

**EL POSITIVISTA GAITÁN, UNA MIRADA A LA VIDA Y LEGADO DE
JORGE ELIECER GAITÁN AYALA AL DERECHO POSITIVO**



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

AUTOR:

ANTONIO APONTE KEVO

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

DERECHO.

Director:

César Oliveros Aya

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ

2022

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I: EL PANORAMA JURÍDICO DE LA ESCUELA POSITIVISTA EN EL DERECHO PENAL

**1.1. ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO PENAL Y SU TRANSICIÓN DE LA
ESCUELA POSITIVISTA**

1.2. POSITIVISMO JURÍDICO ITALIANO

1.3 CONTEXTO POLITICO Y JURIDICO ESCUELA POSITIVA

CAPITULO II. JORGE ELIÉCER GAITÁN ÁYALA, UNA MIRADA AL POSITIVISMO JURÍDICO A TRAVÉS DE ENRICO FERRI.

2.1 DEFENSAS PENALES DE JORGE ELIÉCER GAITÁN ÁYALA

CAPITULO III: LEGADO DE JORGE ELIECER GAITÁN Y LA *NUEVA SCUOLA* POSITIVA ITALIANA A COLOMBIA.

**3.1 TRANSITO JURÍDICO PENAL, ENTRE LA ESCUELA CLÁSICA A LA
ESCUELA POSITIVISTA, REFLEJADA ENTRE EL CÓDIGO PENAL DE 1890 Y EL
CÓDIGO PENAL DE 1936.**

3.2. PRACTICA JURÍDICA DE JORGE ELIÉCER GAITÁN

4. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Jorge Eliécer Gaitán Ayala, conocido por su gran trayectoria política ha sido rememorado ampliamente en la cultura popular como un gran orador populista y caudillo. Sin embargo, se desconoce en gran medida su vida y legado en cuanto al mundo jurídico se refiere.

Fue un abogado muy reconocido en todo el país entre finales de la década de los años veinte hasta su magnicidio a finales de los años cuarenta del S.XX, dadas sus impresionantes habilidades oratorias y su capacidad de analizar y darle solución a los casos mas controversiales de su época utilizando los postulados de la escuela positiva del derecho penal, teoría aprehendida de la mano de Enrico Ferri, uno de los mayores exponentes de la *Nuova Scuola* positiva italiana y la criminología. Se evidenciará cómo el encuentro con Ferri cambió drásticamente su vida personal y profesional, a tal punto que por medio de su ejercicio profesional estas se verían reflejadas en sus defensas penales, y por consiguiente en la jurisprudencia, en los proyectos de ley que ayudaría a impulsar y en general en su trasegar como abogado.

En consecuencia, la pregunta de investigación es: ¿cómo se evidencia el pensamiento jurídico político de la escuela italiana del derecho penal en el derecho penal colombiano a través de Jorge Eliecer Gaitán?

La pregunta enfatiza en la demostración de un quehacer jurídico en el cual se denota la influencia de una escuela que ha permeado el conocimiento jurídico para destacar la validez como principal problema desde un enfoque de la filosofía del derecho.

Por lo tanto, el presente trabajo plantea un boceto jurídico del personaje de Gaitán desde esas ideas inspiradoras que ineludiblemente complementaron su personalidad, hasta la forja del rol

de un defensor comprometido con las ideas de una sociedad inconforme con la mirada sesgada del Estado hacia su propia nación.

La hipótesis del ejercicio investigativo opta por afirmar la pertinencia reflexiva del rol profesional de Gaitán, a través del cual puede observarse el nexos inescindible de los postulados doctrinales italianos y los propósitos en clave del ideal de justicia apropiado por el personaje estudiado.

Y en ese orden de ideas, el objetivo general que traza la investigación se orienta a explicar el impacto de los postulados jurídicos y políticos de la escuela positiva italiana en el derecho penal colombiano, a través de los aportes jurídicos de Jorge Eliécer Gaitán.

En consecuencia, los objetivos específicos se detallan como sigue:

- a) Describir los postulados teóricos que influyeron en la interpretación del derecho como un rol de servicio y los planteamientos jurídicos y políticos provenientes de la escuela italiana del derecho penal, que sirvieron a Gaitán como soporte de su ejercicio profesional.
- b) Demostrar la influencia de ese conjunto de saberes, tanto en el ejercicio de la abogacía de Gaitán, como en las reformas jurídicas normativas de las que fue partícipe.

Por lo tanto, para visibilizar el impacto y legado de Jorge Eliécer Gaitán en el escenario jurídico penal colombiano es necesario evidenciar las formas en las que él buscó tener trascendencia en esta área, esto es tanto como legislador, jurista e incluso teórico.

Mediante la hermenéutica deductiva se analizará y comparará la teoría clásica del derecho penal junto a la teoría positivista de la *Nuova Scuola*, investigando las fuentes ideológicas que las alimentaron y que posteriormente permearían el ejercicio profesional de Jorge Eliécer Gaitán. Se analizarán fuentes de la teoría clásica provenientes de autores como Jeremías Bentham, Cesare

Beccaria y Francisco Carrara, por su parte en la teoría positivista se estudiarán a sus autores más importantes como lo fueron Cesare Lombroso y Enrico Ferri, quien es el punto de inflexión en cuanto a la vida personal y profesional de Gaitán se refiere, ya que como se enfatizará, el acercamiento que tuvo este último con Ferri marcaría un antes y un después en su vida.

El producto de aquella relación maestro-estudiante entre Ferri y Gaitán no solamente se vería reflejado en su tesis de grado “El Criterio Positivo de la “Premeditación”, la cual fue calificada por magnánima por muchos académicos colombianos como italianos, incluido Ferri, sino también durante sus *Defensas Penales* (Gaitán J. E., 1976) se presenta la forma en la cual estos postulados de la escuela positivista italiana fueron aplicados por él durante su ejercicio profesional. Los casos de Moisés García, el profesor José María Carmona y Alfonso Castro serán examinados con base en los principales postulados positivistas utilizados por Gaitán y la forma como él los utilizaba para esgrimir sus argumentos durante la etapa de juicio y se harán ciertas salvedades en cuanto su utilización práctica por Gaitán.

Es importante el análisis de los casos en los cuales Gaitán actuó como defensor y aplicó la *Nuova Scuola* positiva, no solamente para indicar la gran influencia que tuvo esta corriente del pensamiento jurídico penal en Colombia a través de él, sino también porque es importante para el jurista actual entender el método utilizado por Gaitán y así emplearlo y aplicarlo mediante la teoría del pensamiento penal actual, que si bien dista bastante de la *Nuova Scuola* positiva, no excluye el traslapar elementos dejados atrás que podrían ser valiosos para darle nueva validez, la cual de sobra es bastante pertinente en el escenario jurídico actual.

Por ello, el trabajo investigativo se divide en los siguientes acápitales:

En el primero, intitulado *El panorama jurídico de la Escuela Positivista en el Derecho Penal*, es menester realizar un breve análisis de las posturas teóricas penales vigentes para finales

del S.XIX y principios del S.XX, las cuales eran la escuela clásica del derecho penal y posteriormente la escuela positiva, y como estas se representaron en Colombia a través de Gaitán. Dicha información se obtiene a través de la revisión y lectura de fuentes secundarias, principalmente doctrinales, a través del análisis documental.

El segundo capítulo, denominado Jorge Eliécer Gaitán Ayala, una mirada al positivismo jurídico a través de Enrico Ferri, surge de la reflexión interpretativa de aquellos elementos académicos que dieron forma a los criterios argumentativos aplicados luego a las defensas penales y que permitieron dilucidar los propósitos de representación de ciudadanos en escenarios jurisdiccionales.

En el tercer capítulo, llamado *Legado de Jorge Eliécer Gaitán y la Nuova Scuola positivista italiana a Colombia*, se indicará en una exposición resultado de aplicar método deductivo en el procesamiento de la información, la manera en la que la escuela positivista del derecho penal permeó, a través de Gaitán, el escenario jurídico político colombiano, como este ayudó a modificarlo por medio de su aplicación en sus defensas penales y junto al impulso político que le dio dada su alta influencia política en el momento, la promulgación del Código Penal de 1936 y de Procedimiento penal de 1938 permitiría que se codificara la teoría positivista en Colombia. Gaitán, junto a otros juristas y políticos de la época, haría que este tránsito de teoría penal fuera más sencillo y rápido. Fue tal el alcance de aplicación de esta teoría penal en el escenario jurídico colombiano, que ha sido la codificación que más ha estado vigente en el tiempo, esto reafirma la importancia del caudillo liberal en su establecimiento.

Lo anterior nos permitirá establecer la importancia inequívoca que tuvo Jorge Eliécer Gaitán Ayala para el derecho penal colombiano, ya que desempeñó un papel significativo al sentar las bases y precedentes de una de las teorías penales más duraderas de la historia de Colombia,

que, a pesar de que actualmente está en desuso y que para muchos catedráticos, académicos y teóricos fue un “retroceso” para la historia del derecho penal, sigue siendo muy importante su estudio y análisis para aprehender elementos esenciales como la importancia del delincuente dentro del proceso penal y el sentido de la justicia restaurativa.

Gaitán entendió que el proceso penal juega con múltiples elementos estimatorios de la condición del procesado. Esto es, la conjunción de la necesidad de defensa y el estudio contextual de las vicisitudes que entraña todo caso. Y en ese ámbito, “es preciso adelantarnos a la audacia que tienen algunas personas para defender sus pasiones, en defensa no de un interés particular, sino encaminándonos hacia el alcance de esa virtud preciosa de la Justicia y recuperar la confianza” (Oliveros 2010: 178).

Capítulo 1

EL PANORAMA JURÍDICO DE LA ESCUELA POSITIVISTA EN EL DERECHO PENAL

ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO PENAL Y SU TRANSICIÓN DE LA ESCUELA POSITIVISTA

Para poder comprender el alcance de la teoría criminológica positivista italiana en Jorge Eliecer Gaitán es menester ahondar primero en los propios planteamientos de esta escuela, buscando dilucidar los elementos esenciales que la componen, su contexto jurídico y político, junto con una diferenciación de sus antecedentes.

De este modo, el antecedente inmediato a la escuela positiva es precisamente la escuela clásica del derecho penal, la cual nos remonta a principios del S.XIX, como una corriente ideológica que trató de superar las legislaciones de los siglos anteriores caracterizadas por los tratos inhumanos en cuanto a las penas. “Esta teoría no supo adecuar directamente el concepto de delincuente dentro de la teoría del delito y asumió la aplicación objetiva de la ley como fin de su doctrina” (Rodríguez & Parada, 2006, pág. 14) . Sus principales defensores fueron teóricos como Jeremías Bentham, Cesare Beccaria y Francisco Carrara (Carrillo de la Rosa & Caballero Hernández, 2021).

De este modo es preciso indicar algunos elementos generales de la escuela clásica, bautizada con el indicativo de “clásica” por Enrico Ferri, maestro y principal exponente de la escuela positivista, con ánimo peyorativo, intentando referenciar lo viejo y lo caduco (Molina Arrubla, 1988) y no por quienes han sido identificados dentro de esta corriente de pensamiento, ya que jamás quienes la representaron, tuvieron en realidad una verdadera unidad conceptual, en tanto “su similitud principal radicó en su adhesión a la ideología liberal y la ilustración” bajo la doctrina del derecho natural y planteamientos básicos en lo que respecta al derecho penal, como su preocupación por estimar el límite adecuado al derecho de castigar por parte del Estado buscando evitar la crueldad innecesaria de las penas¹, entendiendo que estos pensadores parten de premisas donde todos los hombres son libres, iguales, racionales y por ello poseen carga de responsabilidad penal, por cuanto la autorresponsabilidad se restringe en la medida que todo individuo está en potencia de comportarse de un modo desviado ante la ley, no existiendo diferencia entre el criminal y el aquel que respeta la ley, preocupándose así más por el hecho que por el sujeto (Lamnek, 1986). Con relación a esto Carrara indica sobre el delito, el delincuente y la sanción que;

“El delito no es un hecho ni un acontecimiento cualquiera, sino un "ente jurídico" cuya esencia consiste, no en la acción humana, sino en la infracción de la ley, esto es, en la contrariedad entre el acto del hombre y la norma legal. Ahora bien, esa infracción es producto de dos fuerzas: Una moral, representada por la voluntad inteligente y libre del que actuó; y otra material o física, representada por el acto lesivo. Sin la concurrencia de las dos fuerzas, no existe ningún delito, bien porque la decisión humana no se ha evidenciado, bien porque no se ha configurado el resultado material, consistente

¹ Planteamiento que sería retomado en el S.XX por Zaffaroni para enmarcar al Estado social de Derecho como defensor de la dignidad humana al momento de imponer sanciones. (Erazo Morillo, 2018).

precisamente en la lesión jurídica o en el peligro de lesión. En síntesis, se es delincuente cuando se ha producido el hecho exterior, habiendo querido producirlo” (Pérez, 1975, pág. 177).

Beccaria por su parte, en su obra más reconocida “De los delitos y las penas”, fue uno de los primeros teóricos en desarrollar una acepción muy utilizada posteriormente por los positivistas que fue la de “política criminal”, la cual es el estudio analítico de las causas de la criminalidad, la forma en la que deben ser sancionados los delitos, y los intereses que deben ser protegidos, esta definición posteriormente sería ampliada por los positivistas y demás corrientes del pensamiento jurídico penal. (Ciprian Nieves , 2015).

Una vez expuestos estos parámetros y aspectos generales de la escuela clásica, es importante indicar que pese a su interrelación con la política liberal que influyó a los Estados europeos para el siglo XIX y su importante avance en términos jurídicos, fue objeto de diferentes críticas, como el excesivo rigorismo legal y su desligamiento con la sociología al observar al delito como un hecho eminentemente jurídico y no humano. Críticas que fueron profesadas tanto por aquellos que la representaban como por sus contradictores más eminentes, como es el caso de la escuela positiva italiana y sus representantes, quienes a diferencia de los “clásicos”, enfocaban su perspectiva criminológica desde la antropología bajo los criterios expuestos a continuación.

La escuela criminológica positiva italiana fue fundada conceptualmente, en primer lugar, bajo la doctrina de Augusto Comte y su “filosofía positivista” quien entendía a la filosofía como una síntesis de las ciencias, especialmente las ciencias naturales, donde la filosofía y el estudio de la sociedad debían interpretarse bajo los parámetros científicos. Por lo tanto, la escuela positiva piensa que el mundo exterior posee naturaleza objetiva, diverso e independiente del sujeto cognoscente que posee naturaleza subjetiva, debiendo estudiarse de manera neutral tal como se

representa para el investigador, imponiéndole a este último la necesidad de dejarse de lado a sí mismo (subjetividad) y centrarse en el mundo exterior de forma concreta (objetividad). Planteamientos que se mezclarían además con el hecho de que la escuela positiva del derecho penal acogió elementos de la doctrina evolutiva de Charles Darwin, buscando tener aún más sustento científico, logrando una fuerte unidad de concepto pese a las discrepancias de sus representantes, en la medida que buscaban desarrollar una teoría de corte científica y general, lo cual impone la necesidad de un concepto común que fue bien acogido fuera de Italia.

1. Sus representantes más importantes y las obras que dieron vida a esta escuela pueden resumirse así; “Cesare Lombroso con *"L'uomo delinquente"* en 1876, Enrico Ferri con su tesis doctoral "De la negación del Libre Albedrío" 1877 y Raffaele Garofalo quien en 1880 publica su "Di un criterio positivo della penalità".

Quienes profesan la idea de que el delito encuentra su origen en diversos factores como lo son aquellos de naturaleza antropológica, física y social como: la herencia, el sexo, la edad, la enfermedad, el clima, la geografía, la familia, condiciones económicas y culturales, entre otros respectivamente, los cuales prevalecen de forma independiente según la categoría a la que pertenezca el infractor” (Molina Arrubla, 1988, pág. 133) por esto el delincuente es el objeto principal de estudio de esta escuela, superando al delito como ente preponderante de la escuela clásica, junto con su principio de igualdad que pregona que tanto él delincuente como él hombre que respeta las leyes son iguales, ya que a raíz de esta visión positivista, el delincuente adquiere la categoría de “anormal” diferenciándolo de los demás individuos de la sociedad sin importar la etiología de su comportamiento que como indica Ferri "Si el hombre normal es el hombre adaptado a la vida social, quien en dicha vida social reaccione frente a los estímulos externos con una

acción delictiva no puede ser más que un anormal". (Ferri, Principios del Derecho Criminal , 1980)

2. Ahora bien, un elemento más que esta escuela contrapone con la escuela clásica y que ayuda a su entendimiento es el llamado “determinismo” el cual impone la idea de que el individuo no puede escapar de los factores externos e internos que tienen poder sobre él, ya sean estos de orden biológico, físico o psicológico, induciendo su comportamiento fuera de su propia racionalidad. Esta idea propia del pensamiento de Ferri al controvertir la existencia del libre albedrío y las categorías criminales elaboradas por Lombroso quien llega a clasificar a los delincuentes por rasgos morfológicos indicando según ellos la propensión a determinados delitos, permiten ver cuan ondas son las diferencias entre estas dos posiciones que gobernaron al derecho penal durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX hasta llegar a influir en el pensamiento jurídico colombiano.

POSITIVISMO JURÍDICO ITALIANO.

La escuela positiva italiana como se indicó previamente se crea como una respuesta a la escuela clásica del derecho penal representada al principio del S.XIX sin embargo, tiene fuentes ideológicas mucho más antiguas, partiendo de presupuestos filosóficos y métodos científicos planteados ya por Descartes en el Siglo XVI y posteriormente retomados por Augusto Comte hasta llegar a Cesare Lombroso

Augusto Comte², fue el creador de una de las bases más sólidas de la escuela positivista italiana, por medio de su llamada “filosofía positivista”, donde consideraba a esta como una

² Filósofo francés, (1798-1857) reconocido por ser el fundador del positivismo y la sociología.

síntesis de las ciencias, así, la escuela positivista encontraba su fundamento posteriormente en las ciencias naturales (Bustos Ramirez, 1983). La filosofía positivista de Comte nos habla de tres estadios del conocimiento “El teológico, el estadio metafísico y el estadio positivo. El primero se refiere al estadio donde el hombre explica los fenómenos que ocurren a su alrededor atribuyéndosela a dioses o fuerzas sobrehumanas, podríamos decir que este es como el estado primigenio del hombre; el segundo estadio, el metafísico, según Comte : No es más que una simple modificación del primer estadio, los agentes sobrenaturales los dioses- son reemplazados por fuerzas abstractas, verdaderas entidades, inherentes a todos los seres vivos del mundo y concebidos como capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados y su explicación es asignar a cada uno su entidad correspondiente; por último el estadio positivo . Donde se deja a un lado la idea para pasar a la realidad de las cosas y formar una filosofía propia de la realidad.

Ahora bien, bajo estas premisas nacería la escuela positiva italiana, la cual tiene dos vertientes claras sin embargo no excluyentes, por un lado, Cesare Lombroso el cual explicaba el delito como un producto de la predisposición biológica del individuo y por otro lado la predisposición sociológica resaltada por Ferri. (Palacio Arauzo , 2016) Los dos, empero, indican que el delito hace su aparición por factores antropológicos (herencia edad, sexo, enfermedad, etc.) físicos (clima, geografía, estaciones) y sociales (familia, condiciones económicas y culturales,, situación política), estos factores no obran aisladamente sino en conjunto.

Por lo tanto, para ahondar en los inicios de la escuela positivista, es necesario referenciar brevemente a Cesare Lombroso (1835-1909) y algunos de sus aportes más imperantes, en la medida que este fue un médico y criminólogo italiano, considerado como creador y precursor de la llamada *nueva escuela (Nuova Scuola)*, el cual, pretendió utilizar el método experimental (positivo-científico) de las ciencias naturales y especialmente la medicina para comprender las

causas del *delito*, analizando al hombre como objeto fundamental del mismo. Así, pues, todos sus hallazgos fueron concentrados en una “teoría antropológica del delito”, donde el delito es entendido como el resultado de la predisposición biológica del individuo. (Palacio Arauzo , 2016)

En esta medida, para Lombroso “el delito es “un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, físico y social” (Lozano y Lozano, 1979, pág. 19), un hecho natural más que una ficción o arquetipo jurídico, y por lo tanto la criminología elaborada por este se conoce como “criminología biológico-positivista” y busca en esencia aquellas variables y factores que producen la diferencia estructural, comportamental y morfológica de quienes son criminales y quienes no lo son.

Para el año 1876 publica su famosa obra *tratado antropológico experimental del hombre delincuente o l'uomo delinquente*, el cual sentó las bases de la criminología moderna, condensando su teoría antropológica al categorizar los delincuentes en 6 categorías a través de datos antropométricos, de la siguiente manera:

- El *delincuente atávico*: Se trataría de una subespecie de humano, degenerado y atávico.
- El *loco moral*: Este tipo se trataría de una especie de idiota moral, que no puede elevarse a comprender el sentimiento moral y que tuvo una educación muy deficiente durante la infancia.
- El *delincuente loco*: que a su vez desemboca en distintos tipos como el delincuente alienado, alcohólico, histórico y *mattoide*. La diferencia conceptual entre el *delincuente loco* y el *loco moral* consiste en que el delincuente loco moral ha cometido un delito con plena responsabilidad y enloquece después en la prisión, mientras que el loco delincuente son enfermos mentales que delinquen sin la capacidad de entender y querer.

- El *epiléptico*: se trata de sujetos violentos y agresivos. No padecen ninguna enfermedad mental declarada.
- El *delincuente ocasional*: que a su vez pueden ser seudocriminales, criminaloides y habituales.
- El *delincuente pasional*: Estos delincuentes tienen un uso de la violencia como forma de pasión, ya sea sentimental, ideológica, religiosa o de cualquier otro tipo.

Para esta escuela, a diferencia de la escuela clásica, el delincuente es el protagonista de la justicia penal, y en general de la escuela criminológica. Por lo tanto, se ocupa de su tratamiento y la forma en la que puede analizarse de forma introspectiva como externamente. Para ello la escuela positiva parte de explicar dos criterios clave, el de “normalidad” y “anormalidad”. Todo delincuente es un ser anormal por lo tanto merece un trato diferente al de la población normal o sana. A ello se refiere Ferri cuando indica “Si el hombre normal es el hombre adaptado a la vida social, quien en dicha vida social reacciona frente a los estímulos externos con una acción delictiva no puede ser más que un anormal” (Ferri, Principios del Derecho Criminal , 1980, pág. 193)

Para Ferri, esta anormalidad puede ser “congénita”, como en las psicosis constitucionales o “adquirida”, como en la depravación de los gustos; y también desde otro punto de vista puede ser “transitoria”, como en los estados morbosos provocados por los estupefacientes, o “permanente” como en los casos de enajenación o locura moral. (Ferri, Principios del Derecho Criminal , 1980)

En cuanto al criterio de responsabilidad penal, Ferri negó la existencia del “libre albedrío”, por considerar que tal concepto no era más que una ilusión. Por lo tanto, en consecuencia, planteó

la tesis del determinismo, en cuanto el hombre no puede “evadirse de las leyes universales de causalidad que se cumplen en el mundo en el orden físico, biológico y psicológico”.

La pregunta en este caso sería entonces, ¿Por qué sería responsable penalmente una persona que está determinada a cometer un crimen si sus actos le son impuestos de antemano?, ante este interrogante Ferri responde “Los hombres son responsables siempre de todo acto que realicen, solo porque y en tanto vivan en sociedad”. En ello se fundamenta la “doctrina de la defensa social” por la cual el hombre es responsable e imputable por el hecho de vivir en sociedad y nadie puede, impunemente, vulnerar el derecho ajeno. Todo individuo, sea mayor o menor de edad, que cometa un hecho contemplado en la ley como delito, es peligroso y debe ser responsable penalmente, a menos que haya obrado en circunstancias justificadas por la ley como legítima defensa o el estado de necesidad. La sanción, para Ferri, era una reacción social correspondiente a la “peligrosidad” del individuo. Esta peligrosidad es definida por Ferri como “la probabilidad científica de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito y que le determina atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y del acto ejecutado, el que, en últimas, no tiene otra significancia que la de una expresión o manifestación de la peligrosidad de su autor, a quien no se sanciona tanto por el acto que haya cometido si no por lo que es en sí y lo que representa en contra de la sociedad, es decir, es decir, el fin de la sanción penal para Ferri es la defensa de la sociedad, lo que hoy se conoce como prevención general. (Sierra Casanova & Lara Díaz , 2015).

Para Ferri, y en general para la escuela positivista, el destinatario de la ley penal puede ser cualquiera sin distinción por su capacidad mental o moral. Las condiciones particulares del agente, como minoría de edad, enajenación mental o anomalías psíquicas son relevantes en cuanto a la determinación de la sanción penal pues no se aplicarían penas comunes para los menores de edad o a los anormales sino simples medidas de seguridad como la reclusión en frenocomios (clínicas

especializadas en criminales) o en colonias agrícolas especiales, pero nunca se dejaría sin ningún tipo de sanción.

“El positivismo aboga por una prevención especial, centrando su eficacia en que el delincuente no vuelva a reincidir, a partir de un tratamiento orientado a las necesidades propias y específicas de cada delincuente.” (Garrido Genovés , Redondo , & Stangeland, 2006)

Antes de la aparición de la escuela positiva del derecho penal la reincidencia no tenía ningún tipo de relevancia ya que no había un tratamiento para ella, esto por las penas que se imponían las cuales consistían en ejecuciones o maltratos corporales que consecuentemente derivaban en la muerte de igual manera. La escuela positiva les da una gran relevancia a los exámenes periciales realizados por médicos, sociólogos y psicólogos en cuanto evalúan correctamente al delincuente, su nivel de peligrosidad y por lo tanto el tratamiento que requiere.

El tratamiento de los delincuentes propuesto por Enrico Ferri fue denominado “sustitutivos penales”, los cuales son medios de prevención social centrados en factores económicos, políticos, educativos y familiares. Este concepto llevó a la idea de que se debían remplazar las cárceles por ser ellas focos de mayor criminalidad, idea que se ha planteado inclusive en nuestros días, y no de verdadero tratamiento hacía el delincuente. Todas estas medidas de prevención criminal se podían desarrollar por fuera de la esfera del derecho penal, de aquí se desprende la razón por la cual Ferri defendía la sociología criminal por encima inclusive a la del derecho penal como instrumento de lucha contra el delito.

CONTEXTO POLITICO Y JURIDICO ESCUELA POSITIVA

Cuando se entra a observar el contexto político en el cual se desarrolló la escuela positivista italiana es importante mencionar que como se ha dicho, esta escuela se presenta en la comunidad jurídica a finales del siglo XIX y desde entonces empezó a consolidarse paulatinamente en la doctrina penalista italiana y europea, convirtiéndose así en un baluarte del intelectualismo jurídico italiano.

Por ello desde una visión oportunista y simbólica, con la llegada de Benito Mussolini al poder y la consolidación del fascismo, la escuela positiva sería un arma, una herramienta y un emblema de este nuevo sistema político, al utilizar “la medicalización de los comportamientos “anormales” en una de las armas más eficaces para preservar “la norma establecida y para preservar no pocas formas de disidencia”, llegando a como indica Foucault a juzgar no solo “objetos jurídicos definidos en el código sino también pasiones, instintos, anomalías, achaques, inadaptaciones, efectos de medio o de herencia” (Foucault, 1984, pág. 25). Lo anterior se consolidó jurídicamente con la expedición del código Rocco en los años 30 bajo la Italia fascista, el cual generó una gran cantidad de literatura tanto legal como médica entablando una peculiar colaboración positivismo-fascismo.

Y aunque la búsqueda por implementar los postulados positivistas en auge en Italia son anteriores al régimen totalitario bajo el cual se expide el código Rocco y su entrada en vigor el 1ro de julio de 1931, hacia 1919 con una comisión presidida por el propio Enrico Ferri la cual buscaba desarrollar una teoría científica positivista “de derecho de castigar”, en razón al incremento de la criminalidad habitual dada la primera guerra mundial y la búsqueda de una defensa más efectiva contra estas problemáticas, lo que generó que el ya muy acogido positivismo criminológico italiano, conviviera con una renovada corriente espiritualista e idealista.

Ya para el año 1925 el entonces el ministro de justicia y fascista Alfredo Rocco buscaba expedir una ley que hacía algunas modificaciones al ordenamiento penal, de procedimiento penal y judicial Italiano, que sin ser muy hondos si estaban influenciados por el intento reformista de 1919 y Ferri, que participo en el siguiente comité, que solo se consolido hasta el año 1929 y cuyo texto definitivo fue publicado el 19 de octubre de 1930 y como se ha dicho, su entrada en vigor se realizó un año después.

Empero, pese a todos sus logros y fama que el profesor Enrico Ferri poseía en la comunidad académica y jurídica, sus ideas y proyectos no lograron en totalidad plasmarse en el código penal Italiano de 1931, sin embargo la idea de consolidar una mejor defensa social ante la criminalidad fue preminente y se mantuvo en esta nueva norma penal, porque como el mismo Ferri afirmo “sobre este punto fascismo y escuela positiva estaban perfectamente de acuerdo” (Ferri, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, 1926, pág. 174)

De esta manera los positivistas buscaban encauzar el código penal en una dirección de análisis sobre el hombre delincuente tanto en sus aspectos orgánicos y psíquicos junto con su visión etiológica del delito (factores antropológicos, físicos y sociales), con la teleología de adaptar el nuevo código al delincuente y no al delito, articulando la llamada “peligrosidad” con la defensa social, con lo que era posible realizar una individualización de la represión penal, con la aplicación de medidas más severas y más eficaces a delincuentes con características como la habitualidad y peligrosidad elevadas, ya fuere por factores congénitos o adquiridos y medidas menos estrictas para aquellos con características menos lesivas por ocasionales o menos peligrosos o como ferri los llamaba “microbios del mundo criminal” (Ferri, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, 1926, pág. 246)

Ahora bien, como se indicó, muchos de los postulados elaborados por los positivistas no llegaron a hacer parte del código de Rocco y esto sobre todo porque su implementación significaba en todo sentido una reestructuración de la tradición penal italiana y europea de los años presentes a la aparición de esta escuela, ya que invocaba la necesidad de superar el paradigma del libre albedrío liberal y base de la retribución del castigo, por un criterio de defensa social con “sanciones no represivas sino defensivas” con la finalidad de conseguir una especie de profilaxis moral, redención y reutilización del hombre delincuente, con el último sostén conceptual de “responsabilidad social” en contra de la llamada “responsabilidad moral elaborado y propugnado por la escuela clásica”, lo que por demás, son criterios muy semejantes a ideas de la época fascista, donde se buscaba la resurrección moral de la nación y el hombre Italianos.

Con la promulgación del código Rocco no se eliminó la idea de “responsabilidad moral” pero tampoco se desechó en totalidad la llamada “responsabilidad social” consolidando una especie de mixtura que mantenía vigente el concepto de “libre albedrío” y por el otro el reconoció que el sistema penal no podía estar cimentado solo en la idea de pena-retribución que no responde a la realidad de variables psicológicas del delincuente, por lo tanto, se consideró a todos los individuos imputables y punibles, pero con la diferencia de que aquellos que se encuadraban en la “responsabilidad moral” obtendrían penas y quienes no fueren responsables moralmente obtendrían medidas de seguridad.

Capítulo 2

JORGE ELIÉCER GAITÁN AYALA, UNA MIRADA AL POSITIVISMO JURÍDICO A TRAVÉS DE ENRICO FERRI

Una vez repasado el contexto histórico y político italiano durante el auge de la escuela positiva, es menester incluir a Jorge Eliecer Gaitán, hombre nacido en la cuna de una familia humilde del barrio Las Cruces de la ciudad de Bogotá en el año de 1903³. Quien por su ímpetu y sus cualidades como estudiante logró graduarse con honores de la facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad Nacional de Colombia en el año de 1924 con un trabajo de grado denominado “Las ideas socialistas en Colombia” donde analizó a profundidad varios libros históricos como “El Capital” y “La Crítica de la economía política” de Karl Marx buscando dar base a su teoría de crear un socialismo de Estado en Colombia y por qué en Colombia aún no existía “capitalismo”, también analizó el problema de la Tierra en Colombia teniendo como base “La propiedad territorial” de Muestenberg y “La teoría de la Tierra” de David Ricardo y Alberto Lange (Chaustre, 2018)

Las ideas socialistas en Colombia le abrirían a Gaitán un panorama mucho más amplio de los problemas que presentaba la nación en aquella época y a pesar de que “tuvo que recortarle

³ Fecha que se considera cuestionable por diversos historiadores debido a que Jorge Eliecer Gaitán Ayala tuvo un hermano mayor, homónimo, nacido en 1898 pero fallecido a muy temprana edad. Por lo tanto, al no existir registro de nacimiento del segundo algunos dejaron por sentado la fecha de nacimiento en ese año, información desvirtuada por su hija, Gloria Gaitán que confirma la fecha descrita. (Gaitán G. , 1998)

algunos apartes a fin de que se le diera aceptación reglamentaría en aquel instituto” tuvo una gran aceptación y le serviría como inicio en su carrera como abogado y posterior penalista del positivismo italiano.

Una vez graduado, durante todo el año de 1925 estuvo consagrado por entero a su profesión. Muchos clientes desconfiaban de su temperamento revolucionario. Pero los pleitos abundaron. Y trabajó con impresionante frenesí. Lo salvó el volumen de los casos. Los negocios lucrativos jamás se los confiaron en esta etapa de su vida. Combinó el ejercicio de su profesión con cursos, conferencias, cátedras transitorias y aprovechaba cualquier tumulto para pronunciar encendidas improvisaciones. Para las elecciones de 1926 no concurrió el partido liberal, por lo que fue electo Miguel Abadía Méndez, esto hacía desaparecer cualquier posibilidad de acceder a algún cargo público para Gaitán, o al menos en los próximos cuatro años, allí se dio cuenta que debía dar el siguiente paso en su vida (Gomez Aristizabal , 1991).

El derecho penal era su pasión dentro del gran mundo de la profesión de la abogacía. Debido a esto, buscó especializarse en esta materia y escogió la cuna de esta disciplina que era Italia. Gracias a innumerables esfuerzos personales, ahorros producto de sus defensas durante el año de 1925 y a las utilidades generadas por una farmacia que había puesto junto a uno de sus hermanos, se dirigió a Italia en 1926. Allí, ingresó a la Real Universidad de Roma (actual Università la Sapienza di Roma), En tres meses aprendió italiano admirablemente y subsistió gracias a su hermano que le remitía cuarenta pesos cada treinta días. Durante su estadía en la Universidad conoció al que sería su mentor, maestro y precursor de la sociología criminal Enrico Ferri, al que Gaitán admiró profundamente durante toda su vida, tanto así, que cada vez que se le preguntaba por Ferri, Gaitán no dudaba en exaltarlo como el gran penalista criminólogo que era. (Gomez Aristizabal , 1991)

Ferri, al igual que Gaitán, provenía de orígenes humildes y llegó a convertirse en un importante abogado penalista y en el principal orador forense en Italia, casi toda su vida fue miembro del parlamento, así como también director de Avanti, el célebre periódico socialista.

Durante su estadía en Italia, “Gaitán aprendió derecho penal con Ferri: pero asimiló multitud de lecciones de los fascistas. En la universidad se caracterizó como el estudiante más consagrado”. (Gomez Aristizabal , 1991, pág. 77)

Tras un año de arduo estudio y considerables dificultades económicas, Gaitán presentó una tesis competente pero sumaria acerca de la premeditación criminal, se graduó magna cum laude y defendió su tesis frente al rey Víctor Manuel, Mussolini y todo su gabinete, sus profesores y condiscípulos. En una escena emotiva, Ferri le otorgó al colombiano el codiciado Premio Ferri. Jorge Eliecer Gaitán Ayala se convirtió en el primer latinoamericano designado miembro del capítulo italiano de la Sociedad Internacional de Derecho Penal. (Braun, 1987)

Posteriormente, a comienzos de 1929, cuando ya había vuelto a Colombia, Álvaro Gómez Restrepo, quien para la época era embajador de Colombia en Roma, Italia, le comunicó a Gaitán que Ferri había incluido su tesis como parte de su curso sobre positivismo jurídico. Así lo expresó Gaitán mismo de la siguiente forma

“Una gran emoción experimenté, cuando recibí una carta de Álvaro Gómez Restrepo... quien al asistir a la Universidad en compañía de Rueda Concha, había oído al profesor - Ferri, enseñar a sus discípulos una teoría mía sobre problemas penales, carta en la que me agregaba... Pocas veces un nombre colombiano habrá sonado en el extranjero con un elogio tan expresivo en boca de un sabio de fama mundial, como lo es indudablemente Enrico Ferri, cuyas ideas filosóficas no comparto pero a quien nadie puede negar la

influencia profunda que ha ejercido en el desarrollo del derecho penal. “ (Gomez Aristizabal , 1991, pág. 78)

Así mismo, este año de 1929 sería muy importante para Jorge Eliecer Gaitán debido a que incursionaría de manera directa en la vida política del país, esto lo haría como representante a la cámara.

“Para ello es incluido en el primer puesto de la lista del Partido Liberal para la Cámara de Representantes, de donde resulta elegido el 20 de julio de 1929. En ese mismo año su famoso discurso de las bananeras servirá de preludio al derrocamiento de la Hegemonía Conservadora y dará paso al inicio de la llamada República Liberal con el ascenso al poder del Dr. Enrique Alfredo Olaya Herrera.” (Lopez, 2019, pág. 3)

Incluso, actuó como apoderado de familiares de las víctimas de la masacre de las bananeras y demandó al Estado Colombiano demostrando que este había actuado a favor de los intereses de la United Fruit Company, en contra de los intereses y vidas de los trabajadores bananeros, algunos de los cuales murieron por las balas del Ejército Nacional en medio de la huelga contra la multinacional. (Chaustre, 2018)

Dados los debates en la cámara de representantes, Gaitán expuso públicamente los excesos del gobierno conservador de abadía Méndez y como ellos otorgaban prebendas y beneficios a los altos funcionarios de la multinacional, así como la corrupción que subsumía aquella situación y el decaimiento moral del ejército en la zona bananera. Esto, como se indicó anteriormente, fue causa de la pérdida del poder por parte de los conservadores y daría inicio al periodo liberal comprendido entre 1930 a 1946.

Una vez alcanzó el poder el partido Liberal, Jorge Eliecer Gaitán empezó a ser considerado la imagen populista del partido, tanto así que una imagen aristocrática como lo era el presidente *Enrique Olaya Herrera lo consideró su protegido* (Pecaut, 1987) y lo impulsó dentro del escenario político nacional apoyando su nombramiento como presidente de la Cámara de Representantes de manera sucesiva, miembro de la dirección del partido liberal y segundo designado a la presidencia de la república.

DEFENSAS PENALES DE JORGE ELIÉCER GAITÁN

En Colombia es común reconocer y resaltar la labor de Jorge Eliécer Gaitán como político ilustre, defensor de la clase obrera, etc... Sin embargo, es muy importante para el objeto de estudio analizar la forma en la que él ejercía sus defensas penales como abogado y como aplicaba de forma directa lo impartido por el maestro Enrico Ferri en Italia.

Defensas penales es una compilación realizada por Gaitán donde se plasmaba la forma en la que él abordaba los pleitos más resonados de la época y como los resolvía con base en los presupuestos del positivismo jurídico. Así, enseñaba a otros abogados y público en general de su época la manera en la que se debía utilizar esta nueva teoría que llegaba al país.

Para evidenciar estos conceptos, se tomarán tres de las más reconocidas defensas realizadas por Gaitán, las cuales fueron el famoso caso de Moisés García (el actor intelectual en el homicidio), la del Profesor José del Carmen Acosta (legítima defensa subjetiva) y la defensa de Alfonso Castro (homicidio culposo), estos casos permitirán analizar la manera en la que permeó el positivismo jurídico el pensamiento de Gaitán, y como este se replicaría posteriormente en precedentes jurídicos y en modificaciones más profundas en el ordenamiento jurídico colombiano.

CASO DE MOISÉS GARCÍA (Gómez González, 2012)

Para abordar este caso, que es una de las defensas más emblemáticas y reconocidas de Gaitán, es necesario esbozar los hechos del caso en concreto.

Lugar de los hechos: Vereda El Gavilán, Municipio de El Cocuy, Boyacá

Fecha: Noche del 29 de junio de 1937

Sucesos: Mientras el señor Isaac López no se encontraba en su morada, su esposa, la señora Ezequiela Olivares, se encontraba durmiendo cuando ingresaron a su hogar dos individuos, a los cuales no reconoció, encendieron una lámpara y dispararon un revólver en repetidas ocasiones para luego huir. De esta acción resultó herido un niño de quince años, hijo de Ezequiela.

Esa misma noche, ambos individuos penetraron la habitación de Natalia López, hermana del señor Isaac López ya citado anteriormente, morada ubicada a cuatro kilómetros de distancia de la primera, ejecutaron actos de similar naturaleza a los anteriores, donde como consecuencia murieron Rosa Atilia López y Esteban López, (hija y sobrino de Natalia López), así como también resultados heridos su hermana María López y Gabriel López. (Gaitán J. E., 1976)

Hechos posteriores a la comisión del delito:

Después de las labores investigativas correspondientes se hallaron dos individuos, quienes luego de hacerse mutuos cargos responsabilidad dirigente y claramente negar lo ocurrido, asumieron la responsabilidad por los actos cometidos.

En el curso de la investigación se determinó que un mes antes de ocurridos los hechos, más precisamente el 29 de mayo de 1937, el señor Isaac López y Nepomuceno Martínez habrían ocasionado la muerte al señor Arturo García, hermano de Moisés y Antonio, por esta razón la

comunidad en general creía y asumía que los autores intelectuales del crimen contra la familia López habían sido los García, utilizando como instrumento a los autores materiales del hecho.

Un hecho muy importante a resaltar es que uno de los autores materiales del delito, Enrique Alvarado, escapó para luego ser detenido en circunstancias plenamente analizadas. Según el testimonio rendido por las autoridades que llevaron a cabo la detención, Alvarado les había declarado que el delito “se había convenido entre Moisés García y su hermano, Alvarado y los demás autores materiales, habiéndoles facilitado uno de los García las armas para la ejecución”. A esta declaración se sumó el hecho de que, en ningún momento durante el curso de la investigación, los autores materiales indicaron la razón por la cual cometieron los delitos que se les endilgaba, así como también se cuenta en el expediente que el baile de “Tierra amarilla”-evento en el que se encontraba el señor López- había sido organizado por Antonio García para facilitar la comisión del delito. (Gaitán J. E., 1976, págs. 3-4)

La base de la teoría del caso que utilizaría Jorge Eliecer Gaitán, siendo su defendido el señor Moisés García, sería que este no tenía ningún tipo de responsabilidad penal en los hechos del múltiple homicidio; que estas sospechas habían sido infundadas, ya que obedecían a lo expresado por la comunidad mediante rumores, con el prejuicio de que él había gestado los crímenes contra la Familia López como retaliación por la muerte de su hermano, y que por lo tanto no existía suficiente material probatorio para endilgarle a su defendido responsabilidad penal por lo sucedido. (Gómez González, 2012)

Elementos de la *nuova scuola positiva italiana* empleadas por Gaitán:

1. Personalidad del acusado: Así como Enrico Ferri en la teoría de la *nuova scuola positiva* plantea el desplazamiento a un segundo plano del delito para centrarse primeramente en

el delincuente, Gaitán resalta inicialmente la importancia que tiene el análisis de la personalidad de los presuntos infractores, que esta no solamente puede tomarse como un elemento mera mente “*académico*” o accesorio del procedimiento penal sino que tiene que ser un elemento sustancial dentro de este, totalmente relevante, las razones dadas por Gaitán son porque:

“quienes actúan en el proceso penal como juzgadores, como aportadores de pruebas, como peritos, como testigos o como procesados son y no pueden ser otros seres sino los hombres. Y si todos los que allí se mueven son hombres, no habrá juicio atinado, ni siquiera lejana posibilidad de justicia, si olvidamos no solo las leyes genéricas que presiden la actividad psicológica de los humanos, sino las circunstancias concretas que pudieran o deberían influir en su obra en un dado momento de la vida”. (Gaitán J. E., 1976, pág. 5)

No se puede ignorar las razones del actuar de un hombre como si estas no tuviesen una causalidad intelectual y afectiva, como si se tratara de materia inerte. Es necesario analizar los motivos determinantes que pudieron propiciarla o el fin que pudo aconsejarla, también es necesario tener en cuenta la influencia que el medio pudo tener sobre sus reacciones espirituales y mentales. Dejando a un lado estos parámetros anteriormente indicados, según Gaitán, se cae en el error de abandonar lo sustancial, que es la causa del hecho y centrarse solamente en el efecto que vendría siendo la conducta reprochable.

Como desarrollo del anterior planteamiento, Gaitán indica que todo hombre “piensa, razona, ama u odia en virtud de un conjunto de motivos que el medio, su educación, su temperamento, su cultura le preparan y le ordenan” (Gaitán J. E., 1976, pág. 6). Por lo tanto, aclara Gaitán que el elemento de la personalidad, que hasta ese momento -finales de la década de los 30- apenas empezaba a verse, tanto en la ley Colombiana por medio del código penal del 36 y el código de procedimiento penal del 38, así como también en la doctrina jurídico criminal, no tenía que ser

considerado como un elemento académico de la doctrina criminológica penal sino que, por el contrario, hace énfasis en el estudio minucioso de los motivos fundamentales que determinan una actuación humana, para así llegar a una verdadera justicia, fin al que no se llegaría si se prescindiera del análisis comparativo entre el factor humano o antropológico y el factor sociológico.

En este análisis pormenorizado, Gaitán enfáticamente busca romper los lazos o vestigios existentes en la práctica jurídica colombiana de la teoría clásica, que venía impregnada en la cultura por medio del código penal de 1890, para poder así darle un impulso a la teoría de la sociología criminal y el positivismo jurídico que venía consagrado en el nuevo Código Penal de 1936 y era el núcleo fundamental de la *nuova scuola positiva* de la que tanto había estudiado años atrás, bajo este enfoque era evidentemente importante el estudio de la personalidad del procesado y los demás actores del proceso, así como sus motivaciones y finalidades. Sin embargo, la mayoría de los operadores judiciales en aquella época veía este elemento como algo inerte o inutilizable, ahí la importancia de que Gaitán lo acentuara dentro de sus defensas penales.

Posteriormente, en el caso en concreto, Gaitán prosigue exaltando la importancia de la personalidad del procesado para el análisis de su conducta esgrimiendo la siguiente metáfora para su comprensión

“La personalidad es como un surco. Es la tierra cuya existencia es constante y permanente. Tiene sus cualidades, sus condiciones químicas que mil factores le han deparado y que obedecen a una larga evolución. Y diríamos que la idea es la planta que en esa tierra se siembra. Si la personalidad o sea la vida constante del sujeto, es propicia para la idea que en cierto momento y en determinadas condiciones llega, esa idea florecerá y dará frutos.” (Gaitán J. E., 1976, pág. 52 y 53)

Pero he aquí el análisis y el punto a resaltar por parte de Gaitán para el presente caso: Una idea *criminosa* no prenderá en una personalidad que carezca de concordancia con ella.

La lógica fundamental de todo ser humano, en cuanto a su actuar, es que la conducta habitual de un hombre va en consonancia con todos sus actuares particulares, es decir, su personalidad determina de manera inequívoca su forma de responder a los estímulos internos como externos. Cuando se presenta un hecho que contradice las peculiaridades de su vida, tanto para él, como para la sociedad, es algo *excepcional*.

Por ello, Gaitán exalta detalladamente la personalidad de su cliente Moisés García y como esta no podría de ninguna manera corresponder a la de una persona capaz de cometer el delito que se le endilgaba.

Moisés García se caracterizaba por ser una persona respetuosa, de amplias cualidades morales. Campesino dedicado a su trabajo de manera ardua e ininterrumpida, sin ningún tipo de antecedente penal, reconocida públicamente por cumplir con todo acto en el cual daba su palabra, honrado, quien gracias a ese trabajo incansable logró tener buen estatus económico para la época, adicionalmente era hombre enemigo de la juerga, abstemio, ajeno a pleitos; Así, una personalidad tan recta como la de este hombre, jamás podría ser la de una persona en cuya consciencia existiese la posibilidad de cometer tal delito

En fin, el aspecto del análisis de la *personalidad de los actores del proceso*, en especial la del autor o procesado, fue uno de los pilares fundamentales de la teoría positivista italiana, y fue la base de toda defensa penal ejercida por Gaitán, he ahí la importancia y relevancia de la forma en la que él la presentaba y como hizo que cambiase la cultura jurídica en el ejercicio de la abogacía para aquella época.

Más adelante y con la entrada de nueva normativa en el área penal basada en el acto y no en el autor, se dejó relegado este análisis, al punto en el cual es extrañísimo encontrarlo en los escritos forenses actuales. (Velásquez Velásquez , 2009); (Fernández Carrasquila, 2004)

2. Factores psicológicos que inducen al delito.

Jorge Eliecer Gaitán, en sus defensas penales resaltaba de manera impecable la necesidad del estudio minucioso de los factores psicológicos que podrían inducir a una persona al delito. Para ello, Gaitán ponía sobre el debate el cómo un individuo aparentemente sano, intachable, de buenas costumbres, podía cometer un delito en algún punto de su vida de formas extremadamente *violentas y brutales*. La razón de lo anterior era porque el “impulso delictuoso” proviene de “los misteriosos cauces de la subconsciencia”.

Las emociones, en general, se van acumulando en el “fondo de nuestro yo incontrolable”. Ciertas circunstancias como la fiesta, el alcohol, el grito, el jolgorio, hace que esa “bestia incontrolable” salga de su escondite y actúe de forma inesperada.

Por ello, la persona que observamos en el día a día, que es bondadoso y escrupuloso es el hombre racional, aquel hombre pasional que se deja llevar por sus impulsos primitivos es aquel ser irracional que comete el delito. (Gaitán J. E., 1976, pág. 83)

La razón por la que Gaitán en la mayoría de sus defensas penales enmarcaba estas definiciones era porque para aquella época, conceptos como el consciente, el inconsciente y el subconsciente eran contemporáneos, completamente arraigados a la teoría Freudiana, y como se ha recalcado en muchos apartes anteriormente, la *nuova scuola positiva* propugnaba por la necesidad de una interdisciplinariedad epistemológica para poder analizar bajo distintas ópticas al delincuente, y las causas que podrían conducirlo a cometer esas conductas punibles, entre las

ciencias auxiliares utilizadas por Gaitán, y en general para el ejercicio del derecho penal por medio de la escuela positivista italiana, se encontraban la sociología, la psicología, la antropología y la ciencia criminológica.

3. Método inductivo como razonamiento lógico positivista.

Al ser el caudillo liberal un jurista completamente entregado al positivismo jurídico italiano, en todas sus defensas penales utilizaría como razonamiento jurídico el método inductivo. En lo particular, en la defensa de Moisés García, declarararía lo siguiente:

“La defensa ha seguido un método inductivo, es decir, no llegar a una conclusión sin el análisis objetivo de las realidades del proceso que han servido de apoyo. La acusación contra García ha seguido un método deductivo, o sea la afirmación categórica preconceptual, para luego acudir a pruebas no reconocidas ni examinadas”. (Gaitán J. E., 1976, pág. 73)

4. Negación del libre albedrío y la defensa social como finalidad del derecho penal

Así como se indicó anteriormente, para Enrico Ferri no existía el concepto de “libre albedrío”, al ser este “nada más que una ilusión”. Para Gaitán no era diferente y lo corroboraría en la defensa de Moisés García cuando expresa que hay personas que el “destino las conduce por las sendas del delito”, y que ya sea por atavismo, herencia y sus modalidades psíquicas proteiformes estarían condenadas, de forma casi inexorable, a realizar conductas delictuosas. Sin embargo, he ahí la finalidad del derecho penal mediante la escuela positivista italiana, esta no experimenta odio por las personas que delinquen, por el contrario, busca que aquellas personas que fueron premiadas con una personalidad sociable ya sea por su educación u herencia, deben pagar esos tributos con la moneda de la piedad y no con el menosprecio, la indiferencia o la crueldad.

5. Prevención social – Fin del Estado frente a la criminalidad.

Gaitán, señalaba continuamente que el fin del Estado frente al delito no debía ser solamente el reprimirlo sino también prevenirlo, ya que esta última acción era mucho más eficaz para poder lograr el mantenimiento continuo de la sociedad, este deber por parte del Estado fue expuesto previamente por Enrico Ferri, el cual bautizó esto como “sustitutivos penales”, definición con la que no estaba de acuerdo Jorge Eliecer Gaitán. Esto lo expuso en la defensa de Moisés García indicando que las funciones del Estado frente a la criminalidad podían dividirse en cuatro etapas, “prevención social, investigación, decisión judicial, y tratamiento penológico o carcelario, “La primera que comprende los medios de lucha contra el delito como fenómeno sociológico y cuyos métodos prácticos de actuación Ferri llamó sustitutivos penales, pudiéndole apedillarles, con mayor propiedad como inhibitorios de la criminalidad.” Este es el fin primordial del Estado para con la sociedad, y más que un fin debería considerarse un deber incluso hoy en día, a pesar de que la tradición penal actual dista en muchos aspectos a la de la nuova scuola positiva, el delito sigue siendo un fenómeno de patología social, de la misma manera en la que la enfermedad es un hecho tan natural por constante como lo es la salud. (Gómez González, 2012, pág. 476)

Como se ha evidenciado hasta el momento, todos aquellos elementos se pudieron contrastar de la defensa de Moisés García con la teoría positivista jurídica italiana expuesta sobre todo por Enrico Ferri y desarrollada por Jorge Eliecer Gaitán en Colombia.

DEFENSA DEL PROFESOR JOSÉ DEL CARMEN ACOSTA. (Gómez González, 2012)

El siguiente caso por analizar es la defensa realizada por Gaitán en favor del Profesor José del Carmen Acosta. Los hechos del presente caso se resumen de la siguiente manera:

El día 12 de octubre de 1941, siendo las cinco de la mañana, el Profesor José del Carmen fue despertado por su esposa quien por medio de su voz le indicaba que había ladrones rondando su morada. El profesor, sin despertarse completamente, se incorporó y por los ruidos que se escuchaban pensó que los ladrones se encontraban en la cocina, tomó un revolver que tenía en un cajón, el cual era nuevo y había adquirido debido a que antes había sido víctima de hurtos contra su hogar. Mientras se dirigía a la cocina se dio cuenta que las voces cesaban a su paso, al llegar no encontró a nadie por lo que pensó dirigirse nuevamente hacia su habitación, pero al pasar nuevamente por la puerta de entrada se percató que alguien estaba tratando de forcejear la cerradura con una llave, decidió abrir la puerta para ver que sucedía, cuando lo hizo un hombre se abalanzó sobre él, el profesor retrocedió, preguntó en voz alta “¿Qué quiere usted”, a lo que nada respondió el sujeto, el cual era irreconocible por la oscuridad, por el contrario siguió adelante a pesar de que el profesor había efectuado un primer disparo, el cual después se comprobaría que el proyectil disparado había sido de madera, ya que el arma se hallaba cargada alternativamente desde el momento de su venta, este detalle ni siquiera había sido examinado por Acosta con anterioridad. Como la persona no contestaba ni se detenía, el profesor efectuó un segundo disparo el cual impactó en el intruso el cual caería sobre las escaleras que se encontraban cerca de la entrada. Luego el profesor indicaría que por las voces que escuchaba pensaba que era más de una persona que tenían planeado entrar a su hogar para asaltarla, adicionalmente que creyó que la persona que ingresó a su hogar tenía la tarea de reducirlo inicialmente para que los demás pudiesen entrar posteriormente y lograr su cometido. (Gaitán J. E., 1976, págs. 98-100)

La teoría del caso que sostuvo la defensa de Jorge Eliecer Gaitán se basó en lo que actualmente se conoce como error de prohibición indirecto o sobre causal de justificación, cuya definición no es otra que la siguiente:

“El error de prohibición es una causal de exoneración de la responsabilidad penal que ataca el elemento de la culpabilidad donde una persona sabe que la conducta que está realizando es un delito, pero erróneamente lo considera lícito porque piensa que está obrando bajo una causa de justificación”. (Martínez Contreras, 2011)

Sin embargo, para el momento esto se denominaba *legítima defensa subjetiva o putativa*. Es decir, Gaitán sostenía que su cliente había obrado con la convicción de que actuaba en defensa de su patrimonio, de su propia integridad y la de su esposa, ya que según el contexto en el que se encontraba el profesor podía creer fundadamente que se trataba de un número plural de personas que tenían la intención de invadir su domicilio arbitrariamente. Sin embargo, como se aclaró posteriormente, solo se trató de una persona que se encontraba en un alto estado de alcohólicismo que había confundido su domicilio con el del profesor y por ello había tratado de ingresar infructuosamente hasta que este último abrió la puerta.

ELEMENTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO EN LA DEFENSA DEL PROFESOR JOSÉ DEL CARMEN ACOSTA.

1. Al empezar el análisis del caso en concreto, Gaitán empezó, nuevamente, con el estudio de *la personalidad* del acusado, en este caso el profesor José del Carmen Acosta:

Gaitán, al analizar la personalidad del profesor, hace una introducción acerca de cómo la psicología estudia el comportamiento humano y la reacción de este dependiendo del factor externo que la someta. Individuos que en muchas ocasiones las “*riquezas anímicas los hacen débiles*” y otras en las cuales esa *endebles se convierte en una esforzada embestida*. Los psicólogos lo denominaban complejo, sin embargo, Gaitán para explicar a detalle la personalidad de su defendido la denomina Timidez-Cobardía.

“Timidez y cobardía, en el plano psicológico eran conceptos distintos en los que a veces se incurre en confusión, en la timidez hay horror a la violencia, nacida del temperamento y de la conciencia”. El cobarde no reacciona fruto de su impotencia. El tímido rehúye la agresión. La cobardía solo desea evitar los riesgos de la agresión. La timidez desaprueba el ataque y la cobardía lo acecha y lo calcula. Lo uno representa una inhibición moral, la timidez; la otra una inhibición simplemente física, la cobardía. De ahí, concluye Gaitán, que el cobarde pueda cometer los peores crímenes y vejámenes y el tímido apenas pueda presentar alguna reacción.

Con lo anterior, Gaitán quería realizar una introducción a lo que sería la personalidad propia del profesor Acosta, quien era una persona de *suaves maneras, esquivo a actitudes violentas, bondadoso, sencillo y renuente a cuanto pueda significar una actitud “picuda”*. Es decir, trataba de aseverar que su defendido guardaba las características que poseía una persona tímida, que ante el peligro inminente de una agresión personal reaccionó, y no como podría reaccionar una persona cobarde que aprovechándose de la situación de embriaguez, confusión e indefensión de la víctima le pudiese disparar a la ella desde la ventana de su apartamento, circunstancia que sostenía la parte civil (que sería el fiscal actualmente), quien para el caso en concreto era representada por otro gran jurista de la época: Timoleón Moncada. (Gaitán J. E., 1976, pág. 90)

2. Análisis inductivo del caso en Concreto:

Nuevamente, Gaitán realiza un análisis del caso en concreto del profesor Acosta mediante un método inductivo, es decir partiendo de las características particulares para posteriormente llegar a lo general. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, parte desde la argumentación dada por el abogado que representaba la parte civil, que para Gaitán estaba errada.

El abogado Moncada establecía durante su argumentación en audiencia que “*en asuntos judiciales no es el caso individual lo que más interesa, sino la jurisprudencia que se establezca. El caso particular fallado será luego regla general que con justicia podrán alegar todas las personas*”. A lo que Gaitán se muestra en desacuerdo e indica que ni siquiera en la época de los clásicos considerarían aplicar tal método, mucho menos se aplicaría en vigencia del positivismo jurídico como se encontraba para aquel momento, donde elementos como la personalidad, el motivo determinante y el fin sustentado habían *conquistado puesto en la administración judicial*. Por lo tanto, los jueces no tienen como misión primordial hacer jurisprudencia, sino administrar justicia. Y la justicia obra dándole cada uno lo que le corresponde⁴

Insiste en que lo primordial es el estudio individual del caso en concreto, es lo que verdaderamente importa para la justicia penal. Al ser la justicia penal visualizada mediante el positivismo jurídico, esta debe actuar sobre los hombres y no sobre valores idealizados, como se hacía con el llamado ente jurídico en la escuela clásica. Cada acto del hombre es individual y tiene un significado distinto según los acontecimientos que lo rodean, por lo tanto, tiene que ser valorado y estudiado de la misma manera para así acertar en la aplicación de la ley.

Los actos pasionales del hombre no pueden ser medidos con el criterio de una especie de *archivador automático* en donde los jueces colocarían las tarjetas de la jurisprudencia para entregarlas luego a las demandas individuales, análisis muy correcto por parte de Gaitán del error en el que no se debía incurrir al tratar todos los casos como si fueran iguales, esa realidad de aquella época se vive actualmente en muchos despachos judiciales en Colombia a pesar de haber pasado más de ochenta años desde aquella argumentación.

⁴ Definición Platónica expuesta en La República de Platón Libro IV (de Azcárate, 1872)

LA DEFENSA DE ALFONSO CASTRO.

En el presente caso se puede observar la forma en la que Jorge Eliecer Gaitán aborda la defensa del señor Alfonso Castro, acusado del delito de homicidio culposo, bajo los principios del positivismo jurídico italiano:

Los hechos del presente caso, grosso modo, fueron los siguientes:

El día 29 de mayo de 1937, en el municipio de Suesca, se encontraban departiendo, amigablemente, Tomás Moreno y Alfonso Castro. Durante la conversación, el primero habló acerca de la pistola de Castro para elogiarla. Este la sacó para mostrársela, teniendo la otra mano ocupada con unas botellas de cerveza. En ese momento la pistola se disparó hiriendo mortalmente al señor Moreno, amigo de Castro.

Gaitán, indica que los hechos anteriormente descritos son de conocimiento de todas las partes del proceso, pero que él desea acotar los siguientes puntos que son de vital importancia para las deducciones jurídicas posteriores. (Gaitán J. E., 1976, pág. 149 y 150)

El primer dato importante es que el señor Castro tenía permiso legal para portar el arma o pistola que le causó la muerte al señor Moreno.

Consta en el haber probatorio que Castro mostró la pistola al señor Moreno por iniciativa de este último.

Está también acreditado en el expediente que los testigos presenciales de los hechos ocurridos no encuentran explicación alguna de cómo pudo haberse disparado el arma de aquella manera inesperada.

Adicionalmente, se evidencia durante la práctica de pruebas la enmarcada seguridad con la que Castro relacionaba su arma, y lo que más enfatizaba era en la calidad de su seguro.

Se aseguró que no hubo por parte de Castro *acto positivo de ensayar disparo alguno*, y que la pistola se disparó cuando este la tenía en una de sus manos y en la otra tenía unas botellas de cerveza. Además de los testigos presenciales se extrajo el pleno convencimiento de que “*de parte de Castro no hubo responsabilidad de ninguna naturaleza*”, es decir, según Gaitán, que Castro no ejecutó acto alguno que dejara la impresión de haber actuado en forma diferente de lo humanamente normal.

La teoría del caso utilizada por Gaitán para la defensa de Castro se basó en que su cliente no tenía ningún tipo de culpa o imprudencia por el fatídico desenlace en la muerte de Parra, ya que este resultado letal había sido consecuencia de un caso fortuito, es decir, un acaecimiento de origen interno o externo imposible de evitar aún en el caso de que sea previsible. (Reyes Echandia, 1998)

Gaitán discrimina los elementos de la culpa que existían en la dogmática penal en el momento para poder desarrollar su argumento de la siguiente manera.

“La culpa tiene tres elementos: El elemento psíquico específico, el elemento antilegal, y la personalidad social del actor”. (Gaitán J. E., 1976, pág. 154)

Este último elemento, la personalidad social del actor, como elemento integrante de la culpa, es una notoria influencia por parte de la escuela positivista italiana, ninguna otra doctrina penal a ha incluido este elemento dentro de la culpa, los primeros dos elementos enunciados, han sido aceptados casi unánimemente por parte de la doctrina hasta la actualidad, donde son llamados: Previsibilidad, infracción del deber de cuidado y realización de la infracción al deber objetivo de cuidado en el resultado típico.

Acerca de la personalidad del actor, Gaitán señala que “si el análisis de este elemento se debe hacer con el delincuente doloso, ¿Qué no pensar del delincuente culposo? Cuya única forma de imputación es con base en la teoría de la defensa social⁵.” Esto si el hecho revela que la persona carece de las condiciones medias indispensables para la convivencia social.

Empero, el caudillo liberal para evitar confusiones teóricas entre el juez y el representante de la parte civil (ente acusador actualmente), aclara que la escuela positivista al darle tanta relevancia a elementos como la personalidad no quiere dejar nugatorios o inutilizables otros elementos jurídicos y, de hecho, solo implica un *cambio de posición radical*.

Basta con analizar el acto en sí, tomado como culposo, este “*nos debe indicar no solo la actuación esporádica de imprevisión o falta de cuidado, sino la personalidad descuidada, incapaz, en sentido medio, de vivir de acuerdo con las normas medias sociales requeridas en un espacio y tiempo determinados*”. (Gaitán J. E., 1976, pág. 160)

Por lo tanto, el fundamento de la punición en los delitos culposos radica exclusivamente en las necesidades de defensa social, es decir en la peligrosidad del autor y su incapacidad para poder convivir en una sociedad en determinado tiempo.

Clasificación de los delincuentes culposos.

Como se ha establecido con anterioridad, la escuela positivista se caracteriza por las clasificaciones que hace de los delincuentes dolosos⁶, como por ejemplo el más común, el

⁵ Teoría señalada con anterioridad donde Enrico Ferri señalaba que “el hombre es responsable e imputable por el hecho de vivir en sociedad y nadie puede, impunemente, vulnerar el derecho ajeno”, todo individuo que cometa un hecho que atente contra la ley es peligroso y debe ser responsable penalmente, a menos que haya obrado en circunstancias justificadas por la ley como legítima defensa.” (Molina, 1999)

⁶ Incluso Jorge Eliecer Gaitán Ayala en su obra cumbre “*El criterio positivo de la premeditación*”, que le permitió graduarse *signa cum laude* en la Universidad Real de Roma, hizo una clasificación de los delincuentes premeditativos en “1. Constitucionales, 2. Pasionales, 3. egocéntricos y 4. Condicionales.

delincuente nato o atávico. Empero, también intentaron clasificar a los delincuentes culposos. Una de ellas es expuesta por Gaitán en este juicio de la siguiente manera:

Alfredo Angiolini⁷, en su libro *De los delitos culposos*, realiza un completa y minuciosa crítica de como la teoría clásica y sus teóricos intermedios le daban la clasificación de ente jurídico a la culpa. Olvidando que, sobre todo, el delito es un acto del hombre y por tanto su origen o causa es el hombre mismo y su personalidad. Como positivista que era Angiolini, el estudio del delito culposo no lo hace solamente aislándose al acto, sino que su doctrina se asienta sobre la individualidad y las características de los delincuentes culposos. Él indica que dentro de un criterio dogmático jurídico puede existir una “homogeneidad” en lo denominado “culpa”. (Gómez González, 2012)

Pero desde una perspectiva humana o antropológica siempre se presentará la heterogeneidad de los hombres culpables que por vía metódica deben clasificarse. Esta clasificación según Angiolini es la siguiente:

- 1.) Delincuentes culpables por falta de sentido moral, de altruismo;
- 2.) Delincuentes culpables por impericia, o por ineptitud.
- 3.) Delincuentes culpables por defecto en el mecanismo de la atención o de las facultades asociativas.
- 4.) Delincuentes culpables por la fuerza del ambiente, por surmenage- cansancio físico o mental

⁷ Reconocido abogado italiano, nacido en el año 1874 en Florencia Italia, participo en varias ocasiones en la revista *La escuela positiva* de Enrico Ferri, en la cual participaría también Gaitán durante su estadía en Roma, de ahí el reconocimiento por parte de Gaitán hacia él y sus teorías

Gaitán aclara que estas personalidades se deben analizar desde la perspectiva de la personalidad del delincuente, y no desde el resultado de ella.

A través de las características anteriormente mencionadas, Gaitán es enfático en que la personalidad de su defendido no hacía parte de ninguna de estas categorías, ya que no carece de moral porque es un hombre de altísimas condiciones éticas y sociales, no es de personalidad inepta porque las actuaciones a las que se dedica el con permanencia demuestran su aptitud normal y eficiente y el hecho por el cual se le juzga es *ajeno a la índole de sus actividades*. No es una persona que adolezca de falta de atención ya que se observa esta aptitud en su vida corriente y con respecto a la última clasificación no hay nada en el expediente que pueda sugerirlo.

DEFENSA SOCIAL COMO FINALIDAD DEL DERECHO PENAL Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL COMO FIN DE LA SANCIÓN PENAL

Después de toda la argumentación anteriormente desarrollada por el caudillo del pueblo, Gaitán, fiel a los postulados de la escuela italiana, señala los objetivos de la defensa social por medio de esta doctrina y como se aplican en este caso.

La doctrina positivista, tiende a quitarle a la represión el carácter de venganza, así sea jurídica, para darle una única acepción humana posible que es la defensa social, la represión solo tiene como finalidad la readaptación social por motivos de defensa.

“En el caso de Castro, siendo un hombre de limpios antecedentes; si su acto ni dolosa ni culposamente puede ser entendido como una derivación de su personalidad constante, sino al contrario, como un hecho anormal y desgraciado en el orden permanente de su actuación faltaría fundamento para su represión, que jurídicamente, tendría el único

fin de desconocer los pasos de avance que la ciencia penal ha dado para impedir el cruel absurdo del mal que es necesario compensar con el mal.” (Gaitán J. E., 1976, pág. 169)

Añade, además, que moralmente, una represión no serviría para corregir o readaptar, sino al contrario para corromper y degenerar a un hombre normal. Además, que socialmente sería aberrante por la ausencia de una personalidad peligrosa en una persona como Castro.

GAITÁN EL POSITIVISTA.

Después de analizar estos tres casos emblemáticos en los que Jorge Eliecer Gaitán Ayala fue abogado defensor, se evidencia de manera expresa la marcada influencia de la escuela positivista italiana y sobre todo del pensamiento de su máximo exponente, Enrico Ferri y la forma en el que este último permeó el ejercicio de su profesión como abogado.

Esta relación Ferri-Gaitán, es apenas obvia teniendo en cuenta todo lo que compartieron a nivel académico y personal mientras que este último se encontraba en la Italia de fines de los años 20.

El caudillo del pueblo, como se acabó de vislumbrar, en casi todas sus defensas realizaba un estudio y un análisis jurídico positivista de todos los sujetos procesales, tomando como punto de partida su personalidad, acudiendo a conceptos de otros penalistas de la misma escuela y hacía esto desde una perspectiva multidisciplinaria con ciencias auxiliares como la antropología, el psicoanálisis, la criminología, la sociología entre otros.

No obstante, a pesar de que anteriormente se señalaron los casos más emblemáticos donde Gaitán fue abogado defensor y elaboró los argumentos de su teoría del caso con base en la teoría

positivista italiana, juristas como Carlos Alberto Suarez (Gómez González, 2012), recalcan que si bien es cierto que no se puede negar la notoria influencia que tuvo Gaitán por parte de la escuela italiana, este no solo utilizaba estos postulados en sus defensas, ya que, como buen abogado litigante, el utilizaba la doctrina que más se ajustara con el argumento que debía esgrimir para salvaguardar la defensa de los intereses de su cliente, y es apenas obvio, ya que en su obra magistral ***“El Criterio positivo de la premeditación”*** es muy frecuente encontrar alusiones a pensadores de la escuela clásica como Carmignani, Rossi o Carrara, los cuales de una u otra forma eran muy conocidos por Gaitán. Sin acotar también en el aspecto de que Colombia, para los años 30 y 40 aún se encontraba en la transición de ordenamiento jurídico, entre los postulados de la escuela clásica que se veían desarrollados por el código penal de 1890 y con la entrada en vigencia del nuevo código penal de 1936 y código de procedimiento penal de 1938 de notorio corte positivista. Esto hacía que inevitablemente Gaitán tuviera que utilizar ciertos argumentos basados en teorías clásicas, a pesar de que en sus *defensas penales* se denota su constante lucha en contra de la cultura jurídico penal basada en teorías clásicas, insistiendo en la necesidad de hacer la transición completa hacia el positivismo jurídico bajo el estandarte de Enrico Ferri.

Capítulo 3

LEGADO DE JORGE ELIECER GAITÁN AYALA Y LA NUEVA ESCUELA POSITIVA A COLOMBIA

Tránsito jurídico penal, entre la escuela clásica a la escuela positivista, reflejada entre el código penal de 1890 y el Código Penal de 1936.

La implementación del código penal de 1936 fue respuesta a una necesidad que tenía el país para el momento debido al aumento exponencial en la criminalidad que atravesaba, sobre todo en las ciudades principales, esto por el aumento en la migración del campo a las ciudades que provocaba un aumento en los habitantes de estas, al haber tantas personas en las ciudades el índice de desempleo aumentaba, lo que generaba que aquellas personas que no conseguían un sustento para vivir optaran por el hurto y el saqueo a establecimientos comerciales.

El tránsito jurídico entre teorías penales siempre supone un periodo de adaptación para la cultura jurídico-administrativa y más aún en países en donde el cambio de doctrinas obedece a la influencia de teorías creadas en países ajenos, como ha pasado en toda la historia colombiana desde incluso el código penal de 1837.

Por ello, como se ha recalcado, Jorge Eliecer Gaitán propugnó por ese cambio de pensamiento jurídico mediante el uso de la doctrina de la nueva escuela positivista italiana a través de sus *defensas penales* y la reiteración prolongada de la necesidad imperiosa de implementar lo contenido en el nuevo estatuto penal.

Para comprender el alcance del cambio de doctrina penal para la Colombia de los años 30, y lo que significó la entrada del positivismo jurídico es necesario reseñar las características básicas

doctrinales que venían incluidas en el Código Penal de 1890 y los cambios que trajo el Código Penal de 1936, el cual estuvo en vigencia por más de cuarenta y cuatro años.

Por un lado, el primero, en realidad fue promulgado en el año de 1887, pero solamente entró en vigencia hasta 1890, fue un código basado meramente en las teorías clásicas del derecho penal, cuyas bases legales fueron tomadas del Código Penal de 1837, tomado del código penal francés de 1810 y el código penal español de 1822 (Aguilera Peña, 2002). Este instrumento normativo supuso muchos cambios para la Colombia de finales del XIX, ya que retomaba muchos elementos que se creían superados con anterioridad, durante la época federalista, como la pena de muerte, que nuevamente abolida mediante el acto legislativo número 03 de 1910. Y el concepto de penas corporales referentes a la privación de la libertad, la cual incluía trabajos forzosos, prisión, reclusión entre otros, y penas incorporales como limitación del ejercicio de derechos civiles o políticos. (Coral Lucero, 2016)

En la historia jurídica colombiana, se le considera a José Vicente Concha como el padre del derecho penal en el país. A finales del S.XIX publicaría su tratado en el cual consolida el pensamiento de los principales exponentes de la escuela clásica, dentro de los cuales se encuentran Carrara, Rossi, Pesina, Vidal, entre otros. A pesar de que aquel trabajo fue altamente cuestionado la falta de producción literaria por parte de Concha y la evidente transcripción de conceptos ajenos, se le consideraría una de las más importantes de la época para estudiantes, jueces y profesionales del derecho, ya que era la única fuente bibliográfica de referencia teórica para la época. (Gómez & Hernández Barrera, 2006)

Con el paso de los años y el inicio de la época de crisis institucional en Colombia, a finales el inicio del siglo XX, trajo consigo la necesidad de un profundo cambio en la ley penal que hasta el momento se encontraba vigente en el país.

Los defensores del código penal basado en la teoría clásica, buscaron que se realizaran una serie de reformas al código anterior sin llegar a derogarlo completamente, entre quienes se encontraba José Vicente Concha, hacia el año de 1912 presentaría un proyecto de reforma al código de 1890, que no fue tenido en cuenta por falta de voluntad política. Fue en 1922 que el gobierno nacional, analizando la tensa situación del país, buscó por medio de la modificación de la ley penal darle herramientas al juez para poder controlar los problemas de criminalidad y orden público que azotaban las principales ciudades.

Para ello el gobierno analizó la propuesta de Concha, le cual se había formulado diez años antes y que fue elaborada con base en el Código de Zanardelli italiano vigente en Italia desde 1890, la cual entre otras cosas buscaba la implementación, nuevamente de la pena de muerte, como medio disuasivo de la comisión de delitos. Sin embargo, luego de varios debates y de muchos cambios del proyecto inicial se daría la aprobación del proyecto de reforma al código penal impulsado por Concha, por medio de la ley 109 de 1922, que debía entrar en vigencia para el año de 1923.

Lo que no había analizado el congreso de la época era que en Europa se estaban preparando reformas sustanciales a los códigos penales dejando atrás la teoría clásica del derecho penal abriendo las puertas a la Escuela positivista, incluso en el año de 1922 se había presentado un proyecto de ley en Italia para reformar el código de Zanardelli, el cual posteriormente en el año de 1930 sería el Código de Rocco.

Al ver esta situación, el gobierno nacional pospuso la entrada en vigencia de la reforma de Concha y se creó mediante la ley 81 de 1923 una comisión para que revisara nuevamente el proyecto pero que a la vez buscaran incluir las tendencias vanguardistas del derecho penal para la época, en aquella comisión se encontraban Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas, Luis Rueda

Concha (Sobrino de José Vicente Concha) y José Antonio Montalvo, “Los dos primeros, simpatizaban con la Escuela Criminal Positiva y el último era partidario de las ideas clásicas. La comisión funcionó durante los años 1924 y 1925. Todos eran conservadores salvo Parmenio Cárdenas.” (Acevedo Rincón , 2011, pág. 13)

Dentro de lo que encontró la comisión en el proyecto de Concha era que este era un “Calco” del código penal vigente en Italia, por lo que lo analizaron y concluyeron que había sido incluso *una traducción defectuosa, incompleta, y poco comprensiva de su molde italiano*. Por lo tanto, decidieron que tenían que reestructurarlo completamente, empero, posteriormente la comisión fracasaría al no poder consolidar entre los diferentes pensamientos jurídico-políticos que tenía cada uno un texto unánime por lo que en 1926 se disolvería.

No sería hasta 1933, con el inicio del periodo de liberal, que luego de muchas infructuosas labores por consolidar un Código penal, el gobierno nacional nombraría una comisión conformada por Carlos Lozano y Lozano, Carlos V Rey, Jorge Gutiérrez Gómez, Néstor Pineda y Jorge Enrique Gutiérrez A, esto con el objetivo de crear el nuevo Código Penal, el Código de procedimiento penal y fueran asesores del gobierno para el estudio de reformas al sistema penitenciario. Carlos Lozano Lozano era el miembro más importante de la comisión ya que también fue estudiante de Enrico Ferri para el año de 1925, un año antes que el caudillo del pueblo Jorge Eliecer Gaitán, los cuales tenían una relación amistosa, ambos pertenecían al partido liberal, a pesar de que al final de la vida de este último se tuviesen que alejar por razones políticas. La participación de Lozano le daría el impulso suficiente a la nueva codificación para que tuviera todos los elementos propios y afines a la nueva scuola positivista italiana.

Luego de haber llegado a un texto final se presentó el proyecto de ley y a partir de allí pasó por centenares de sesiones en el congreso, hasta que el 14 de agosto se dispuso por secretaría “sacar

en limpio el proyecto de código tal como ha sido adoptado por la comisión” (Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, 1939, pág. 338), para el 24 de octubre de 1935 no se había redactado aún un proyecto de Código de procedimiento penal y tres miembros de la comisión se habían retirado de sus funciones, entre ellos Lozano, y al ver que este código era indispensable para el funcionamiento de la ley sustancial nueva. “El 24 de marzo de 1936 mediante decreto 628 se nombró al Dr. Jorge Eliecer Gaitán Ayala miembros de la comisión redactora junto con Rafael Escallón y dos miembros adicionales que debía escogerlos el gobierno nacional”. (Hurtado Albarracín , 2019, pág. 136).

Pasado el tiempo y una vez se envió a corrección el código penal por parte de la Academia Colombiana de la lengua, y a su vez se terminó de redactar el código de procedimiento penal se dispuso que ambos debían entrar en vigencia al tiempo por lo tanto mediante la ley 124 de 1937 y la ley 94 de 13 de junio de 1938 se estableció que ambos estatutos penales entrarían en vigencia a partir del primero de julio del año 1938.

Pasaron 44 años desde la radicación del primer proyecto de ley que buscaba reemplazar el código penal de 1890 hasta que se expidió de manera definitiva el nuevo estatuto, casi el mismo tiempo el que duró vigente el código penal el 1936, el cual sería derogado posteriormente en el año de 1980 por otro Código Penal que respondería a una de las épocas de mayor violencia en la república, además, del tránsito jurídico dogmático de la época que tendría que apartarse de “un derecho penal liberal que no buscaba controlar el riesgo por medio de la política criminal” (López Rojas & Martínez Montenegro , 2020).

Este nuevo código penal fue considerado el antípoda del expedido en 1890, dentro de los cambios que trajo consigo este código se encontraron los siguientes: En cuanto a la parte general del código se estableció que la ley penal se fundamentaba en la teoría de la defensa social al mismo

tiempo que la responsabilidad legal o social; la diferenciación de *tratamiento* según la personalidad del procesado; la introducción de agravantes según los móviles y las circunstancias atendiendo a la peligrosidad del agente; la diferenciación entre la pena y la media de seguridad, punto en el cual se diferencia del proyecto Ferri. En cuanto al articulado se disminuyó de 916 a 435 eliminando delitos y tipos penales extremadamente confusos como por ejemplo los que se encontraban en el capítulo de “Los delitos contra la paz interior”, se redactaron los tipos penales de manera más abstracta, sin detenerse en los casos particulares del tipo penal que trataban de exponer. Además, la promulgación de esta nueva codificación traería una inversión sin precedentes por parte del gobierno nacional hacia el sector justicia, el cual sería hasta del 16% del Presupuesto Nacional de Gasto Total, este posteriormente se vería disminuido hacia la década de los años 50 debido al estallido de la época conocida como La Violencia. (Gaitán Guerrero, 2013)

PRACTICA JURÍDICA DE JORGE ELIECER GAITÁN.

La manera en la que Jorge Eliecer Gaitán Ayala llevaba la práctica jurídica de sus casos se vio reflejada con anterioridad, sin embargo, es menester recalcar la importancia que tiene para el jurista contemporáneo actual estas maneras implementadas por el caudillo del pueblo entre las décadas de los años 30 y 40.

Es de conocimiento que el método implementado por Jorge Eliecer Gaitán Ayala en sus defensas penales era el método inductivo propio de la escuela positivista, la cual, a pesar de que para muchos juristas contemporáneos se le considera superada y en algunos casos *afortunadamente* (Zaffaroni), es parte de la historia del derecho colombiano, y la forma en la que la aplicaba Gaitán es algo de admirar y de reseñar para el jurista actual. Ya que como se observó, Gaitán no solo observaba el planteamiento legal que la norma le consagraba para aplicar al caso

que debía defender, sino que adicionalmente realizaba un análisis minucioso de cada uno de los sujetos procesales, esto le permitiría muchas veces ser más persuasivo al momento de realizar sus intervenciones y lograr convencer al juez del supuesto de hecho que quería probar por medio de la teoría del caso planteada.

Este análisis minucioso de los sujetos procesales se ha venido perdiendo con el paso de los años, con el código penal de 1980 se dejó casi a un lado y se trató de retomar con el sistema penal acusatorio y la oralidad que este propugnaba, sin embargo, los abogados defensores, fiscales, representantes del ministerio público, jueces entre otros intervinientes del proceso, se han olvidado de la importancia que tiene la revisión exhaustiva de la personalidad de estos sujetos, sobre todo la del imputado-acusado-procesado, la cual muchas veces permite discernir los elementos propios que conforman el delito en cuestión y la responsabilidad penal que puede o no tener y llegado el caso, definir su sanción penal conforme al estudio criminológico, antropológico y psicológico del delincuente. (Juliet, Guzman Polania , & Paez Arias , 2019)

Además, es necesario acotar en la personalidad de Jorge Eliecer Gaitán Ayala, al ser un hombre de buenas maneras, actitud intachable ante la comunidad, honesto y honroso en su profesión, le permitía ser reconocido públicamente como uno de los mejores abogados del país, tanto así que a su oficina llegaban centenas de comunicaciones de todos los lugares del país donde lo solicitaban encarecidamente ser abogado defensor en distintas causas criminales, incluso no solamente en el ámbito penal, muchas veces se le solicitaba su asesoría legal en temas de derecho administrativo, sobre todo en controversias entre particulares y entidades públicas. (Gaitán J. , 1946).

CONCLUSIONES

Luego del estudio hermenéutico realizado, se valida la importancia que ha tenido Jorge Eliécer Gaitán para la historia del derecho penal colombiano principalmente como jurista, doctrinante y teórico del positivismo jurídico italiano en el país.

Realizado el análisis deductivo entre las teorías del derecho penal vigentes para la época y el caudillo liberal, es innegable la relación entre el positivismo jurídico y los postulados empleados por Gaitán a lo largo de su carrera como jurista, el cambio drástico que generó esta teoría en su vida al ser estudiante de Enrico Ferri en la Italia de 1928. El impacto que generó se tradujo en: un sinnúmero de providencias judiciales que se convirtieron en jurisprudencia vigente por décadas donde remarcaba la necesidad de utilizar el positivismo jurídico como defensa en las actuaciones judiciales, el tránsito jurídico entre la teoría clásica del derecho penal y el positivismo jurídico luego de la promulgación del Código Penal de 1936 y el Código de Procedimiento penal de 1938 del cual Gaitán participó en su redacción como se pudo establecer previamente.

Fue tan importante el aporte de Gaitán para el derecho penal colombiano que la teoría positivista codificada en el Código Penal de 1936 estuvo vigente en el ordenamiento jurídico colombiano por más de cuarenta años, durante los cuales fue reconocido como uno de sus más grandes exponentes. A pesar de que para muchos teóricos la teoría positivista es una *mancha oscura* en la historia del derecho penal por sus postulados anticuados y vulnerantes de derechos constitucionales, esta nos deja elementos teóricos muy importantes que podrían ser utilizados en

la actualidad con el objetivo de *humanizar el derecho* como lo son: el análisis de la personalidad del acusado-procesado, la cual nos permitiría ver las condiciones personales, psicológicas y sociales del presunto infractor y teniendo en cuenta esas particularidades aplicarle una sanción correspondiente o un *sustitutivo penal*; la finalidad del Estado frente a la criminalidad siendo esta la de prevenir el delito antes que reprimirlo lo cual nos llevaría a superar de una vez por todas el sofisma social de la sanción como método de *venganza o redención* por parte de la víctima; utilizar el *método inductivo empleado por el positivismo jurídico* permitiría que tanto abogados, como jueces y auxiliares de la justicia se aparten del concepto fallido y a veces peyorativo de *operadores judiciales* que algunos colegas o medios de comunicación utilizan para referirse a ellos, el cual les permitiría llegar a conclusiones jurídicas analizando las realidades objetivas del proceso en particular y no solamente aplicar la norma de forma directa como se realiza en repetidas ocasiones.

Por consiguiente, la orientación del pensamiento gaitanista es innegablemente liberal, que hasta en su desempeño profesional como abogado se perfila ese enfoque, a efecto de estimar el proceso como un escenario de pugna que no debe soslayar la condición humana. Así, se coligen varios aspectos a considerar en la asunción de los casos:

- Reconocimiento de la condición del procesado, como aspecto que incide en las vicisitudes del caso.
- Contexto sustancial para comprender las razones que traslucen el comportamiento humano.
- Articulación de la situación del procesado frente a las garantías que puede conceder el ordenamiento jurídico.

- Análisis riguroso del material probatorio con orientación crítica para sustentar la defensa en argumentos objetivos que denoten la relación directa entre el deber ser de la pena y la situación específica del inculgado.

Humanizar el derecho por medio de estos elementos mencionados utilizados por Jorge Eliécer Gaitán, y muchas veces desconocidos o poco valorados por la prevalencia de los aspectos técnicos y formales, permitiría abrir un camino nuevo para validar el derecho penal colombiano actual y darle mayor eficacia.

Es así como la pregunta de investigación se resuelve a plenitud y la hipótesis formulada se confirma, tendiente a percibir el problema de la eficacia como un desligamiento necesario de la perspectiva de validez que entraña la aplicación del ordenamiento, pero sin desmedro de la condición problemática del individuo mismo.

Finalmente, el trabajo sometido a consideración invita a pensarnos como profesionales del derecho en un sentido reivindicatorio del propósito de administrar justicia, no solamente para cumplir los fundamentos propios de la normatividad, sino también para recabar en las respuestas oportunas de la institucionalidad, consonantes con el tipo de Estado del cual formamos parte. Un Estado que antepone su funcionalidad en términos de servir a la comunidad, en procura de que algún día las políticas criminales sean ajustadas al modelo de sociedad que se necesita afianzar, si bien garantista, no menos exigente en la calidad de individuos que deben conformarla.

El legado de Gaitán reivindica esa propuesta social, menos formalista y más cercana a la consecución de un derecho vivo, no subordinado al tecnicismo sino a la valoración del entorno, para que la pena sea proporcionada hacia la misma expectativa de superación colectiva de los desafueros que desvían la condición humana.

Referencias Bibliográficas

(s.f.).

Acevedo Rincón , M. E. (2011). *Evolución Histórica de los códigos penales y procedimiento penal colombianos*. Bogotá: Colegio mayor de nuestra señora del Rosario .

Aguilera Peña, M. (2002). Las penas. *BanRepcultural*. Obtenido de <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-148/las-penas>

Braun, H. (1987). *Mataron a Gaitán*. Bogotá D.C: Primera edición en Lengua española UNAL.

Bustos Ramirez, J. (1983). *Criminología y Evolución de las Ideas Sociales en El Pensamiento Criminologico* (Vol. I). Bogotá D.C : Editorial Temis .

Chaustre, Á. (2018). *Jorge Gaitán. Cuadernos de Clase. Hechos tramas y protagonistas*. Bogotá D.C: Fundación Universitaria los Libertadores .

Ciprian Nieves , G. (2015). POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN COLOMBIA. *Universidad Militar Nueva Granada, Especialización en Procesal Penal Constitucional y Justicia Militar*, 4.

Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. (1939). *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal*. Bogotá: Imprenta Nacional .

Coral Lucero, J. I. (2016). *Aproximaciones ideológicas a la reforma constitucional de 1910*. Papel político.

de Azcárate, P. (1872). *Platón, Obras Completas*. Madrid.

Erazo Morillo, J. (2018). EXCESO DEL IUS PUNIENDI, EN EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO Y DE DERECHO. *Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Procesal Penal*, 7.

Fernández Carrasquilla, J. (2004). *Derecho penal fundamental I*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Ferri, E. (1926). Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità. *La Scuola Positiva*, 174.

Ferri, E. (1980). *Principios del Derecho Criminal*. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros.

Foucault, M. (1984). *Vigilar y Castigar*. Madrid : Siglo XXI.

Gaitán , J. (6 de Junio de 1946). Carta a Juan N Mojica. Bogotá.

Gaitán Guerrero, L. A. (2013). Criminalidad Local y Gasto en Justicia: El caso de Colombia (1918-1975) . *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores* , 74.

Gaitán, G. (1998). *Bolívar tuvo un caballo blanco, mi papá un Buick*. Bogotá: Ediciones Proa.

Gaitán, J. E. (1976). *Defensas Penales*. Bogotá: Temis .

Garrido Genovés , V., Redondo , S., & Stangeland, P. (2006). *Principios de Criminología* . Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Gómez , B., & Hernández Barrera, H. P. (2006). Desarrollo del Pensamiento Jurídico colombiano, Perspectiva del Derecho Penal en Colombia. *Dialogos de saberes*, 96 .

- Gomez Aristizabal , H. (1991). *Jorge Eliécer Gaitán y las Conquistas Sociales en Colombia*. Bogotá D.C: ICELAC.
- Gómez González, C. A. (2012). *Estudios de Derecho Penal Tomo II, Volumen 2*. Bogotá: Editorial Tadeo Lozano.
- Hurtado Albarracín , A. (2019). *Construcción del código penal colombiano de 1936*. Bogotá: UNAL Facultad de Ciencias Humanas .
- Juliet, C., Guzman Polania , D., & Paez Arias , L. (2019). Estereotipos Sociales como factores generadores de delincuencia . *Facultad de FARIES UMNG*, 5.
- Lamnek, S. (1986). *Teorías de la criminalidad*. Mexico D.F: Siglo XXI Editores.
- López Rojas, D. G., & Martínez Montenegro , I. (2020). Globalización, política criminal y rumbos del derecho penal en el contexto de la sociedad del riesgo. *Revista Prolegómenos* , 20.
- Lopez, E. (2019). La idea de Nación de Jorge Eliecer Gaitán Áyala. *Universidad tecnologica de Pereira*.
- Lozano y Lozano, C. (1979). *Elementos de Derecho Penal* . Bogotá: Editorial Temis .
- Martínez Contreras, J. I. (2011). *EL ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.
- Molina Arrubla, C. M. (1988). Evolución Histórica de la criminología . *Revista Facultad de Derecho Y Ciencias Politicas* .
- Molina, C. (1999). *Introducción a la Criminología*. Bogotá: Editorial Leyer.

Palacio Arauzo , D. (2016). *El Derecho Penal en las Dictaduras del S.XX*. Valencia, España :
Trabajos Académicos-Grado Criminología.

Pecaut, D. (1987). *Orden y Violencia: Colombia 1930-1954*. Bogotá: Siglo XXI Editores.

Pérez, L. C. (1975). *Tratado de Derecho Penal* . Bogotá D.C: Editorial Temis.

Reyes Echandia, A. (1998). *Derecho penal*. Bogotá: Temis.

Rodriguez , A., & Parada, G. (2006). Jorge Eliécer Gaitán y el Positivismo: una construcción
ideológica y jurídica. *Departamento de Historia, Universidad Nacional de Colombia*, 14.

Sierra Casanova, H., & Lara Díaz , H. (2015). *EL BIEN JURÍDICO TUTELADO COMO
OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL*. Bogotá D.C: Universidad Militar
Nueva Granada, Facultad de Derecho .

Velásquez Velásquez , F. (2009). *Derecho penal Parte General*. Bogotá: Librería Jurídica
Comlibros.