parte, los antecedentes analizados en esta parte pueden rastrearse en 1890, con la ley 19 que aprobó el tercer Código Penal de la nación hasta 1936<sup>22</sup>. El estatuto aprobado en 1890 seguía los postulados de la Escuela Clásica penal Italiana y se le reprochaba el recrudescimiento de las penas, entre ellas la pena capital; igualmente su casuismo fue exagerado y tuvo serias incongruencias, en particular, para la represión de los delitos<sup>23</sup>. El Código de 1890 rigió hasta el 1° de julio de 1938, fecha en la cual entró a regir el Código Penal de 1936. Durante su vigencia sufrió varias reformas, entre ellas el acto legislativo 03 de 1910 que suprimió la pena de muerte<sup>24</sup>.

Aquí se puede hacer el primer corte institucional en la consolidación del Estado Nación y su consecuente desarrollo en materia de legalidad penal que en todo caso, establecía la ley preexistente como fundamento en materia penal<sup>25</sup>. Así mismo, el proyecto de Código de 1890, denominado inicialmente proyecto Porras, fue modificado en la revisión del Consejero Juan Pablo Restrepo. El mismo 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.

---

21 *Ibidem*.

22 BERNATE, F., 2004.

23 MESA, V. L., 1962, p. 47.

24 MESA, V. L., 1962, p. 47.

25 BERNATE, Op. cit.

El proyecto Porras consagraba en su art. 14 el principio de legalidad en términos más amplios que los anteriores, en tanto que no lo limitaba al aspecto de la punibilidad, sino que lo ampliaba a la conducta, entendida como acción u omisión. El Código Penal de 1890 al mismo tiempo restringía el principio de legalidad a la pena, al señalar en su art. 12 lo siguiente: “Para que pueda aplicarse una pena, por cualquier hecho u omisión, es preciso que haya sido señalada por ley preexistente”<sup>26</sup>. Este precedente puede mencionarse como el primer fundamento base que permitió el desarrollo de la legalidad penal. Es decir que la fuente de donde proviene la garantía criminal vigente en la actualidad en Colombia puede partir de este fundamento que tenía como presupuestos la escuela clásica italiana que tenía unos fundamentos más que todos basados en la consideración de la ley positiva y su sagrado cumplimiento. Legalidad es equivalente a legitimidad de todo el sistema.

Durante esta etapa, es de destacar, frente a la codificación analizada, de igual forma, un contexto que reflejaba un panorama que desde ya marcaba el origen de los ulteriores conflictos nacionales. Así mismo, todo esto se acompañaba en este momento, en un movimiento en América en pro de la codificación penal, como lo indica Bernate Ochoa, quien señala que en nuestro caso –además del Código colombiano de 1890– se pueden citar: “El Código Penal mejicano de 1871 (que contaba con la no despreciable cantidad de 1.151 artículos), el de Costa Rica de 1880, el de Guatemala de 1889, 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 y el Código Penal argentino de 1887”<sup>27</sup>.

Como se puede ver, los movimientos de codificación son comunes en este tiempo, el afán de proteger a los ciudadanos de normas que permitan defender judicialmente sus intereses, corresponde a una preocupación común en Latinoamérica. El origen de los códigos penales puede servir de base para comprender la naturaleza de las instituciones penales que comienzan a tener acogida principalmente en naciones donde todo el siglo XIX hasta finales de siglo, se revelan desde 1810 incesantes conflictos internos, guerras civiles, así como también, enfrentamientos entre partidos políticos opuestos. Por ejemplo en Colombia no sólo la finalización de este período culmina en 1903, Guerra de los Mil Días, con un pacto político a comienzos del siglo XX<sup>28</sup>, sino que a partir de allí se va a organizar el funcionamiento de las instituciones contemporáneas, sobre todo en materia penal.

---

26 BERNATE, F., 2004.

27 *Ibidem*.

28 MOORE, M. y LIDUINE, Z., 2002, p. 21.

### **3. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL QUE DA LUGAR AL PROCESO DE LEGISLACIÓN PENAL DE 1936**

Como se mencionaba en el punto anterior, el proceso de elaboración de la legislación de 1936 tiene como soporte un proceso que se inicia en el contexto de la reforma constitucional de 1910 que termina un proceso de consolidación constitucional que había sido marcado entre el radicalismo liberal<sup>29</sup> que había tratado de enfatizar la autonomía de las regiones y generar un proceso de federalización regional, bajo la única prevención de que la legislación penal era de alcance nacional. Por otro lado, aparecía el movimiento denominado de la regeneración conservadora (1886) que si bien da lugar a otro período trazado por la estabilización del Estado<sup>30</sup>, generó un excesivo centralismo que produjo incesantes conflictos incluso de naturaleza penal, por cuanto en la Corte Suprema de Justicia, se desconocía lo que sucedía en las regiones.

De los dos antecedentes citados se derivan los principales controles de garantías judiciales; en primer lugar, desde el concepto de control de constitucionalidad, facultad que en la Constitución de Rionegro se otorgó al senado pero que en el desarrollo de la Constitución de 1886 se fundó en la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup>. Todo esto se acompaña de la vigencia de las codificaciones penales que trazan un recorrido desde 1873, luego 1890 y finalmente desembocan en el código penal de 1936. En este sentido fue acertado el proceso de control en la Corte, dado que en este tiempo incluso en Europa se disputaba quien podría ser el defensor de la Constitución. Este antecedente generó una tradición que se conserva en la actualidad y que no tiene discusión sobre todo después de la Constitución de 1991.

En este sentido, la acción judicial tenía un soporte de control de constitucionalidad de las leyes, en la carta de 1886, pues se le confiere a la Corte la guarda e integridad de la Constitución de tal suerte que toda sentencia debía ser motivada. En la Constitución de 1886, se instituye la excepción de inconstitucionalidad, pues en caso de contradicción entre la ley y la Constitución debía aplicarse la Constitución<sup>32</sup>. Este factor acentuaba el sentido de imperio de la legalidad, sin embargo, le otorgaba el factor de revisión constitucional, lo cual representa un factor de interpretación relevante en materia penal, para asegurar la garantía criminal de la legalidad sobre todo constitucional.

Además de la Carta constitucional, en materia criminal, este fundamento se acompañaba tanto de la garantía de las leyes penales como el código penal de 1873, Ley 112, posteriormente el código de

---

<sup>29</sup> Constitución de 1863.

<sup>30</sup> CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 3-7.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> DE ZUBIRIA, A., 2012, p. 162.

1890<sup>33</sup>, así como también de las responsabilidades procesales de los jurados de conciencia, Leyes 57 y 61 de 1886, para causas criminales, quienes venían cumpliendo sus funciones de garantía del proceso, mediante la Ley de 4 de junio de 1851<sup>34</sup>. Es decir tanto la parte sustancial como procesal venían acompañadas de medidas que desarrollaban los presupuestos de la protección del ciudadano tanto en la definición del delito como de su defensa en las causas penales. De igual forma esta tradición permanece desde entonces, en las instituciones penales, pero el problema de su efectividad no dependió de las medidas sino del contexto político en el que fueron ejercidas.

Esta última institución del jurado de conciencia fue relevante durante su existencia para tales aspectos, e incluso se preservó en los códigos procesales posteriores del siglo XX como el decreto 409 de 1970. Sin embargo, la figura fue suprimida mediante el decreto 1861 de 1989, acto que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia mediante decisión de 6 de septiembre de 1990<sup>35</sup>. Desafortunadamente, la reforma que suprimió los jurados de conciencia obedeció más a los problemas asociados al orden público en el conflicto interno que a su labor judicial.

Aparentemente no se tenía evidencia del desarrollo de las garantías judiciales, sino desde la perspectiva constitucional anotada, sin embargo, se puede evidenciar entre otras normas, la Ley 61 de 1886 que incorporaba una figura denominada de injusticia notoria<sup>36</sup>. Según esta ley, las sentencias que se pronuncien por la comisión de los delitos que se castiguen con pena capital tienen un recurso de revisión. La vista judicial se contemplaba cuando existía un dictamen del jurado de contra evidencia, más allá de las regulaciones de la Casación que servía de mecanismo protector de garantías para asuntos como la violación de la ley sustantiva, la interpretación errónea y las nulidades procesales<sup>37</sup>. Es decir, se fijaban elementos de protección del ciudadano que se pueden asimilar al concepto de legalidad procesal.

A este fundamento se acompañaba la ley 57 de 1887 que establecía las facultades del jurado entre ellas la de establecer la existencia del hecho, la responsabilidad del imputado y la pena<sup>38</sup>. Pese a que se trataba de una medida de urgencia, más si se trataba de la Pena Capital, desde el punto de vista legal se trataba de un precedente destinado a proteger el interés de justicia, con lo cual las garantías se identificaban desde el concepto de los principios legales positivos. En todo caso, las garantías judiciales siempre estuvieron rodeadas del concepto del jurado que en forma intermitente acompañó a la nación en esta primera era de la

---

33 MESA, V. L., 1962, p. 45; RESTREPO, F. J., 2005, p. 59.

34 RAMIREZ, Y., et al., 2007, p. 4.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*.

regeneración, previa a los antecedentes del código de 1936.

En este primer momento, mediante la ley 57 de 1886, se soportaban las funciones de los jurados quienes no pueden versar sus afirmaciones, sino sobre los hechos en que se haya fundado la acusación; y faltan a su ministerio si pensando en la ley penal, se fijan en las consecuencias que podrán tener con el acusado, el veredicto que han de pronunciar<sup>39</sup>. Por ejemplo, mediante sentencia de 16 de noviembre de 1905 la Corte Suprema de justicia señaló que en el veredicto del jurado el juez debe encontrar un hecho que constituya el delito, un individuo a quien se le impute el delito y la clase de culpabilidad que se le atribuye al delincuente. Sin estos requisitos el juez no podía encontrar base indispensable para proferir sentencia -Gaceta 871-<sup>40</sup>.

En fin, todo lo anterior, revela que en últimas el precedente de garantía judicial propiamente dicho, pese a las normas aludidas, aparece en la Constitución, en sus formas de control, en los mecanismos de Casación de la época y en las normas punitivas citadas, así como en funciones especiales como las asignadas a los jurados referenciados. Todo ello, más allá de los principios trazados en los proyectos y códigos vigentes de 1910 a 1936-.

Sin embargo, se observa que, desde el proceso constitucional, se ofrece un poder de arbitraje salvador de las disputas políticas a la Corte Suprema de Justicia, como mecanismo imparcial para la decisión sobre la vigencia de las leyes<sup>41</sup>. Esta facultad va a representar un papel relevante sobre todo en la defensa de las garantías judiciales e inicia una tradición judicial sobre tales aspectos, denominada por algunos como el mito de la racionalidad judicial<sup>42</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en esto influye el concepto de las garantías criminales que seguían siendo representadas de igual forma en los postulados de la legalidad penal, como por ejemplo, en el concepto de culpabilidad que se advierte en decisiones como la sentencia de 24 de noviembre de 1919 que señalan que el delito se estatuyó en el código, como la maliciosa violación de la ley por la cual se incurre en alguna pena y que en toda violación de ella se supone voluntad y malicia mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario -Gaceta 1429-<sup>43</sup>. Desde luego se tenía un fundamento inicial de consideración de la conducta, pero todavía no se observa un análisis dogmático moderno de los principios penales. En todo caso se hacía lo posible por preservar los derechos en este caso del procesado. Por otro lado, este mito en todo caso tendrá que someterse a la inestabilidad jurídica provocada por las normas de excepción del siglo XX, en especial en el período analizado, previo a la

---

39 RAMIREZ, Y., et al., 2007, p. 5.

40 RAMIREZ Y. Op. cit., p. 31.

41 CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 7.

42 CHINCHILLA HERRERA, Tulio, 2010, p. 7.

43 RAMIREZ, Op. cit., p. 44 y 45.

legislación de 1936. Sobre el particular es claro que se tenía el propósito de desarrollar una corriente penal de derecho, pero se evidenciaba más que todo un sentido de decisión fundamentalmente legal. A este proceso, junto con los elementos de las leyes especiales de los jurados de conciencia, los principios del código de 1890 y las exigencias de las audiencias procesales podemos denominar los precedentes que dieron lugar a los conceptos en evolución de las garantías en materia penal.

#### **4. LOS PROYECTOS DE LEY Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES. SU RELACIÓN CON EL CÓDIGO DE 1936**

Los antecedentes del proyecto de 1936 aparecen con la discusión de la iniciativa denominada “Proyecto Concha” de 1912, referido a la escuela Clásica de Carrara; el mismo fue continuado mediante la ley 109 de 1922 que aprobó el Código, que debía empezar a regir el 1º de enero del año siguiente. Sin embargo, mediante ley 81 de 1923 se aplazó su vigencia hasta 1925 y se creó una comisión para las modificaciones a que hubiere lugar que decidió que al final, era mejor elaborar otro código<sup>44</sup>, que derivó en un proyecto positivista frustrado de 1925. Estas dilaciones del código de 1922, obedecieron a un período de serias discusiones, entre la doctrina italiana clásica que correspondía a la consideración de la aplicación de la ley conforme a la ley como un ente de derecho de Carrara, y la visión del positivismo italiano que miraba al delito natural y a una visión más antropológica del crimen y del infractor. Esta discusión interrumpió durante mucho tiempo el aseguramiento de las instituciones penales de 1936, pues en el contexto colombiano, las discusiones ideales en el campo jurídico, en muchos casos se olvidan de la realidad y sacrifican el aspecto práctico que impide el progreso de las instituciones jurídicas, como en este caso, que se dilató el proceso del código penal durante un poco más de 20 años.

Luego de este proceso, y de varios ejercicios de codificación sin resultados, se contrató la misión italiana que derivó en el proyecto Córdoba de 1927 que era interesante debido a que no era positivista, sino que se fundaba en la responsabilidad moral<sup>45</sup>. Es decir, se tenían fundamentos clásicos de la orientación penal basados en una entidad de derecho y en un libre albedrío de la persona para responder por sus conductas punibles. En el proyecto se eliminaban las medidas de seguridad y todas las disposiciones inspiradas en las doctrinas modernas de la época<sup>46</sup>.

Para este momento, se puede afirmar que luego de los conflictos del siglo XIX se debatía entre los fundamentos de la escuela clásica penal

---

44 PÉREZ, A., 2009, p. 129; MESA, V. L., 1962, p. 48.

45 MESA, V. L., 1962, p. 48. 1962.

46 MESA, V. L., 1962, p. 48.

y el positivismo como elementos que le daban validez al derecho vigente y a su vez legitimidad a todo el orden punitivo. La garantía criminal en este momento comienza a ser debatida como una posibilidad de sistema que permita defender al ciudadano. En todo caso no era muy clara la postura de defensa social para este momento, pues ciertos elementos de estas doctrinas como el delito natural, no tenían base para ser sustentados en el código penal. En todo caso la garantía judicial parecía orientarse hacia estas posturas.

Durante este tiempo se puede afirmar que el Estado-Nación colombiano, experimentó una breve reconciliación de por lo menos 40 años, a partir de 1903; periodo de una convivencia política en relativa paz, sin dejar de lado los sucesos provenientes de la huelga de los trabajadores de la United Fruit Company de 1928, más conocida como la matanza de las bananeras<sup>47</sup>. En todo caso, los conflictos sociales principalmente en las zonas rurales del país adicionaban elementos de seriedad en la confrontación con las instituciones, pues en muchos casos el detentador del ejercicio y aplicación de la ley pertenecía a un hacendado y no propiamente a las autoridades judiciales<sup>48</sup>. Por lo tanto, la discusión jurídica planteaba unos elementos novedosos e interesantes, pero la discusión social era ajena a todo este tipo de planteamientos.

En el fondo se presentaban problemas originados en este tiempo que solamente vienen a ser revelados durante la década de fines de los treinta. Este hecho originó nuevas afectaciones de la legalidad penal, pues debido a estos hechos el Gobierno del entonces presidente, Miguel Abadía Méndez, expidió la denominada “Ley Heroica” (Ley 69 de 1928), que declaró el Estado de Excepción para reprimir las huelgas y las protestas de movimientos sociales. Las medidas adoptadas desencadenaron, el 6 de diciembre de 1928, la represión en forma violenta (por parte de las fuerzas militares) de los manifestantes de la United Fruit Company que dejaron un saldo de al menos 70 personas asesinadas (ITURRALDE M. P.60 2010). Lo anterior significó la adopción de medidas de excepción en perjuicio de la normativa penal, pese a que el fuero constitucional tenía límites para tal efecto.

Este nuevo factor que determinó el fin de la relativa paz desde la guerra de los mil días (1903) en Colombia y se caracterizó por el ejercicio de la fuerza desregulada del Estado, haciendo uso de los estados de Excepción. Lo grave del asunto es que al impedir un derecho de protesta y de asociación por virtud de una huelga, se reprime con graves crímenes a los líderes sindicales. Además, se trata de legalizar el asunto mediante la adopción de medidas para conjurar la crisis. Por tales razones la crisis de los años 30 en Colombia, afectan no sólo el ámbito político del Estado, sino que dan lugar a una práctica que desde

---

47 ITURRALDE, M., 2010, p. 60.

48 INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA, 2013, p. 36.

entonces va a ser permanente casi hasta 1978-1982 y que se caracteriza por el ejercicio de la fuerza mediante los Estados de Excepción, en perjuicio de las garantías penales.

Este elemento de intervención del ejecutivo viene a determinar el rumbo de las garantías judiciales en casos de mayor afectación pública. En el caso de delitos ordinarios las medidas punitivas seguían un curso más pacífico, conforme a la vigencia y las concepciones punitivas basadas en la ley penal. Ahora la ausencia de instrumentos de derechos humanos en todos los casos va a marcar la legalidad de las instituciones penales casi hasta la aparición de la Constitución de 1991. Es decir, se trató de un período en que las garantías van a ser legales pero se va a cuestionar desde entonces su legitimidad.

## **5. LOS DIVERSOS ELEMENTOS TEÓRICOS QUE DAN LUGAR A LA CONCEPCIÓN PENAL DE 1936**

Finalmente, el desarrollo legislativo confluye en el proyecto del Código de 1936 que rigió hasta 1980<sup>49</sup>. Esta codificación fue desarrollada en virtud de la comisión creada mediante la ley 20 de 1933, que tuvo en cuenta los trabajos de 1925, es decir, el proyecto avalado por Enrico Ferri en 1921; el Código Penal Italiano de 1930, Código Rocco; el Código Penal Argentino de 1921, entre otros<sup>50</sup>. Con lo anterior se podría aseverar que la orientación de la escuela italiana que se configuraba en virtud de los representantes mencionados que participaron en la elaboración de las propuestas de reforma podrían incidir en la orientación de la ley penal colombiana durante los años 20 y 30. En realidad, si se presentó tal influencia, sus efectos no fueron todos los que podrían haberse presumido, sobre todo no se contaba con un análisis del contexto social que ya tenía antecedentes de movilizaciones sobre todo campesinas, dada la inequidad durante los años 20 y 30<sup>51</sup>. Es decir, el contexto en que se generaba esta norma no fue tranquilo y como se observa, había rupturas entre la sociedad y la creación de las normas, en este caso, las normas penales.

Así mismo, en el momento de la promulgación del código penal de 1936 la ley se entendía como la manifestación de la voluntad general prevenida en la constitución, atendiendo los mandatos del código civil, esto es que la ley está destinada a mandar prohibir, permitir o castigar. El precepto de legalidad implicaba la relación con los mandatos de la carta que indicaban los órganos encargados de dictar las leyes y los requisitos necesarios para que los actos de tales órganos adquieran ese carácter. En este sentido para la época de expedición del código de 1936,

---

49 PÉREZ, L., 1975, p. 129.

50 MESA, V. L., 1962, 9. 46 y 47.

51 PECAUT, D., 2016.

el artículo 1° establecía que no había delito sin ley pre existente que lo estableciera<sup>52</sup>.

La garantía de legalidad se determinaba según la Constitución con respecto a los delitos y las penas, que se traducían en la ley penal. Esto correspondía a la declaración estatal de las acciones punibles y de las sanciones. Es decir, la ley se asimilaba al derecho penal objetivo y el Derecho subjetivo del Estado como la facultad para castigar traducida en el *ius puniendi*.

Según Gutiérrez la ley penal era una garantía para todos: Estado, delincuente y personas no delincuentes y aun para los lesionados del delito, puesto que ella establece el derecho al resarcimiento de los perjuicios causados por la infracción. La misma se sustentaba en la legalidad del delito, de la pena y en el hecho punible como base para la pena. Esta garantía sólo era legítima, si existía ley para la persecución del delito, que determinara el órgano judicial penal encargado de tal función, mediante un juicio instituido también legalmente. Estos fundamentos se armonizaban con el artículo 22 de la Constitución Política<sup>53</sup>.

Por otra parte, el proceso de la nueva codificación de 1936, se realizó mientras el contexto revelaba una situación de violencia rural, debido al conflicto agrario que se presentaba en la década del treinta en el país<sup>54</sup>. Es decir, no fue del todo pacífico su recibimiento en el Estado Nación de aquel entonces y tampoco se aseveran comentarios al respecto. Los textos de la época tan sólo analizan las estructuras normativas y su resolución frente a un tema que siempre será recurrente, especialmente, las medidas ejecutivas y los conflictos sociales, dado que van a interferir en el concepto de garantías judiciales en materia penal de aquel entonces.

De cualquier forma, los proyectos de codificación tenían como característica motivos de defensa social dada la escuela italiana planteada anteriormente, pero desde un sentido ecléctico y más moderado que los desarrollos italianos positivistas de este tiempo. Por ejemplo, planteaban un régimen de penas para personas normales y medidas de seguridad para anormales; además se soportaba en fundamentos como la prevención, la reeducación, resocialización, etc.<sup>55</sup>. En este concepto se orientaba el desarrollo de la legalidad penal del sistema de 1936.

Igualmente, se afirmó que la codificación de 1936 era de corte “peligrosista”, toda vez que tenía en cuenta este factor en la valoración del caso; empero esto solo se producía para la punibilidad, luego de verificada la responsabilidad penal, como ocurre en la actualidad. Tampoco era absolutamente objetiva su valoración, toda vez que admitía la culpabilidad y su apreciación<sup>56</sup>.

---

52 GUTIÉRREZ, J., 1940, p. 37 y 38.

53 GUTIÉRREZ, J. Op. cit., p. 39.

54 RESTREPO, F. J., 2005, p. 90.

55 PÉREZ, L., 1975, p. 283.

56 LOZANO, L. C., 1961, p. 107 y 183.

Lo anterior, revela en estricto sentido que había una interpretación dogmática que también provenía de la escuela jurídico penal italiana, sobre todo de la *Terza Scuola* de tipo ecléctico, lo cual quiere decir que el sistema presentaba cierta mixtura en este sentido y había un camino hacia la preferencia dogmática del sistema penal<sup>57</sup>. Sobre esto se afirma que tal vez influyó el panorama positivista que pregonaban los intérpretes y comisionados del código en su momento, pero al final esta influencia no se destacó en las instituciones concebidas en dicha legislación<sup>58</sup>.

De alguna manera, esta forma de entender tal desarrollo de la legalidad penal implicó, una mirada hacia dentro de los conceptos del sistema penal, sin observar el sistema constitucional del que también hacía parte. En todo caso se preciaba el valor dogmático de la legalidad penal y no se ampliaba el concepto de peligrosidad o defensa social que pudo intervenir en perjuicio de la garantía criminal. Sin embargo, esto no es claro en ese momento y se aplica de preferencia la vigencia de la ley.

Esta noción se fundaba, según Carlos Lozano y Lozano, uno de sus redactores, en que el Código de 1936 concedía importancia al estudio del delincuente. Sus antecedentes, su personalidad psicofísica, sus características y su manera de obrar fueron tenidas en cuenta en todos los capítulos, no solo en la parte general sino en la sistematización de las normas relativas a cada delito<sup>59</sup>. La peligrosidad y los motivos determinantes indicaban la gravedad relativa al acto que se sancionaba, junto con sus condiciones jurídicas objetivas. La reacción social frente a este acto procuró adaptarse a las condiciones y a la conducta general del agente, más que al hecho concreto, que es ante todo un síntoma de la personalidad<sup>60</sup>.

En todo caso, según este autor, la consecuencia de este criterio era la tesis de la responsabilidad legal consagrada en el art. 2, que señalaba: “Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos exceptuados en el código. En este caso sólo a los perturbados psíquicos difiere la reacción social que en estos casos corresponde a una medida de seguridad a tiempo indeterminado”<sup>61</sup>.

Adicionalmente, este concepto de la peligrosidad, según Luis Carlos Pérez, tampoco coincidía plenamente con la escuela positivista italiana, dado que el Código de 1936 se alejaba del Estatuto Italiano frente al reconocimiento de las causas de imputabilidad y de justificación e incluso regulaba la exclusión de la responsabilidad para el demente<sup>62</sup>. Tan solo se enunciaba la posibilidad teórica del delito natural propio de

---

57 RESTREPO, F. J., 2005, p. 110 y 111.

58 *Ibidem*.

59 LOZANO, Op. cit., p. 107.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 PÉREZ, L., 1975, p. 283.

esta concepción, pero siempre se hacía referencia, en primer lugar, a la posibilidad legal descrita en el código de 1936. En últimas, se mencionaba la doctrina al delito natural, pero solamente como posibilidad teórica e igualmente, se reitera la fórmula del delito conforme a la legalidad escrita, más parecida a la escuela dogmática, tanto alemana como italiana<sup>63</sup>. Lo relevante es que, si se contemplaba el delito natural, esto constituía la base del sistema y por lo tanto la propuesta de un delito flexible que se acomodara a las buenas costumbres, impediría el imperio de la ley y sería injusto. Afortunadamente era una postura solamente retórica pero no legal.

Además de ello, el texto de las disposiciones penales implicó que la peligrosidad no quedara como medida de la responsabilidad y menos como base para imputar delitos, sino como una simple circunstancia de atenuación punitiva<sup>64</sup>. En este sentido, los autores de la época consideraban que si bien, se presentaban estas discusiones dada la fuerte presencia de la Escuela Italiana positivista del momento, era necesario advertir que desde el punto de vista de la justicia penal, por lo correspondiente a la dogmática jurídica y para la aplicación del derecho represivo de la época, había que referir siempre al delito como violación de la ley penal positiva<sup>65</sup>. Esta violación, según Mesa Velásquez residía en el carácter antijurídico del hecho, asunto que sin la previsión legislativa correspondiente ninguna acción por inmoral y peligrosa que se la imaginara, podría incriminarse penalmente, aunque coincidiera con la noción de delito natural que en todo caso era absolutamente indeterminada y sin soporte normativo<sup>66</sup>. En este factor residía la protección del ciudadano con respecto a la legalidad del delito, vale decir, la del código de 1936, que, en los términos analizados, puede acomodarse al concepto de garantía criminal, en los términos de Ferrajoli mencionados en la parte inicial.

En este punto, Mesa Velásquez manifiesta sobre la definición de Garófalo, en la que expresa que el delito natural, se tomó como la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, en la medida en que se encuentran en la sociedad civil en un momento dado, por medio de acciones nocivas para la colectividad. Así mismo adiciona los cuestionamientos de Ferri a tal definición, según los cuales se deben incluir otros sentimientos como la religión, el pudor y el patriotismo. También se deben adicionar las ofensas a las condiciones de existencia social y que la acción esté subordinada a motivos determinantes antisociales<sup>67</sup>.

De lo expuesto anteriormente, se puede expresar, en términos

---

63 MESA, V. L., 1962, p. 81.

64 PÉREZ, L., 1975, p. 283.

65 MESA., Op. cit., p. 82 -83.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

de definición de la teoría del delito como instrumento que debía ser ejecutado bajo la garantía criminal de legalidad que establecía el Dolo, la culpa, y la intención que hacía parte del dolo. Allí se expresaban los elementos determinantes que para algunos tenían una concepción moral del delito y en ella reposaba el interés del positivismo por dar explicación a sus alcances, sin embargo, otros traducían la intención en el elemento psíquico que consiste en la voluntad en la ejecución del acto y sus consecuencias. En el fondo existían elementos que podían ampliarse en la discusión, sobre todo si era determinante frente al delito, no obstante, ello no era jurídicamente estricto para este momento<sup>68</sup>. Al parecer la discusión teórica era superior al mandato legal y de todas formas seguía rigiendo el concepto normativo.

Finalmente aparecen algunos elementos de defensa social como los refiere la comisión redactora del código respecto de la imputabilidad psicofísica como base de la imputabilidad penal, no obstante, los criterios descansaban en acciones físicas y psíquicas del autor que debían medirse con base en el Dolo, la Culpa, la inmadurez, Enfermedad mental y anomalía psíquica. Todo ello procedente de la personalidad del autor<sup>69</sup>.

Sumado a lo anterior, además de la discusión planteada, el principio de legalidad que sustentaba la teoría del delito consagrada en el código de 1936, se acompañaba de leyes posteriores como la Ley 50 de 1939, mediante la cual se adicionaban normas sobre la persecución de delitos como el hurto de ganado, los beneficios de excarcelación debido al centenario del Gobierno del General Santander -Ley 59 de 1939-; la ley 224 de 1938 sobre normas pecuarias y seguridad en el campo, la ley 124 de 1937, entre otras normas que complementaban la persecución penal del delito

## **CONCLUSIONES**

Como se puede observar al comparar la legislación de 1936, se advierte que los conceptos teóricos de la época relativo al delito natural, no son desarrollados en el texto legal y por el contrario la garantía criminal bajo observación, tiende a ser considerada bajo factores más estrictos de legalidad que los mencionados.

Por otro lado, las actuaciones procesales tendían a recibir elementos propios de instituciones como los jurados de conciencia como último recurso para definir incluso la definición del delito. Así mismo, desde la Constitución de 1886 vigente para la época se establecía el concepto de garantías en consideración a los postulados de legalidad principalmente, la proscripción de la pena de muerte y la defensa de garantías procesales. Este criterio se asume desde 1910 hasta la expedición del código de 1936

---

68 GUTIÉRREZ, J., 1940, p. 66-67.

69 GUTIÉRREZ, Op. it., p. 80-81.

objeto de estudio y que rigió hasta 1980 en Colombia.

Finalmente, las posibilidades teóricas, tanto de la defensa social como del delito natural, no fueron objeto de definición en los términos de la Escuela Italiana de la época sino de una mixtura de teorías, entre ellas la *Terza Scuola*, junto con los mecanismos de protección del papel de los jurados de conciencia en el proceso, así como de las definiciones Constitucionales de legalidad y debido proceso. Si bien estos conceptos eran interpretados mediante concepciones formales, la materialidad de este conjunto, harían viables los antecedentes de las garantías judiciales contemporáneas en el código de 1936 en Colombia, a pesar de que no se analiza en ningún caso los contextos sociales que señalaban una serie de conflictos que, para la época, eran ajenos a la discusión jurídica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTO LEGISLATIVO 01 de 1936. Disponible en <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1824914>.

BERNATE OCHOA, Francisco. “El Código Penal Colombiano de 1890”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2004, vol. 6, n° 2. Disponible en: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792004000200017&script=sci_arttext)>

BOTERO, Sandra. “La reforma constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2006, n° 33, p. 85-109.

CARO, Miguel Antonio. *Estudios Constitucionales y Jurídicos*. Bogotá: Editorial Instituto Caro y Cuervo, 1986.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio. “Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910. Diálogos de derecho y política”. *Revista elec-trónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia*, 2010, vol 3.

DE ZUBIRIA SAMPER, Andrés. “La historia de la rama judicial en Colombia”. *Revista Criterio Jurídico Garantista*, 2012, vol 3, n° 6.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

GUTIERREZ GOMEZ, Jorge. *Comentarios al Código penal*. Bogotá: Ediciones Librería Siglo XX, 1940.

INFORME DEL CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA. *Guerrilla y Población Civil Trayectoria de las FARC, 1949-2013*. 3ª ed. Bogotá: CNMH-Imprenta, 2014.

ITURRALDE, Manuel. *Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Ed. Siglo del Hombre Editores, 2010.

LEY 50 de 1939. Disponible en: <[http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1611083?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1611083?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)>

LEY 59 de 1939. Disponible en: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1604144>>

LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Elementos de Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Lerner, 1961.

MARQUEZ ESTRADA, José Wilson. “La Problemática del Jurado de Conciencia en el contexto de la justicia criminal en el Estado de Bolívar: 1860 – 1880”. *Revista Criminología*, 2012, vol 54, n° 2.

MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo. *Lecciones de Derecho Penal*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1962.

MOOR, Marianne y LIDUINE, Zumpolle. ¿La Industria del Secuestro en Colombia, un negocio que nos concierne? Ámsterdam: Edit. Pax Christi, 1995.

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. *El Acuerdo Final de Paz y el Ordenamiento Territorial del Estado*. Disponible en: <<http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/la-ley-de-los-caballos>>

PECAUT, Daniel. *Una Lucha Armada al servicio del Statu Quo Social y Político. Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*. Disponible en: <<http://equipopazgobierno.presidencia.gov.co/especiales/resumen-informe-comision-historica-conflicto-victimas/index.html>>

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2009.

PÉREZ, Luis Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

RAMIREZ BASTIDAS, Yesid et al. *Antología Jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia*. Bogotá: Sigma Editores, 2007.

SACHICA, Luis C. *Constitución Política de Colombia, consultada y concordada*. 3ª ed. Edit. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 1990.

SANCHEZ, Gonzalo. *Recordar y narrar el Conflicto. Grupo de Memoria Histórica*. Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Bogotá:

Presidencia de la República, 2009.

SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *La Garantía Criminal en Materia Penal y Penal Internacional*. Valencia: Edit. Tirant Lo Blanche, 2018.

URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia. Perspectiva Histórica y Sociológica*. Ediciones cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid, España, 1985.

VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia*. 3ª ed. Barranquilla: Ediciones Suramérica LTDA, 1986.

### **RESUMEN BIOGRÁFICO**

*Jaime Alberto Sandoval Mesa* es Profesor Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho. Phd en Derecho. Artículo avance de investigación. Proyecto Financiado Der. 2317. Las garantías judiciales en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho, Vigencia 2017.