

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Facultad de Derecho

"Evolución del sistema penitenciario en Colombia"

(Tesis presentada para optar el título de abogado)

LUIS ANTONIO BURBANO SARVAEZ

Pasto - Colombia

1983

AN
T
365.2
B946

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE EDUCACION
No. 31104-1
Valor \$3.000-
Fecha 25-IV-83
Fac. *Revelio*
Librería *Facultad*
Comp. 2
X

PRESIDENTE DE TESIS
Dr. Emilio Ortega *Delgado*

" La Facultad no es responsable de
las opiniones vertidas en la tesis, -
las cuales deben considerarse como -
propias de su autor "

(acuerdo No. 108 de 1.985, artículo -
73 del Reglamento Interno de la Facul-
tad)

31104-1

A mis Padres

A mis hermanos.

" La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la Tesis, - las cuales deben considerarse como - propias de su autor "

(Acuerdo No. 108 de 1.965, Artículo - 70 del Reglamento Interno de la Facultad)

"EVOLUCION DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN COLOMBIA"

CONTENIDO

INTRODUCCION

- 1.1 LA CONSTITUCION: FUENTES DE FUERZA.
- 1.2 LA LIBERTAD COMO BIEN JURADICO: CONCEPTO Y SU PROTECCION.
- 1.3 LA INDEFENSIBILIDAD DE LA LIBERTAD EN EL CASO DE VIOLACIONES MULTIPLES.
- 1.4 LA SANCION DEBE LASER EN LA REACCION DE REACCION PARA CONSEGUIR SU EFECTOS.
- 1.5 DIFERENTES CONCEPTOS SOBRE LA SANCION.

- 2.1 ORIGENES DE LA FUNCION PENITENCIAL.
- 2.2 PRINCIPALES INTERPRETACIONES DE LA SANCION.
- 2.3 EL TALENTU SU PREVENCIÓN Y SANCION.
- 2.4 EL TALION.
- 2.5 LA COMPOSICION.
- 2.6 LA VENGANZA DIVINA.
- 2.7 LA UNANIMIDAD DE LAS FUERZAS Y SANCION PENITENCIAL.

A mis Padres

A mis hermanos.

- 3.1 TECNIFICACION DE LA SANCION.
- 3.2 LA TEORIA DE LA SANCION.
- 3.3 PRINCIPIOS ETICOS Y PREVENCIÓN DE LA SANCION.
- 3.4 LA PREVENCIÓN DE LA SANCION.
- 3.5 ESCUELA CLASICA.
- 3.6 ESCUELA POSITIVISTA.
- 3.7 LA ESCUELA DE LA PSICOLOGIA CRIMINAL.

- 4.1 FUENTES DE LA SANCION DE SANCION.
- 4.2 FORMAS GENERALES DE SANCION: SANCION, SANCION.
- 4.3 INFLUENCIA DE LA SANCION.
- 4.4 SANCION POSITIVO SANCION.
- 4.5 EL PUNTO JUDICIAL.
- 4.6 LAS LEYES DE SANCION.
- 4.7 PRACTICAS SANCIONALES SOBRE LA SANCION DE LA SANCION.
- 4.8 LA SANCION SOBRE LAS SANCION Y SANCION.
- 4.9 SANCION SOBRE LAS SANCION Y SANCION.

5. 1 "EVOLUCION DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN COLOMBIA"
5. 2 MEDIO PENALOGICO BAJO LA DICTADURA DE BOLIVAR.
5. 3 LA PENALIDAD SEGUN LOS AUTORES DEL PROYECTO DE 1833
5. 4 EL CODIGO DE 1837 Y LA PENA DE MUERTE.
5. 5 PUNICION DE 1890 CONTENIDO EN EL CODIGO DE 1916
5. 6 LA PENA DE MUERTE

INTRODUCCION

- 1.1 LA CONSTITUCION: FUENTE DE PUNICION.
- 1.2 LA LIBERTAD COMO BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL.
- 1.3 LA INSUFICIENCIA DE LIBERTAD ES EL INDICE DE MAYORES DELITOS.
- 1.4 LA SANCION DEBE DAR MEDIOS AL DELINCUENTE PARA CONQUISTAR SU LIBERTAD.
- 1.5 DIFERENTES CONCEPTOS SOBRE LA LIBERTAD.

- 2.1 ORIGENES DE LA FUNCION PUNITIVA.
- 2.2 PRIMERAS INTERPRETACIONES DE LA JUSTICIA.
- 2.3 EL TABU, SU PRESENCIA Y EVOLUCION.
- 2.4 EL TALION.
- 2.5 LA COMPOSICION.
- 2.6 LA VENGANZA DIVINA.
- 2.7 HUMANIZACION DE LAS PRACTICAS Y DOCTRINAS PENALOGICAS.

- 3.1 TECNIFICACION DE LA PUNICION
- 3.2 LA TEORIA DE LA UTILIDAD.
- 3.3 PRINCIPIOS ETICOS Y FILOSOFICOS DE KANT SOBRE LA PENA
- 3.4 LA PREVENCION SUS EXPONENTES.
- 3.5 ESCUELA CLASICA.
- 3.6 ESCUELA POSITIVISTA.
- 3.7 LA ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL.

- 4.1 FUENTES REMOTAS DE LA PUNICION EN COLOMBIA.
- 4.2 FORMAS GENERALES DEL DERECHO PRIMITIVO ROMANO.
- 4.3 INFLUENCIA DE LOS GERMANOS.
- 4.4 DERECHO PUNITIVO CANONICO.
- 4.5 EL FUERO JUZGO.
- 4.6 LAS LEYES DE INDIAS.
- 4.7 PRACTICAS ABORIGENES SOBRE LA PUNICION DE LOS PRECOLOMBINOS.
- 4.8 LA PUNICION ENTRE LOS CHIRICHAS Y PUBEHENSES.
- 4.9 SANCIONES QUE AUN EXISTEN ENTRE LOS PRIMITIVOS.

- 5.1 LEGISLACION PUNITIVA DE 1810 A 1837
- 5.2 REGIMEN PENOLOGICO BAJO LA DICTADURA DE BOLIVAR.
- 5.3 LA PENALIDAD SEGUN LOS AUTORES DEL PROYECTO DE 1833
- 5.4 EL CODIGO DE 1837 Y LA PENA DE MUERTE.
- 5.5 PUNICION DE 1890 Y LA PUNICION EN EL CODIGO DE 1936
- 5.6 LA PENA DE MUERTE

6.1.- ORIGEN DEL PRINCIPIO RECTOR DE LAS PENAS EN EL PROYECTO DE 1.974

- 6.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.
- 6.3 FINALIDAD Y NATURALEZA DE LAS PENAS.
- 6.4 FUNCION Y FINES DE LA PENA.
- 6.5 DESTINATARIO DE LA NORMA PUNITIVA
- 6.6 EL HECHO PUNIBLE Y LA PUNIBILIDAD
- 6.7 PUNICION PARA LAS PERSONAS JURIDICAS.
- 7.1 LA SUPRESION DE LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD
- 7.2 DEFENSORES DE LA CONSERVACION DE LAS PENAS CORTAS
- 7.3 LA SUPRESION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD
- 7.4 EL JUEZ Y LA PUNIBILIDAD.

8.1 ORIENTACION FILOSOFICA DEL DECRETO 100 DE 1.980

8.2 LIBRO I, TITULO IV, CAPITULO PRIMERO DEL DECRETO NUMERO 100 DE 1980

- 9.1 LA CONDENA CONDICIONAL.
- 9.2 LA LIBERTAD CONDICIONAL.
- 9.3 EXTINCION DE LA ACCION Y DE LA PENA.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Cuando comencé a estudiar el tema de si había y cómo evolucionado el sistema de la aplicación de penas, no pensé, sinceramente, cuánto había de extenso, profundo y misterioso por lo desconocido, en las historias vividas por las distintas sociedades que han existido hasta nuestra actualidad.

Cuanto hay de inquietante en su trayectoria, que como en una telaraña de gran longitud, surgen interrogantes que ocuparían todos sus hilos al ser estudiados e investigados en forma particular; el nacimiento y evolución de la pena de muerte, del presidio, de la multa, etc., y otras formas de represión utilizadas, que por sus caracteres, no han sido incluidas en lo que se ha denominado pena, pero que, por su singularidad, no deberían separarse del estudio de ella, sino que por el contrario, hacerlo como una de sus ramificaciones íntimamente relacionadas con la misma, estas son, a manera de ejemplo, la tortura, la pena de muerte ilegal, etc., que en las distintas épocas y sociedades, han tenido también su manera particular de ejecutarse, y su nacimiento y desarrollo propios; los ciudadanos, o mejor, los pueblos para quienes han sido hechas, de igual manera los han admitido, bien sea con justificación o entusiasmo, como rechazándolos con beligerancia para su derogación.

Lastimosamente, y debido a diversos factores como son la escasez y dificultad de material bibliográfico necesario, no me fué posible estudiar uno de los dos conceptos básicos del derecho penal, como es la pena, de manera correcta, tomándola de sus orígenes, en su desarrollo, en su movimiento y en su muerte como fenómeno histórico y mutable, descubriendo, no solo su naturaleza jurídica, sino también su naturaleza social, su contenido interno y sus formas de exteriorización.

Sin embargo, y en medio de las dificultades anotadas, he encontrado que este medio coercitivo no existió en la época de la sociedad primitiva. Esto, claro está, no significa que dentro del régimen tribal no se cometieran acciones que constituyeran peligro para los otros miembros de la tribu, o para toda la familia y la tribu en general. Sin embargo, y como estas acciones no se consideraban delito por cuanto este otro concepto tampoco existía, -

las trasgresiones ocurridas en el seno de la familia o de la tribu contra los intereses de algún individuo en particular, se consideraban como asuntos estrictamente personales o de la incumbencia de sus parientes.

Ya cuando la sociedad se divide en clases, nace el concepto de delito y con él el de la pena, considerando los delitos como acciones que constituyen peligro, ante todo para los intereses de la clase gobernante; así, en la sociedad esclavista, que constituye la primera sociedad clasista en la historia de la humanidad, el homicidio se consideraba sin ningún peligro para la clase dominante o como uno de los delitos más peligrosos, según la clase a que pertenecieran la víctima y el homicida. Las sanciones penales se determinaban también según la clase a que pertenecieran el muerto o el matador. La venganza de sangre, por ejemplo, que existía en el sistema del clan, a pesar de que se conservó también en la sociedad esclavista, se podía aplicar únicamente entre los libres. El amo no se vengaba de su esclavo, y el esclavo tampoco podía vengarse de su amo.

En la legislación penal de los Estados esclavistas, durante mucho tiempo no se castigaron en absoluto los delitos más atroces contra la persona del esclavo. El esclavo se consideraba como una cosa perteneciente, de modo inseparable, a su señor, y por esto su muerte o sus lesiones se reputaron durante mucho tiempo como una muerte inferida con todo derecho o como un daño a su propio patrimonio. Al contrario, el acto delictivo del esclavo contra los intereses del amo se reputaba como un delito grave y se castigaba con crueles.

En la sociedad feudal se consideraban delitos solo aquellas acciones que constituían peligro para los señores feudales y para la iglesia feudal. Los señores feudales mismos hacían justicia e imponían los castigos a sus siervos. Señalando las características de la administración de justicia feudal encontramos lo que Federico Engels escribe: "El señor..... podía en cualquier momento, cuando le viniera en gana, echar al campesino a la cárcel, donde en esos tiempos le esperaban los tormentos en forma tan inevitable como ahora espera el detenido al juez investigador. El señor agredía al campesino mortalmente, y, si quería, lo podía mandar decapitar.

El más importante terrateniente de la sociedad feudal era la iglesia, que con todo su poder sostenía un sistema inhumano. Cualquier desviación de los dogmas religiosos de la Iglesia Católica se consideraba como he-

rejía y se castigaba quemando a la persona en la hoguera.

En la Edad Media el clero católico, debido a las tenebrosas ideas acerca de la naturaleza humana, amplió la legislación penal y creó más delitos que indulgencias, aprovechándose de su influencia.

Por consiguiente, la legislación penal en la sociedad feudal aceptaba el principio de la desigualdad de las penas para una misma acción, en relación con los representantes de las distintas clases o castas.

Ya en la época del capitalismo el derecho penal estableció el principio de todos ante la ley, es decir una igualdad formal. La clase gobernante considera que los delitos más graves son los dirigidos contra la propiedad privada, contra el sistema social y gubernamental establecido por ella. En esto consiste el contenido real del concepto de delito en la sociedad capitalista. Su concepción de clase se manifiesta de manera evidente en los llamados delitos políticos.

El contenido real del delito se disfraza en todas las formas posibles, por eso en la legislación penal y en la doctrina del antes dicho sistema, se sostiene la tesis de que el delito es un atentado contra los intereses de la sociedad en general, y se refieren a los delitos comunes (homicidio, lesiones personales, hurto, etc.) que en realidad constituyen un peligro para toda la sociedad, pero que al fin y al cabo, se resuelven, teniendo en cuenta los intereses de la clase gobernante. Por ejemplo, el homicidio y las lesiones personales cometidos contra los trabajadores durante su explotación en talleres, fábricas, minas, etc., no constituyen peligro para la clase dominante; por ello estas acciones solo en casos aislados se consideran como delitos leves, y, por lo general, no se reputan como delitos.

Sin embargo de lo anterior, estos Códigos contienen artículos que establecen la responsabilidad por la violación de algunas leyes sobre el trabajo, y a primera vista puede parecer que estas prescripciones legales forman el concepto de delito teniendo en cuenta los intereses de la clase obrera. Estas leyes se sancionan cuando para la conservación de los intereses fundamentales de la clase gobernante es conveniente hacer ciertas concepciones fundamentales a los trabajadores, concepciones que en la primera oportunidad se arrebatan. Dichas leyes se formulan de tal manera, que quienes las imponen siempre tienen amplia posibilidad de aprovecharlas en favor de sus intereses.

Una de los procesos importantes que han caracterizado a nuestra sociedad contemporánea, ha sido el aumento inevitable de la criminalidad, fenómeno que también se observa en los países industrializados más avanzados. Por eso se ha dicho que la delincuencia es compañera inevitable de la sociedad clasista, fundada sobre la explotación del hombre por el hombre. La sociedad que coloca a la persona particular en enemistad con todos los demás, conduce de este modo a la lucha social de todos contra todos, a una guerra en que la gente de poca cultura inevitablemente tiene que emplear una forma de barbarie violenta y burda, la forma del delito. Por lo tanto, la causa fundamental de la criminalidad en la sociedad explotadora es la existencia de las contradicciones de clase, inherentes a esta sociedad. El propio desarrollo, desde su nacimiento del capitalismo han estado acompañados de un ininterrumpido aumento de la delincuencia. Esto se explica porque la característica de la concentración del capital privado en esencia es profundamente antisocial. Por esta razón Carlos Marx, dice: que el capital "destila sangre y lodo por todos sus poros, desde la cabeza hasta los pies, no hay delito al que no se le haya aventurado, aún bajo la amenaza de la horca", para obtener ganancias.

Las muertes y lesiones en el trabajo se consideran como accidentes-desgraciados, con respecto a los cuales los empresarios, por regla general, no tienen responsabilidad. El poder judicial, con el fin de calmar la indignación de los trabajadores, adelanta una investigación penal contra los empresarios, estos se zafan de ella pagando multas insignificantes.

Por consiguiente, el sistema económico y político del capitalismo, fundado sobre la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción y sobre la explotación del hombre por el hombre, es terreno adecuado para que de modo indefectible, brote la criminalidad de la clase dirigente de la burguesía. Al mismo tiempo, el régimen capitalista, con sus contradicciones inconciliables y cada vez más agudas, es la causa radical que impulsa a los representantes menos estables de los trabajadores hacia el camino de la delincuencia. El capitalismo todos los días aleja de la senda del trabajo a decenas de miles de gentes. Muchos de esos descarriados pierden gradualmente la vinculación con su clase y se colocan ante el dilema de morir lentamente de hambre o de marchar por el camino de lo ilícito. Como protesta contra la necesidad y la miseria irremediables, la mayoría de ellos se lanzan por las rutas de la actividad delictiva.

Lo exagerado en el contraste existente entre el aumento de los delitos y el aumento de la población, teniendo en cuenta las estadísticas obtenidas en los países del continente americano, de un 90% en los primeros, contra

un 18% de aumento en la última, es decir cinco veces más aumenta la delincuencia que la población, nos confirma lo dicho anteriormente.

Por otro lado, múltiples hechos atestiguan que la burguesía monopolista no está interesada en la eliminación de la delincuencia, pues a la criminalidad organizada la convierte en una especie de negocio, en un medio adicional para el robo de los trabajadores. La actividad de los delincuentes organizados al servicio de los monopolios capitalistas es extremadamente variada. Es sabido que los monopolios utilizan a los delincuentes organizados para luchar contra sus competidores y para alejarlos de su campo de acción.

Los códigos penales de estos sistemas, de igual manera, establecen "completamente indeterminadas" por el término de un día hasta el fin de la vida" del condenado, y los tribunales dictan sentencias vagas que dejan la cuestión de la medida de la pena al arbitrio de la administración de las cárceles. Las sanciones penales más difundidas son la pena capital, la privación de la libertad y la multa. La pena de muerte se aplica con procedimientos especiales (silla eléctrica, asfixia en cámara de gases, fusilamiento, guillotina, o el último "avance" técnico - una inyección letal). En Inglaterra, por ejemplo, aún hoy se condena a la pena capital a quien tenga relaciones sexuales con la esposa o la hija del rey, o con la esposa del heredero al trono. La pena capital por ahorcamiento puede aplicarse a las personas que hayan cometido un homicidio al efectuar un robo, utilizando armas de fuego o materias inflamables, al llevarse a cabo un arresto legítimo y con el fin de impedirlo, al intentar una fuga ilegítima o la liberación del lugar de reclusión, o contra un miembro de la policía en ejercicio de sus funciones o contra un auxiliar de este, etc. La orientación clasista de estas normas es de todo punto de vista evidente. La ley pone bajo su protección a los funcionarios encargados de la vigilancia de los intereses del Estado, y también el principio de la intangibilidad de la propiedad privada.

Otra de las características del sistema de penas es la aplicación de sanciones corporales, que causan lesiones a la persona. En los Estados Unidos las leyes penales de veintidós Estados establecen penas corporales. Por ejemplo, el Código Penal del Estado de Ohio establece la pena de azotes por preterito de factura por el delito de hurto. De conformidad con ese Código, la pena "se cumple públicamente azotando la espalda desnuda del condenado. El número total de azotes no puede pasar de sesenta". En Inglaterra la pena de azotes se aplica a la sublevación, a la instigación a la sublevación y a la violen-

cia grave de parte del recluso contra la persona del empleado de la cárcel. - En conformidad con " la ley sobre la administración de justicia penal " de 1948, las personas que no hayan cumplido veintidós años pueden ser sometidas a doce latigazos con un látigo de nueve ramales, o con varas de abedul.

En el derecho penal contemporáneo del sistema al cual nos hemos venido refiriendo existen algunas penas humillantes, como la castración y la esterilización.

La peculiaridad de la legislación penal vigente en los Estados capitalistas es la ampliación de la llamada detención preventiva. Aunque también es preciso anotar que respecto a las personas que hayan cometido por primera vez delitos poco peligrosos, según su forma de considerar, se permite aplicar la condena condicional.

Muchas corrientes han existido y existen sobre la concepción del derecho penal. Sus diferencias han sido determinadas por las fases del desarrollo de la propia clase dominante, la heterogeneidad de esta. Sin embargo, a pesar de sus diferencias, existe un acuerdo total con respecto a la necesidad de la defensa del capitalismo ante los delinquentes que atentan contra él.

Según la tendencia clásica, con Beccaria a la cabeza, los delitos tienen su origen en la miseria y la penuria de las gentes, y también en el choque y en la lucha de las pasiones humanas. Dicho filósofo abogaba por una drástica limitación en el empleo de la pena de muerte, y se sublevaba contra los tormentos y suplicios, afirmando que éstos nunca alcanzan los fines que persigue el legislador y que dan a los individuos que tienen fuerza de voluntad la posibilidad de negarse a confesar el delito cometido por ellos, al punto que obligan a las personas inocentes, pero débiles, a confesar delitos que en realidad no han cometido.

Para Beccaria, el fin de la pena consiste en prevenir la ejecución de nuevos delitos y corregir al delincuente. Para que la pena alcance este fin debe ser " necesariamente pública, inmediata, indispensable, la menor posible en esas circunstancias y conforme al delito sancionado en la ley ". En más de una ocasión insiste que al adelantar su lucha contra la delincuencia los jueces deben poner en práctica el principio de la igualdad de todos ante la ley. La arbitrariedad de jueces y legisladores debe ser eliminada, y a nadie se le puede imponer pena si su hecho no está contemplado en la ley como delito.

Al examinar las causas de las diferentes clases de delitos, Beccaria afirmaba que el robo lo produce la miseria de las personas que han sido privadas de sus bienes, y que el infanticidio es producto de las condiciones anormales de las relaciones sociales, etc.

En Alemania, Anselmo de Feuerbach, sostenía que las causas de los delitos residen en los impulsos sensuales de la persona, los cuales dependen de las diversas condiciones exteriores de su vida. Kant, y sus seguidores alemanes consideraban el delito como una manifestación de la voluntad, totalmente libre y sin estar sometida a ninguna causa.

Carlos Marx, refiriéndose a la esencia de la teoría absoluta de la pena, tal como la expusieron Kant y Hegel, escribió que esta teoría, que considera la pena como resultado de la propia voluntad del delincuente, es solo la expresión especulativa del antiguo *jus talionis*, ojo por ojo y diente por diente.

Feuerbach proponía imponer la pena de tal modo que los sufrimientos y privaciones ocasionados al delincuente fueran mayores que las ventajas alcanzadas por él al realizar el delito. Esto tendrá su correspondiente repercusión sobre la sique de las personas y las obligará a abstenerse de cometer delitos.

La peculiaridad fundamental que caracteriza a los representantes de la escuela clásica es su manera de enfocar la solución del problema del derecho penal fuera de la historia, pues construyen las normas jurídico-penales aisladas, conciben los conceptos y las categorías como eternos e inmutables, e independientes de las condiciones sociales y económicas. La ciencia del derecho penal debe considerar el delito y la pena, no como fenómenos de la vida social, sino solo como conceptos lógico-formales, desprovistos de todo contenido social.

En la época del imperialismo, que se caracteriza por el derrumbe de la legalidad, y en la búsqueda de encontrar una base teórica que le permita a la clase dominante rechazar los principios democráticos en el derecho penal, utilizan las escuelas antropológicas y sociológicas, quienes sostuvieron que los factores naturales y biológicos ejercen decisiva influencia sobre la conducta de la persona.

Su principal representante dentro de la escuela antropológica fue Lombroso, quien afirmaba que entre los gentes hay determinado número de individuos que tienen ciertas características biológicas que los hacen delin-

tes, y estas características son hereditarias. Los individuos, asegura Lombroso, son delinquentes desde su cuna. Elabora una lista especial de varios tipos de "delinquentes natos".

Según la afirmación de este autor, los asesinos se distinguen por su mirada fría y fija, tienen los pómulos salientes, los dientes largos y los labios delgados; los ladrones tienen los ojos huidizos, la barba despoblada y una fisonomía inquieta; los que cometen delitos sexuales tienen labios gruesos, pelo largo y piel suave. Describió especialmente el tipo del delincuente político, el cual, a su juicio, debe destruir toda lo que está establecido en la sociedad.

Lombroso y sus seguidores no fueron sistemáticos, por tal razón la aparición y existencia de los delinquentes natos la explican de diferentes modos: unas veces dicen que los delinquentes natos son salvajes que han nacido en virtud del atavismo, otras que son epilépticos, y otras que son "locos morales" engendrados por la civilización.

Afirmen que por medio de la pena es imposible corregir al delincuente, puesto que la conducta de este no depende de su voluntad y está predeterminada por sus características biológicas. Para defenderse de los delinquentes natos, la sociedad debe tomar adecuadas medidas de defensa contra los delitos, y el sistema de seguridad recomiendan, no debe estar sometido a ninguna norma de legalidad formal. Dentro de esas medidas Lombroso y sus seguidores propugnan por la pena capital, la reclusión de por vida, el confinamiento, la castración y la esterilización.

La falsedad de la teoría antropológica fue denunciada poco después de su aparición.

Los resultados de los experimentos hechos demostraron que las características que, según ellos, son propias de determinados tipos de delinquentes natos, en realidad faltaban en los delinquentes, y, por el contrario, se manifestaban en muchos individuos de la alta sociedad, que se prestaron a los experimentos: jueces, fiscales, parlamentarios, etc.

Los antropólogos se esfuerzan por imputar la responsabilidad por los delitos, no al régimen capitalista, que por el solo hecho de existir da origen a la delincuencia, sino a las víctimas de ese régimen. Justifican la cruel política de represiones que adelantan los círculos dirigentes y de la

ten que el peligro para la sociedad no reside en la acción delictiva, sino en el propio delincuente, por lo cual la pena la debe sufrir el autor y no el hecho. Esta tesis teórica exonera al juez del deber de aducir las pruebas del hecho delictivo cometido por el delincuente. En la práctica desconoce por completo el principio de la proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, ya que las medidas de seguridad se aplican independientemente de la gravedad del delito cometido.

La teoría de los sociólogos sobre los factores de la delincuencia, - las causas fundamentales de esta se reducen a dos otras clases de factores:

- 1º Sociales-económicos: el desempleo, el bajo nivel de vida, etc.;
- 2º Físicos: la estación, el clima, la temperatura ambiente, etc.;
- 3º Individuales: el sexo, la edad, el temperamento y otras particularidades físicas del delincuente.

Recalcen que entre los factores de la delincuencia mencionados por ellos, tienen importancia decisiva los sociales, ya que las particularidades biológicas de la persona se forman bajo el influjo de los factores sociales. Y esas personas no solo constituyen un peligro cuando cometen un delito sino aún en el caso de que no lo cometan, por el argumento expuesto dicen que el Estado debe aplicarles las correspondientes medidas de seguridad, sin tener en cuenta si han cometido o no un delito.

Lo mismo que los antropólogos, los sociólogos afirman que el derecho penal debe ocuparse en estudiar, no el hecho delictivo, sino a los individuos en estado peligroso.

Afirman que en la sociedad capitalista se puede acabar con la delincuencia. Para conseguir este fin, según su parecer, es suficiente acabar con el desempleo y con la prostitución, bajar los precios de los productos alimenticios y alajar otros factores sociales y económicos que determinan el brote de la criminalidad.

El sentido político de estas afirmaciones consiste en crear una falsa impresión sobre la posibilidad de adelantar con éxito una lucha contra la delincuencia dentro del régimen capitalista, y ocultar que este mismo régimen es una fuente perenne de delincuencia cada vez más grande, puesto que el desempleo, la prostitución y otros factores son sus permanentes compañeros.

El constante crecimiento de la delincuencia en el mundo capitalista define la conducta de esta, es absolutamente independiente. El hecho de que

ha obligado a los juristas y sociólogos a explicar sus causas y a proponer diferentes medidas para conseguir su disminución. Con frecuencia se refieren al hecho de que la delincuencia existía antes del capitalismo y que, por consiguiente, no hay ninguna razón para relacionarla con la existencia del régimen capitalista.

Sin embargo, y, la historia de el derecho penal y de la delincuencia demuestran de modo terminante que si bien la delincuencia existía en las sociedades esclavistas y feudales, su auge más amplio lo ha tenido durante el capitalismo.

Entre las numerosas teorías sobre las causas de la delincuencia, están las que dicen que estas obedecen a: la proximidad de la frontera, la influencia de los barrios que tienen mala reputación, el factor meteorológico; y según el Fondo cristiano de investigaciones económicas y sociológicas de Inglaterra, el aumento de la delincuencia juvenil, se explica ni más ni menos, por "la tentación que ofrecen los almacenes de autoservicio y por el número inmenso de automóviles que se dejan en la calle sin vigilancia"; la asociación cada vez más grande entre el progreso técnico y la capacidad para ponerse a tono con él por parte de la juventud; factores biológicos, como las perturbaciones en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna, la edad y el sexo del infractor; el plasma del feto; no solo en las particularidades físicas del delincuente, sino en sus deficiencias físicas; la propia naturaleza humana y las deficiencias físicas de ciertos individuos. Los criminalistas americanos contemporáneos utilizan una forma particular sobre la concepción de la psicología humana, el behaviorismo, el cual considera la conducta humana como el conjunto de reacciones puramente exteriores del organismo y niega la actividad consciente de la persona. La base principal de la conducta de la persona la forman los instintos natos, las reacciones orgánicas, que no son controladas por la voluntad y la consciencia del individuo. Tratan de demostrar que la conducta delictiva de la persona no depende de las condiciones sociales y que los delitos los cometen las mismas personas en cualquier condición social, pues las "inclinaciones delictivas" se transmiten por herencia y son invariables; el freudismo que, consiste en afirmar que la consciencia humana está dominada por el "subconsciente", cuyo contenido son los instintos animales, y que la suerte de una persona está fatalmente predestinada por el conflicto entre sus instintos animales y el medio social. Los partidarios del existencialismo afirman que la existencia (vide) espiritual de la persona que define la conducta de esta, es absolutamente independiente. El hecho de que -

la existencia espiritual de la persona tenga una independencia absoluta con respecto al medio exterior o a las fuerzas internas (herencia), la permite a aquella ser libre y expresar libremente su voluntad, buena o mala. Desde el punto de vista de los existencialistas, la persona es un ser que se hace a sí mismo. Por consiguiente, la causa de la conducta de la persona reside en la libertad de su voluntad y de su espíritu. Es que tales normas no de-

claran. En cuanto a las penas, dentro del derecho penal contemporáneo están los partidarios del sistema dualista de las penas, es decir, aquellos que proponen que junto a la pena se aplique las medidas de seguridad, y sin buen resultado, al tratar de establecer sus diferencias dicen: "la misión de la pena contemporánea es la retribución de la culpabilidad, la cual se obtiene ocasionando sufrimientos por medio de un cruel aumento de las obligaciones y de una limitación de los bienes jurídicos, y también la defensa de la unidad del Estado frente a las violaciones jurídicas, lo mismo que la corrección (educación) del delincuente y la influencia sobre los que lo rodean (intimidación)". Con respecto a las medidas de seguridad, estas tienen por objeto, en primer lugar, "la seguridad y la corrección". Sin embargo para no caer en una evidente contradicción lógica, dicen que las medidas de seguridad también persiguen "los fines que se propone la pena, puesto que también pueden ocasionar los sufrimientos propios de la pena."

Con la doctrina expuesta se relaciona estrechamente la teoría del llamado "derecho penal preventivo", sostenida por los representantes americanos de la escuela realista del derecho. Los partidarios de esta doctrina sostienen que la pena puede aplicarse sin culpabilidad a las personas que constituyen "peligro para el orden establecido".

La llamada "teoría finalista del derecho penal", que surgió dentro de la dictadura fascista, considera el delito, no como una categoría de la realidad objetiva, que existe independientemente de la conciencia del juez, sino como una categoría que es producto de la apreciación que se forma el juez acerca de lo debido. El requisito decisivo según el cual cualquier acción se considera como delito consiste, no que la acción contenga todas las características indicadas en la ley penal, sino en la finalidad u objetivo final de la conducta del acusado. Según esta doctrina, el juez no está sometido a los carriles de la ley y puede hacer una interpretación arbitraria.

gritud personal, la libertad sexual, etc. Al establecer el derecho de propiedad, instituye un imperio contra usurpadores, etc.

1.1. LA CONSTITUCION FUENTE DE PUNICION.

Cuando establece que el trabajo es una obligación social, el fundamento de las normas penales reside en la constitución política del un pueblo, en la organización misma del poder público, es por eso que se dice que tales normas no declaran, ni mucho menos crean la ilicitud que dentro de su ámbito propio se denomina antijuricidad, esto lo vemos cuando la Constitución limita la autoridad del Estado, cuando reconoce los derechos individuales, y mejor aún, cuando garantiza el correcto ejercicio de ellos, entre otras previsiones, crea y declara la juridicidad, señala el ámbito del ordenamiento legal y, consecuentemente, fija las fronteras de lo ilícito. Entonces encontramos que el derecho penal vendría a ser su brazo armado.

Entendemos, por lo tanto, que la Constitución es la fuente de todo cuanto el derecho permite y, por lo mismo, es la fuente de todo lo que el derecho reprime.

Por ejemplo, cuando la Constitución señala que la misión de las autoridades es proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, define, de una parte, cual es el fin del Estado y, de otra, reconoce las libertades de vivir, de disfrutar de su patrimonio moral y poseer sus bienes, claro que para esto es necesario que el gobierno cumpla con la finalidad específica para que fué instituido, cual es la de asegurar la protección de la persona, sin ignorar ni vulnerar los derechos de esta, ya que al hacerlo se ubicaría en el campo de lo injurídico. Y éste campo no es creado por la ley penal sino que lo explota para aplicar sanciones a los responsables de la abstención o de la extralimitación activa.

Cuando la Constitución niega la esclavitud, declara el derecho de la libertad y, como contrapartida, crea la antijuricidad en los atentados contra el derecho. Cuando define la garantía para el disfrute de la honra, la vida y demás bienes pertenecientes al hombre, establece la prohibición de perjudicar estos bienes y los que lo complementan, como son la inte-

gridad personal, la libertad sexual, etc. Al establecer el derecho de propiedad, inclina su imperio contra usurpadores, estafadores y ladrones. constituyen la más enérgica tutela de los derechos humanos, y, por lo mismo, son el núcleo vital de la sociabilidad.

Cuando establece que el trabajo es una obligación social específicamente tutelada por el Estado, primero reconoce la obligación del hombre a trabajar y segundo condena por anti-jurídicas las acciones tendientes a desconocer los derechos co-rrespondientes.

La Constitución es también la fuente del derecho pe-nal, crea y declara la jurisdicción cuando garantiza la salubri-dad o la función de la propiedad, las libertades de conciencia, de prensa, de sufragio, la seguridad personal y la domiciliaria; cuando traza corréctores para administrar la cosa pública y la justicia, cuando habla del estado civil, de las incompatibili-dades, de las atribuciones para fijar peso y tipo de moneda, de los deberes patrios, de las reuniones tumultuarias, cuando determina los bienes públicos, define como hacer los gastos del Estado, y así, sucesivamente.

Todas estas declaraciones de derecho que son las nor-mas constitucionales originan otras tantas prohibiciones. Así, - el que falsifica moneda se atribuye una función del Estado y comete, por lo tanto, un acto antijurídico. Lo mismo que el traí-dor de la patria, el amotinado, el que abusa de la autoridad - de que está investido, el que sustrae caudales públicos o los destina a fines distintos de los previstos, el prevaricador, - el autor de falsos testimonios, el concusionario, el que supo-ne o altera el estado civil de las personas, el que viola las incompatibilidades, en que contagia las fuentes de provisión de aguas, o los alimentos.

Al trazar el tipo delictuoso, la norma punitiva no - vuelve a reconocer el derecho ni a establecer la prohibición, sino que fija la represión para quienes se salen de lo permiti-do. Lo jurídico y niegan y ponen en peligro con su acto una rama de la administración, un derecho social o una garantía in-dividual. Esto pone de relieve la naturaleza sancionatoria del derecho penal. Y, es por el cumplimiento de estas funciones -

que ocupa un rango mayor por encima de las demás ramas jurídicas ya que en el fondo constituyen la más enérgica tutela de los derechos humanos, y, por lo mismo, son el núcleo vital de la sociabilidad.

El derecho puede prescindir de la ley del contrato, o de la que regula la herencia, o de la que traza derroteros a la constitución de sociedades particulares, sin que deje por ello de existir el Estado. Pero no puede eliminar las normas penales, con su grado ascendente de eficacia, sin exponerse al derumbamiento material y moral. Sobre todo en un hemisferio que aún no ha liberado económica y culturalmente al hombre, y en el cual este debe actuar bajo estímulos impuestos, el derecho sancionatorio se convierte en una última razón para movilizar a los reos, detener a los perversos y corregir a los desadaptados.

1.2 LA LIBERTAD COMO BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL.

Como dijámos antes, el derecho penal, es el más enérgico y el que mejor garantiza el ejercicio de todos los derechos. La pena se aplica al ladrón; porque este no reconoce el derecho ajeno a disfrutar de los bienes; al homicida, porque niega el derecho de otros a vivir; al autor de una lesión, porque afecta el derecho de otro a mantenerse indemne; al falsario porque modifica la forma de probar un derecho; al estuprador, porque atropella el derecho de la libre disposición carnal, mancillando también el derecho de la libre disposición carnal.

La pena es, pues, la respuesta que da la autoridad por el ataque de un bien jurídico, público o privado, vale decir a un interés reconocido legalmente y garantizado antes en la constitución. Es, en otros términos, una consecuencia de la declaración de responsabilidad que, a su turno no procede sin haber reconocido la conducta culpable sin causas que la justifiquen.

El bien jurídico, el interés social o individual pero el bien jurídico, el interés social o individual no basta para la acción. No basta reconocer la acción, ni es suficiente conocer la necesidad. La libertad, es decir, la afirmación

protegidos con el sistema represor, dejan de ejercerse o, más propiamente, no existen, careciendo de libertad. La libertad es la condición primera para el disfrute de un derecho, el ambiente que lo moldea y perfecciona, siendo también un bien jurídico en sí misma y a título de bien propio se le protege en una sección de las leyes penales. Sin este hecho básico que es la libertad, o sea, sin capacidad para la actuación o el desempeño de los distintos menesteres a que se aplique la persona, los derechos pierden consistencia y hasta desaparecen, aunque estén declarados en norma.

Por lo tanto, esos derechos son tanto más plenos cuanto mayor grado de libertad hayan conquistado la sociedad y el individuo. Si las personas son víctimas de constantes amenazas de lesión a su patrimonio moral, esto es, si carecen de autonomía para conservar u aun ensanchar ese bien, el derecho a la propia dignidad desaparece por falta del ámbito que le es indispensable. Como desaparece el derecho de propiedad para el encarcelado, al negársele las oportunidades de beneficio con las cosas que honradamente adquirió. Y como desaparece el derecho a la integridad física por deformidades que amenguen el funcionamiento orgánico o la sola desfiguración estética.

Si el delito es el ataque a un derecho y si ese derecho no puede ejercerse sin libertad, síguese que este interés básico respetable porque da nervio y fisonomía a todos los demás, es el principal afectado. El delito resulta, por consiguiente, un ataque a la libertad humana, en la medida en que se disfrute este bien en una sociedad y en un período determinados.

De otra parte, si la pena es un medio tutelar de los derechos e intereses jurídicos, dedúcese, igualmente, que su fin consiste en la defensa de la libertad, es, por lo tanto, necesaria para definir el delito y precisar los alcances teleológicos del derecho penal.

El hombre libre es el que lleva en sí todas las razones para la acción. No basta razonar la acción, ni es suficiente conocer la necesidad. La libertad, es decir, la afirmación

del ser, solo es posible cuando el hombre actúa, cuando somete la necesidad, cuando de esclavo de los hechos se convierte en su guía, y más aun, en previsor de ellos.

La existencia de la libertad debe colocarse en la base y no la conciencia que sobre ella se tenga. Ejemplo: por más que un enfermo se imagine que no está enfermo no por eso recobrará su salud. Es algo que decidirán las condiciones orgánicas. Otro ejemplo es el del nadador, a pesar de sus conocimientos de las relaciones recíprocas de densidad de los cuerpos sólidos y líquidos, debe mover también las piernas y los brazos para no undirse en la corriente. Si no lo hace perece, porque el solo conocimiento de la necesidad no lo salva. En cambio, si los conocimientos de que dispone los aplica para nadar mejor, es seguro que sale al sitio donde se propuso llegar.

El problema de la libertad, no es teórico, de interpretación filosófica, sino práctico. Por lo mismo, la libertad admite grados, según el dominio que el hombre haya ganado a la necesidad. La lucha ofrece la gran oportunidad a los pueblos para que la libertad se universalice en favor del conjunto nacional.

Hombre libre es el que se afirma en sí mismo, a través de relaciones sociales que han borrado toda servidumbre: la del trabajo asalariado en beneficio del dueño del capital, la de la ignorancia, la de la miseria, la de las rivalidades odiosas, la de la rivalidad fundada en el lucro, la de la enfermedad, la del temor al mañana por la inseguridad económica, la del delito que entorpece su futuro y compromete la situación de su familia.

En las asociaciones clasistas, sin embargo, el hombre no puede afirmarse a sí mismo, no vale por lo que es, ni por el rendimiento de su esfuerzo. Está alienado, vale decir, sometido a extraños y ciegos embates que no le permiten reconocerse en la labor forzada que ejecuta, ni proyectarse sino muy precu-

riamente en el campo de sus aptitudes culturales.
estado de alienación.

1. 3. LA INSUFICIENCIA DE LIBERTAD ES EL INDICE DE MAYORES DELITOS.

Como hemos visto, el delito surge, desastacialmente, -- como un ataque a la libertad; que el delincuente al atacar, la libertad ajena, compromete la propia; y que la pena debe ser un instrumento para devolver al infractor esa libertad comprometida. Por lo tanto, revela estar alienada por un sentimiento egotista.

Vemos también que la libertad es un hecho histórico -- que se va ensanchando según el grado de dominio que el hombre ejerce sobre la sociedad y la naturaleza, y que tendrá su expresión completa cuando se haya dominado así mismo. La libertad por consiguiente, no se da, sino que se conquista; es un producto de las luchas humanas y no una concesión graciosa.

La libertad es aquel grado de dominio ejercido por el hombre sobre la necesidad externa y sobre la necesidad interna; sobre el mundo y sobre la persona; sobre las relaciones objetivas y sobre nosotros mismos. No es un ideal, sino una práctica constante. No es un valor desconocible y alcanzable por medio del espíritu, sino una realidad. El hombre disfruta de más libertad, o de menos libertad, según los avances sociales y los medios a su alcance para imponerse. La soberanía de la voluntad, tal como la entendieron los metafísicos, queda limitada -- forzosamente a las posibilidades de que dispone la persona para actuar.

Por lo tanto, el delito surge como un fenómeno histórico, esto es, como hecho que perjudica el grado de libertad conquistado por los hombres en determinado período de desarrollo social. Así mismo, el delito no solo revela un mal ejercicio de la libertad, sino un grado insuficiente o incompleto de libertad. Con el acto ilícito el delincuente demuestra que no se ha comprendido la necesidad exterior o interior, o que se carece de fuerzas para dominarlas. Al atacar el derecho ajeno, --

es decir, el grado de libertad que otro disfruta, denuncia su estado de alienación.

Cualquiera que fuere la motivación del homicidio, este delito constituye la más grave anormalidad en la lucha por vivir: si el asesino persigue robar, es porque sus propias necesidades, evidenciadas también en los otros delitos contra la propiedad, el hurto, la estafa han sido mal comprendidas, ya que los bienes no se adquieren por medio de la violencia o el fraude, sino por el despliegue de las energías en otro sentido; si mata por honor, revela estar alienado por un sentimiento social que muchas veces se opone a sus convicciones íntimas; si lo hace por venganza, denota el sojuzgamiento por una bárbara idea primitiva, despreciando las soluciones normales; si obedece a la emotividad, revela un insuficiente dominio de la necesidad interior, déficit que claramente se descubre cuando obra sobre él una condición especial como el alcohol.

De igual manera ocurre en las demás infracciones. El secuestro, la violencia carnal, el estupro, por ejemplo, denuncian en el agente pobreza de recursos para ponerlos al servicio de la convicción. Se conoce mal la necesidad o no se la puede dominar. Entonces la lucha por satisfacer un deseo adquiere formas irregulares que la ley califica especialmente.

Esto explica por qué el delito prolifera en las clases populares y por qué es menos frecuente, sobre todo el tipo de criminalidad violenta, en los otros sectores sociales; la población de estos no sufre el mismo grado de alienación por el trabajo, el hambre, la incultura.

La lucha normal del hombre debe dirigirse a la eliminación de las necesidades que actúan totalmente sobre él. La lucha anormal, llamada delito, se dirige contra manifestaciones parciales de este sojuzgamiento: no afecta la propiedad en sí, sino la de esta o la de otra persona; no borra el concepto equivocado del honor, sino que amengua la dignidad de alguien en particular; no subvierte los medios generales de prueba, sino que altera el documento producido por tal o cual funcionario. Es una especie de terrorismo que hiere localmente y que, por lo mismo, no corrige nada, sino que agrava las condiciones

del infractor y hace que la defensa de las instituciones se torne más airada y expedita. Libertad al infractor ayudará a ejercer la protección de intereses comunes a todos los asociados y no a la sanción. DEBE DAR MEDIOS AL DELINCUENTE PARA CONQUISTAR SU LIBERTAD.

Como el delito denuncia en el infractor un grado insuficiente de dominio de las condiciones exteriores y de sus propios procesos internos, la pena debe proveer a ensanchar la libertad de que puede disponer en una sociedad determinada. En este sentido, mejor que en ningún otro, la pena deja de ser expiación, dolor, afrenta, protección, para convertirse en trabajo racional, digno y liberador. El derecho tiene que ser avisor y sensato, afirmandose en la psicología humana y en las relaciones sociales, para decir al infractor: Ciertamente que has negado la libertad de otro. Ciertamente que la has recortado. Pero la no gaste o recortaste por que tu mismo no eres libre; vamos, pues, a darte instrumentos para que luches por tu liberación. El delito que cometiste indica que carecías de ellos. El homicidio, el robo, la estafa y todas las otras infracciones, promueven la protesta de quienes no actúan como tú, pero el derecho no se detiene allí, sino que considera en tí una libertad desde cuando que debe ser reconstruida con nuevos aportes para que la aproveches después. No buscamos destruirte, siguiendo tu ejemplo al destruir la libertad ajena, sino que te aplicamos un medio para reintegrarte a ti mismo y a los demás, y así puedes afirmar que eres más libre. El hombre libre no delinquirá.

Lo dicho anteriormente, obliga a variar fundamentalmente las prácticas penológicas. La cárcel no puede seguir sumisa a las muchas doctrinas tradicionales que tratan de justificar su existencia; la readaptación o la defensa social.

¿Qué es lo que persigue la readaptación? Mejor dicho, ¿qué condiciones debe ser readaptado el infractor? Al estado de libertad precaria que denunció en su conducta? No. No puede regresar a esa situación, sino a otra más calificada, para la cual lo debe preparar el trabajo carcelario. Tampoco la defensa social puede ser el fundamento de

la pena sino cuando todo el conjunto humano se haya liberado.-
Entonces, la pena, al dar libertad al infractor ayudará a ejercer la protección de intereses comunes a todos los asociados y no (con la preferencia que hoy se da) a los de las clases dominantes.

El trabajo es el medio indicado para conquistar la libertad. Pero el que se enseña y cumple en las penitenciarias y colonias debe adecuarse, no según las pretendidas categorías antropológicas que estableció el positivismo, sino de acuerdo con las preferencias personales. Cada cual tiene derecho para escoger el punto de aplicación de su actividad, y si no lo ha escogido, tiene derecho para que se le demuestren las diversas orientaciones, hasta que se produzca una decisión voluntaria. A nadie se le pueden imponer labores que no quiera, o para las cuales se sienta incapaz, ni se le debe dedicar a tareas improductivas. El trabajo forzado es tan destructor como la ociosidad.

Así la cárcel se convierte en escuela, deja de ser coerción ciega, y cuando el condenado ha cumplido el tiempo de permanencia en ella, lo sigue acompañando como un guía. El trabajo bajo debe estar asegurado para el que por ese medio se redimió, con las circunstancias de que no puede faltarle nunca. El delincuente excarcelado queda así rodeado de seguridades en la organización económica y cultural. Con un máximo de garantías, se completa la obra de la cárcel y se previene el retroceso que entraña la reincidencia.

Entendiendo que el hombre se hace criminal por una pobreza de libertad, el pagar una condena no será motivo de vergüenza ni de repudiación, sino, por el contrario, de aceptación. La falta de medios para vencer la resistencia y necesidades implícitas, en el fondo, una responsabilidad de todos y cada uno de los asociados, y el baldón que arrojan al delincuente es como si se lo arrojaran a sí mismos por no haber luchado en favor de la liberación colectiva.

Lo expuesto anteriormente abre horizontes al progreso de los pueblos al estimularlos a desbaratar formas caducas que propugnan la común opresión, y si queremos que no hayan crimi-

nales tratemos de favorecer, la transformación revolucionaria - de la sociedad, que implica primordialmente poner los instrumentos de producción al servicio de los trabajadores, con todas las conquistas que estas medidas traspasan en los órdenes cultural, moral, y de discernimiento de la justicia. Ya hemos dicho que el derecho desciende del altar donde se pretendió deificar, lo para desempeñar su misión reguladora de relaciones, según la calidad y orientación de estas. De tal modo allanaremos enormes dificultades opuestas al paso de todos y cada uno de los individuos, para que ninguna tenga que resolverse, en momentos imprevistos, por la torpe solución del delito.

Es claro, que las atrocidades penitenciarias de hoy - arides de las cárceles para hacer ver que los delinquentes conspiran contra la detención de medios laborales actos para la redención del preso. La cárcel es fiel reflejo de las condiciones existentes y de la inmoralidad impuesta en todas las direcciones existentes y de un aliento caritativo, en vez de construir esferas por el sistema de la apropiación privada de la riqueza con ella un sistema de lucha.

El delincuente sale de la cárcel por socialmente producida. El delincuente sale de la cárcel por de lo que sentí. Pero esto no reduce los alcances de la fantasía, pues precisamente la presentamos como el fin, de que se comprenda la urgencia de subvertir una organización que tal es la que engendra. Considerándolo bien, parece que debemos ser muy y

en fin, de diferentes conceptos sobre la libertad. o menos como los demás, de modo que si criminales son ellos, criminales son

1.5° DIFERENTES CONCEPTOS SOBRE LA LIBERTAD. o menos como bien como Carnelutti sostiene que la libertad no es abstracta - posibilidad de escoger entre el bien y el mal, sino la concreta potencia de escoger el bien; si la acción es buena es ejercicio de libertad, la acción mala es no ejercicio. En otros términos el hombre es libre cuando hace el bien, y es esclavo cuando ejecuta el mal. Agrega que la pena se ha concebido siempre como un remedio contra el delito. Si, pues, el delito es el -- síntoma de una deficiencia de ser en quien lo comete, la pena debería servir para colmarla. También la pena es un sometimiento al igual de lo que se hace en la familia, mal y amorosamente, al igual de lo que se hace en la familia, to, lo mismo que el delito. Libertad es fuerza de liberarse y el delito es lo contrario de la liberación. Lo uno y lo otro, pues el delito, lo mismo que la pena, expresan un sucumbir o un someterse; En la negación de la libertad, el delito y la pe

na se encuentran: el delito, porque el cuerpo ha dominado al espíritu; la pena, porque el cuerpo es dominado por otros cuerpos.

Es difícil admitir que la libertad quede sometida a las viejas distinciones entre el bien y el mal. El hombre actúa según el grado de libertad que dispone, lo mismo en sentido favorable a sus relaciones con los demás, que en sentido desfavorable.

Dorado Montero, sistematizador de las protestas contra el tratamiento bárbaro de los penados y contra el ascetismo de las leyes, abanderado del correccionalismo que irrumpía en la aridez de las cárceles para hacer ver que los delincuentes participaban también de la dignidad reconocida al hombre, se dejó arrebatado por la nobleza de los sentimientos que defendía e imprimió su doctrina de un aliento caritativo, en vez de construir con ella un sistema de lucha.

Si el mundo nos es desconocido, con mayor razón lo será el hombre. Hay que renunciar al castigo, por la imposibilidad en que estamos de enterarnos cuáles fueron los móviles de la acción: "Considerándolo bien, parece que debemos ser muy parcillos en la censura y persecución de los actos ajenos, ya que, en fin de cuentas, todos nos conducimos poco más o menos como los demás, de modo que si criminales son ellos, criminales también somos nosotros.

Un razonamiento como este forzosamente desemboca en el proteccionismo: si es aventurado enjuiciar la conducta ilícita, lo mejor es abandonar por completo toda punición y no emplear contra el infractor sino medidas cautelares.

El nuevo Derecho, explicado por DORADO MONTERO, "quiere que a los delincuentes se les considere como lo que son, -- como seres necesitados de auxilio, y que prestándoselo fraternal y amorosamente, al igual de lo que se hace en la familia, se les coloque en disposición de poder contribuir de algún modo al bienestar y adelanto de la colectividad social de que forman parte, en vez de ser elementos de perturbación y peli-

gro constante en ella!

El derecho protector es, como todo ideal fundado exclusivamente sobre la generosidad social, irrealizable. Además, aun en el caso de que tuviera sentido operativo, es una práctica perjudicial, engañosa. El delincuente no debe ser tratado caritativamente, considerando que "es débil del cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas", sino como un alienado por las realidades externas y las desviadas apreciaciones que se hacen de ellas. Casi siempre es fuerte de cuerpo y espíritu, pero aplica mal su energía y se conduce en desacuerdo con los intereses sociales dominantes. La debilidad no proviene de su persona, sino de las condiciones en que le corresponde actuar.

La protección reduce la lucha por la libertad, embota las capacidades para la acción y acostumbra al favorecido al mundo infantil del favor y de las concepciones unilaterales. La libertad no es un regalo sino un fruto laborioso. Se protege aquello que de antemano se sabe que nunca será libre. El proteccionismo, en cualquiera de sus expresiones, económico, político, gubernamental, familiar, caritativo, contribuye al abatimiento, prolonga la alienación y niega los supremos atributos del ser que aspira a ser libre.

La pena no puede aplicarse para socorrer a un miserable, que, por el hecho de serlo, despierta sentimientos de compasión entre quienes se dan cuenta de su estado, sino para haberle dar al delincuente, que es un hombre con derecho a esmerarlo, el primer paso hacia mejores condiciones de vida. Es la iniciación del proceso que le hará saltar de la necesidad incomprendida a la libertad, cuyo objeto no consiste en marginar al débil de sus responsabilidades sociales e individuales, sino en comprometerlo en la gran empresa de transformar el mundo.

En la sociedad esclavista, el derecho defendió a la aristocracia y al dinero, juntamente con los privilegios para desempeñar cargos públicos, explotación a los desposeídos y hacer nugatorias las más elementales garantías del trabajador. Las leyes criminales y penales se convirtieron en el homicidio cometido.

2.1 ORIGENES DE LA FUNCION PUNITIVA.

En la prehistoria humana no hubo formas jurídicas, ni

concepto alguno de la punición. El crimen y la pena no son inicialmente conceptos basados en el conocimiento de la justicia, sino procesos reales fundados en la conveniencia material del grupo. El derecho punitivo se ha formado, como las otras ramas jurídicas, partiendo de los conflictos reales.

En las comunidades primitivas las relaciones entre individuos y los grupos se gobernaban, pues, por formas nacidas de casos concretos, que la costumbre transmitía de generación en generación. La memoria de las violaciones fue creando un común acuerdo para repelerlas y luego para sancionarlas. En el fondo interesaba la permanencia del grupo, que era el regulador directo de lo permitido y lo perjudicial, lo lícito y lo ilícito. De la costumbre se pasó a la ley admitida como necesaria y a la determinación de los encargados de aplicarla.

Los intereses opuestos entre los miembros del grupo - anularon las normas consuetudinarias que favorecían igualmente a todos, y dieron origen a nuevos conceptos sobre bondad y maldad, utilidad, inconveniencia, justicia e injusticia. La esclavitud, en clases tenía que imponer prácticas penales de contención distinto. La sociedad primitiva ignoraba el robo, pues desconocía la propiedad privada. Al erigirse esta como base de la vida común, surgieron las infracciones dirigidas contra ella.

Las comunidades gentilicias no acostumbraron la esclavitud para los componentes de la misma gen, pero el desarrollo de las relaciones que subordinan unos hombres a otros, estableció la esclavitud. De este modo, la división de la sociedad y la aparición del estado hicieron hacer, en vez de las costumbres, el derecho, las normas coactivas del comportamiento, que expresaban, no la voluntad general sino la de la clase económica y política dominante.

En la sociedad esclavista, el derecho defendió a la aristocracia y al dinero, juntamente con los privilegios para desempeñar cargos públicos, explotar a los desposeídos y hacer nugatorias las más elementales garantías del trabajador. Las leyes griegas y romanas no sancionaron el homicidio cometido

contra un esclavo. Por el contrario, protegieron exclusivamente a los esclavistas. Las disposiciones más rigurosas se aplicaban a los autores de ataques contra la propiedad privada. Así aparece en los mandamientos de Dracón en Atenas y en las antiguas prohibiciones de Roma.

2.2 PRIMERAS INTERPRETACIONES DE LA JUSTICIA.

Los grupos primitivos no carecían de capacidad para determinarse individual y colectivamente, como tampoco estaban asistidos por un sentido mítico de las relaciones y los hechos. En el curso de los milenios han sufrido toda suerte de transformaciones atravesando períodos de crisis y prosperidad, sufriendo guerras, migraciones, aventuras. Posiblemente hubo una negación de la justicia: la venganza ilimitada ejercida por la horda contra los atacantes externos, o la ira recóndita y misteriosa contra los propios miembros a quienes podía señalárseles como infractores del tabú.

Se ha llegado a afirmar, y en ello guardamos ciertas reservas, que los primitivos tenían una irrevocable mentalidad prelógica que inhibe a los individuos para seleccionar racionalmente los datos, y por eso la justicia en ellos no es más que un reflejo místico del acontecer, los objetos y seres que le rodean están implicados en una red de participaciones y exclusiones místicas; son ellas las que hacen la textura y el orden. Son, por consiguiente las que se expondrán primero a su atención y las únicas que tendrá. Al interesarse por un resultado, si no se reduce a percibirlo pasivamente, lo atribuye a una presencia invisible. Se limita ordinariamente al registro de los hechos, pero sin penetrar en su explicación. No relaciona los fenómenos, de donde vienen sus temores y supersticiones. Cuando es advertido de los vínculos de causa a efecto, le quita toda importancia porque sus representaciones colectivas evocan inmediatamente la intervención de potencias místicas.

La represión también entraña una medida sobrenatural, debido a la violación del tabú. El tabú protegía la organización

ción comunal. Todo el que profanaba estas leyes no escritas ponía en peligro la organización del grupo entero. Pero el castigo no estaba disciplinado sino que surgía espontáneamente. Si alguien moría de pronto, el hombre primitivo creía que esa muerte era debida a alguna infracción del tabú: este producía la muerte como ahora puede hacerlo una corriente eléctrica.

Pero, al contrario de lo escrito anteriormente, se puede decir que el tabú no es universal, ni su existencia ha sido forzosa en todos los pueblos llamados primitivos así como la inspiración mágica del castigo, la inspiración, divina, el talión y la composición, no fueron etapas, sino que coexistieron aunque no en todas las agrupaciones humanas.

Por ejemplo: el tabú es siempre "no debes". De acuerdo a los polinesios, significa algo que se aparta del uso común: un árbol que no puede ser tocado o talado, es un árbol tabú. Y se habla del tabú de un árbol para señalar el escrupulo que detendrá al que intenta talarlo, escrupulo independiente del miedo a herirse o rasguñarse. El carácter distintivo del tabú consiste en que la prohibición no es razonada y la sanción prevista en caso de violación no es una pena inflingida por la ley civil, sino una calamidad, como la muerte o la guerra, que alcanza al culpable.

Según la explicación más rudimentaria, los hechos no ocurren por azar y las desgracias familiares o personales tampoco son casuales. La mente pasa del fenómeno a la causa, pero torcidamente porque esta causa es mística, en cuanto se atribuye a violación del tabú. El que la ha infringido resulta contagioso, se hace tabú a sí mismo, y lo peor es que el castigo se extiende a la comunidad y aun a las zona habitada. Sobre todo hay ciertas infracciones que despiertan la energía multitudinaria, como la hechicería, la traición, el desconocimiento de las leyes de caza. El conjunto se defiende destruyendo brutalmente al responsable, pues sabe que en ese acto va implícita la necesidad de conservarse. Tan extrema era la concepción del tabú y de su castigo que entre los chaquenses, fueginos y patagones consideraban que la mujer cometía delito cuando miraba a

un hombre antes que a este le hubiera crecido el cabello. Entre los patagones, la mujer era sexualmente libre al llegar a la pubertad, en tanto que la abstinencia de una viuda se pagaba con la muerte.

2.3 Las ideas de tabú y tótem conducen al "pensamiento mágico" y este a un estado de atraso en que las cosas que ocurren carecen de explicación y deben aceptarse como producto de un ciego determinismo que aniquila a quien trata de levantarse contra él. Pero en realidad el hombre primitivo no es un atrasado, ni su mentalidad es prelógica, sino, por el contrario, muy lógica para enfrentar las realidades y para explicárcelas. Más aun es hombre práctico y no místico. La propia magia es un modo de conocimiento, un proceso de adaptación y de superación de los conflictos que, si bien es cierto carece de los éxitos de la ciencia, no puede oponerse a esta. Magia y ciencia suponen una serie de operaciones mentales. El primitivo para elaborar las técnicas, a menudo prolongadas y complejas, que permiten cultivar sin tierra, o sin agua, cambiar granos o raíces tóxicas en alimentos, o todavía más utilizar esa toxicidad para la casa, la guerra, el ritual, no nos quepa la menor duda, que requirió una actitud mental verdaderamente científica, una curiosidad asidua y perpetuamente despierta, un gusto del conocimiento por el placer de conocer. A pesar de que al hombre primitivo se describe su vida en terminología religiosa, no se puede decir por eso que los sucesos puramente mundanos sean atribuidos a gentes sobrenaturales. La razón para decir esto, es que muchas tribus le ponen gran cuidado en no pedir a las deidades tareas imposibles: no se pide lluvia cuando el cielo está sin nubes en la estación seca, ni seguridad contra el naufragio cuando se sale imprudentemente en una canoa durante una terrible tempestad. Así los salvajes, pues, tiene gran gusto por el conocimiento de las cosas que le rodean, al contrario de lo que se ha afirmado que la mente primitiva solo tiene facultades mágicas, y esto supone capacidades intelectuales y el empleo de métodos adecuados para llegar hasta ellas e interpretar su sentido. El universo para ellos es, tanto como lo es para los otros hombres, un objeto de pensamiento y un medio de -

satisfacer necesidades. Más aún, se descubren ahora facultades finamente agudizadas y correlaciones con el mundo exterior que han llegado a desconcertar a los etnólogos.

2.3 EL TABU, SU PRESENCIA Y EVOLUCIÓN:

Para quien violaba el tabú no constituía necesariamente un castigo automático externo, implacable, sino que desde sus orígenes estuvo racionalizado/. La idea de su existencia - fué elaborado conscientemente a manera de recursos necesarios para la producción y luego para la represión, favoreciendo el origen de las religiones, de la moral y del delito. La explotación del jefe, luego el sacerdote y, finalmente, los aprovechados enteros para afirmar el deber de sujeción de otros, así como la conveniencia del sojuzgamiento.

A pesar que se ha recorrido un largo trayecto desde los dioses vigilantes y omniscientes, aún quedan formas de tabúes religiosos fundados en el supuesto carácter de las personas, los lugares o ciertos objetos. En el mundo contemporáneo hay una suerte de prohibiciones sin mayor sustento racional, de prejuicios que trastornan la vida del hombre y reducen sus potenciales arranques hacia la liberación, así pues la psicología profunda debe enfrentarse a los dañosos efectos de las prohibiciones reformadas desde fuera respecto a muchas acciones intensamente deseadas. Ciertamente es que algunos delitos están influidos aún por el "no debes" nativo. Pero los tabúes o lo que con ese nombre podemos designar, varían enormemente según las comunidades y las fases de la cultura, el área que ocupan y las actitudes sociales respecto de los actos perjudiciales. Por lo tanto, hoy no basta saber que los tabúes nos mortifican con su presencia. Es preciso encontrar los medios para hacerlos perder su fuerza inhibitoria.

Cuando se desarrolla la propiedad privada, una ley moral y una noción jurídica surgen para proteger el nuevo instituto, hasta que se le declara inviolable. Andando el tiempo, la filosofía del derecho, servidora de esos intereses, dirá -

que el goce de las cosas, y aun la simple tenencia, son atributos naturales de la personalidad. La sociedad establece así nuevos tabúes y la ley garantiza su permanencia.

El tabú se origina en necesidad colectiva, la ley que estabiliza la prohibición nace, por consiguiente, de la misma necesidad. La pena que se impone al delincuente responde también a la necesidad de quienes explotan la prohibición. La ley eterna se va integrando sobre las exigencias de unos pocos.

2.4. EL TALIÓN: mira los delitos y las sanciones a que

dan lugar: muerte, composición, multa, talión, mutilaciones y marcas. La venganza contra quien ha violado el tabú o contra los miembros de otras agrupaciones, crea situaciones que impiden todo progreso. La necesidad de matar para vengar las muertes excita nuevas guerras. Un vago reconocimiento de la igualdad se abre camino a través de esos desquites y obliga a limitar la efusión de sangre, hasta sostener en el fiel, en ciertos casos, la balanza de las muertes de los dos lados. Esta concepción creciente de la conveniencia de las relaciones de tribu a tribu, va acompañada de una concepción creciente de la justicia entre los miembros de cada una. El temor a las represalias fue primitivamente el único medio para mantener un cierto respeto hacia las personas o los bienes ajenos.

Por esta necesidad, se forman entonces instituciones dirigidas a dosificar la venganza, no por un pacto entre los hombres, sino como costumbre difundida después de cientos de años, quizá de milenios. Cuando los preceptos del Tali6n se filtran en los c6digos antiguos, ya ha transcurrido m6s de una 6poca de depredaciones iliminadas. Pero el Tali6n no sustituye enteramente las costumbres anteriores, ya que estas continu6n practic6ndose, a veces simult6neamente, a veces como normas m6s o menos estabilizadas y 6nicas en pueblos menos evolucionados.

El Tali6n consagra principios de dosimetría penal. Representa, por eso mismo, un avance al instaurar la reparaci6n del mal sufrido, con crueldades ejecutadas sobre la persona del infractor, buscando una equivalencia con el mal producido por

por este. También representa un avance, pues, por regla general no es la mano del propio individuo herido o perjudicado -- quien aplica la "Justicia" sino un poder superior: el jefe -- del clan o tribu, el sacerdote, el rey.

La práctica del talión se encuentra en las legislaciones arcaicas. El Código de Hammurabi, rey babilónico, siglo XXIII a.c. el más antiguo que se conoce, establecía la muerte para el que hubiere golpeado a una mujer libre, si esta abortaba o moría a consecuencia de los malos tratamientos. La parte penal de este código enumera los delitos y las sanciones a que dan lugar; muerte, composición, multa, talión, mutilaciones y marcas. Hay medidas reparadoras del daño por imprudencia, que en muchos puntos coincide con el derecho contemporáneo y en algunos lo aventaja.

Pero el talión aparece más perfecto en la ley mosaica. Inclusive en la Biblia se refuerza considerablemente, no solo al mencionar y repetir muchas disposiciones del Código de Hammurabi, sino en libros posteriores. El capítulo XXI del Exodo prescribe: "23 Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, 24 ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, 25 quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe". Prescrito a los judíos: alma por alma, ojo por ojo, nariz por nariz, oreja por oreja, diente por diente, las heridas según castigadas por la ley del talión. El que al recibir una según castigadas por la ley del talión, ha de recibir la muerte. 18 El que hiere a algún animal, ha de restituirlo: animal por animal. 19 Y el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho: 20 rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, tal se hará a él. 21 El que hiere a algún animal, ha de restituirlo; más el que hiere de muerte a un hombre, que muera".

El capítulo XXIV del Levítico dice: " 17 Así mismo, el hombre que hiere de muerte a cualquier persona, que sufra la muerte. 18 El que hiere a algún animal, ha de restituirlo: animal por animal. 19 Y el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho: 20 rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, tal se hará a él. 21 El que hiere a algún animal, ha de restituirlo; más el que hiere de muerte a un hombre, que muera".

El capítulo XIX del Deuteronomio prevé: 16 Cuando se levantara testigo falso contra alguno, para testificar contra él -- 17 Entonces los dos litigantes se presentarán delante de Jehová, y delante de los sacerdotes y de los Jueces que hubiere en aquellos días -- 18 Y los jueces inquirirán bien; y si aquel testigo resultare falso y hubiere acusado falsamente a su hermano. -- 19 entonces haréis a él como él pensó hacer a su hermano; y quitarás el mal de en medio de tí. -- 20 Y los

que quedaren oirán y temerán, y no volverán a hacer más una maldad semejante en medio de ti.- 21 Y no le compadecerás; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie.

La legislación criminal mosaica ordenaba los temas así: instrucción, proceso, pruebas, distintas clases de suplicios, penas, ofensas a la divinidad, al templo y a los sacerdotes; castigos para el parricidio, el homicidio, el adulterio, la fornicación, el rapto, el incesto, el robo, la usura, el falso testimonio y la calumnia. En la legislación de Moisés hay trazas bastantes vivas de crueldad y barbarie de sus tiempos y su tónica general es tan universal y tan realista, que en muchos puntos coincide con el derecho contemporáneo y en algunos lo aventaja.

En el Corán, libro sagrado de los mahometanos, está inscrita la norma. El sura 11, número 173, dice: "Oh, creyentes! Os está prescrita la ley del talión por el asesinato. Un hombre libre por un hombre libre, un esclavo por un esclavo, - una mujer por una mujer". Y el sura 5 establece: "En este código hemos prescrito a los judíos: alma por alma, ojo por ojo, - nariz por nariz, oreja por oreja, diente por diente. Las heridas serán castigadas por la ley del talión. El que al recibir el precio de la pena, la convierta en limosna, hará bien; esto le servirá de expiación de los pecados.

Los códigos fundados sobre este principio retributivo fueron expresión de los pueblos que habían superado el período bárbaro de la venganza ilimitada. A pesar de la violencia de las penas establecidas en ellos, significaron, un avance considerable. Era preciso hacer entender a las gentes que la reparación tenía su legitimidad en el límite del perjuicio probado, y que ella no carecía de justificación fuera de esta medida: - ojo por ojo, diente por diente, miembro por miembro.

2.5 LA COMPOSICION:

Para el visionario del espíritu humano FEDERICO NIETZSCHE: "A medida que se acrecienta el poder, una comunidad con

cede menos importancia a las faltas de sus miembros, porque estos miembros no le parecen ya ni peligrosos para su existencia del conjunto ni subversivos en la misma medida. El malhechor no es ya arrojado y privado de la paz. La cólera general no puede ya, como en otros tiempos, encontrar libre curso contra él. Antes bien, se defiende cuidadosamente al malhechor contra esta cólera, se le protege, sobre todo contra los que han sufrido el daño inmediato. El Compromiso con la cólera de los que han sufrido el daño, el esfuerzo intentado por localizar el caso y obviar así una efervescencia, una perturbación mayor o general, la búsqueda de equivalentes para arreglar el asunto (composición) y ante todo la voluntad cada vez más firme de considerar cualquier infracción como pudiendo ser expiada, y, por consiguiente, aislar por lo menos en cierta medida al delincuente de su delito.

No otra es la esencia de la composición, precepto que alcanzó considerable desarrollo para limitar la venganza de sangre, y después para comprarla, pero que, como es obvio, no puede funcionar sino en cuanto se encuentra perfectamente establecido el dominio privado sobre toda clase de bienes. Consistió en la prestación o serie de prestaciones que el ofensor debía pagar al ofendido, y ordinariamente, a sus sucesores.

La composición fue ampliamente practicada por los germanos. El heredero podía escoger cualquiera de estos caminos: vengar la muerte o exigir el pago de una indemnización, que consistía en bueyes o corderos.

Hegel encuentra que la composición no fue un avance, sino un retroceso: " Los alemanes estaban insensibilizados para sentir gravemente la muerte de la parentela, y por eso el asesinato y la venganza no eran pecados ni delitos. No se castigaban. Dentro de la sucesiva agregación de grupos que iban integrando la gran comunidad germánica, los delitos de violencia a las personas se purgaban mediante el pago de una cantidad.

El hecho de que el asesinato de un hombre se ha considerado nada más que como una ofensa y menoscabo a la comunidad,

demuestra aquí que falta profundidad a la sensación, en la indifferencia del sentimiento. Esto no es bondad, sino embotamiento. Cuando alguien cometía una falta, tenía que arreglarse con la parte ofendida, pero la Composición no es un castigo por razón de Estado. guerras entre chaquenses. Los tehuelches compa-

nían muchas infracciones, y el cacique intervenía para obligar al pago cuando el agresor era poderoso. Todavía subsisten rami- los capitulares, o leyes de los francos, un ordenamiento político aplicado por obispos, abades, condes y subalternos, que a busan de su poder para expoliar a los campesinos, condenando a aquellos que no se les somete voluntariamente, al pago de desor- bitadas indemnizaciones por supuestos delitos, o reclutandolos una y otra vez por servicios de guerra, hasta que se someten a depender de ellos, los poderosos. Los reyes francos han rea- lizado por primera vez dentro de la historia alemana la idea - de que el derecho no solo es posible como costumbre popular - consagrada por los dioses y acreditada por el tiempo, sino tam- bién como voluntad estatal consciente en sus clanes y creacio- nes de nuevas formas. Por ello, son los primeros en tener una política criminal consciente, en haber conocido una metódica - represión del crimen. Esta política criminal está regida por - dos ideas: sustituir las guerras privadas por el pago de indem- nizaciones y el derecho de autodefensa por la acción punitiva del Estado y sus penas públicas, aunque ambos caminos conducen a resultados no deseados, ya que estas penas públicas eran a - plicadas solo a los siervos, y la indemnización resultaba impo- sible para los pobres. Y dejan ver también el abuso de la com- posición, que condenaba al pueblo a la miseria para satisfacer crímenes inventados por la nobleza y por el clero: hay quien, obligado por el hambre u otras necesidades, llega a la situa- ción de vender a los hijos como lo declara un capitular del año 864.

El libro noveno dice: "Varuna es el señor del castigo. La Composición se extendió a casi todos los pueblos - europeos y a los habitantes del América precolombina. Entre los araucanos se evitaba la venganza mediante el pago de sar- tas de piedras veteadas de blanco y negro. Esta costumbre era común entre los pegüenses y entre los aymarás. Entre los pe- queños Dios no ama a los prevaricadores... Además, Dios se enfada

guenses, el homicida debía ser muerto por los parientes del difunto, o tenía que remunerar la injuria proveniente del delito. Entre los patagones y pampas, el adulterio debía sancionarse con la muerte, o podía indemnizarse económicamente. Así terminaban también las guerras entre chaquenses. Los tehuelches componían muchas infracciones, y el cacique intervenía para obligar al pago cuando el agresor era poderoso. Todavía subsisten reminiscencias de esta institución entre los guajiros del norte de Colombia. En la época legendaria de Grecia, el derecho de castigar era emanación de Zeus, y las penas públicas y privadas se resolvían con la venganza. Sin embargo, a través de las leyes fueron clarificándose las atribuciones del poder civil, hasta que llegó el momento en que en Esparta, por ejemplo, la justicia social se encomendó a los áforos, y la justicia penal a los magistrados.

2.6 LA VENGANZA DIVINA.

Muchas de las instituciones basadas en el talión y la Composición, se inspiraron en la idea de que era preciso aplacar por ese medio las iras divinas que el delito provocaba. Esta motivación, que confunde el delito por el pecado, está escripta en los códigos antiguos, con excepción del de Hammurabi. A la venganza humana de los primeros tiempos, sucede la venganza divina. El sacerdote era el encargado de vindicar a los dioses.

El Sura IV, núm. 95, del Corán, dice: "El que mata a un creyente voluntariamente tendrá el infierno por recompensa y en él permanecerá eternamente. Dios, irritado contra él, le maldecirá y le condenará a un suplicio terrible".

Para expiar algunos delitos (especialmente la falsedad y el robo), la Biblia ordena traer "a Jehová un carnero sin tacha de los rebaños conforme a tu estimación, y el sacerdote hará el sacrificio delante de Jehová" (Levítico, 6).

Las leyes de Manú incurren en la misma confusión de delito y pecado. El libro noveno dice: "Varuna es el señor del castigo, y extiende su poder aun sobre los reyes". "Si un hombre o una mujer robaren, cortadles la mano por lo que hicieron; es este Castigo ejemplar señalado por Dios; y Dios es todo poderoso y sabio". Más adelante agrega: "No ocultéis las cosas buenas que Dios os ha concedido; y no prevariquéis, porque Dios no ama a los prevaricadores.... Además, Dios os manda

restituir a sus dueños las cosas que se os hubieren confiado". El sacrificio de los humanos era no solo una práctica religiosa sino también una necesidad para lavar - para hacer propicios a los dioses, sino necesaria para lavar - el delito y el pecado. En la época de la dignidad real, en Roma, al hombre que ultrajaba a los dioses se le sacrificaba con pompa. El criminal era un enemigo de los dioses, y la obra salvada de sus manos debía ser aniquilada.

En la época legendaria de Grecia, el derecho de castigar era emanación de Zeus, y las penas públicas y privadas se resolvían con la venganza. Sin embargo, a través de las leyes fueron clarificándose las atribuciones del poder civil, hasta que llegó el momento en que en Esparta, por ejemplo, la justicia social se encomendó a los éforos, y la justicia penal, a los magistrados.

En Egipto, el dios Thot legisló en caracteres jeroglíficos sobre columnas de granito. La misma divinidad confió la ejecución de sus preceptos a los sacerdotes. El derecho chino tenía carácter sagrado, y las penas terrenales eran seguidas por penas de ultratumba. Las cinco penas decretadas por el emperador Sciu, imponían primero la venganza y después el talión.

2. 7 HUMANIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS Y DOCTRINAS PENOLÓGICAS:

Los códigos de la antigüedad (el de Manú, el Corán, el Pentateuco), se vieron influidos por un casuismo empírico, como corresponde al estado de las relaciones sociales de la época en que fueron dictados. Fuera de la concepción de que el delito es una ofensa a la dignidad, no hubo en ellos una noción general que justificara el castigo. Esta solo aparece cuando las ideologías políticas llegan a un alto plano de abstracción, es decir, cuando surgen los filósofos con su afán, de explicar las cosas del mundo físico y la existencia de la sociedad, como sucedió en Grecia y Roma. Sin embargo, la filosofía jurídica penal se manifiesta más tarde.

CARRARA, distingue tres etapas en el proceso de perfeccionamiento de las instituciones penales. En la primera, la teología suministra las razones para castigar. Lo que puede llamarse el derecho no es sino un conjunto de doctrinas teológicas. Esta etapa se inicia con las leyes de Moisés y se extiende hasta los concilios de la cristianidad, comprendiendo las normas aceptadas por los emperadores orientales. En este período es siempre el sacerdote el que pronuncia la última palabra que dirige las cuestiones de la prohibición y la penalidad. El pecado se confunde con el delito, el delito con el pecado, la pena con el sacrificio, el sacrificio con la pena. Durante treinta siglos impera la decisión religiosa, pues el sacerdocio, una vez puesto en posesión del poder, es tenacísimo en conservarlo y en disputar palmo a palmo, el terreno a toda invasión.

En la segunda etapa, cuyo desarrollo ocurre en el siglo XVIII, la filosofía lucha contra los prejuicios teológicos, hasta que obtiene un lugar eminente, y con Kant, Romagnosi y Bentham se hace dueña del campo. Bajo su influjo se destierran las prácticas antihumanas y se hace una crítica demoledora de las instituciones del pasado. Pero a la autoridad divina, a los oráculos, a las revelaciones emanadas de lo alto, se sustituyen ideas indefinidas, que mantienen incertezas y conflictos de la noción de los delitos y en los límites de la comunidad.

De allí el que se buscara lo que CARRARA llamó "doctrina matemática", tal es el período más alto, donde surge la escuela clásica que trata de encontrar el equilibrio entre la gravedad del acto y la estimación del castigo.

CARRARA considera que este es el último grado evolutivo del derecho, más allá del cual no deben buscarse razones válidas para la punición. Tesis que se une a otras del mismo autor, sobre la imposibilidad de superar los estudios jurídico-penales de su "Programa", y que reflejan una suficiencia científica incompatible con la inquietud mental de los tiempos en que se escribió dicha obra. La misma "doctrina matemática" es de una rigidez deplorable, además de falsa, pues la pretendida igualdad entre infracción y pena carece de respaldo, como todo

lo que se proponga buscarle equivalencias materiales a la conducta humana. Si el delito se valora simplemente por el resultado, es posible aproximarse a esa igualdad. Pero si el derecho penal interpreta el pasado y el presente del individuo, tratando de encontrar un diagnóstico de su personalidad y un pronóstico sobre el comportamiento, según el medio en que siga desenvolviéndose, las matemáticas resultan inadecuadas.

TIRAQUELLUS, invocando a Platón y a sus seguidores romanos, es el primero que ve en la pena una teoría de la prevención y un efecto intimidativo sobre la colectividad, sin descuidar las causas que la atenúan (ira, dolor, exceso de legítima defensa) o que la eximen (locura, pasión amorosa, sueño, embriaguez), o también la ignorancia, el error, la culpa. DE CIANUS distinguió también el concepto de la pena, fundada en la retribución, de los fines de la pena, como son: el platinico de prevenir por medio de la corrección, resarcir al lesionado y evitar la venganza, con lo cual elevó la teoría a un alto rango.

de Beccaria, que lo motivó a decir que tal medio "hace del dolor el crisol de la verdad, como si el juicio de ella se tuviera en las músculos y fibras de un miserable. No es nuevo este dilema: o el delito es cierto, o es incierto, no lo convence otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos para atormentar a un inocente, porque tal, según cierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal, según las leyes, no se debe atormentar a un inocente.

3.1 TECNIFICACION DE LA PUNICION.
En el siglo XVI, notables juristas lucharon contra las aberraciones de la justicia medieval, si no alcanzaron a edificar una obra sociológica, por lo menos quedó el eco de su defensa de la dignidad humana. El criminal es un hombre y no una bestia: tal fue la conclusión de los utópicos, en 1517, TOMAS MORO, en su libro Utopía, al derivar los vicios derivados de la propiedad privada y los suplicios impuestos al ladrón. MORO combatió los abusos capitalistas naciotes y mostró los sufrimientos al pueblo. Todos los bienes de este mundo dijo no pueden compararse a la existencia humana. Antes de resolver por la pena capital es preciso ver las condiciones que influyeron en el delito: la miseria, la guerra, la ociosidad, el ambiente general, la educación, y tratar de cambiarlas para que en lo suce-

sivo no haya tantos criminales.

MORO expuso cuestiones jurídico-penales y penitenciarias. Examinó los distintos factores, partiendo del económico, y pidió corrección para la enorme desigualdad entre pobres y ricos, propuso la proporcionalidad entre infracciones y penas; el fin de estas discriminándolas según la aflicción corporal y el tiempo de libertad que quitam.

El ataque a fondo, sistematizado e influyente, contra los métodos antiguos, partió de CESAR BECARIA en 1764, diciendo que el verdadero fundamento del derecho de castigar radica en la necesidad de defender las normas convenidas para el sostenimiento de la comunidad política. El juzgamiento debe ser hecho por tribunales de conciencia, integrados por personas de la misma categoría a que pertenece el infractor, despojando de este privilegio al funcionario cedido a una técnica deficiente.

La práctica del tormento mereció la más enérgica condena: Nadie puede ser acusado, arrestado, puesto en prisión si no en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas prescritas en ella. En 1790 se había abolido toda diferencia en las penas por razón del rango social del culpable, tuviera en los músculos y fibras de un miserable. No es nuevo este dilema: o el delito es cierto, o es incierto, no le convie

me otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos, porque es inútil la confesión del reo; si es in

cierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal, según las leyes, aquel cuyo delito no está aprobado".

La sanción debe ser inmediata, pues los aplazamientos indefinidos le hacen perder el fin correctivo a que está desti

nada. Es inadmisibles la pena de muerte, por que la sociedad no está autorizada para privar de la vida a ninguno de sus miem

bros, esa pena es solo una guerra de la nación contra un ciuda

dano, y no es útil ni necesaria, pues no impide a los malvados cometer un delito; su dureza es contraproducente; no obra en el carácter del hombre, como lo hacen las penas durables, pero si implica un acto de crueldad excesiva.

Junto a los pensamientos de Becaria, surgió John Ho - wars, quien dijo que era preciso implantar estas cinco prácti

cas fundamentales en reemplazo de las existentes: alimentar mejor a los reclusos y suministrarles medios de vida higiénicos; establecer una disciplina distinta; educarlos según la moral religiosa; hacerles trabajar y atenuar la espereza del sistema celular.

La verdadera transformación penológica la elaboró el pueblo francés, no con graciosa conceción del rey, sino a título de lucha por la libertad. Influyeron las denuncias de Beccaria y Howard, que en 1.789 lograron que se declare que "Las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que lo nocivo a la sociedad; Art. 5º Como quiera que todos nacen libres e iguales, la ley debe ser igual para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga; Art. 6º No deben establecer sino las penas estrictamente necesarias, de donde resulta que nadie puede ser castigado sino en una virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente, y en el Art. 8º Nadie puede ser acusado, arrestado puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas prescritas en ella. En 1.790 se había abolido toda diferencia en las penas por razón del rango social del culpable, estableciendo que la sanción debía ser personal y no extenderse a la familia.

Las declaraciones francesas, al iniciarse el período revolucionario fueron la base sobre la cual se construyeron -- los primeros sistemas legislativos colombianos, por ejemplo la teoría de la defensa social, según la cual los individuos han cedido a la comunidad el derecho de defensa, y, que la sanción o mejor, la función punitiva no puede ser sino un derecho de defensa que, a su vez, no es sino una transformación del derecho a conservar la vida y el bienestar, ocasionado por un acto nocivo. Y agrega Romagnosi, " En la sociedad todas las partes unidas tienen la facultad de defenderse, como si se tratara de una persona real, para conservar el estado de agregación y seguir su fin. Siendo la agresión un atentado contra la vida de un individuo, es un ataque contra una cosa que este tiene derecho de conservar por sí mismo y la sociedad conjuntamente con

39
él. Por consiguiente, contra el agresor injusto limitan dos --
derechos: el de defensa del agredido y el que le compete a la
sociedad en favor de sus miembros y de ella misma".

El derecho de castigar, según el autor citado, se ex-
tiende donde es indispensable el empleo de la fuerza para ase-
gurar el bienestar común. Este derecho corresponde por entero
a la sociedad en que se ha cometido el delito. El fin de la pe-
na no es la venganza, ni el tormento, sino intimidar a los po-
sibles autores de delitos, para que prescindan de atentar con-
tra la comunidad. La pena, pues, debe inspirar temor. Pero an-
tes de actuar con medidas afflictivas, la autoridad está en el
deber de prevenir los delitos con medios eficaces, ya que a la
corrección por la pena debe acudir como último recurso. El -
delito es pues, una fuerza antisocial y opuesta al derecho. Con-
tra ella hay que levantar el contraimpulso, que es lo que se -
llama pena. El contraimpulso está dirigido desde fuera por la
sociedad y por la ley. La correlación entre el impulso y el -
contraimpulso sostiene el equilibrio jurídico.

3.2 LA TEORIA DE LA UTILIDAD.

Dice BENTHAM, que los fines de la pena radican en la
prevención general y particular de las infracciones. Sostuvo -
la ya vieja tendencia de la equivalencia entre delito y pena,
pero en este punto tampoco fue absolutamente consecuente, ya -
que pronunció contra los castigos por faltas de religión, aun-
que estimó posible conservar la mutilación para algunos hechos
ilícitos, lo mismo que la vergüenza pública y la muerte para -
los reveldes.

No puede concebirse ningún derecho sin el de castigar.
La p na, medio vil de por sí, que repugna a todos los sentimien-
tos generosos, se eleva hasta ocupar el primer rango de los ser-
vicios públicos cuando se le considera, no como un acto de có-
lera o de venganza contra un culpable o infortunado que se deja
arrastar por impulsos malvados, sino como un sacrificio indis-
pensable para la salud común.

que cumpliendo la prevención uno de los remedios principales contra el delito, no es, tampoco, el único. Bentham, concibe tres que lo complementan, siguiendo esta escala ascendente: 1º medios preventivos; 2º medios supresivos que tienden a cesar - el delito una vez comenzado; 3º medios satisfactorios para la parte lesionada o perjudicada; 4º medios penales, o penas propiamente dichas.

Así como existen penas para someter a los criminales y para ejemplarizar a los demás, también debiera existir un sistema de recompensas para los hombres honrados, para los que resisten el incentivo de la necesidad, si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir. No hay aquí ninguna identidad entre una vida llena de trabajos y la muerte; por consiguiente, ninguna igualdad entre el crimen y la pena más que por la muerte del culpable.

3.3 PRINCIPIOS ETICOS Y FILOSOFICOS DE KANT SOBRE LA PENA.

MANUEL KANT, dice: "Procede de tal modo que tu voluntad puede estar siempre a la par de los principios universales de legislación." No admitió ningún fundamento científico a la pena. Esta no puede basarse, según Kant, en razones de defensa social o de enmienda del culpable. Por ese medio no se busca ningún bien. La ley penal es un "imperativo categórico" y se aplica solamente porque se ha delinquido. Es el fundamento de la justicia penal absoluta, que solo ve en el castigo un efecto directo e incontrastable de la acción antijurídica: "La única razón para aplicar la pena es la de haber delinquido". Toda otra consideración está demás.

El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico y más vale la muerte de un solo hombre que la pérdida de todo el pueblo, porque, cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser sobre la tierra".

Agrega: que aun en el caso de que un criminal que ha merecido la muerte se prestara, para eludir el patíbulo, a experimentos peligrosos, de los cuales la ciencia médica pudiera obtener datos saludables a la humanidad, la justicia tendría

que cumplirse. " Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera semejante petición o diera ese consejo, por que la justicia deja de serlo desde el momento en que se dá por un precio cualquiera.

Del mismo modo, " si la sociedad civil llegare a disolverse por el concentimiento de todos sus miembros, como un pueblo que habitase una isla decidiera abandonarla y dispersarse, el último asesino debería ser muerto antes de esa disolución, a fin de que cada uno supiese la pena de su crimen.

La Especie y el grado del castigo aplicado por la justicia pública son los del delito. Por eso, si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir. No hay aquí ninguna conmutación capaz de satisfacer la justicia. No hay ninguna identidad entre una vida llena de trabajos y la muerte; por consiguiente, ninguna igualdad entre el crimen y la pena más que por la muerte del culpable; pero su muerte pronunciada en justicia y separada de toda clase de malos tratamientos que pudieran hacer horrible la naturaleza humana del paciente.

Las tesis kantianas sintetizan cuanto pudieron aducir, a través de las épocas más sombrías de la historia, todos los verdugos de pueblos para justificar su dominio.

Por lo mismo, el constreñimiento debe de tener respaldo en la serie de las instituciones, sin el cual la acción legislativa y judicial no pasa de ser un inofensivo expediente.

3.4 LA PREVENCIÓN. SUS EXPONENTES.

Según FEUERBACH, " la prevención general mediante el constreñimiento psicológico", cuyo sentido lo explica adecuadamente MEZGER. La prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción síquica, interna, que en los casos de un posible quebranto del derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio. Esta coacción psicológica se halla en la amenaza legal de la pena, que, por lo tanto, debe actuar de manera intimidadora sobre el conjunto de los ciudadanos.

El principio tiene este origen: las infracciones están causadas psicológicamente por la sensualidad, en cuanto al placer que se obtiene por la satisfacción de la sensualidad.

cer despierta casi todos los apetitos humanos. Si cada cual sabe que a su acto sigue un mal mayor que el mero desagrado por el motivo insatisfecho, termina por asociar la idea del delito a otra idea, que es la de la sanción, consecuencia directa de la primera.

La pena, es por consiguiente, el constreñimiento moral y comienza a cumplir su función intimidativa desde el momento en que el legislador la dicta. Fundamento jurídico de la amenaza es "la necesidad de asegurar los derechos de todos". Fundamento jurídico de la imposición de la pena es "la amenaza precedente contenida en la ley". Por eso, dicha amenaza debe aparecer nítidamente configurada, en desarrollo del principio "no hay pena sin ley".

El Estado, debe intentar, en la medida que lo requiera el peligro proveniente de la lesión jurídica, someter por la amenaza legal de un mal sensible, los estímulos, también sensibles, de donde nacen aquellas trasgresiones, aspirando a vencerlos en virtud de la coacción síquica o interna.

Repito, FEUERBACH, que la coacción psicológica busca hacer desistir de sus propósitos criminales al posible agente. Por lo mismo, el constreñimiento debe de tener respaldo en la seriedad de las instituciones represoras, sin el cual la amenaza legislativa y judicial no pasa de ser un inofensivo espanto.

Otros exponentes como GIACOMO GIULIANE dijo, que convenía conocer el corazón del hombre, sus inclinaciones, sus surgenes, las múltiples fuerzas que las exaltan, la influencia de los objetos en la imaginación y la imaginación sobre los efectos, a fin de determinar la calidad de las penas que deben infligirse por el delito.

En 1.828, el padre ANTONIO ROSMINI SERBATI sostuvo públicamente que la razón, el fin o motivo de la pena radica en la defensa; que la responsabilidad jurídico-penal debe distinguirse de la imputación y de la responsabilidad moral; que

es preciso estudiar la casualidad en la conducta humana; que los delincuentes deben ser clasificados; y que es necesario tener en cuenta las tendencias innatas y los hábitos adquiridos para el mal.

En la sesión del 15 de mayo de 1904, se pronunció contra el libre albedrío y el patíbulo, y defendió el carácter preventivo del derecho penal. El impulso interno debe ser explorado con ayuda de la ciencia médica, que está muy cercana a la jurídica: "hay delitos sin lucro, sin cálculo, sin placer, inspirados por instinto ciego, por afectos violentos, por ideas fijas que confinan ya con el delirio, por debilidad y casi por inercia de la conciencia que se deja impulsar por pasiones no suyas, por serviles imitaciones, por corruptales que descienden de la más alta sociedad, por obediencia y admiración a los veteranos de la cárcel, por los campeones de la canalla. En torno a esto, el médico que tuvo la confianza cotidiana de los miserables presos, es mucho más docto que el legislador o el magistrado, a quienes el acusado oculta cada movimiento de su corazón. La aplicación a la entidad del daño; y en su ejecución deben ser correctivas e improporcionables.

3.5 LA ESCUELA CLASICA.

3.6 LA ESCUELA POSITIVISTA.

Con la escuela clásica, nombre dado por FERRI a la corriente que había venido desarrollándose sobre la base de libre albedrío y de las doctrinas de tutela y retribución jurídica, culminan los esfuerzos para tecnificar el derecho penal, comenzando por dar una fuente estable a sus normas y una aplicación igualitaria a sus preceptos. Ferri, Carrara, y Carmignani, son la voz de la filosofía liberal y del derecho basado en el orden impuesto por Dios a las sociedades humanas.

La pena, para los clásicos, o sea el medio coactivo directo, no tiene por fin que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño perseguido por él, ni que se amedrenten los ciudadanos, ni que el delincuente expie su delito, ni que se obtenga su enmienda. Todas esas pue

den ser consecuencias accesorias de la pena, y algunas de ellas ser deseables.

La ley penal tiene cumplir esa función de defensa. Como el fin de la pena es el restablecimiento del orden jurídico (orden conmovido por el desorden del delito). Se aplica, no para remediar el mal material del delito lo cual es ordinariamente imposible, sino para restaurar en los ciudadanos el daño moral causado a su tranquilidad. El delito ofende a cada uno de los asociados, en cuanto hace perder la opinión de la propia seguridad, y cre el pelibro del mal ejemplo. La pena debe reparar este daño de tres maneras: corrigiendo al culpable, estimulando a los buenos y advirtiendo a los mal inclinados.

De esta manera se llega al fin último de la pena: el bien social, representado por el orden que se procura mediante la tutela de la ley jurídica.

Las penas, por lo demás son medidas individuales, a - flictivas, determinadas, ciertas, ejemplares, proporcionadas en la aplicación a la entidad del daño; y en su ejecución deben - ser correctivas e improporrogables.

Si el fin de las penas es prevención, estas tienen - que ser adaptables, indeterminadas, proporcionadas a la peligrosidad del delincuente, y no doloríferas.

3.6 LA ESCUELA POSITIVISTA:

Al modificarse sustancialmente el método científico, en el siglo XIX, habría de surgir, como efectivamente surgió y se impuso, una explicación naturalista de los hechos sociales y hasta de la psicología individual. Tratando de negar el criterio racionalista de los clásicos, de modo que el principio de causalidad se opuso a la lógica abstracta. Los hechos, interpretados sobre la base de la experiencia, eran más importantes - que los conceptos, y era sobre hechos como debían construirse las teorías delictivas y penológicas.

El fin de la pena, para los positivistas, no es la intimidación ni la expiación ni la retribución moral o jurídica, sino la defensa de la sociedad. Esta defensa debe ejercerse se preventiva y represivamente. Prevención y represión son dos

momentos de la misma defensa social.

La ley penal tiene cumplir esa función de defensa. Como el hombre vive en agregados sociales y existe un sentimiento de solidaridad entre sus componentes, el daño inferido a cualquiera, en particular, se mira como lesión a todo el conjunto. En esas condiciones, el acto individual adquiere caracteres de fenómenos sociológicos: el delito aparece como fenómeno social. De esta manera la defensa individual pierde su carácter de función defensiva directa.

La pena no basta por sí sola para combatir la criminalidad. Constituye apenas uno de los medios de que se vale la sociedad para precaverse de los delincuentes. Por eso no puede esperarse que agravando las sanciones desaparezca o disminuya el crimen, como lo demuestra la reincidencia. Además, la lógica indica que es imposible confiar en que una fuerza meramente psicológica se imponga sobre factores múltiples y complejos, como son los que engendra el delito.

Si el fin de las penas es prevención, estas tienen que ser adaptables, indeterminadas, proporcionadas a la peligrosidad del delincuente, y no doloríferas.

3.7 LA ESCUELA DE LA POLITICA CRIMINAL. Escuela de derecho penal en Italia. Alimenta la proclama diciendo que esta nueva escuela "En abierta oposición a la dialéctica de la vida y de la historia, la escuela de la política criminal acoge la tesis del "incorregible". Entre otras, las recomendaciones que hacen esta escuela son las siguientes: No se pensaba que el libre albedrío puede ser necesario para justificar la condena. La pena no es el único medio de lucha contra el delito. Tanto para la prevención como para la represión, el legislador y los administradores de la justicia deben tener en cuenta los resultados de los estudios antropológicos y sociológicos.

Como los tribunales represivos y la administración penitenciaria concurren al mismo fin, y la condena no vale sino por su modo de ejecución, la separación establecida del derecho moderno entre función preventiva y función represiva, es irracional y perjudicial.

Ocupando las penas cortas privativas de la libertad, con justo título, el primer lugar en nuestro sistema punitivo, debe concederse especial atención a todo lo que concierne a un mejoramiento de las prisiones y de las instituciones que le atañen.

En lo referente a las penas cortas privativas de la libertad, la sustitución de la prisión por medidas de eficacia equivalente, es posible y deseable.

En cuanto a las penas largas privativas de la libertad, es preciso hacer depender su duración, no solo de la gravedad material y moral del delito, sino también de los resultados obtenidos por el régimen penitenciario.

El sistema penal debe, ante todo, tener por objeto colocar a los delincuentes habituales en incorregibles en situación de no dañar, el mayor tiempo posible.

Son representantes de esta escuela VON LISZT y LOMBROSO.

CARNEVALE, 1881, puntos de vista clásicos y positivistas, publicó una obra titulada "una tercera escuela de derecho penal en Italia". Alimenta la proclama diciendo que esta nueva escuela es negadora del libre albedrío: "el libre albedrío llegó a ser el único fundamento de la justicia penal, más que por la fe que en esta se tenía, por el temor que sin el libre arbitrio la pena careciese de justificación. No se pensaba que si el libre albedrío puede ser necesario para justificar la condena eterna, puede, sin embargo, no serlo para justificar la conducta humana.

Aparte de todas las corrientes penológicas descritas antes, la "Técnica jurídica" niega que hayan escuelas, sino un método jurídico que enfoca la única realidad existente para el

jurista: la ley penal. Dice: la sanción es una consecuencia de ese acto y se impone porque es un sufrimiento, una restricción de bienes personales impuestos por el Estado al autor con un fin de prevención y de defensa. La pena es, pues una reacción preventiva y defensiva. control e indeterminada, sino "Protegi do" por una regulación que le permitía al menos explicar su con ducta.

En cambio, otras relaciones se hicieron públicas se --

la Andrica indochina, cuando en esencia tradicional obligaba a clasificarlas como privadas: por ejemplo: la que se estable --

4.1 FUENTES REMOTAS DE LA PUNICION EN COLOMBIA.

En el derecho punitivo colombiano se nota una descon certante imposición de elementos foráneos. A las distintas moti vaciones del castigo en las culturas aborígenes se impusieron normas político religiosas que conservan, aun para la nación conquistadora, un expiacionismo inhumano propio de la época, y que al implantarse entre los indios extremaron su rigor, pues, sin equívoco se usó de ellas como instrumentos de dominación y hasta de exterminio.

4.2 FORMAS GENERALES DEL DERECHO PUNITIVO ROMANO.

La misma legislación española, por el tiempo en que o currió la Conquista, traduce influencias extrañas que proceden de Roma mezcladas a las prácticas germanas.

Logicamente que esas leyes romanas y germanas, tradu cían lo que se vivía en esa época en que fueron prescritas, por ejemplo, aun despues de que apareció entre los romanos la dis tinción entre el derecho público y privado, y la lesión jurídi ca a la comunidad tenía el aspecto de un crimen, lo cual podía ocurrir indirectamente hasta por actos contra personas privadas, era el pueblo quien tomaba venganza (vindicta pública). De esta fase quedaron vestigios. El falso testigo era arrojado a la ro ca Tarpeya por el pueblo, y cada cual tenía el derecho de matar al delincuente que vivía en estado de proscripción religiosa y civil, sujeto a la venganza de la divinidad ultrajada, desposeí do de todos sus bienes y era objeto de maldición y horror. Así como de la venganza privada se derivó la acción penal privada, de la vindicta pública nació la acción penal pública. Más tarde, cuando no solo los particulares se sintieron ofendidos, sino --

blica, se sanciona, no por la sanción ejecutada, sino por los futuros crímenes probables, de manera que el ejemplo sirva a los demás al mismo tiempo que reprima al agente.

Aristóteles, acentúa el punto de vista del efecto liberador de la pena, "La multitud obedece más a la necesidad que a la razón; antes a las penas que a lo bello y honesto. Por eso algunos piensan que los legisladores deben exhortar a la virtud con el argumento de la honestidad, con lo que ocurrirá que los buenos obedecerán por costumbres; y establecer después penas y castigos para el desobediente, que no es naturalmente adaptable y que persiguen la voluptuosidad. El dolor inflingido debe ser tal que contraríe, en su grado máximo, a la voluptuosidad deseada".

En "Las doce tablas", el principio arcaico del talión coexistió en él con el de la multa, que demuestra una forma progresiva de punición. Y al lado de muchos aciertos, como es la importancia que le dieron a la intención criminal, y la gran extensión de ciertas figuras penales, existieron verdaderas monstruosidades jurídicas. Las más salientes en los últimos tiempos del imperio, que son también las que Roma transmitió a las antiguas jurisprudencias francesa y española, fueron: la desigualdad, que permitió aplicar por el mismo delito penas distintas según la condición social del culpable; la arbitrariedad, que autorizó el castigo según los gustos del funcionario sin más control que el remoto de la jerarquía imperial; la crueldad, que se evidenció en la difusión y perfeccionamiento de los suplicios y penas corporales, entre estas, la de la muerte.

La desigualdad, la arbitrariedad, y la crueldad del derecho romano constituyen una herencia común que no se ausentó en ningún momento del derecho español, y que tuvo su horroroso florecimiento durante la conquista y la colonia.

4.3 INFLUENCIA DE LOS GERMANOS

El derecho germánico se formó con estos elementos: con algunas leyes de la antigüedad Escandinavia, las del anti-

guo pueblo germano, con " Los Capitulares " de los francos cuya influencia era en la mayor parte de Carlomagno, que legisló con sentido expiacionista teológico, pues se había hecho leer muy bien la Biblia y bajo su advocación dispuso el exterminio de todos los que rechazaran el bautizo cristiano o se retractaran de él.

En el texto de aquellas leyes y de los " Capitulares " se encuentran los institutos tradicionales de las nacionalidades germánicas: la guerra de familia, herencia de venganza que se transmitía por sucesión con la tierra y la coraza; las composiciones, que eran el rescate de la venganza y que se representaban en dos partes, una para la familia ofendida y otra para el fisco.

Las penas atroces, desde su creación, comprendían toda clase de suplicios de muerte, mutilaciones, rotura de los ojos, el talión, la esclavitud, colocación fuera de la ley, confiscaciones, frecuentemente mezcladas con penitencias canónicas y a veces con disposiciones ridículas, como en la ley de los borgoñeses, según la cual el hurto de un gavilán se penaba haciéndose comer de las mismas aves seis onzas de carne colocadas en el pecho; y por el hurto de un perro de caza, ordenábase besar públicamente a este perro debajo de la cola.

El derecho germánico se distingue del romano por la ausencia casi completa del punto de vista político y social en la organización de la penalidad, pues en él predominan instituciones individualistas y privadas. Y lo que realza el principio individualista es la prueba judicial. Mediante las armas se resolvía cualquier litigio, práctica estimulada por el rigor de la complexión de los germanos. Más adelante, cuando adoptaron el dogma católico, la fe supersticiosa creó las " Ordalias o Juicios de Dios " que eran las pruebas del agua hirviente, del fuego y del hierro al rojo. Hasta muy avanzada la Edad Media, las Ordalias revistieron la forma del duelo para dirimir controversias. De los combates, el juez proclamaba la victoria según el resultado de la lucha, y el derecho de la fuerza triunfó sobre la fuerza del derecho.

4.4 DERECHO PUNITIVO CANONICO:

En el antiguo derecho penal la institución jurídica del castigo, es un elemento en el que mucho tuvo que ver la iglesia. Influyeron para apreciar distintos grados de culpabilidad e incriminar los actos, materias contenidas en los libros canónicos y que la jurisprudencia laica se vió obligada a seguir frecuentemente. VIDAL y SALEILLES, sostienen que las ideas de fraternidad y redención, propias del cristianismo se cristalizaron también en las normas canónicas, que introdujeron en la Edad Media, una gran preocupación por enmienda y rehabilitación del caído " Las penas canónicas no solo son humanas y están reguladas en atención al mejoramiento moral del que las sufre, sin que, atendiendo más al delincuente que al delito, su aplicación está calculada de modo que alcance más seguramente este fin, haciendo variar su naturaleza y su intensidad, según el carácter, el temperamento, la individualidad de cada culpable.

Para la iglesia, la pena tiende a reconciliar al peccador con la divinidad ofendida y que es siempre venganza. Según Khan, citando a San Pedro: el castigo es venganza malhechora.

Los delitos que estuvieron bajo la jurisdicción de la iglesia: crímenes contra la fe, reprimidos por los tribunales ordinarios o por el extraordinario de la Inquisición que se aplicó igualmente a los delitos de la apostacía, de la brujería y de la magia, los sacrilegios, la herejía, el sortilegio. Todos estos delitos fueron juzgados por el foro eclesiástico, considerando la intensidad de la culpa más que el hecho material realizado, a fin de aplicar, en lugar de la muerte o la mutilación, expiaciones y censuras. El principio de la igualdad de los hombres ante Dios proclamada por los cánones no se refería a todos los hombres, sino a los que formaban la comunidad católica. Por ejemplo el mandamiento del Decálogo " no matarás", contiene la reserva tácita de que solo se refiere al prójimo, esto es, al próximo, al inmediato, al hombre de la misma raza y de la misma ley, no al lejano ni al extranjero. Los demás estaban incluidos del tratamiento humanitario y, antes bien, contra

ellos se implantaron los tribunales del Santo Oficio, los cuales, tanto en España como en América dejaron para siempre honda huella de crueldad sectaria.

El derecho canónico está presente en las institutos españoles, y también las normas jurídicas francesas recibieron luego su influjo. La aminoración del castigo fue, al menos, inscrita en las leyes de Indias, lo cual no impidió los excesos del misionero, del conquistador y de los "justicias" monárquicos.

4.5 EL FUERO JUZGO:

Para muchos pasa como los institutos jurídicos más perfectos logrados en Europa por los germanos. No es pues una ley bárbara, aunque la hiciesen los bárbaros, sino latina, o mejor, romano-bárbara, que demostró habilidad en la reglamentación del derecho de vida y muerte del propietario sobre los esclavos, pero sin atreverse a negarlo. En ella la pena no es pacífica entre particulares para vengarse de las parentelas enemigas, pues más bien se observa en sus textos el lenguaje de un rey que se dirige a los súbditos de un país, entre quienes existe ya una gran unidad. Contenía disposiciones crueles en materia penal.

Estos libros establecieron: la igualdad de los hombres ante la ley, pero una igualdad como la entendía la sociedad fundada sobre las relaciones de servidumbre: quedaban perpetuadas las diferencias entre siervos y hombres libres. Reconoció el elemento intencional en el delito, infundiendo a la pena sentido de intimidación, a fin de que los malos tuvieran escarmiento y los buenos pudieran gozar de seguridad. Restringió la pena de muerte por motivos religiosos, lo mismo que el duelo judicial y el tormento, y quitó al castigo el carácter de trasfondo que había conservado en algunas instituciones antiguas, de tal manera que los padres respondían por sus allegados, yendo, inclusive, al patíbulo como responsables de crímenes cometidos por estos. La pena no definida en el Fuero Juzgo, tiene el

sentido de prevención general e intimidación, como en las leyes de los francos. No existió la guerra de familia, o la hostilidad contra el agresor y su parentela, o lo que es lo mismo, la venganza de sangre obligatoriamente ejecutada por la familia del ofendido. Pero permitió medidas equivalentes, sobre todo para los delitos sexuales, en los cuales el culpable quedaba al arbitrio ilimitado del ofendido y su familia.

El Fuero Real, dictado por Alfonso X, siglo XII, es fundamentalmente una conquista de la monarquía, en cuanto limita las atribuciones de la nobleza. Mantiene la Composición germanica en las lesiones personales, y disminuye el alcance de las indemnizaciones. Los castigos que autoriza respiran crueldad y venganza, pero también busca proporcionar las penas al delito. Sobre todo responsabilizar solo a las personas infractoras. Establece el derecho del asilo, producto de la influencia canónica.

La "Novísima recopilación", ordenamiento que estaba vigente cuando las colonias americanas se lanzaron a la guerra de independencia, en pleno siglo XIX continuaban regidos por un sistema represivo enteramente bárbaro y medieval. Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían la legislación de hace seis siglos, todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo XIX. El tormento solo se ha abolido por las Cortes de 1.812 y por el rey Fernando, en 1.817. La confiscación también se ha abolido por las mismas Cortes. Los azotes, la marca, la mutilación, estaban aun vigentes. La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen, en cualquier parte del reino, cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid. La sodomía y la herejía se pagaban con la muerte. Las hogueras se encendían muchas veces para los judaizantes y los hechiceros. No menos de treinta hechos eran sancionados con la pena de muerte, incluyendo los delitos políticos.

los caciques y a sus supditos, a bailar delante de ellos para divertirlos. Hasta sus placeres eran crueles. Hablaban a los indios en los terminos más degradantes; a la menor ofensa, a la menor falta de humildad que mostrasen, les daban golpes, azotes

4.6 Si los habitantes de España estaban bajo la amenaza de penas infamantes y crueles, los pueblos conquistados de América no tuvieron mejor suerte. Junto con estas se aplicaron el Fuego Real, las partidas, las ordenanzas reales de Castilla y la Nueva recopilación. Al lado el derecho indiano y el de España, se aceptaron las antiguas costumbres de los indios. "La jurisdicción que los caciques han de tener en los indios de sus pueblos, no se ha de entender en las causas criminales en que hubiere pena de muerte, mutilación de miembro u otro castigo atroz, quedando siempre reservada para Nos." Agregaba "el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos, y no en castigarlos después de cometidos". Hay Prohibiciones del juego, de la vagancia y de la gitanería. Las prescripciones sobre multas según el caudal del indígena; las que regulan el perdón para los negros cimarrones alzados en delitos por primera vez, y las que disponen que solo sean amonestados los indios bigamos y los autores de heridas cuando no fueren reincidentes. El espíritu tradicional de explotación y violencia en general que implantó España en las colonias americanas fué en realidad exagerado, tenían el ancestro de violencia generalizado de toda Europa. Los españoles, tomaron el tono de principales caballeros y decían que necesitaban los sirviesen y acompañasen grandes comitivas de criados. Se apoderaban de la hienas y parientas de los caciques haciéndolas sus criadas, o más bien sus concubinas, sin limitar el número de estas. cuando viajaban, en vez de usar de sus caballos y mulas, hacían que los naturales trasportarasen en hombros en literas o amacas, y que fuesen otros con parasoles de palma quitándoles el sol, y otros abanicándoles con plumas. Las espaldas y hombros de los desventurados indios chorreaban sangre después de aquel vil e impropio trabajo. Cuando estos arrogantes señores de dos en dos llegaban a un lugar indio, consumían las provisiones de los habitantes, tomando cuanto agradaba a sus caprichos, obligando a los caciques y a sus subditos a bailar delante de ellos para divertirlos. Hasta sus placeres eran crueles. Hablaban a los indios en los terminos más degradantes; a la menor ofensa, a la menor falta de humildad que mostrasen, les daban golpes, azotes y hasta la muerte.

La aventura hispánica, antes que el deseo cristiano de pulir almas para el cielo, existió el designio trágico de encontrar brazos para la agricultura y las minas, y el de saquear las riquezas minerales, así estuvieran en el pecho de las doncellas, en el misterio de huacas y templos, o en la demanda de los caciques. La conquista no fué empresa espiritual, sino guerrera y mercantil. Y la colonia no se propuso sino mantener el imperio sometido por las armas y los caballos, era la privación de todo derecho, la restricción de toda libertad, la represión de todo impulso noble de independencia, había la lógica del despotismo, mantenido por medio de los mayorazgos, los restos de encomiendas, las manos muertas, los conventos, la esclavitud y los resguardos de indígenas; íntima alianza del Estado y la Iglesia, con absoluta prohibición de otros cultos distintos del católico. La nobleza consistía en impedir que los aborígenes se extinguieran para utilizar más largamente su trabajo. Los representantes de la iglesia y de las milicias del rey destilaban dureza: tributos al rey, prohibición de llevar armas y transitar por calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas, azotes, castación y muerte, todo ello mediante procedimiento sumarísimo, o sin proceso. La desigualdad característica de los viejos estatutos romano-españoles se trasplantó a la legislación india; las personas de calidad eran puestas en cárceles públicas y no en galeras; los gentilhombres no eran sancionados con penas infamantes; los indios podían destinarse a servicio personal en los conventos; las penas contra los indios eran el doble que las de Castilla.

Sin embargo, los grandes suplicios no se aplicaron bajo la responsabilidad exclusiva de audiencia y virreyes, sino que fueron autorizados y, más aún, atizados desde la metrópoli, como ocurrió con el de Túpac Amaru y con los de los comuneros del Socorro, en el virreinato de la nueva Granada. José Antonio Galán, Isidro Molina, Lorenzo Alcantuz y Manuel Ortiz. Los delitos cometidos por estos eran de los conocidos como de "Lesá majestad" ajusticiables según el rigorismo penológico de España. La sentencia contra los comuneros disponía en lo re-

ferente a Galán, que fuera sacado de la cárcel y llevado al lugar del suplicio, donde sea puesto en la horca hasta que naturalmente mura; bajando se le corte la cabeza, se dividirá su cuerpo en cuatro partes, y pasado el resto por las llamas para lo que se encenderá una hoguera delante del patíbulo, su cabeza será conducida a Guaduas, teatro de sus escandalosos insultos; la mano derecha, puesta en la plaza del Socorro; la izquierda en la Villa de San Gil, el pie derecho en Charalá, lugar de su nacimiento; el pie izquierdo, en Mogotes; declarada por infame su descendencia; ocupados todos sus bienes y aplicado al real fisco, asolada su casa y sembrada de sal, para que de esta manera se dé al olvido su infame nombre y acabe tal vil persona su destable memoria, si que quede otra que la de el odio y espanto que inspira la fealdad de su delito. Reos de especial sanción fueron declarados los que en estos territorios de América resultaran comprometidos en conmociones populares y motines contra el orden público.

El oficio de verdugo estaba bien reglamentado: podía cobrar ocho reales por careo que azotara o que cometiera a la vergüenza pública; igual suma le correspondía por aplicar el tormento, y la mitad por la sola conminación a la vista del pto. Por ejecutar la pena de muerte tenía derecho a llevarse la ropa del reo y los seis pesos asignados en los propios de este Cabildo.

4.7 PRACTICAS PUNITIVAS DE LOS ABORIGENES PRECOLOMBINOS:

Todas las legislaciones españolas se superpone a las prácticas punitivas de los aborígenes, fundadas todavía sobre el animismo mágico y los tabúes.

Al extremismo primario con que muchas tribus indígenas sancionaban los delitos, se impuso la severidad de las normas hispanas, dictadas en nombre de "principios superiores, de origen divino". La represión tuvo un nuevo motivo con los españoles, que no amortiguaron el ritual espantoso de los indios, sino que en gran parte lo completaron con la barbarie penológica peninsular. A semejanza de los germanos primitivos,

conocieron y practicaren la venganza de la sangre, como forma de perseguir y castigar a los delincuentes.

Los urabaes castigaban ejemplarmente ciertas faltas, como el adulterio, porque, aunque en nada estimaban la virtud de la que elegían por esposa, pues la escogían de preferencia entre las rameras, daban muerte a los culpables de adulterio.

Otro tanto hacían los cunas: si se probaba que la mujer había sido forzada, la enterraban viva. Al hombre que quitaba la virginidad a una doncella, le introducían en la uretra una varilla con espinas y le daban diez o más vueltas. Después dejaban al infractor a su propia suerte.

Los catíos cedían al esposo ofendido el cuidado de la venganza. Los chipataes daban de beber a los acusados una infusión de hojas de borrachero, y si durante la embriaguez causada por este brebaje se veían señales de deshonestidad, los mataban en seguida. En caso contrario, los despertaban administrándoles el zumo de una yerba.

El rigor de los caciques era proporcionada a su grado de cultura. El caribe que era impetuoso y susceptible, ofreció al conquistador español un impresionante ejemplo de severidad por la falta de respeto de su parte de un súbdito. Aconteció que habiendo reunido el cacique Bajaire, de los contornos que luego se llamarían Cartagena, el consejo de ancianos y guerreros, para resolver si se recibía en son de guerra a los hombres de barbas que acababan de desembocar, o si, por el contrario, se les toleraría sin demostraciones hostiles, el consejo adhirió al parecer autorizado por Bajaire. Este expuso las razones que le inclinaban a la solución pacífica. Uno de los caudillos guerreros que allí se encontraba, objetó el parecer de Bajaire, lo que incomodó al cacique. Pero cuando el súbdito alzó la voz un poco más de lo tolerado por el uso de la pequeña corte aborígen, levantó Bajaire el brazo vengador que empuñaba gruesa macana, y la tiró contra la cabeza del osado guerrero. Instantáneamente muerto quedó en el mismo aposento de la reunión.

desnarrado por lo común, el culpable de homicidio sufría la pena capital. Algunas veces correspondía al capitán perseguir al asesino. Los "guaches" flechaban al ladrón, y el tirador que con su flecha le hiriera en un ojo o en la boca, recibía una rica multa de manos del cacique como recompensa. Casi todas las penas que imponía el cacique de Guatavita terminaban con la muerte del culpable.ducido delante de Zipa, diciéndole que-

si se había portado con indiferencia ante las amonestaciones - ant 4.8 eres, LA FURCIÓN ENTRE LOS CHIBCHAS, que se consideraba -

un gran señor, que por lo tanto debería levantar la cara y mirar el rostro del gran cacique. El altiplano se encontraban en un grado superior de evolución, comparado con el de las tribus mencionadas antes, pero su sistema punitivo no fue más blando. El gran "Bochica" mezcla de dios y de hombre, estableció penas que no fueron suaves. El homicidio, por ejemplo, se castigaba con la muerte, lo mismo que el rapto y la violencia carnal. El incesto y el adulterio en que era parte un ecclibe, se castigaba enterrando a éste en un hoyo de agua, reptiles y sabandijas y tapándolo con una piedra para extinguir su memoria. Si el incesto, el rapto, la violencia o el adulterio eran cometidos por casados, debían sufrir la pena de deshonra pública por el talión, o la de que dos jóvenes disfrutasen la esposa del reo. De esta indemnización correspondía una parte al ca-

cacique del Alapederasta lo malaban, castigo que también se aplicó al adulterio. Al que se negaba a defender el territorio a menazado lo vestían de mujer, obligándolo a desempeñar labores domésticas, y al desertor en un combate se le hacía sufrir una muerte afrentosa. Al Ratero se lo azotaba y a la ratera se le cortaba el cabello. No era rara la mutilación de manos, nariz, y orejas. Al ladrón de mayor cuantía y al ratero reincidente los cegaban con candela o con espinas.

Los pubenances, de origen polinésico como casi todos los indios, sin embargo, de que estos castigos - hayan sido ejecutados con la frecuencia con que los aplicó la justicia española. Por ejemplo, se cuenta que Alonso Pérez de Salazar, juez severo, ahorcaba con frecuencia indigenas en la plaza mayor, y azotaba todas las semanas, en la de mercado, que tenía lugar cada cuatro días, a los ladrones. Desorejó y -

desnarigó a dos mil personas, dice un testigo presencial. Las penas tenían sentido de vindicta, salvo cuando el imperio se veía obligado a guerrear, caso en el cual la or-

Además de la existencia de tabúes en la sociedad - chibcha, en el siglo XV, también existían ordalias y formas de composición para varios delitos. Cuando el ladrón reincidía - pot tercera vez era conducido delante de Zipa, diciéndole que - si se había portado con indiferencia ante las amonestaciones - anteriores, ello obedecía probablemente a que se consideraba - un gran señor, que por lo tanto debería levantar la cara y mi- rar el rostro del gran Bacatá. Mirar al Zipa era, por tanto, - tabú. El hombre que osaba hacerlo, sucumbiría hechizado por los ojos que irradiaban fuerza electrizante, misteriosa y terrible.

En el territorio colombiano, en algunos grupos indi- genas aún subsisten formas primitivas de administrar justicia - y obtener el castigo del delito con el resarcimiento del dolo- r, la declaraban inocente. En caso contrario, o si admitía - la culpabilidad "le permitían beber hasta mitigar el dolor pa- ra luego condenarla a sufrir la muerte, como disponían las cos- tumbres morales. Ante de ejecutar la sentencia, el amante for- tuito podía eludirla pagando una indemnización al marido.

De esta indemnización correspondía una parte al ca- cique del clan. Menos interesado en recompensas, pero más celo- so cuando se trataba de sus mujeres, el cacique se negaba a to- da transacción, y el amante y la amada recibían una muerte cru- el seguida del abandono de sus cadáveres en el campo, para es- cargiento ejemplarizante.

4. 8. LA PUNICION ENTRE LOS PUBENENSES.

Los pubenenses, de origen polinésico como casi to- dos los indígenas que poblaron nuestro territorio, prescribie- ron sanciones que aparecen enfluídas de un carácter marcadamen- te expiatorio, religioso, y fatal, pues la violación del tabú - traía necesariamente una determinada desgracia solo evitable - mediante el cumplimiento de la "ordalia", que era el sistema - purificador, o de la pena.

Las penas tenían sentido de vindicta, salvo cuando el imperio de veía obligado a guerrear, caso en el cual la ordaña ejercida por la entidad agraviada era extremadamente severa. Los caciques se rodeaban de gran pompa, coma para dar a sus decisiones una mágica solemnidad. Sentado el jefe en su pri-chacana, sobre alfombras y tapices de varios colores, oía pavidamente la información del gobernador, quien a su vez había sido informado previamente por el alcalde; luego oía a las partes, y daba a conocer el fallo. El tuipán, especie de policía era el encargado de hacer ejecutar las decisiones.

4.9 SANCIONES QUE AUN EXISTEN ENTRE LOS PRIMITIVOS.

En el territorio colombiano, en algunos grupos indígenas aún subsisten formas primitivas de administrar justicia y obtener el castigo del delito con el resarcimiento del daño, finalidad esta que se tiene como la mas importante, como sucede entre los "guajiros". Los siguientes viejos institutos funcionan hasta hoy:

1o. La responsabilidad es compartida por toda la casta. Si bien existen formas individuales de culpabilidad, responden tambien los consanguíneos del infractor. Hay, pues, solidaridad familiar y clanil.

2o. La pena es de carácter económico como tributo en especie, graduado en su cuantía según la gravedad del delito y el status del ofendido, sin que el guajiro renuncie la vendetta o guerra interclanil cuando fracasa el arreglo pacífico. Este sistema es una extraña mezcla de Composición y talión, propio de un pueblo en proceso de cambio social acelerado.

3o. El tabú de sangre y composición. El derramamiento de sangre es uno de los crímenes más fuertemente castigados, pues ese precioso elemento es parte indestructible del ser, tanto como el hombre. El que la derrama voluntaria o involuntariamente, en otra persona, queda contaminado, se margina de la sociedad, se convierte en un impuro, y tiene por tanto que ha-

cer la reparación correspondiente, que en la actualidad se cumple pagando al ofendido o a su familia una cantidad determinada en objetos preciosos y animales.

40. La magia adivinatoria. Los espíritus juegan un papel singular en la investigación delictiva. El adivino se desdobla y va en busca de los objetos robados, siguiendo la ruta del ladrón hasta dar con el paradero de uno y otros. Luego regresa el espíritu para comunicar al adivino sus descubrimientos.

50. La espelación por el homicidio. La muerte del semejante se convierte para el asesino en una obsesión: el espíritu del sacrificado le sigue a todas partes. Aunque los parientes de este hayan aceptado las compensaciones, la familia del responsable le auspicia ritos de purificación y lo que denomina cambio de personalidad. Consiste esta operación, fundamentalmente, en el alejamiento del homicida y en impedirle tomar alimentos sólidos y tratar a los demás durante el tiempo de su relegación. Así mismo debe disfrazarse y dormir en el suelo sin acostarse boca arriba, "porque el alma de la víctima se le treparía y le precionaría el pecho hasta provocarle la muerte por asfixia. En fin, se trata de que el infractor cambie lo más profundamente posible, con objeto de hacerse irreconocible para el espíritu del sacrificio.

5. 1

LEGISLACION PUNITIVA DE 1810 A 1837

Como la revolución debía consolidarse así misma, no hubo preocupación de inmediato por el estudio de estatutos penales ni procesales. Por lo tanto, los delitos inicialmente más graves son los que atacan la organización naciente, y muchas veces las sanciones tienen que aplicarse masivamente a sus enemigos, fundados en principios del estado de necesidad. Lo que se denominó "La Patria Boba", comprendida durante 1810 a 1816, tiempo en que llegó el exterminador Pablo Morillo, estuvo regida por las mismas disposiciones españolas, tanto de

carácter civil como penal, por cuanto las españolas servían mejor a los intereses de los libertadores, porque la Recopila - ción de Indias, contenía provisiones idóneas en favor de la - propiedad, la vida, la religión, y contra los conspiradores y esclavos.

Las primeras constituciones, influenciadas por la de los Estados Unidos en lo referente a la organización administrati - va, y por la Revolución Francesa en lo que concierne al recono - cimiento de los derechos humanos, se nota el deseo de abolir - rotundamente ciertas prácticas peninsulares y quitar a las au - toridades el amplio arbitrio de que disponían en cuestiones pe - nológicas.

En el Art. 35 de la Primera Constitución dictada en territorio colombiano, que fue la de Cundinamarca en 1811, con - firma y ratifica la abolición de la tortura, ya decretada por la Junta Suprema de esta provincia, y ninguna autoridad, por - eminente que sea, podrá jamás hacer uso de la cuestión del tor - mento, aunque el delito sea de los más atroces.

El Art. 36, autorizaba coartar la libertad del ciuda - dano solo en estos casos: Para hacerle cumplir la pena impues - ta por la justicia ordinaria por arresto, previniendo a la - persona se mantenga en su domicilio a disposición del juzgado o tribunal. Preveía además la inviolabilidad del domicilio, y establecía la prohibición de detener sin mandato formal de - juez competente, dado por escrito, así como la de recibir en - las cárceles a quien no fuera legalmente conducido a ellas. El Art. 44 limitaba la incomunicación de los presos.

También en diciembre de 1811, se dictó la Constitu - ción de Tunja, la que prohibió todo género de tormento para la inquisición de los delitos, dispuso que ningún delito infamará jamás, ni por el se podrá castigar sino al individuo que lo co - meta; limitó las penas confiscatorias; ordenó que a ninguno - se reducirá a prisión, a no ser que haya semiplena prueba de - su delito, o sospechas muy fundadas de fuga; prohibió la pes -

carácter civil como penal, por cuanto las españolas servían mejor a los intereses de los libertadores, porque la Recopilación de Indias, contenía provisiones idóneas en favor de la propiedad, la vida, la religión, y contra los conspiradores y esclavos.

Las primeras constituciones, influidas por la de los Estados Unidos en lo referente a la organización administrativa, y por la Revolución Francesa en lo que concierne al reconocimiento de los derechos humanos, se nota el deseo de abolir rotundamente ciertas prácticas peninsulares y quitar a las autoridades el amplio arbitrio de que disponían en cuestiones penológicas.

En el Art. 35 de la Primera Constitución dictada en territorio colombiano, que fue la de Cundinamarca en 1811, confirma y ratifica la abolición de la tortura, ya decretada por la Junta Suprema de esta provincia, y ninguna autoridad, por eminente que sea, podrá jamás hacer uso de la cuestión del tormento, aunque el delito sea de los más atroces.

El Art. 36, autorizaba coartar la libertad del ciudadano solo en estos casos: Para hacerle cumplir la pena impuesta por la justicia ordinaria por arresto, previniendo a la persona se mantenga en su domicilio a disposición del juzgado o tribunal. Preveía además la inviolabilidad del domicilio, y establecía la prohibición de detener sin mandato formal de juez competente, dado por escrito, así como la de recibir en las cárceles a quien no fuera legalmente conducido a ellas. El Art. 44 limitaba la incomunicación de los presos.

También en diciembre de 1811, se dictó la Constitución de Tunja, la que prohibió todo género de tormento para la inquisición de los delitos, dispuso que ningún delito infamará jamás, ni por el se podrá castigar sino al individuo que lo cometa; limitó las penas confiscatorias; ordenó que a ninguno se reducirá a prisión, a no ser que haya semiplena prueba de su delito, o sospechas muy fundadas de fuga; prohibió la pes-

de definitivamente el tribunal de la Inquisición,
quiza indeterminada.

El primer proyecto del código penal, que luego se con-
virtió en el código de 1822, fijaba penas duras, como la de tra-
dición más enérgica: El Art. 10. señalaba comarca de exe-
cución pública " la bárbara cuestión del tormento. El Art. 20.
decía: " ningún juez o tribunal por un mismo delito impondrá di-
versa pena al noble de la que impone al plebeyo, estando siem-
pre a la más benigna.

Con Morrillo, España truncó los sueños de autonomía-
que las provincias acariciaron durante este tiempo. Las consti-
tuciones provinciales quedaron sin vigor en cuanto entró a fun-
cionar en Cundinamarca el Consejo permanente de guerra, com-
puesto de militares realistas tan fanáticos como depreavados, -
que disponían a su arbitrio de las propiedades, de la vida y -
de la honra de los insurgentes traidores al rey. Creó el tribu-
nal de purificación, donde se juzgaba a los patriotas sin dere-
cho a defensa y se les condenaba a servir como soldados en las
filas realistas o a pagar fuertes sumas en provecho de sus jue-
ces. Y para que no faltara ningún medio de reducirlos a la mi-
seria, la junta de secuestros incautaba sin fórmula de juicio
los bienes de cuantos rebeldes hubieran tenido mínima parte en
el movimiento de independencia o en el gobierno de la patria -
vencida. En concejos verbales, tan rápidos como desprovistos -
de toda formalidad jurídica, fueron sentenciados al último su-
plício los más ilustres y beneméritos granadinos. Los que no -
pagaron en el patíbulo sus servicios a la noble causa, se vie-
ron sujetos al martirio del grillete, marchando al destierro o
trabajando como infimos jornaleros en obras públicas.

Perseguidas las fuerzas independientes, Bolívar se a-
instaló en Angosturas, donde promulgó un decreto en 1817, fa-
cultando al presidente de la República para " en favor de la -
humanidad, mitigar, conmutar y aun perdonar las penas afflicti-
vas, aunque sean capitales.

Posteriormente, en septiembre 3 de 1.821, fue aboli-

do definitivamente el tribunal de la Inquisición. TO DE 1833

El primer proyecto del código penal, que luego se convirtió en el código de 1822, fijaba penas duras, como la de trabajos forzados y marcas (con una "D" en la espalda) muerte; - venganza; infamia y muerte civil para los delitos que estuvieran reprimidos con penas perpetuas.

Consejo ha procurado determinar con exactitud y precisión en -

5. 2 REGIMEN PENOLOGICO BAJO LA DICTADURA DE BOLIVAR
El cansancio y la repugnancia hacia todos los mandatos de la corona, de un lado, y el reconocimiento de los derechos del hombre por las leyes francesas, de otro, determinaron la conversión hacia estas, mirándolas no solo por su aspecto novedoso, sino por su conveniencia para las naciones recién liberadas. A fin de evitar confusiones provocadas por la concurrencia de normas distintas, la ley del 13 de mayo de 1825, ordenó que en lo sucesivo se observaría el orden siguiente en la aplicación de normas: 1. "Las decretadas o que en lo sucesivo se decretaran; 2. Las decretadas por el poder legislativo; y en los siguientes órdenes las españolas.

En 1828 y 1829, se impuso la dictadura de Bolívar, estableciendo que por la necesidad de prescribir fórmulas breves y seguras para que sean castigados todos los traidores y conspiradores contra el gobierno. El decreto autorizó la pena de muerte contra los conspiradores, confundiendo la traición a la patria con los delitos políticos, y ordenó, igualmente, confiscarles sus bienes, exceptuando la dote y la porción de la mujer y de los herederos forzosos. También sufrían pena de destierro los que para seducir a los pueblos esparcieran noticias falsas etc.

Al lado de lo anterior, se ordenaba también que ninguno será preso, sino por orden de autoridad competente y en los casos determinados por la ley, salvo en las penas correccionales que ordena la policía, o cuando lo exija el orden por delitos de Estado.

5. 3 LA PENALIDAD SEGUN LOS AUTORES DEL PROYECTO DE 1833

El proyecto no aceptó la división entre penas represivas, y correctivas, sino entre corporales y no corporales, además, "tales sanciones son divisibles, conmensurables, ciertas, análogas, económicas y simples, por que son las más populares, ya que han sido las que se han acostumbrado aquí". "El Consejo ha procurado determinar con exactitud y precisión en qué consiste cadauna de las penas, para que ellas en su aplicación sean iguales y para evitar la arbitrariedad que está muchas veces más bien en la ejecución de las sentencias que en las sentencias mismas. En la pena de muerte, ha querido el Consejo que un aparato imponente aumenta su horror, para que sin hacerla más gravosa al que la sufre produzca mejores resultados. En las de trabajos forzados, presidio, prisión y reclusión, ha querido que los reos trabajen continuamente, a fin que sean más provechosas, ya porque los reos de esta manera se acostumbran a su labor, ya por la utilidad que de ella resulta en las dos primeras al Estado y en las dos últimas de ellas mismas. Es verdad que en Francia la Asamblea Constituyente estableció la pena de prisión contra los falsificadores de dinero, delito castigado hasta entonces con la pena de muerte, y que después el Código de 1810 restableció la pena capital. Puede mirarse como extraño que el proyecto no pida la pena de muerte para castigar, como lo hacen casi todos los códigos, este crimen que las leyes romanas llamaban de lesa majestad.

"Más en un siglo en que la dulzura de las costumbres ha hecho que reclame la conservación de los individuos y la economía de la sangre humana, parece que un delito que no arguye ferocidad de carácter, ni depravación de corazón, sino únicamente avaricia, debe ser castigado con la pena más análoga a saber, la de trabajos forzados y una multa proporcionada al delincuente. El falsificador no trata de turbar el orden público, ni usurpa la autoridad suprema. El deseo de la ganancia es el móvil de sus operaciones.

que 5. 4. **CÓDIGO DE 1837** y la PENAL DE MUERTE, nombre, patria, y ciudad, delito cometido y pena que se le impone". El Art. 34 dice: "Solo en 1837 el proyecto se convirtió en la ley del 27 de junio, con la cual se dictó el primer Código Penal Colombiano, cuyas normas fundamentales se mantuvieron, a pesar de los vaivenes administrativos, hasta que se implantó el Código de 1.936. El Código de 1.837 siguió la distribución del proyecto del Consejo de Estado, sus definiciones sobre el delito, la conjuración, la tentativa, la adopción de la pena de muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión en una casa de trabajo, vergüenza pública, prisión del territorio nacional y confinamiento. Aceptó igualmente las penas no corporales: declaración expresa de infamia, privación de los derechos políticos y civiles, suspensión de los mismos, sujeción a la vigilancia de las autoridades, inhabilitación para ejercer algún oficio, privación y suspensión de empleos, arresto, apercibimiento judicial, caución de buena conducta, multa.

La pena de vergüenza pública acarrea la de infamia, que hacía perder casi todos los derechos civiles y que inhabilitaba para ejercer toda suerte de cargos. La vergüenza pública consistía en exhibir al delincuente sobre un asno guiado del diestro por el ejecutor de la justicia, en proclamar el nombre del infractor, en patria, delito y en dejarlo dos horas sobre un tablado en la plaza pública, con la indicación de sus fechorías. El valor de sus bienes, equiparando una acción con la de los asesinos y parricidas, y la de los salvadores y ladrones, en A pesar de que el Consejo de Estado y el legislador se esmeraron por individualizar la pena, las que se influyeron en el Código reproducen tradiciones aberrantes que hubieron podido superarse. Expresamente se propuso el Consejo atemorizar con el espectáculo del patíbulo, y el Código recogió esa proposición. Los Arts. 32 y 33 tratan del modo como ha de ejecutarse la pena del garrote con los condenados a muerte: "Sobre un cadalso o tablado sencillo, pintado o forrado de negro, se colocará un banquillo para el reo, y en la parte superior, de modo que quede sobre la cabeza de este, se pondrá un cartelón - lo mismo que la de trabajos forzados

que con letras grandes y visibles anuncie su nombre, patria, ve-
cindad, delito cometido y pena que se le impone". El Art. 34 -
dice: " Los reos condenados a muerte serán conducidos al supli-
cio con túnica y gorro negros, y con las manos atadas por de-
lante con una cuerda, cuyo extremo llevará el ejecutor de la -
justicia vestido de negro. Si el delincuente fuere asesino, -
llevará la túnica blanca y ensangrentada; si traidor, ira des-
calzo, la túnica hecha pedazos y las manos atadas a la espalda;
si parricida, irá igualmente descalzo, con la túnica blanca en
sangrentada y desgarrada, con una cadena al cuello y con las -
manos atadas a la espalda ".

" En todo caso, los reos irán acompañados de los mi-
nistros de la religión, del subalterno de la justicia que pre-
sida la ejecución, del escribano y alguaciles, en traje de lu-
to, y de la escolta correspondiente". " Desde que el reo sale
de la prisión, hasta que se verifique la ejecución, se tocará
a plegaria en todos los templos de la parroquia y se pregonará
el delito cometido. Ejecutada la sentencia, el cadáver debía -
permanecer expuesto al público por dos horas. Quedaba prohibi-
do poner cualquier señal en las sepulturas de los parricidas.

Los delitos políticos originaban la declaratoria de
traición e infamia, y los autores, cuando estuvieren armados, -
sufrirán la pena de muerte, y una multa igual a la de la quin-
ta parte del valor de sus bienes, equiparando esa acción con -
la de los asesinos y parricidas, y la de los salteadores y la-
drones, en los peores casos.

A partir de 1837, se establecieron penas distintas,
para las cuadrillas de malhechores, empleados que abandonaran
sus servicios, etc.

Sin embargo, dos disposiciones nuevas vinieron a re-
volucionar parcialmente los sistemas de penalidad, y en gene-
ral, el tratamiento dado a los delincuentes políticos y a las
infracciones de imprenta: La ley del 26 de mayo de 1.849, dic-
tada por JOSE HILARIO LOPEZ, que suprimió la pena de muerte pa-
ra los delitos políticos, lo mismo que la de trabajos forzados

presidio, reclusión, prisión e infamia, y las remplazó por la de expulsión del territorio de la República. Además abolió la pena de vergüenza pública para todos los delitos.

Para LOPEZ DE MEZA, entre 1850 y 1852 se consumó la emancipación económica, social y cultural, que completó la emancipación política de 1810, y cuyas formas principales fueron: libertad absoluta de los esclavos, abolición de la pena de muerte, de la pena de orpobio y de la prisión por deudas. Se modificaron muchas sanciones atroces y se suprimieron otras, como la de muerte. La imaginación desbordada de los dirigentes rechazó los suplicios y procedimientos rigurosos, mirando en ellos remanentes del pasado que era necesario exterminar para construir la República ideal, con ricos y pobres, pero no con miserables y hambrientos.

Mas tarde en 1873, se dictó el Código dictado sobre las declaraciones de la constitución de Rionegro (1863), y la humanización de las normas penales vino a ser más completa, y comprometió a la República integrantes de los Estados Unidos de Colombia a respetar estos principios: La inviolabilidad de la vida humana; no establecer penas corporales por más de diez años.

Consecuente con estos principios, que se anticipaban en muchos años a los que iban a sostener la moderna política criminal, el Código en 1873 eliminó radicalmente la pena de muerte y todas las infamantes, y redujo las corporales, así: la pena de presidio no podrá pasar de diez años; la de reclusión de ocho años; la de prisión de cinco años; la expulsión del territorio de la República de diez años, el confinamiento de cinco años.

LA LEGISLACION DE 1890, Y LA PUNICION EN EL CODIGO DE 1936.

Este Código, sustentandose en ROSSI, dice que las sanciones penales son indispensables, ante la insuficiencia de

las civiles, y que el objeto de ellas como relación jurídica, es la infracción de la ley, así como el sujeto es el hombre que obrando libremente haya infringido.

DEMETRIO PORRAS, presentó un proyecto en el que enumera las penas: muerte, reclusión, prisión, arresto mayor, extrañamiento, relegación, destierro, inhabilitación absoluta y especial, multa, arresto menor o interdicción civil.

De manera errónea se atribuye el proyecto de 1.890, a DEMETRIO PORRAS, por cuanto este murió, y quien hizo el texto definitivo fue JUAN PABLO RESTREPO. Ese Código tenía la pena de muerte, pero el problema de la pena de presidio implicaba una serie de factores que además insidían en la vida tan miserable que tenían los detenidos en ese tiempo. La persona que estuviera condenada a más de cinco años de presidio tenía derecho a cadenas y grillos, la persona que estaba de dos a cinco, solamente tenía derecho a grillos, tenía la obligación de trabajar mínimo nueve horas diarias a la vez. Desde el punto de vista de la edad, eran imputables todas las personas mayores de ocho años.

En 1.910, se suprimió la pena capital y fue cambiada por la pena inmutable de 30 años de prisión. Fue a raíz de eso que JOSE VICENTE CONCHA, presentó al Congreso un proyecto de C. P.; en su exposición de motivos decía: "Bueno, señores, que es mejor la pena de muerte o dejar a una persona treinta años allí. Desde el punto de vista de el Estado de derecho qué es mejor matar o dejar que se pudra poco a poco durante treinta años.

Con algunas modificaciones, especialmente la de la abolición de la pena de muerte, el Código de 1.890, tuvo validez hasta el primero de julio de 1.938, año en el cual comenzó a regir el que estuvo vigente hasta el 28 de enero de 1.981. Un ejemplo de los conceptos arcaicos que inspiraron la obra es el que trató de justificar las penas por delitos contra la religión. "La legislación mosaica", dijo, inspirada por Dios para el régimen del pueblo hebreo, castigaba con la supresión de la vida al blasfemo. Ni aún en los tiempos presentes podría tacharse de injusta esa severidad, pues es claro que no merece dis-

frutar de la vida el que insulta al Ser a quien se le debe. Pero las calamidades de los tiempos han sido tales, que ha llegado casi a sancionarse la impunidad completa, pues el código vigente solo castiga la blasfemia pública, y eso con la insignificante pena de uno a cuatro meses de prisión. El proyecto eleva la pena a reclusión por uno a cuatro años, y todavía es muy poco, pero si de un golpe se eleva más, se corre el peligro de fomentar la impunidad por la repugnancia de aplicar las penas que se creen demasiado severas, aunque esa creencia sea errónea e infundada.

Para el código de 1936, los redactores del proyecto de 1.935, explicaron así las bases teóricas de él: " Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente, por las mismas razones, y sin desconocer la importancia que tiene el estudio del delito como ente jurídico, propone la Comisión la adopción de disposiciones que exijan el estudio del delincuente como personalidad antisocial y permita la ampliación de las sanciones, teniendo en cuenta no solo la objetividad de los hechos, sino los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que caracterizan al agente y la personalidad de este. Adopta la actividad sicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad social, como medida de la responsabilidad, era consecuencia de la reglamentación tradicional que se ha llamado pena y que exclusivamente se ha venido aplicando a los normales sanos de la mente, con un contenido menos disimulado de expiación o sufrimiento, sino que comprendiera también la reglamentación de las llamadas medidas de seguridad, que deben aplicarse a los que en el momento de cometer el hecho sean

menores de cierta edad, o se encuentren en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o padezcan de grave anomalía síquica.

Después de expedido el Código Penal de 1.936, sobre las bases doctrinarias expuestas por la Comisión Redactora, los menores quedaron por fuera del Régimen punitivo común, en virtud de la ley 83 de 1.946, que creó una jurisdicción tutelar específica para ellos. Con el mismo criterio el proyecto contiene una serie de disposiciones que facilita el estudio del responsable como personalidad antisocial, de modo que la sanción se aplique teniendo en cuenta de preferencia, no tanto las circunstancias objetivas que se haya cometido en el hecho, cuanto los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que sirven para establecer su personalidad. Si bien es cierto que el proyecto toma como base de la responsabilidad penal la actividad sicofísica y la peligrosidad no por eso confunde a todos los delincuentes para aplicarle las mismas sanciones en su cantidad y naturaleza, sino que aplica a los delincuentes normales verdaderas penas, no con el fin de persecución, venganza o expiación, sino de reforma y readaptación social, y para los delincuentes anormales establece medidas de seguridad que reglamenta muy científica y adecuadamente.

Otro hecho menos infortunado: Al tratar la pena, no ordenó el Código que fuera aplicada según las clases de infractores propuestas por el positivismo, sino con un criterio distinto, como el que resulta del artículo 36. La agrupación de los delincuentes es la que resulta de una correcta medida de observación penitenciaria.

5.6 LA PENA DE MUERTE.

De acuerdo con la Biblia y las religiones del cristianismo se dice que toda la Escritura es inspirada por Dios y útil para enseñar, para redargüir, para corregir, para instruir en justicia. Y en nombre de Jehova aplicaron la pena de muerte con la crueldad más grande que pueda imaginarse. Así, según el Exodo, el que hería a su padre o su madre debía morir; el que robaba a una persona y la vendía o si se la encontraba en sus manos también era condenado a la pena capital. Era tan extremo y exagerado el celo con que guardaban la ley de Dios que se castigaba con la muerte tan solo por el hecho de maldecir al padre o la madre, o cuando se los golpeaba o se los injuriaba, de igual manera cuando se blasfemaba o no se guardaba el día sábado, cuando se practicaba la brujería, el adulterio, la violación, el vínculo incestuoso, el rapto y la idolatría. En el libro de los Levíticos se encuentra que: "y Jehova habló así a Moisés: saca al blasfemo fuera del campamento, y todos los que lo oyeron pongan sus manos sobre la cabeza de él, y apedréelo toda la congregación, y el que blasfemara el nombre de Jehova, ha de ser muerto; toda la congregación lo apedreará; así el extranjero como el natural si blasfemare el Nombre, que muera. Así mismo el hombre que hiere de muerte a cualquiera persona, que sufra la muerte. El que hiere de muerte a un animal, más el que hiere de muerte a un tituirlo, animal por animal, más el que hiere de muerte a un hombre que muera. El que causare lesión en su prójimo, según hizo, así lo sea hecho, rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente, según la lesión que haya hecho a otro, tal se hará a él."

Era tanta la barbarie que se utilizaba que se encontraba entre otros este ejemplo: en el libro de los Números se lee que un día sábado encontraron a un hombre cortando leña, y los que lo encontraron lo llevaron ante Moisés y Aarón, y como Jehova no había dicho nada sobre el castigo que debía infringirse Moisés consultando a Jehova, éste le contestó: "Irresistiblemente muera aquel hombre, apedréelo toda la congregación, saqueselo del campamento y que ese hombre muera; y los

HOMBRES de Israel hicieron como Jehova mandó a Moisés.

Los romanos introdujeron la pena de muerte por decapitación: Así Mateo dice: Herodes mandó decapitar a Juan en la cárcel. De igual manera aplicaron la crucifixión como a Jesús.

Otras formas de castigo de uso común fueron: Por sierra; por quemaduras, por horno, por fieras, por espada,

En la evolución que ha habido en la aplicación de la pena de muerte hasta la legislación contemporánea puede concluirse que hay una tendencia predominante, hacia la abolición del máximo castigo. No por ello, sin embargo, podría afirmarse de igual modo que la violencia delictiva contra la cual la pena de muerte fué imaginada desde sus comienzos haya desaparecido o tienda a desaparecer. Por lo contrario: El índice de violaciones o asesinatos y crímenes particularmente perversos, parece aumentar en las grandes aglomeraciones urbanas, a veces en conexión con las nuevas condiciones de vida que en ella imperan, a veces en conexión con el terrorismo.

Hace algunas décadas, cuando la pena de muerte era un rasgo común de nuestras legislaciones, el argumento sobre el cual se apoyaba era sencillo: El escarmiento. Si el Estado se hace temer a través de castigos ejemplares, se pensaba, hay más posibilidades de que criminales potenciales se abstengan de concretar sus planes, deseos o tendencias. La ejecución de una vida, de este modo, salvaba a través del escarmiento otras vidas, aunque esta estadística fuese imposible de obtener.

El victimario, se señaló, también es víctima de las condiciones sociales que lo llevaron a delinquir. Al ejecutarlo, el Estado libera en cierto modo de la culpa que tiene por su mala educación, por sus malos hábitos, y le hace cargar como un cordero emisario con una responsabilidad en resumidas cuentas colectiva. Lo que hay que hacer para evitar futuros crímenes no es autorizar a otros victimarios-víctimas potenciales con la visión de una ejecución legal, sino modificar las condiciones ambientales para conseguir un efectivo progreso de la moralidad y el comportamiento de los individuos.

Se ha comprobado por ejemplo, que la tasa de criminalidad aumenta en proporción directa con el grado de densidad de la población. Todos aquellos que contribuyen a la densidad, al hacinamiento, están contribuyendo también a sus consecuencias delictivas. Démosle al hombre espacio y luz, condiciones dignas de vida y de trabajo, y la tasa de violencia bajará sin que sea necesario recurrir a castigos extremos. El propio criminal, por otra parte, puede resultar recuperable para la sociedad y aun cabe la posibilidad de que, al condenarlo, se haya errado; si se lo ejecuta, el error deviene irreparable.

Para aquellos que aun creen en la pena de muerte, - todo hombre es libre, sean cuales fueren las condiciones de su formación y actuación. Si el hombre es libre y responsable por sus actos, debe sufrir las consecuencias de ellos. En un Estado en el cual quines delinquen no sufren consecuencias apropiadas a sus faltas se difunde un clima de permisividad. Si no hay castigo adecuado, lo que hay es una invitación a delinquir dirigida a muchos otros que, en otra situación legal, no lo hubiesen hecho.

Los que reniegan de la pena de muerte, en cambio, - creen que el hombre es, en último análisis, la resultante de una educación y un ambiente. El criminal es, por ello, algo así como un enfermo al que enfermaron las condiciones malsanas que lo rodeaban desde su niñez. La culpa recae aquí en las condiciones y no en el condicionado por ellas. Lo que hay que hacer con los enfermos no es castigarlos sino curarlos. Lo que hay que hacer para que otros no enfermen no es mostrarles el castigo de los que ya enfermaron sino adoptar las consiguientes medidas preventivas.

Punitivos y permisivos difícilmente consienten en una solución transaccional. Como en temas similares - el divorcio, el control de nacimientos, el aborto... - la discusión de la pena de muerte cala muy hondo en presupuestos filosóficos que cada sector considera irrenunciables. En cierto modo, el castigo se halla más cerca de la derecha, de los conservadores y la permisividad de la izquierda, de los socialistas.

Como dijimos antes, la prohibición moral y legal de matar es un rasgo común a todas las culturas y a todas las épocas, "No matarás"... el precepto bíblico no es, por cierto, original. Nuestra especie ha elevado a la categoría de norma superior lo que, en las especies animales, es una inhibición instintiva. Salvo situaciones de excepción, ningún animal asesina a otros de su misma especie; cuando mata a miembros de otras especies, además, lo hace por necesidad. Pero el hombre, el ser superior que ha consagrado en sus códigos la norma "no matarás", es el único que ha matado consistentemente a sus congéneres en guerras, homicidios y ejecuciones legales. La moral, en nosotros apenas compensa la peligrosa ausencia de los instintos originarios. Dicen los especialistas en conducta animal que en aquellos casos en que una especie está dotada del poder de matar al primer golpe - el león y sus zarpas, por ejemplo - posee a la vez una inhibición instintiva para hacerlo con sus congéneres. Nada más tierno entonces con los suyos que las aves o los mamíferos de presa. El hombre, como el mono, no puede en principio matar al primer golpe. Es una especie... débil. No posee por lo tanto el instinto inhibitorio. Su razón, empero, le ha dado armas que matan al primer golpe. Eso somos: capacidad adquirida de matar al primer golpe con un tiro o un puñal, sin el freno natural de un instinto protector. Seres potencialmente peligrosos...

En el hombre se plantea, por ello, una contradicción profunda en el desequilibrio de sus instintos y sus potencias, que le permite convertirse en la especie asesina del universo, y el desarrollo de un sentido moral que le dice que eso está mal, que debe ser combatido y controlado. División, lucha en el alma. El hecho es que matar a otro es una posibilidad no querida pero real de nuestra raza. Al mismo tiempo, limitarla o inclusive, eliminarla, es un objetivo histórico insoslayable.

Es factible imaginar, por otra parte, dos situaciones extremas en las cuales el problema del "no matarás" desapareciera. La primera de ellas podría presentarse si todos perdiéramos el sentido moral. En este caso, si todos fuésemos asesinos reales o potenciales no habría otro problema de ver quién vence...

a quien en la guerra a todos contra todos. La segunda ocurriría si, por lo contrario, todos alcanzáramos la perfección moral de la no-violencia: no habiendo asesinados al acecho, la sociedad no tendría necesidad como defenderse de ellos.

El problema se presenta porque la sociedad humana está dividida entre individuos que ceden a la tentación de la violencia e individuos que, aun cuando quisieran habitar un mundo no-violento, deben hacer algo para responder a la agresión ajena si es que quieren sobrevivir. El problema del "no matarás" no es un "problema" para el asesino; él lo resolvió, en todo caso, al ignorarlo. Es un problema para el agredido por el asesino, que debe decidir como se concilian su necesidad de sobrevivir ante la agresión y su deseo de no tener que matar para hacerlo.

Hay toda una zona de la filosofía moral dedicada a este asunto. Doctrinas tales como las de la guerra justa, el derecho de revolución, la legítima defensa y la pena de muerte pertenecen a esta categoría. Son doctrinas que tratan de definir y señalar cuando es lícito y cuando no lo es acudir a la violencia para responder a otra violencia. En la doctrina de la guerra justa, un pueblo tiene el derecho moral de acudir a las armas - esto es, de matar - si ha sido agredido, invadido por otro. En la doctrina del derecho de revolución o resistencia a la opresión - un pueblo tiene el derecho de deponer a un tirano, aun cuando el proceso de deposición incluya violencia, si de este modo pone un término a la violencia del tirano para con él. En la doctrina de la legítima defensa, una persona puede matar si es la única manera de repeler una agresión que pone en riesgo su vida. En la doctrina de la pena de muerte, sería lícito matar a un asesino si con ello se interrumpen sus crímenes o se desalienta a otros criminales por venir.

De estas cuatro doctrinas, la más discutida es la pena de muerte; por eso hemos escrito "sería lícito..." Nadie objetaría en principio la guerra justa, el derecho de revolución y la legítima defensa; en cuanto a ellas pueden ser discutibles, es si, la interpretación de las circunstancias que las ponen en movimiento. Puede ser que eso que llamo agresión externa, tiranía

o intento criminal no lo sea, que solo sea un pretexto que utilizó para desencadenar mi propia agresividad. En todo caso, el principio como tal es universalmente admitido: las personas, como los pueblos, tienen el derecho de defender su existencia en situaciones extremas aun con violencia cuando no hay otro recurso disponible. Aun los que quieren cumplir con el "no matarás" pueden matar si corren el riesgo de ser muertos. En este plano profundo del comportamiento actúa un motivo más poderoso que el ideal moral: el instinto de conservación. Si presumimos por hipótesis a un animal arrinconado por otro de su especie que se ha vuelto asesino, también ese animal se defendería hasta matar o morir. Volver la libertad; no la vida.

La pena de muerte carece, en cambio, de una opinión unánime en su favor. Es más: sus adversarios forman legión. No hay en la muerte del asesino después que él mató - meses después - acabado el juicio - es elemento de urgencia, de necesidad insoslayable, que se observa en las otras instituciones de auto-defensa que venimos a mencionar. Quien obra en legítima defensa no tiene a quien acudir; si lo tuviera, matar al otro ya no sería legítimo. La ejecución del criminal en cambio, ocurre pasado el peligro, en verdad, cuando el peligro ya se consumó. Se resuelve y se lleva adelante con fría determinación, después de cuidadosas deliberaciones. La pena de muerte no es un acto de inmediata, instintiva autodefensa. Por eso se presta a un gran debate entre aquellos que la impugnan y aquellos que sostienen su conveniencia incluso su necesidad.

Quienes objetan la institución de la pena de muerte arguyen, por lo pronto que nadie puede arrojarse el derecho de matar a otro, sea quien fuere este otro salvo en los casos de extrema necesidad anotados. Desde el momento que la ejecución por el fusilamiento, la guillotina, la silla eléctrica o - último "avance" técnico - una inyección letal, no se realiza en circunstancias de agudo peligro y urgencia, ellas son, en el fondo, "criminales legales". Según este argumento "no matarás" vale a qui con toda su fuerza: no has de matar a tu prójimo a menos que él esté a punto de matarte; si ya mató, puedes castigarlo de mil modos salvo con la muerte por que en este caso te equipararías a él y el mundo tendría dos asesinos en vez de uno.

Pasando de la pura teoría a una consideración de orden práctico, los adversarios de la pena máxima agregan a la objeción absoluta contra el derecho de matar a otro fuera de situaciones de emergencia una observación nada desdeñable: que, siendo la justicia en definitiva "humana" -esto es, falible- no puede desecharse la posibilidad de error en la atribución de culpas a determinada persona. Si se la condena a muerte, de nada vale que el error se descubra más tarde; la ejecución lo ha hecho irreversible. En cualquier otro tipo de condena, en cambio, hay más tiempo para rectificar la injusticia cometida. Los errores judiciales no han sido infrecuentes. A un hombre se le puede devolver la libertad; no la vida.

A partir de estos dos argumentos iniciales, los adversarios de la pena de muerte se internan por lo general en consideraciones acerca de la pena como tal. Para qué se castiga? Para reparar un pecado, un daño moral, con otro daño del mismo porte? Esta sería la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente. Quién se atrevería, en este terreno, a tirar la primera piedra? El criminal, es un "culpable" en sentido pleno, merecedor de la muerte en esta vida y en el infierno en la otra, o fue la sociedad la que, al deformarlo en su niñez, lo arrastró a una conducta agresiva? Según los opositores de la pena de muerte, matar a un criminal en nombre de la reparación que se deba a la justicia es actuar a la manera de Dios; por lo tanto, pretenciosamente. En el fondo, es un acto de barbarie: su verdadero nombre es "venganza". Los que matan a quienes matan, quizás esperaban esta ocasión para desatar sus tendencias criminales.

El castigo como reparación, de acuerdo con esta tesis, no sirve. Servirá como prevención? El objetivo ha de ser, sin duda, que disminuyan los delitos en el futuro. Si ejecutado a un criminal, se sentirán disuadidos otros criminales en potencia? Esto, es cierto, es muy difícil de comprobar estadísticamente. Lo que sostienen los adversarios de la pena de muerte es que el factor disuasivo no es tanto la severidad del castigo cuanto la aprehensión del delincuente. Supongamos, dicen, que en un Estado determinado se mata a los matadores pero se localiza a muy

pocos entre ellos; quien vaya a matar, entonces, lo hará con la esperanza de no ser descubierto. En un Estado donde las penas -- sean de prisión pero el porcentaje de casos resueltos más alto, los asesinos potenciales sabrán en cambio que lo más probable -- es que los descubran y encierran por años; así se verán más disuadidos. Por otra parte, una vez que alguien ha matado y sabe que morirá si lo prenden, ya no tiene nada que perder: se convierte en una fiera acorralada dispuesta a matar y matar... Si la pena es más benigna, es posible que se entregue a la espera de algún tipo de perdón más adelante por buena conducta.

La argumentación de los "abolicionistas" de la pena de muerte remata una defensa ardorosa de la prevención del delito contra el predominio de las corrientes punitivas. Lo que importa, sostienen, no es castigar por lo que ya ocurrió sino impedir que vuelva a ocurrir. Para ello, el centro de gravedad de la acción anti-delictiva debe situarse más allá de la pena en campos tales como la educación, el urbanismo y la psicología. Los delincuentes llegan a serlo por algo. Nadie lo es instintivamente. Demos a un joven un ambiente promiscuo, malas compañías, malos ejemplos y lo más probable es que termine matando o robando al margen de cuál sea la severidad de la legislación penal en vigor. Tanto el individuo que aún no ha delinquido como el que ya lo ha hecho merecen, por el contrario, una atención vigilante destinada a mejorarlos como personas. Esta es la verdadera ruta de superación de la violencia, aun cuando sea larga, compleja y costosa.

Los abolicionistas piensan que el hombre, todo hombre, es naturalmente bueno. Si alberga malas tendencias, la culpa proviene del ambiente. Si ha cometido delitos, debe ser considerado mas como un enfermo que como un criminal. Su bondad innata no ha desaparecido. Un cambio del ambiente, de las influencias, de la educación permitiría rescatarlo todavía en dirección de una vida socialmente útil. No hay que desechar la oportunidad. En cierto modo, cuando aparece un criminal, en vez de sentir que él tiene una deuda con ella la sociedad debiera sentir que ella tiene una deuda con él porque lo ha elevado a embotar, perder, deformar su originaria bondad. Debe devolvérsela mediante la reeducación.

Las cárceles no han de ser tales sino institutos de reforma humanística y social. Aunque haya seres que delinquen, no hay "delinquentes", nadie lo es definitivamente. Lo que hay son seres humanos, más o menos en armonía con la naturaleza bondadosa, más o menos alejados de ella por efecto de la mala educación y el mal ambiente, que llaman la atención del Estado con su comportamiento, como los niños traviesos, precisamente para que la sociedad acuda en su auxilio.

Matarlos legalmente es, desde esta perspectiva, un acto de suprema barbarie. Detenerlos para castigarlos es venganza. Detenerlos para reacondicionarlos es, al mismo tiempo, un acto de comprensión y una inversión para el futuro; el ser descarriado volverá a la sociedad un día a pagar con buenas acciones la deuda que contrajo.

- 71 -
hombre libre será prendido o a-prisionado, ni le perseguiremos como no sea de acuerdo con el legítimo juicio de sus pares o con la ley de la tierra. A ninguno venderemos, a ninguno negaremos o dilataremos su derecho a la justicia".
6. 1. ORIGEN DEL PRINCIPIO-0 RECTOR DE LAS PENAS
EN EL PROYECTO DE 1.974.

Este es el aparte donde he venido reconociendo la fuente de la legalidad de los delitos y las penas. Pero la obra que pudiera ser acogida en los países latinoamericanos, celebrada en Santiago de Chile, en noviembre de 1.963, se aprobaron en primer término, por que su índole aristocrática se podía extender los beneficios a toda la nación inglesa, y luego, porque el documento constituyó una reacción de los barones contra los avances del poder real. Así se exteriorizaba la lucha entre el feudalismo, tendiente a la dispersión de la autoridad, y la consolidación de las estructuras jurídicas que puedan, en este momento histórico y para esta parte del mundo, afianzar la justicia y la monarquía, en trance de absorber y centralizar el mando, la seguridad social y el ejercicio recto y eficiente del magisterio punitivo, dentro del respeto a los valores esenciales de la persona humana". el principio "nullum crimen nulla poena sine lege".

En la segunda reunión plenaria del proyecto, celebrada en México en 1.965, se dejaron intactas las declaraciones aprobadas en Santiago. Además la "ley de tierra" no podía ser sino la consuetudine, característica fuente del derecho medieval, y la nobleza en Inglaterra. Acogiéndose las declaraciones aprobadas en Santiago de Chile, los redactores del proyecto para la parte general, de 1.974, propusieron como título primero de dicha sección, su Art. 1º que dice: "Principio de legalidad. - Nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley, ni sometido a sanciones que no hayan sido establecidas en forma precisa por ley anterior."

El principio "Nullum crimen nulla poena sine lege", también conocido como "principio de reserva o de legalidad", ha sido actualizado, también se entendió el principio de legalidad en períodos de las revoluciones socialistas, para limitar el poder del imperio, cuando los barones ingleses obligaron al rey, Juan sin Tierra a limitar la arbitrariedad, prometiéndole seguridad a los súbditos. Movimiento este que afectó los fueros de la monarquía y que produjo lo que se dominó desde entonces la "Carta Magna".

Dijo la carta en una de sus declaraciones: "Ningún -

hombre libre será prendido o a-prisionado, ni le perseguiremos como no sea de acuerdo con el legítimo juicio de sus pares o con la ley de la tierra. A ninguno venderemos, a ninguno negaremos o dilataremos su derecho a la justicia".

Este es el aparte donde se ha venido reconociendo la fuente de la legalidad de los delitos y las penas. Pero la crítica moderna no está de acuerdo con aquella arcaica apreciación, en primer término, por que su índole aristocrática le impedía extender los beneficios a toda la nación inglesa, y luego, porque el documento constituyó una reacción de los bafones contra los avances del poder real. Así se exteriorizaba la lucha entre el feudalismo, tendiente a la dispersión de la autoridad que a la conservación de toda suerte de privilegios soberanos, y la monarquía, en trance de absorber y centralizar el mando.

Ni los barones, ni Juan sin Tierra, soñaban siquiera con incorporar al convenio el principio "nullum crimen nulla poena sine lege", pues el juicio por las pares (por los iguales) no era nuevo, ya que, encontraba en la base de las leyes germánicas. Además la "ley de tierra" no podía ser sino la costumbre, característica fuente del derecho medieval, y la nobleza en Inglaterra por ese tiempo no tenía idea de lo que era la ley pero en el sentido que se la toma en la actualidad. Advertida de los progresos de una monarquía muy fuerte, que rodeaba al país de recaudadores y tribunales, la nobleza inició el retorno a privilegios antiguos, entre los cuales figuraba el de administrar justicia.

La legalidad de las penas, empañada o disminuída momentáneamente por regímenes personalistas o de clase, ha mantenido actualidad. También se enturbia el principio en el primer período de las revoluciones socialistas, para volver después a su imperio, más firme y rodeado de completas garantías, que en esta forma tan completa jamás ha podido ofrecer el capitalismo

6. 2 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

Hoy en día, ya en la discusión de las actas que posteriormente se concretarán en el proyecto de 1974, se plantearon como principios fundamentales y generales del Código Penal, que este debe estar anclado en la realidad, consultando la idiosincrasia, las preocupaciones y el posible futuro de los pueblos de América Latina, y que solo de acuerdo con las modalidades peculiares de un pueblo, teniendo en cuenta las formas de criminalidad, puede hacerse un estatuto penal que realmente sirva a sus objetivos. Que se debía consultar minuciosamente y dar preferente atención a los datos de la técnica criminal, entendiendo por tal la criminología en sus diversas aristas: sociología criminal, siquiatría, psicología y, en fin, todo ese conjunto de ciencias que estudian al hombre situando en su medio ambiente.

De haya manera de decir el principio "nullum crimen nulla poena sine lege", siendo principio constitucional y fundamental que constituyen una de las columnas básicas de un Estado democrático, ha estado en todas las mentes libres a lo largo de la historia y sus orígenes se remontan al derecho Justiniano y de allí pasó al canónico y al intermedio; pero quien realmente le dio su fuerza fue el iluminismo, específicamente la revolución francesa. Consiste en la salvaguardia de la libertad de los individuos y de los demás derechos de estos, pues cada persona tiene que saber exactamente cuáles hechos están sancionados por la ley penal, a fin de poder ajustar su conducta a esas normas, o sea, viendo la cuestión desde otro aspecto, todos los ciudadanos son libres de hacer aquello no prohibido y aquello por lo cual no se ha establecido ninguna sanción, y como naturalmente, el campo de libertad de acción es mucho más extenso que el de las restricciones, entonces este último tiene que estar perfectamente limitado para que todos sepan con claridad en qué momento y de qué modo se está pasando del campo de la libertad al de la restricción. Nadie puede ser condenado penalmente por disposiciones que no tengan el carácter expreso de leyes penales previas. Este principio se explica porque a veces los gobiernos, en espe-

cial los fuertes, dictan normas sin ubicación precisa y no se saben si pertenecen al derecho penal, disciplinario o al fiscal. Hoy en día el derecho en sus más diversas ramas acude a medios de coerción para obtener que se le obedezca. El derecho administrativo tiene medios coercitivos que son sanciones administrativas, lo mismo el Derecho Civil, Fiscal, etc., y en fin todas las ramas del Derecho se valen en mayor o menor medida de esas coerciones para obtener su obediencia. Entonces, es necesario saber con absoluta precisión cuándo una norma que contiene coerción de esta naturaleza pertenece al derecho Penal. Además, se debe anotar que las sanciones penales, aun cuando puedan parecerse a otra clase de sanciones, son típicas y específicas de este Derecho. Ellas, es decir, las sanciones penales, no deben imponerse sino por transgresiones de carácter penal, razón por la cual dichas leyes deben ser nitidamente penales para que no haya manera de confundirlas con otras. Ello conduce, a que cuando haya duda de si una ley es de carácter penal o de otra naturaleza, los jueces deben abstenerse de aplicarla y no poner el aparato de la justicia penal al servicio de esas normas, sino dejar su entendimiento para otros órganos e institutos del Estado. El principio de tipicidad, vale decir que los hechos punibles no solo deben estar contenidos en leyes francamente penales, sino que deben estar descritos de un modo inequívoco. Las leyes penales, abiertas que consisten en no describir nitidamente la conducta punible, sino de una manera vaga. Tal sería aquella que dijese se sancionará con tal pena al que ejecute actos revolucionarios o subversivos pero sin señalar en qué consiste un acto de esa naturaleza. Las leyes abiertas o vagas vulneran de manera directa la libertad y los demás derechos ciudadanos, pues son una especie de juego de acomodo de los gobiernos fuertes, ya que basta dictar una ley de esa naturaleza para ajustar a cualquiera situaciones que se presenten, sin que los individuos puedan saber en un momento dado si una conducta determinada está o no contemplada por esa ley.

6. 3 FINALIDAD Y NATURALEZA DE LAS PENAS. una pena re

tributiva sea educadora, protectora, protectora y preventiva, -
El derecho culpabilista, intensamente saturado de mo
pueda ser característico, ya que una pena retributiva es aquella se
ral es un derecho que le da a la sanción un carácter esencial -
pueda ser una venganza de la sociedad contra el delincuente,
mente retributivo y considera la pena como un medio de expia -
ción; en cambio el derecho o la ideología que desciende en mayor
o menor grado a la escuela positiva tendrá que darle a la pena
una naturaleza preventiva y educadora, la cual no podría negar -
se ya que ninguna escuela lo rechaza.

con la caverna, pues la pena le da a la retributiva de la ley
Como se sabe en derecho penal y su expresión la ley
penal, tiene como fin último la lucha contra el delito como me -
dio de protección de los derechos sociales e individuales, lo -
cual no lo niega ninguna escuela. De otro lado, es materia de -
discusión saber si la pena es además preventiva y si siéndolo, -
es en un sentido general o individual o si es reeducadora. Se -
gún el modo de ver de algunos que intervinieron en la comisión
redactora del proyecto de 1.974, dicen que la pena es reeducado
ra o debe serlo, pues que hay que mirarla desde un ángulo muy -
importante que es el de la resocialización. En efecto, se reedu
ca a un criminal para reincorporarlo a un conglomerado social o
de lo contrario no tiene sentido la palabra reeducación, razón
por la cual creo sinceramente que dichos términos son las misma
cosa. Hacer coincidir todas estas finalidades de la pena es ar
mar un rompecabezas, cuyas piezas no ajustan perfectamente y se
necesita un poco de tolerancia y de espíritu de armonía para a -
ceptar al mismo tiempo el fin retributivo y el resocializador.
En cuanto a la pena de muerte, esta no es generalmente aceptada,
puesto que, si la medicina no busca matar a los enfermos sino -
sanarlos para que se reincorporen a la vida ordinaria, el dere -
cho penal a través de esa rama tan importante que son las cien -
cias penitenciarias pretende resocializar al delincuente.

La pena es probablemente uno de los aspectos más di -
fíciles del derecho penal, sencillamente porque todo parece in -
dicar que los sistemas tradicionales punitivos están hoy en ab -
soluta quiebra y han demostrado su ineficacia ante el fenómeno
de la criminalidad.

En cuanto a predicar simultáneamente que una pena retributiva sea educadora, protectora, protectora y preventiva, puede ser contradictorio, ya que pena retributiva es aquella aplicada como una venganza de la sociedad contra el delincuente, lo cual no consulta con la realidad, pues no es posible que el Estado ponga a funcionar el derecho penal para vengarse de los delincuentes. En esto consiste la retribución, es decir, en infringir mal por mal en razón de que se delinquirió. El derecho penal no debe tener un aspecto bárbaro que linda prácticamente con la caverna, pues la pena lejos de ser retributiva debe buscar la resocialización, la reeducación, lejos de la venganza. Lo que se debe procurar es proteger al delincuente, educarlo y adaptarlo a la sociedad. Se dice que el sistema tradicional penitenciario ha fracasado, ya que todas las cárceles colombianas, lejos de ser un remedio contra el delito, son la incubadora de los delincuentes. De manera que el Estado colombiano es el que está creando los delincuentes del futuro, no por que no haya educación ni porque no tenga salarios, algunas de esas cárceles, ya que por otro lado, es muy cierto que muchos de estos establecimientos no tienen medios para brindar trabajo a los reclusos y otras muchas reciben lo correspondiente a determinada vigencia, y dos años después lo correspondiente a determinada vigencia, y el valor por recluso apenas es de veinticuatro pesos diarios. Por esta razón es que dichas cárceles deberían suprimirse y ser reemplazadas por institutos que tengan por finalidad no la venganza, no la retribución, sino la educación. La pena retributiva es un rezago de la venganza privada, y ese engendro del pasado debería ser definitivamente superado por uno más moderno como el de buscar un balance entre el mal ocasionado por el delincuente a la sociedad y la pena que ésta aplica como principio de justicia, no para vengarse, sino siendo el derecho esencialmente una armonía y un punto de equilibrio, es natural que se extienda a una de las principales instituciones que es la pena consultando las calidades fundamentales del ser humano, entre ellas la libertad y la dignidad.

tanque fin retributivo, como tampoco de un modo exclusivo algún

6.4 FUNCION Y FINES DE LA PENA.

La finalidad de la sanción penal es compleja. A través de ella se busca la protección del núcleo social y del Estado - mismo, encargado de garantizar su normal desarrollo; es un instrumento de prevención de los delitos y de las conductas antisociales. En su ejercicio y desarrollo actuales, la pena implica aflicción, pues sus mecanismos tradicionales, están en franca bancarrota, razón por la cual es necesario proyectarlas hacia una meta mucho más amplia que implique una modificación del régimen penitenciario colombiano. Pues el derecho penal moderno debe orientarse no a infringirle un mal al que delinque, sino a tratar de insertarlo en la sociedad.

Uno de los comisionados, declarándose retribucionista, no desconoció que con la pena se persigue la protección de los bienes de la sociedad y de los particulares, la prevención, tanto general como especial, y el castigo del culpable, porque la expresión fin retributivo significa castigo, por el mal que ha causado el individuo a la sociedad, y ésta en justa compensación le impone un dolor a una restricción, recogiendo un pensamiento que viene desde la antigüedad, vale decir la imposición de un padecimiento que se infringe como consecuencia de una mala acción. Considera que la norma no puede tampoco guardar silencio sobre el fin retributivo, porque hoy en día hay muchas corrientes penales que lo aceptan. En efecto. dice: " Si revisamos la historia del derecho penal, veremos que la retribución fue considerada como fin único desde la antigüedad y especialmente en la Edad Media y muy particularmente por el Derecho Canónico, pero con el advenimiento de la Escuela Criminal Positiva se hizo a un lado para poner en su lugar el preventivo y el resocializador. Pero hoy ha renacido la defensa de la pena en su significado y sentido retributivo; especialmente en la vertiente católica, se ha puesto de presente que la pena en una sociedad sobre la base de la libertad y la dignidad humana no puede prescindir de reflejar este fenómeno en uno de los institutos principales como es la sanción. La pena, se ha dicho, hoy en día es una institución polivalente, pues no se puede reducirla al simple, aunque impor-

tante fin retributivo, como tampoco de un modo exclusivo al fin preventivo y resocializador". Otros comisionados tuvieron diferente opinión sobre tal concepto, considerando que la cuestión de las finalidades de la pena no debe ser teóricas, sino prácticas, pues no pertenece propiamente al derecho Penal, sino al Penitenciario, porque es al Estado y no al juez al que le compete el desenvolvimiento de los institutos represivos para obtener determinada finalidad, por ello, decir que la pena tiene una finalidad protectora, preventiva, retributiva y educadora nos plantea un problema de mayor entidad como es el de la reincidencia. Si fuera cierto que según el mandato legal la pena tiene esas finalidades, entonces no existiría la reincidencia cuya aparición es precisamente la mejor refutación de todos estos enunciados.

Algunos siquiátras, entre ellos, Carlos Caracol Rumio, prestigioso médico cartagenero, dice: "lo de la finalidad de la pena es un postulado puramente teórico y que es necesario en cada caso estudiar el preso, pues muchos delinquentes van al delito impulsados por un complejo de culpabilidad. De manera que en estos casos la pena no va a servir de retribución ni de educación."

Tomar una posición de tipo doctrinario o teórico dentro del Código para decir que la pena tiene tales finalidades, es adelantarse a los acontecimientos, porque cuando la finalidad de la pena va a plasmarse en la realidad tangible? Cuando el juez dicta la condena? No. Es cuando el funcionamiento estatal va a hacer cumplir esa pena. La inmensa mayoría de los expositores consideran que la pena tiene carácter retributivo y esto lo consideran no como una conquista de última hora, sino, porque este fue el primer plantamiento que hicieron los teóricos del derecho penal y ahora hay una especie de renacimiento, el cual a mi modo de ver es un retroceso, una vuelta atrás en la evolución del pensamiento jurídico, pero esto no es un problema de juristas o de leyes, sino de técnicas en pedagogía, en siquiatria, en medicina, en higiene, etc., es decir de un grupo de técnicos a quienes el Estado debe encargarse el cumplimiento de la pena. Bas-

ta asomarse al fenómeno de la delincuencia en el país y a las cárceles para darse cuenta de que éstas en Colombia no tienen la finalidad de proteger, ni de prevenir, ni de reprimir, ni de retribuir, ni de nada, pues la verdad es que en ellas se desintegra cualquier moral o cualquier freno inhibitorio.

Por otro lado, así como la pena no cumple con sus finalidades cuando el Art. 16 de la Constitución Nacional dice que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, pero la verdad es que las autoridades no han logrado asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y mucho menos el de los particulares.

6.5 DESTINATARIO DE LA NORMA PUNITIVA.

El Principio de proporcionalidad dice que toda sanción en su calidad y cantidad debe establecerse en conformidad con la naturaleza objetiva y subjetiva del hecho punible descrito en la respectiva disposición legal. Esta es una fórmula dirigida al legislador para que en el momento de describir conductas típicas señale sanciones que en su calidad y cantidad correspondan precisamente a la naturaleza subjetiva y objetiva de la conducta descrita, para evitar de esa manera los errores en que incurrió el anterior legislador y que se hacen evidentes en algunos casos del C.P., como por ejemplo, la hipótesis de la sanción prevista para las lesiones personales con pérdida de un órgano o miembro que en el sistema punitivo anterior resulta más grave que el homicidio culposamente sancionado que el homicidio culposamente sancionado.

En lo que respecta a la cantidad de la pena, dicha disposición estaría solamente dirigida al juez. Por que? Porque el sistema penológico utilizado por nuestros legisladores es el de señalar un mínimo y un máximo en la cantidad de la pena, dentro del cual, aparentemente, juega el arbitrio del juez. Por manera que respecto a la cantidad de la pena esta fórmula se dirigiría por igual al juez y al legislador, no así con relación con la cantidad, porque el mismo sistema punitivo seguido por nuestro legislador no le da oportunidad al Juez para escoger entre va-

rias penas cualitativamente diversas, sino que representa fórmu-
las cerradas y expresas y excluyentemente señala la calidad de
la sanción aplicable a la conducta respectiva, ya sea de prisión,
arresto o multa. Desde ese punto de vista el juez no podría apli-
car la norma porque no podría modificar la cualidad de la pena
del propio legislador al señalarla. Pero si frente a una conduc-
ta determinada se señala una pena privativa de la libertad o una
pena de multa, en ese evento la fórmula si jugaría para el juez
y para el legislador, ya que pudiendo el primero escoger entre
varias clases de pena, aquella que considere más adecuada al as-
pecto subjetivo y objetivo de la conducta y escogida ésta y pu-
diéndose señalar la cantidad que correspondería, no habría nin-
guna dificultad para concluir que la norma tiene esos dos desti-
narios. La filosofía inspiradora de la pena es muy diferente a

6.6 EL HECHO PUNIBLE Y LA PUNIBILIDAD.

Se afirma que la expresión "Hecho Punible" no es téc-
nico, y que entraña un error garrafal, porque lo "punible" no es
el "Hecho" sino la persona que lo realiza.

Igualmente, se dice que la "nueva" expresión carece -
de tradición en el lenguaje jurídico del país, y, aún más, en -
el de América.

La expresión "Hecho Punible" significa que el delito -
merece sanción, lógicamente en la persona del que lo comete. -
Cuando hablamos que el homicidio "es punible" queremos dar a en-
tender, y así lo entiende todo el mundo, que es una conducta pe-
nable, porque así está prevista en la norma legal, en la cual -
se alude al sujeto que debe ser inculpatado.

De igual manera, cuando se asevera que dar limosna no
es un "hecho punible", se quiere manifestar que la persona que
realiza tan benéfica acción, no es digna de castigo, porque ese
preceder no está catalogado en el código penal como una infrac-
ción. El castigo no recae, ni puede recaer sobre el "Hecho". -
Cuando las leyes disponen que son "Hechos Punibles" los siguien-

casos es necesario establecer un régimen penal diferente para
tes comportamientos, está indicando que son merecedores de pe-
na las personas que incurren en ellos.

Aparte de lo anterior, la expresión "hecho punible" De-
tiene a su favor una luenga tradición en el campo del derecho,
como se encuentra en textos que datan de hace muchos años: Códig
go Penal de los Estados Unidos de Venezuela, que dirigió desde
1915; C. P. DEL PERU, que dirigió desde 1924; C.P. DEL ECUADOR,
que rige desde mayo de 1938; C.P. DE COSTARICA que rige desde -
1914; C.P. DE PANAMA que rige desde 1922; C.P. DE NICARAGUA que
rige desde 1974; C.P. DEL PARAGUAY que rige desde 1974, entre
otros ha sido usados el término de hecho punible. ya que en nues

tro régimen penitenciario, no tenía diferencia con el arresto y
prisión. La filosofía inspiradora de la pena es muy diferente a
la de la medida de seguridad, por ejemplo el artículo 12 aproba
do por la Comisión de 1.979, dice: "La pena tiene función re-
tributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas
de seguridad no tienen contenido punitivo. Conviene, entonces,
dejar claramente sentado el pensamiento de la Comisión sobre es
te punto de crucial y trascendental importancia, el cual debe -
ser consecuente con el adoptado en el Título I, en el cual no -
nos adscribimos a teorías absolutas, y mucho menos debemos ha-
cerlo aquí. Tampoco debemos acoger el concepto puramente carra-
riano de "punitur, quia peccatum est", ni debemos desarrollar -
exclusivamente el pensamiento filosófico Kantiano de la pena co
mo un imperativo absoluto de la justicia; ni el pensamiento dia
léctico Hegeliano. Por el contrario, debemos adoptar un concepto
moderno de la pena desechando las teorías absolutas y las rela-
tivas, para dar a la pena un contenido social. Esto, además, nos
llevará a diferenciar entre penas y medidas de seguridad, que -
lógicamente tal tema de éstas últimas es para otro tratado o mo
nografía. La razón de esto último es por cuanto todo lo relati-
vo a las medidas de seguridad tienen su origen en la inimputabi
lidad, en cambio todo lo relativo a la punibilidad por un hecho
legalmente descrito, tiene su origen en haber sido realizado -
con dolo, culpa o preterintención.

En lo que hace referencia a las penas principales y ac

cesorias es necesario establecer un régimen penal diferente para establecer clases de delitos y de delincuentes, tal distribución carece de fundamento porque, unas y otras, tienen la misma función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. De otra parte pareciera dar la sensación, y así lo puede entender la opinión pública, de que las penas accesorias, son secundarias sin suficiente poder intimidatorio. Por eso, es más conveniente adoptar un criterio unitario de las penas, sin distinción, ya que la diferencia entre prisión y arresto son puramente formales por cuanto en uno y otro caso se trata de penas privativas de la libertad, esa, creo sea la razón para que en el Código Penal actual se haya eliminado la pena de presidio ya que en nuestro régimen penitenciario, no tenía diferencia con el arresto y prisión, salvo algunos beneficios que concedían las dos últimas. Por ejemplo en la actualidad para las penas de prisión se prevén algunas accesorias, como la interdicción de derechos y funciones públicas y, en cambio, el arresto no tiene ninguna de estas consecuencias; la primera es de mayor duración que la del arresto, únicas diferencias aparte de hacer más gravosa la situación de los penados, aunque en el fondo quien está recluido está en interdicción de tales derechos y sanciones públicas, y no puede tener aplicación por falta de recursos técnicos, económicos y hasta humanos. En resumidas cuentas, es importante que los últimos comisionados y legisladores hayan intentado presentar algunas modificaciones sustanciales al régimen punitivo previsto en el proyecto primitivo y en el final. El problema de si las sociedades pueden delinquir, ha constituido un permanente debate a través del Derecho Penal, y, ningún código penal o mejor la mayoría de los Códigos Penales con excepción de muy pocos como el actualmente vigente en Puerto Rico contemplan esa posibilidad. Esto es, de que las personas morales sean punibles, mayormente si se tiene en cuenta el concepto de la impunidad el cual está ligado a la categoría de la pena. Si se es imputable cuando se quiere el hecho y se prevé sus consecuencias o cuando se está en capacidad de entender y de querer la acción ilícita, resultaría muy difícil a una persona jurídica establecerse los términos de imputabilidad propiamente dichas, en

sus términos técnicos y científicos. Quizás puede decirse que es físicamente imputable pero no psicológicamente.

De otra parte, la división entre penas principales y accesorias obedece a la misma naturaleza de las penas y, evidentemente, las privativas de la libertad y de carácter económico son de distinto orden a las accesorias.

6.7 PUNICION PARA LAS PERSONAS JURIDICAS.

Refiriéndonos a la sanción para las personas jurídicas, ha sido un tema discutido permanentemente, sin que el derecho positivo haya logrado concretar una fórmula que elimine los problemas que se presentan en la aplicación práctica. Por tal razón sería más adecuado dejar a la doctrina su elaboración, por que en el momento actual consagrar una fórmula originaría muchos problemas los cuales, en muchos casos, resultarían insolubles porque contrarían los presupuestos doctrinarios y filosóficos establecidos en la parte general del Nuevo Código Penal, para sancionar a las personas culpables. La razón es por cuanto existen unos principios universales que no han podido ser eliminados a pesar del avance de la doctrina, como por ejemplo el de que "nulla pena sine crimen". Adoptando el criterio de sancionar a las personas jurídicas, se tomaría la posición de que estas si pueden delinquir como tales, independientemente de las personas naturales que rigen su administración. El otro principio universal "no hay pena sin culpabilidad", es un principio radical también establecido en el Nuevo Código Penal. Aceptar la sanción para las personas jurídicas, llevaría a presuponer a las personas jurídicas, que son capaces de culpabilidad y habrían necesidad de reestructurar el sistema adoptado para establecer que estas pueden ser capaces de culpabilidad y que pueden ser entonces inimputables. Ahora bien, en el orden práctico pueden presentarse problemas de muy difícil solución. Por ejemplo, ¿qué pasa si de tres, cuatro o cinco miembros de la junta directiva de una empresa, dos o tres son inimputables en el momento de cometerse el delito; y uno o dos imputables. Cómo se resuelve esa situación, no frente a la responsabilidad penal de cada una de-

esas personas naturales, sino frente a la responsabilidad penal de la persona moral. Otro caso: qué ocurre cuando un gerente o administrador induce en error a los demás gestores de la sociedad; entonces, uno actúa perfectamente con culpabilidad, porque fueron inducidos a ese error y procedieron de buena fé los otros estarían exentos de culpabilidad. En este caso resulta muy complejo apreciar si se debe aplicar o no una pena a la sociedad o persona moral.

7.1 LA SUPRESION DE LAS PENAS CORTAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

La supresión de las penas cortas, ha sido para criminalistas y penólogos, desde el año de 1.850. La campaña tendía a abolir dichas penas, en razón de los perjuicios que ellas ocasionaban a los reclusos y esta campaña alcanzó gran importancia e impulso, pero tal proyecto encontró el obstáculo de reemplazar dichas penas cortas, lo cual hasta el momento no han podido encontrar. Muchas asambleas de penalistas y sociólogos estuvieron marcados a razón de su intransigencia y acerbía, incluso el último celebrado en La Haya en 1.930.

Los inconvenientes esgrimidos para invocar la supresión de dichas penas son: la incapacidad para realizar alguna labor educativa sobre el recluso; la carencia de poder intimidativo en especial cuando se trata de delinquentes avaros; llevar la miseria a la familia, ya que el condenado pierde su puesto en el trabajo; carencia en las cárceles de los recursos e instalaciones adecuadas que contribuyan a la regeneración del preso; los establecimientos de privación de la libertad son formidables instrumentos de corrupción, por el contacto funesto entre el delincuente ocasional o pasional y malhechores de gran perversidad, por el hacinamiento, por la promiscuidad, por la ociosidad, por la carencia de personal idóneo en el manejo penitenciario, etc., y por último, porque la cárcel deja en el recluso un estigma que le impide reincorporarse a la sociedad.

En el décimo Congreso Internacional de La Haya en 1950, se pidió que las penas cortas deben aplicarse lo menos posible y que en su lugar se recurra a medios diferentes, como la condena condicional, la multa, la represión judicial, la provección, el arresto domiciliario, la cárcel abierta, la privación de la libertad en fines de semana, en los días de fiesta, etc., Los países que se oponen a las penas cortas son Suecia y Noruega, países de elevado nivel cultural y de sistemas carcelarios muy avanzados, donde el índice de la reincidencia es notablemente reducido, pese a los razonables argumentos que se dan para eliminar las penas cortas privativas de la libertad. Lo cierto es que son muchos los autores que consideran que la audaz iniciativa entró en el campo de la utopía, la mayoría de los penólogos la censuran, pero no se ponen de acuerdo sobre las medidas que deben sustituirlas con eficacia.

Ahora, desde otro punto de vista, no se niega que tales penas cortas tienen poder intimidatorio y fuerza para la prevención general sobre todo cuando se trata de ciertos delincuentes, que en los sistemas capitalistas atentan sobre todo contra la legislación económica, los que sustraen objetos de poco valor en los grandes supermercados los que actúan en forma culpable.

En las anteriores hipótesis la pena corta puede contener a muchos sujetos que sin la amenaza de una condena así sea de poca significación incurrirían en delito. De otro lado, no hay que dejar pasar inadvertida la anotación formulada por algunos tratadistas en el sentido de que una mejora en la ejecución racional de las penas que corrigen el hacinamiento, la promiscuidad, la desnutrición, el ambiente de salubridad, pueden contribuir a que se eliminen muchas de las objeciones que hoy se hacen, tanto es así, que fuera del Código Penal de Groenlandia en 1954, ninguna otra legislación ha eliminado las penas cortas privativas de la libertad. Al contrario son numerosos los países desarrollados que hacen amplio uso de ellas. Pero la práctica sueca sobre las cárceles abiertas y sobre la privación de la libertad en los fines de semana y en los días de fiesta, han te-

nido resultados esperanzadores.

7. 2 DEFENSORES DE LA CONSERVACION DE LAS PENAS CORTAS

El italiano Luquini, sostuvo que los males que se les atribuyen no son inherentes a ellas sino que provienen de la forma como son aplicadas. En el Congreso Penitenciario de La Haya, el delegado noruego preguntaba, con base en las estadísticas de su patria, si los resultados nocivos que se le reprochaban a las mencionadas penas eran verdades exageradas. Según informó en su país los condenados a penas cortas no reinciden. Igual situación se presentaba en Suecia, allí el noventa por ciento de los sancionados cuya conducta se investigó durante 5 años, no habían reincidido.

Pinatel, penólogo francés, ha sostenido la conveniencia y necesidad de conservar las penas cortas, las inferiores a tres meses, afirma, son las menos dañinas.

Gabría preguntarse qué se entiende por pena de corta duración?. En general puede sostenerse que es aquella que no tiene duración suficiente para realizar en el recluso un tratamiento adecuado de rehabilitación. Como resulta claro ese concepto, hace caso omiso del efecto intimidatorio que es inherente a la sanción.

En lo que concierne al límite de la pena que se estudia, hay que reconocer que existen en las legislaciones verdadera armonía; Suiza, por ejemplo, distingue entre penas de muy corta duración, es decir inferiores a 14 días y las de corta duración que se extienden desde quince días hasta tres meses. En Francia son cortas las que no exceden de un año; En Suecia y Dinamarca el mínimo es de 30 días; en Noruega 21; Finlandia 14; en Grecia 21; en Portugal 3 días.

En las actas de la comisión que redactó el Código Penal de 1.936 se lee que el doctor Rafael Escallón sostuvo que las penas de corta duración que han sido criticadas son aque-

llas que no alcanzan un año y que pasado este período no pueden reputarse como sanciones breves. No obstante, la campaña contra las penas cortas, lo cierto es que éstas alcanzan cada día cifras más altas. En Francia, el total de las sanciones alcanzó, en 1946, un total de 12.508, de las cuales 3.318 eran de corta duración. En Inglaterra el 76% de las condenas era inferior a 6 meses.

7. 3 LA SUPRESIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Debe suprimirse la pena privativa de la libertad? También llevan muchos decenios los criminólogos, penalistas y sociólogos discutiendo si debe abolirse la pena privativa de la libertad cualquiera que sea, larga o corta; llámese prisión, presidio o reclusión. El primer argumento en contra de dicha pena lo suministras los siquiatras y penólogos, cuando presentan los efectos nocivos que la prisión engendra en el ser humano. Contra el aislamiento celular se lanzó Ferri, cuando dijo: "El aislamiento celular constituye una de las aberraciones del siglo XIX."

En Francia, en el décimo Segundo Congreso Internacional de Criminología de 1950, uno de sus ponentes se refirió a sus muchos y variados efectos dañinos, propuso la abolición de la prisión, al menos en la forma en que hoy se aplica.

Los tratadistas se refieren con frecuencia a los trastornos psicológicos que la sola privación de la libertad engendra en el recluso. Los penados se vuelven supersensibles, intolerantes, irritables, pierden su equilibrio emocional, con frecuencia son víctimas de neurósis y por cualquier insignificancia desatan riñas y grescas temibles. Además, sufren de reacciones depresivas, impulsivas, histeroideas y paranoicas; su vida está llena de frustraciones, angustia y desconfianzas nacidas de la desesperación, el abandono. En el medio colombiano, particularmente, tienen que soportar el hacinamiento, la desnutrición, la promiscuidad, la tortura del ocio, la monotonía y no pocas ve-

ces, la tortura física y el mal trato de las personas ignorantes que manejan los establecimientos carcelarios.

La prisión es mortal para el hombre medio. De cuando nació el sistema punitivo hasta la fecha presente no ha habido evolución en la aplicación de tales penas, por lo cual de aquí a algunos años nuestras penas privativas de la libertad producirán la misma sensación que hoy sentimos ante las penas medievales; hoy no se mutila el cuerpo del hombre, mediante sentencias judiciales, aunque hajo el amparo de la impunidad y de la fuerza, las instituciones represoras las aplican diario, así como la tortura y el asesinato, pero legalmente mediante la limitación de la libertad, de movimiento y de contactos sociales, se efectúa su individualidad y sociabilidad.

Por otro lado, la prisión es nociva por los gastos que implica para el Estado, para el recluso por la corrupción, para los familiares por la inasistencia, para la víctima por la imposibilidad de ser indemnizados y que debe ser sustituida por otro tipo de sanción, como lo fue en su día las penas corporales.

O por lo menos, y a corto plazo que haya una reforma - carcelaria de fondo, desde los varios aspectos del problema que permita organizar para todos los asistentes de trabajo, de educación y deporte, que se prepare un personal administrativo idóneo y suficiente que corrija las faltas actuales de los horrendos sistemas carcelarios. Las prisiones, al menos por muchos años, no se podrán abolir, pero si es urgente reformarlas.

En el campo de la asistencia pos carcelaria, como recuso idóneo para prevenir la reincidencia, no se ha realizado absolutamente nada en Colombia. En gran parte la batalla contra las prisiones la desató la situación lamentable de estos establecimientos en la mayoría de los países del mundo. Y si se tiene en cuenta que la mayoría de las cárceles son vetustos edificios superpoblados, con disciplina rigurosa y brutal y alimentación repugnante.

En las cárceles de mujeres también se constatan las mismas lacras ya mencionadas; ocio corruptor, lesbianismo; huelgas de hambre; promiscuidad; hacinamiento.

Como es lógico dentro de un ambiente como el que se habla no es posible que exista ninguna labor de educación y rehabilitación. En Colombia, como es sabido por todos, la situación carcelaria es otra. Tan así, que nadie ha rectificado que nuestros penales son verdaderas escuelas del crimen. A pesar de todo, los embistes que desde hace muchos lustros se han dado de modo intrépido y entusiasta contra la privación de la libertad como pena, en verdad no ha tenido éxito.

7. 4 EL JUEZ Y LA PUNIBILIDAD.

Los colombianos están conscientes de que hace falta un nuevo Código Penitenciario que cristalice, ojalá de una vez por todas, un auténtico sistema penitenciario. Todo esto también implica en que haya personas que están pensando sobre la operatividad de la Rama Jurisdiccional. Es una verdad ineludible de que el problema de la justicia penal falla ya en primer lugar porque la responsabilidad está totalmente diluida. No hay ninguna cabeza responsable de la investigación penal, del esclarecimiento de los posibles hechos punibles y el juez, como si fuera poco, está totalmente divorciado de las técnicas de policía judicial, que le sirven de base para conseguir pruebas. Y por si fuera poco, el Juez, en este momento es el árbitro, el dueño del balón y hace y deshace aparentemente a su antojo, con lo cual en realidad nada se hace. Lo único que se hizo a nivel histórico, la pérdida por parte de la ciudadanía de credibilidad en la justicia penal, la pérdida de incentivos por parte del personal de la Rama Jurisdiccional, y el que haya un confusión de conceptos con relación a la inseguridad. No nos olvidemos del aspecto penal, la justicia penal es el último instrumento que tiene un Estado como forma de control social. Pero tampoco nos engañemos y miremos cómo el mismo gobierno, cómo la opinión pública responsabilizan a la justicia penal de la inseguri-

Tamaño error no se podía permitir por lo menos en las personas que de alguna manera intervinieron en la reforma penal. - También es evidente que no hay sistema penitenciario, ni a nivel legal ni a nivel operativo y lo que es peor, ni a nivel de recursos humanos. El mismo Gobierno vive engañado, convencido de que colocando personas de la Policía Nacional, va a resolver el problema del sistema penitenciario. Cómo piensa resocializar con disciplina para militar a personas que son conflictos dentro de la sociedad? Cómo se puede creer que el juez pueda ver los efectos de la pena, cuando el juez nunca es vigilante de la pena? - Cuando el juez además tiene que vivir del presente en estos momentos, lo que es peor, simplemente vivir de los expedientes con sindicados detenidos. Cómo se puede esperar que efectivamente los sitios de privación de la libertad sean para los condenados y no se tenga la gran injusticia del país, con 30.000 detenidos y sólo 8.000 condenados, que en número han permanecido casi intactos 10 años? En donde se demuestra que la justicia penal, o no está condenando, o no alcanza a fallar, o algo está ocurriendo que operativamente no es culpa del funcionario, sino culpa del mismo sistema, de las herramientas legislativas y operativas de las cuales carece.

Así mismo, se necesita elevar la condición social del juez. Se necesitan jueces que piensen, que maduren, que por fin se contacten con la realidad social, en estos momentos y no nos podemos engañar, quien ha vivido en la Carrera Judicial, se convirtió en un divorciado de la realidad social y casi en un sometido a las teorías del autor, porque no tiene tiempo de preocuparse del caso de tal o cual individuo, está más preocupado de pulir la sentencia, porque después el Magistrado, va a ver que estilo jurídico y a quiénes consultó para condenar. Es, pues, necesario que se actúe operativamente sobre el hecho en concreto, sobre el hecho punible en concreto, en dos fases totalmente separadas que deben ser divorciadas, la fase de la investigación y consecución de las pruebas, y las fases del fallo. Pero es también necesario, que quien instruye, que quien investigue, tenga un equipo eminentemente interdisciplinario, pero inmediata-

to, no a base de oficio, ya que los oficios a nada han conducido y las pruebas penalmente se pierden. Es inconcebible, por ejemplo hoy, y de ahí que los delincuentes lo saben, que es mejor que una persona sea procesada por homicidio y no por lesiones personales. Como el delincuente sabe muy bien que por homicidio va a salir absuelto, se cuida muy bien en salud de no dejar herida a esa persona. Esto nos hace pensar, en que es necesario dentro de una reforma penal, ver el aspecto social, el aspecto político, el aspecto económico y eminentemente para que va a servir una norma.

Por otro lado habría preguntarse si estamos en una etapa más. Al nuevo Código Penal, solamente le interesa que una persona cometió un hecho punible, y es por el hecho punible que es detectado por el sistema jurisdiccional, y que va a tener relevancia penal. Si una persona cometió un hecho punible, se le comprobó y el juez debe condenar, debe fallar, debe imponer una pena y esa pena debe ser efectiva, que es otra de las crisis. No hay una evaluación de que si efectivamente las penas se cumplen o no se cumplen, pero lo que es peor, cómo se cumplen esas penas?

Hay muchas justificaciones de las penas, pero esas justificaciones esconden la arbitrariedad que ha hecho que la aplicación efectiva de la pena sea la mayor forma de represión que tiene este Estado.

El Estado de derecho que se dice es Colombia con relación a la punibilidad, implica una doble responsabilidad, tanto del Estado como de la sociedad, porque la sociedad no debe estar marginada de la aplicación y de la ejecución de la pena, producto de un hecho punible, generado por los mismos conflictos socioeconómicos.

Ni el delincuente ni el delito son fenómenos naturales, porque el delito, como hecho punible fué creado a través de una norma y por eso se llama delito. Siendo consecuentes lo único que debería interesar es el hecho punible. No es la delincuencia, la criminalidad en sí, como un azote de la sociedad, sino

porque se cometió un hecho punible, como producto de la interacción a nivel sociopolítico, socioeconómico, etc., por lo cual el Estado debe detectar por ese resultado y poner a su disposición su maquinaria procedimental para juzgar, condenar y efectivamente penar. De esta manera la ciudadanía tendría confianza en el valor operativo de lo que significa una Rama Jurisdiccional, pues, y que haya preocupación por saber qué se está haciendo con las personas condenadas a tres, cuatro, treinta años, etc.

Por otro lado cabría preguntarse sino estamos en una etapa más medieval, más bárbara que la que vivieron los de esas épocas. Acaso no estaremos aplicando doble sanción y no como lo hacían los protagonistas de la historia pasada, que se limitaban en muchos casos a aplicar únicamente una forma de pena, la mutilación, los azotes, la muerte, etc., pero sucede que nosotros aplicamos: primero la pena que sufre la persona al ser capturada por la policía, es decir, la humillación, el mal trato, la tortura, la extorsión tanto moral como material, y muchas veces la fractura o mutilación de alguna parte de su cuerpo, y en muchos casos la muerte. Se podría decir que en muchas oportunidades, solo en los cuarteles policivos, se instruye, se prueba y se condena, sin sumario y a la mayor brevedad; segundo, cuando el sindicado es puesto a disposición del juez, en no pocos casos se ha visto que han tenido también que pagarla pena, del mal trato, la extorsión, y hasta la tortura física y psicológica, tanto por parte del funcionario como mayormente por sus subalternos; tercero la cárcel, donde como lo sabemos y ya lo hemos dicho, sufre las mezclas de aberraciones medievales y modernas, que sin temor a equivocarme estremecen y harán estremecer a quienes lean la tristemente célebre historia de la aplicación y ejecución de las penas en los finales del siglo veinte en Colombia. Por lo tanto si somos sinceros debemos reconocer que estamos aplicando por un solo hecho punible, en desacato de la norma creadora del delito y de la pena, no solamente una pena, sino conjuntamente una multiplicidad de ellas, y que en pretexto de que se defiende nuestra vida, honra y bienes, estamos propiciando, encubriendo las arbitrariedades de nuestro régimen penal y penitenciario.

constituir instrumentos de una buena política criminal, sus po-
deres. 8.1 ORIENTACION FILOSOFICA DEL DECRETO 100 DE 1.980:

El derecho penal de culpabilidad es el cambio fundamen-
tal que introduce en el código actual, enterrando definitivamen-
te el viejo y absoluto peligrosismo positivista abandonado ya -
en todo el mundo. El nuevo sistema no tiene raíces en el pensa-
miento de Kant, conforme al cual la pena se concibe como un im-
perativo categórico. Ni menos con la teoría de la doble nega-
ción de Hegel (el delito es negación del derecho, y la pena
es negación del delito). Las normas penales no tienen ya senti-
do absoluto y excluyente. Pero resulta claro que deben tener ca-
rácter expiatorio, aunque no sea esa su única finalidad. Expi-
ación o retribución, prevención general y prevención especial -
son criterios que deben conjugarse en la noción contemporánea -
de la pena. Es la inspiración sincrética de la punición.

El Código vigente, construye todo el sistema penal so-
bre los conceptos de peligrosidad y de defensa social. El proyec-
to lo hace sobre la tesis de que no puede haber pena sin culpa-
bilidad. No se sanciona al individuo por que sea peligroso, si-
no exclusivamente porque es culpable. Es decir, en cuanto ha rea-
lizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de u-
na voluntad que no ha debido ser. La culpabilidad adquiere en -
tonces categoría de fundamento y medida de la pena. La cantidad
del castigo se establece con base en el grado de la culpa. De a-
hí el sentido expiatorio de la pena, como uno de sus fines, aun-
que no el único. Por eso el artículo 12 del Proyecto afirma que
"la pena" tiene función retributiva, preventiva, protectora y -
resocializadora" y las medidas de seguridad, aplicables única-
mente a los imputables, persiguen " fines de curación, tutela y
rehabilitación".

En cuanto a las penas, de corta duración, en síntesis,
el Código nuevo no ofrece soluciones novedosas, que aparece co-
mo una de las cuestiones insolubles en el Derecho penal Contem-
poráneo. En efecto, afirman los comisionados, que la experien-
cia ha demostrado que las penas de corta duración en vez de -

constituir instrumentos de una buena política criminal, son poderosos instrumentos criminogenéticos, pues, afirman que la función resocializadora no puede cumplirse en poco tiempo, y en cambio, el contagio criminal que opera en todos los establecimientos de reclusión, lo mismo que los efectos familiares y sociales de la reclusión mismo produce nocivas consecuencias. Se han buscado eficaces sustitutos para estas formas de punición, pero sin resultado alguno. La aplicación de multas en lugar de penas privativas de la libertad de corta duración, a más de aspectos de notoria injusticia, ofrece dificultades insuperables. Igualmente, pregonan que es difícil en extremo introducir el trabajo en determinadas actividades para sustituir la reclusión. Se eliminó la pena de presidio, cuyas diferencias prácticas con la prisión eran ninguna. Las penas privativas de la libertad son simplemente el arresto y la prisión.

La descripción de las funciones de la pena conduce hacia la concepción sincrética con particular acentuación sobre la retribución, que diferencia fundamentalmente la función punitiva de las medidas de seguridad que conducen hacia finalidades muy diversas, de carácter curativo, protector del individuo sin dicado, y rehabilitador.

8.2 LIBRO I, TITULO IV, CAPITULO PRIMERO DEL DECRETO NUMERO 100 DE 1.980:

Con motivo de la vieja aspiración por una reforma del Código Penal, se han integrado muchas comisiones sin que haya logrado obtener resultado satisfactorio alguno, hasta que por Decreto 416 del 22 de marzo de 1.972, el Gobierno Nacional creó la Comisión de Reforma del Código Penal que 20 meses más tarde trajo elaborado un proyecto de Código Penal, publicado con actas y exposición de motivos en un grueso volumen, que en 1.974 circuló profusamente. En 1974 el Gobierno solicitó facultades extraordinarias para poner en vigencia el proyecto, y al tramitarse el proyecto de Ley en la Comisión Primera de la Cámara, se aprobó una proposición por medio de la cual se pidió al Gobierno la designación de una nueva comisión que revisara el anteproyecto

del Código Penal. Por medio de los Decretos 2447 y 2597 de 1974, y 111 de 1976 se creó la Comisión Revisora del Código Penal y el del Anteproyecto de 1974.

Fruto de esa labor de revisión y análisis fue el proyecto de 1976. Pero más tarde la comisión se reunió nuevamente e introdujo fundamentales modificaciones a su propio trabajo, para concluir con el Anteproyecto de 1978, también publicado provisionalmente pero sin actas por fallas técnicas en los lugares de reunión.

Este segundo Anteproyecto fue presentado al Senado y tramitado rápidamente se expidió la Ley 5a. de 1978, que otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias, por el término de un año "para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978, y el Anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia, que para los efectos de esta ley formará parte del expediente de acuerdo a su artículo 1º, y que según el artículo 2º "El Presidente ejercerá las facultades asesorado de una comisión integrada por dos senadores y tres representantes nombrados por las mesas directivas de las comisiones primera de ambas Cámaras, y por sendos miembros de las comisiones redactoras, designadas por el gobierno" para que más tarde se entregara al Presidente de la República el Proyecto Final que se convirtió en el Decreto 100 de 1.980, y que en lo referente a las penas lo ubicaron en el LIBRO PRIMERO, TITULO IV, DE LA PUNIBILIDAD, CAPITULO PRIMERO: DE LAS PENAS que en 19 artículos dicen:

Art. 41. Penas Principales: Los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales:

- 1o. Prisión,
- 2o. Arresto, y
- 3o. Multa.

Art. 42. Penas Accesorias: Son penas accesorias, cuando

do no se establezcan como principales, las siguientes:

- 1o. Restricción domiciliaria,
- 2o. Pérdida del empleo público u oficial.
- 3o. Interdicción de derechos y funciones públicas.
- 4o. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio.
- 5o. Suspensión de la patria potestad.
- 6o. Expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
- 7o. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

Art. 43. Judicialidad y publicidad: Toda pena será impuesta por sentencia judicial. El Juez deberá enviar copia de ésta a la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia, y éste semestralmente, en boletín especial, publicará su parte resolutiva.

Art. 44. Duración de la pena: La duración máxima de la pena es la siguiente:

- Prisión, hasta treinta años.
- Arresto, hasta cinco años.
- Restricción domiciliaria, hasta cinco años.
- Interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez años.
- Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, hasta cinco años.
- Suspensión de la patria potestad, hasta quince años.
- Prohibición de consumir bebidas alcohólicas, hasta tres años.

Art. 45. Prisión y Arresto: Las penas de prisión y Arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en la forma previstos por la ley.

Estas penas podrán cumplirse en colonias agrícolas o similares, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho.

Art. 46. La multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro Nacional, una suma no mayor de diez millones de pesos.

La cuantía de la multa será fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

En caso de concurso o acumulaciones, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán pero, en total, no podrá exceder del máximo señalado en este artículo.

Art. 47. Plazo y pago por cuotas. Al imponer la multa o posteriormente, el juez, podrá, atendidas las circunstancias del artículo anterior, señalar plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a tres años, previa caución.

Art. 48. Amortización mediante trabajo. Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo no remunerado, libremente escogido por éste y realizado en favor de la administración pública o de la comunidad.

La Dirección de Prisiones en reglamento general, o el Juez a falta de éste, determinará el trabajo computable para dicho efecto, así como la forma de comprobación y control.

El salario de cada día de trabajo imputable a la multa, será calculado de conformidad con el valor comúnmente asignado a esa actividad en el lugar donde se realice.

Art. 49. Conversión de multa en arresto. Cuando la multa hubiere sido impuesta como pena principal y única y el condenado no la pagare o amortizare con lo previsto en los artículos anteriores, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día. En este caso, el arresto no podrá exceder de cinco años.

Art. 50. Interdicción de derechos y funciones públicas. La interdicción de derechos y funciones públicas priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los cuerpos armados de la República.

Esta pena inhabilita así mismo para adquirir cualquiera de los dere

chos, empleos, oficios o calidades de que trata el inciso anterior.

Art. 51. Pérdida del empleo público u oficial: La pérdida del empleo público u oficial inhabilita hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo de la Administración Pública, en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público.

Art. 52. La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual a la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61.

Art. 53. Penas accesorias a la de arresto: Al imponer la pena de arresto, el juez podrá aplicar las accesorias que considere convenientes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61.

Art. 54. Cómputo de la detención preventiva: El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad.

Art. 55. Cumplimiento de penas accesorias: Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, se aplicarán de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ellas. Cumplida ésta, empezará a correr el término señalado para aquéllas en la sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 68.

A su cumplimiento, el juez oficiosamente dará información respectiva a la autoridad correspondiente.

Art. 56. Suspensión de la pena por enfermedad mental: Si pronunciada la sentencia, sobreviniere al condenado enfermedad mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le enviará a un establecimiento especial, anexo psiquiátrico o clínica adecuada.

Cuando el condenado recobrar la salud, continuará cumpliendo la pena en el lugar respectivo debiéndose descontar el tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el inciso anterior, como parte cumplida de la pena.

Art. 57. Restricción domiciliaria: La restricción domiciliaria consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio, o en la prohibición de residir en determinado lugar.

Art. 58. Prohibición del ejercicio de una industria, arte, profesión u oficio: Siempre que se cometa un delito con abuso del ejercicio de una industria, arte, profesión u oficio, o contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se derivan, el juez al imponer la pena, podrá privar al responsable del derecho de ejercer la mencionada industria, arte, profesión u oficio, por un término hasta de cinco años.

Art. 51. Prohibición relacionada con las bebidas alcoholicas: Cuando uno de los factores del delito haya sido el consumo de bebidas alcoholicas, el juez impondrá como pena accesoria y por término hasta de tres años, la prohibición de consumir tales bebidas.

9.1 LA CONDENA CONDICIONAL

Se dice que la condena condicional es como un puente tendido sobre la prevención pura por un lado y la represión por otro, y que esta institución de origen inglés, no positivista, consiste en no imponerse, en no hacer efectiva la pena. Según el profesor argentino Octavio González Robla, de Inglaterra pasa este subrogado penal a Estados Unidos de Norteamérica en 1.869, con el carácter de institución legal, aquí se estableció la vigilancia oficial del condenado. Inglaterra impuso al reo la promesa de observar buena conducta, posteriormente adoptan la condena condicional algunos países europeos, así: Bélgica en 1888, Francia en 1891, Luxemburgo en 1892, Portugal en 1893, Noruega en 1894, Sajonia y Prusia en 1895, Baviera en 1896, Italia en 1904, Bulgaria en la misma fecha, España en 1908, Dinamarca en 1905, etc.

El tratadista hispano José Antonodeta, afirma que: "el nacimiento de la institución se encuentra en la práctica de los Tribunales ingleses; pudiendo los jueces, después del veredicto del jurado, tomarse tiempo para pronunciando la condena". De esta manera se acostumbraba a dilatarla dejando al reo libre bajo caución. La ampliación indefinida del plazo dio lugar a la condena condicional.

La primera iniciativa legislativa fue en el Estado americano de Massachusetts en 1869, adoptándola después Inglaterra mediante las leyes de 1869 y 1887. Eugenio Cuello Calón en su libro "La Moderna Penología", describe que en el tratamiento de la libertad para los delincuentes con el fin-

de reincorporarlos a la vida social, presenta dos modalidades, la condena condicional y la Provección. La primera en su evolución se ha venido aproximando a la última, hasta el punto de que en la actualidad han llegado casi a confundirse, sostiene el autor nombrado que no existen datos absolutamente ciertos sobre el origen de la condena condicional, o mejor sobre la condena de ejecución condicional, que fue el nombre sugerido por Molinario, en el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, para la institución que se analiza. Sin embargo, añade que no andan desorientados los que se inclinan a creer que los antecedentes históricos se hallan en la antigua práctica judicial de los Tribunales Eclesiásticos del siglo XIV, de los comentarios de Bartolo agrega, fundados en un texto de Alequino se deduce que dichos tribunales remitían sus penas corporales y espirituales a los culpables que venían a implorar perdón. Si los pecadores no incurrieran en los mismos delitos, la remisión adquiría carácter definitivo. En caso contrario, la pena de la nueva infracción se incrementaba con base en el comportamiento anterior. Algunos tribunales laicos de Alemania, Suiza y Hungría, en los siglos XV, XVI, y XVII, también recurrieron en algunas ocasiones en las mismas prácticas, pero sostiene Cuello Calón, estas manifestaciones judiciales no parece que hayan influido en las leyes europeas. En realidad, la condena de ejecución como norma positiva nació en las leyes belgas del 31 de mayo de 1888. Y la francesa del 26 de marzo de 1891.

El doctor Antonio Vicente Arenas, le atribuye su origen al Positivismo, expresándose así de tal subrogado: Nadie discute la conveniencia de la condena condicional o condena de ejecución condicional, cuando se trata de penas de corta duración impuestas a delinquentes ocasionales. Y agrega: Me parece insólito que delinquentes habituales, profesionales o reincidentes de mala conducta anterior puedan invocar este beneficio reservado para quienes delinquen levemente por primera vez después de haber llevado una vida honesta.

Al efectuar la comparación entre la norma que estuvo vigente y la del Decreto 100 de 1980, se encuentra que la etapa de prueba es igual de dos a cinco años en ambos estatutos, en verdad la disparidad de criterios entre las dos reglamentaciones de la condena condicional, estriba sustancialmente en lo que atañe a la pena que se va a infringir al reo. La norma anterior ordenaba que el arresto no sea mayor de tres años, y que no exceda de dos si

se trata de prisión, por el contrario en el Código vigente la pena de arresto puede llegar hasta cinco años que es el límite superior, y la prisión a tres. Finalmente en el nuevo Código se suprimió el requisito de que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos, es decir que se les puede conceder el beneficio aludido a los reincidentes.

En el Capítulo Cuarto del Nuevo Estatuto se encuentra como Título - "De la condena condicional" y su articulado dice:

Art. 68.- Concepto: En la sentencia condenatoria de primera, segunda y única instancia, el juez podrá de oficio, suspender su ejecución por un período de prueba de dos a cinco años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

1o. Que la pena impuesta, sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

2o. Que sobre el procesado no haya recaído, en los cinco años anteriores, sentencia condenatoria a seis meses de prisión o a un año de arresto ni se haya beneficiado de condena condicional en el mismo período.

3o. Que su conducta anterior, sin perjuicio de lo previsto en el ordinal 2o., haya sido siempre buena, y

4o. Que su personalidad, la naturaleza, la modalidad del hecho delictuoso y el grado de culpabilidad, permitan al juez fundadamente suponer que el condenado no volverá a delinquir.

Art. 69.- Obligaciones: Al otorgar la condena condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere conveniente. Además impondrá las siguientes obligaciones:

1o. Informar todo cambio de residencia.

2o. Ejercer, oficio, profesión u ocupación lícitos.

3o. Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en incapacidad de hacerlo.

4o. Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas.

5o. Someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas o ante el consejo de patronato o ante la institución que haga sus veces, y

6o. Observar buena conducta.

Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TÉCNICOS

Art. 70.- Revocación: Si durante el período de prueba el condenado cometiere un nuevo delito o violare cualquiera de las obligaciones impuestas se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

Art. 71.- Extinción: Transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior, la condena queda extinguida, previa resolución judicial que así lo determine.

9.2

LA LIBERTAD CONDICIONAL.

Al contrario de las dudas existentes sobre el origen de la libertad condicional, si parece que la libertad condicional es obra de los Positivistas. De conformidad con el artículo 85 del Código anterior, la libertad condicional consiste en dejar libre al condenado "a las penas de prisión o arresto no menores de dos años que hayan cumplido las dos terceras partes de la condena, o a la pena de presidio que haya cumplido las tres cuartas partes, siempre que su personalidad la buena conducta en el establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden permitan al Juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir". El Nuevo Estatuto Penal solo difiere del anterior en cuanto a que la pena de arresto debe ser mayor de tres años y, además, en que no se tuvo en cuenta la pena de presidio porque fue suprimida. No cabe duda que el subrogo de la libertad condicional nació en las colonias inglesas de Australia; de allí pasó en el año de 1840 a la Isla de Norfor y luego a Inglaterra, mediante una ley de 1853 se aplicó a los penados que estuvieran pagando su condena en la metrópolis. En cuanto atañe a algunos países del continente europeo, dicho sistema de la libertad condicional fue conocido desde la primera mitad del siglo XIX, en efecto en 1832 se aplicó en París en la prisión de La Petite Roquet. En 1835 Manuel Montesino le dio aplicación en la cárcel de Valencia; en 1842 se desarrolló en Munich; en 1825 se conoció en la Casa del Refugio de New York y en 1869, en la misma ciudad, mediante ley comenzó a funcionar en el Reformatorio de Edelmira. Además, en Alemania en 1881, en el Código precisamente de 1881 se adoptó el sistema, lo mismo que en Dinamarca en 1873; en Holanda en 1881; en Francia de modo general la Ley del 14 de agosto de 1885; en Belgica en 1888 y en Portugal en 1893.

En los Estados Unidos la libertad condicional, país en donde ha logrado gran impulso, es conocida también con el nombre de Paroleisten, o simplemente Parol. En sustancia, afirma Cuello Calón las dos formas de libera-

ción son iguales, pues sus diferencias son menores cada día, debido a la creciente acogida, tenida en Europa el método americano. No obstante lo anterior es conveniente advertir que el Parol se aplica sobre la base de sentencias indeterminadas, mientras que en Europa se otorga con apoyo en penas fijas. De otro lado, en Europa la libertad condicional tiene el carácter de gracia o beneficio que se concede al reo por motivo de su buena conducta. De ahí que el recluso estime que tiene derecho a ella porque fue establecida en su favor. En cambio, para los estadounidenses, la medida que se comenta, tiene el carácter riguroso de protección social.

Art. 73.- Obligaciones. Al otorgar la libertad condicional al condenado se trata del Parol. Cuando se trata del Parol existen la libertad del condenado está sometida a una etapa de vigilancia y asistencia de gran importancia, por cierto de parte de los Parusobise, funcionarios especializados como lo son los de la Provección Obise y los que luego se hablarán. Durante mucho tiempo, afirma Cuello Calén, la libertad condicional se concedió por razones de simple economía o por descongestionar las cárceles excesivamente superpobladas. En los tiempos actuales el concepto que se tiene de los objetivos de la libertad condicional, ha sufrido un cambio de gran trascendencia, puesto que ha perdido su sentido de benevolencia y se la tiene como una prolección del tratamiento penitenciario, que busca la regeneración del recluso y su adaptación a la vida en comunidad.

Para los norteamericanos, particularmente la Parol va acompañada con unas severas medidas de tutela, las que ejerce el Estado sobre el condenado. Por otra parte, la posibilidad de la revocatoria de las medidas enmarca una considerable fuerza intimidativa. En otras palabras se trata de un período intermedio entre la reclusión y la vida libre, en que se estima absolutamente necesario, para que el penado se habitúe a la vida exterior. Se concede la libertad aún con recortes y limitaciones para que el delincuente aprenda a hacer buen uso de ellas. Por las razones expuestas se dice que la libertad condicional es un sistema de protección a la sociedad. Ciertamente por lo que se refiere a los Estados Unidos, la Parol debería llamarse con mayor exactitud libertad condicional vigilada. Una advertencia interesante es la de que la buena conducta en la prisión, exigida por la mayoría de las legislaciones para la concepción de la libertad condicional, es muy importante pero no suficiente, no debe olvidarse que los criminales más avezados, los habituales y los profesionales, son con gran frecuencia los mejores reclusos.

El articulado sobre el tema que estamos tratando, en el Decreto 100 de 1980, dice: De la libertad condicional

Art. 72.- Concepto. El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Art. 73.- Obligaciones. Al otorgar la libertad condicional el juez impondrá al beneficiario las mismas obligaciones de que trata el artículo 76 las cuales se garantizarán mediante caución.

Art. 74.- Revocación. Si durante el período de prueba, que comprenderá el tiempo que falte para cumplir la condena y hasta una tercera parte más, cometiere el condenado un nuevo delito o violare las obligaciones impuestas se revocará la libertad condicional y se hará efectivo el resto de la pena, que haya dejado de cumplir.

Si el juez decide extender el período de prueba más allá del tiempo de la condena, podrá prescindirse de imponer al condenado, durante ese período de exceso, las obligaciones señaladas en el art.

Art. 75.- Liberación definitiva. Transcurrido el término de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo anterior la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine.

Art. 76.- Excepciones. Al que haya sido condenado por dos o más delitos declarado reincidente por primera vez, no podrá concedérsele la libertad condicional, sino cuando haya cumplido las tres cuartas partes de la condena, siempre que su personalidad y su buena conducta en el establecimiento carcelario permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Declarada la segunda reincidencia, el condenado no tendrá derecho a la libertad condicional.

9.3 DE LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN Y DE LA PENA

Art. 76.- Muerte del autor, partícipe o condenado. La muerte del autor, partícipe o condenado, extingue la acción penal.

Art. 84.- Interrupción del término prescriptivo de la acción. La del condenado o participe del hecho extingue la respectiva acción penal. La del condenado, la pena o la medida de seguridad.

Art. 77.- Desistimiento. El desistimiento aceptado por el querrelado extingue la acción penal respecto de los hechos que exigen querrela o petición de parte. El desistimiento, para este fin, tiene que ser presentado antes de dictarse sentencia de primera o única instancia y sólo beneficiará a la persona a la cual directamente se refiera.

Art. 78.- Amnistía e indulto. La amnistía extingue la acción penal y la pena. El indulto, solamente la pena.

Art. 79.- Prescripción. La acción y la pena se extinguen por prescripción.

Art. 80.- Término de prescripción de la acción. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrá en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

Art. 81.- Iniciación del término prescriptivo de la acción. En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años.

Art. 82.- Prescripción de delito iniciado o consumado en el exterior. Cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior, el término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado.

Art. 83.- Prescripción de delito cometido por empleado oficial. El término de prescripción señalado en el artículo anterior se aumentará en una tercera parte, sin exceder del máximo allí fijado, si el delito fue cometido dentro del país, por empleado oficial en el ejercicio de sus funciones o dentro de su cargo o con ocasión de ellos.

Art. 84.- Iniciación del término de prescripción. La prescripción de la acción empezará a contarse para las infracciones instantáneas consumadas, desde el día de la consumación y desde la perpetración del último acto en los tentados o permanentes.

Art. 85.- Cuando una infracción permanente se cometiere bajo el imperio de leyes distintas que modifiquen el término de prescripción se aplicará lo que al respecto disponga la última de ellas.

Art. 84.- Interrupción del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por el tiempo igual a la mitad señalado en el artículo . En este caso el término no podrá ser inferior a cinco años.

Art. 85.- Prescripción de varias acciones. Cuando fueren varios los hechos punibles juzgados en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente respecto de cada uno de ellos.

Art. 86.- Renuncia y oficiosidad. El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. Tanto esta como la de pena se decretarán de oficio.

Art. 87.- Término de prescripción de la pena. La pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años, ni exceder de veinte. En este último lapso prescribe la pena no privativa de la libertad.

Art. 88.- Iniciación del término prescriptivo de la pena. La prescripción de las penas se principiará a contar desde la ejecutoria de la sentencia.

Art. 89.- Interrupción del término prescriptivo de la pena. La prescripción de la pena se interrumpirá cuando el condenado fuere aprehendido en virtud de la sentencia o si cometiera un nuevo delito mientras está corriendo la prescripción.

Art. 90.- Prescripción de penas diferentes. La prescripción de penas diferentes impuestas en una misma sentencia, se cumplirán independientemente respecto de cada una de ellas.

Art. 91.- Oblación. El procesado por infracción que solo tenga pena de multa, podrá poner fin al proceso que se le siga, pagando la suma que le señale el juez, dentro de los límites fijados en la respectiva disposición legal.

Art. 92.- Rehabilitación. Excepto la expulsión del territorio nacional para el extranjero, las demás penas señaladas en el artículo podrán cesar por rehabilitación.

Si tales penas fueron concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado una conducta que haga suponer su readaptación y después de transcurridos dos años a partir del día en que haya quedado cumplida la pena privativa de la libertad.

Si no concurrieren con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia en que ellas fueron impuestas.

imperio.

"Cuanas años CONCLUSIONES: Jefe por la emancipación del pueblo de España, el más desgraciado de cuantos habitan la tierra; esclavo de la ley, víctima del vicio y esclavo de las preocupaciones, condenado a darrovar su sangre por el resto de la humanidad. A través del estudio que hemos realizado encontramos el cómo y cuándo nació la Pena, intuyendo los crueles martirios y vejámenes, las horribles muertes que debieron soportar nuestros antepasados de todos los continentes.

Y sin poder salir del asombro y aplacar el temor, me he preguntado cómo este derecho romano, arbitrario, cruel y sanguinario, pudo ser aplicado en casi todos los países de Europa y formar la base del derecho penal moderno. Por qué lo hemos dejado filtrarse hasta nosotros permitiendo que se sigan practicando los mismos y aún peores sistemas de castigo?

Desgraciadamente, la desigualdad, la arbitrariedad y la crueldad del derecho romano, constituyen una herencia común que no se ausentó en ningún momento del derecho español, y que tuvo su horroroso florecimiento durante la conquista y la colonia.

La dura opresión que durante siglos venía padeciendo el pueblo; la desigualdad social, el origen de la desigualdad jurídica; las penas atroces y la barbarie expiacionista; los procedimientos secretos para condenar a las víctimas de la venganza personal y del odio político; el enriquecimiento progresivo de la nobleza y la adquisición de posiciones, títulos y honores por medio del dinero arrebatado a los siervos y artesanos; la inercia sacerdotal y la misión de las religiones, fueron motivos que canalizaron la inquietud colectiva, provocando indignación y malestar, haciendo, en nuestro medio, pronunciar las siguientes palabras del libertador SIMÓN BOLÍVAR: "Al pedir la estabilidad de los jueces, la creación de jurado y un nuevo código, he pedido al Congreso la garantía de la libertad civil, la más preciosa, la más justa, la más necesaria; en una palabra, la única libertad, pues sin ella las demás son nulas. He pedido la corrección de los más lamentables abusos que sufre nuestra judicatura, por su origen vicioso en ese piélago de la legislación española que, semejante al tiempo, recoge de todas las edades y de todos los hombres, así las obras de la demencia como las del talento, así las producciones sensatas como las extravagantes, así los monumentos del ingenio como los del capricho. Esta enciclopedia judicial, monstruo de diez mil cabezas, que hasta ahora ha sido el azote de los pueblos españoles, es el suplicio más refinado que la cólera del cielo ha permitido descargar sobre este desdichado

imperio.

"Cuarenta años hemos trabajado por la emancipación del pueblo de Colombia, el más desgraciado de cuantos habitan la tierra; esclavo de la ley, esclavo del vicio y esclavo de las preocupaciones; condenado a derramar su sangre por el reclutamiento, en los campos de batalla, y a trabajar sin descanso para pagar las contribuciones que le agobian; soportando la corrupción de las clases superiores, y pagando con la vida la infracción de las leyes que se le imponen.

"Nada hemos conseguido en esta lucha contra la ley, contra los vicios y contra las preocupaciones; pero aún nos queda aliento, y ya próximos a desparecer, queremos hacer el último esfuerzo, pidiendo la modificación del Código Penal que tan cruelmente martiriza y mata a los infelices hijos del pueblo.

Más de siglo y medio ha transcurrido desde que Bolívar pronunciara esta conmovedora oración, y estoy seguro que la misma se podría acoplar textualmente a la realidad colombiana de la actualidad.

Las prisiones han albergado, en vergonzosa promiscuidad, hombres y mujeres, viejos y niños, bandidos y delincuentes políticos, todos hambreados, desnudos, condenados legal e ilegalmente.

Porque en el Estado colombiano se sigue tolerando que los altos círculos sean precisamente los que promocionan el delito y su comisión, disfrazando su comportamiento cuando pretentan estar preocupados por la eliminación de la delincuencia? Porque no reaccionamos exigiendo de una vez por todas que se eliminen, no al delincuente, sino las causas que lo hicieron delinquir? - Que esperamos de aquellos ciudadanos que pasaron por un sitio de privación de la libertad, cuando no tienen ningún estímulo, porque dizque fueron reincidentes, o porque fueron calificados por el juez desde el mismo auto de detención como personas peligrosas, que no tienen ningún derecho, ningún beneficio a rebaja de pena, que podemos esperar de esas personas cuando salgan, convertidas por ministerio de la ley, por ministerio del sistema en una piltrafa humana? Que podemos esperar de esas personas dizque porque reincidieron se les aumentó la pena, cuando la culpa real fue porque volvió a delinquir? - Que podemos esperar de esas personas que no fue capaz de rehabilitarlo, que por no haberlo rehabilitado fue porque volvió a delinquir?

En síntesis, las comisiones de los proyectos de 1974, 1976, 1978 y 1979, se refirieron al delincuente habitual, y al delincuente profesional, a la reincidencia. Si el problema de habitualidad, profesionalidad y reincidencia-

es un problema social?, Acaso porque el Código tiene la potestad de tipificar un delincuente como sucede en nuestro país?. Que tal que hubiera logrado pasar como se quiso en 1978, el famoso Decreto 0014, que recuerda otro de los malos momentos de Colombia, cuyo primer artículo decía: "La mujer que por la calle haga ademanes de querer hacer comercio con su cuerpo, será condenada con uno a tres años en una colonia agrícola."

La cuestión de las finalidades de la pena no debe ser teórica, sino práctica, pues no pertenece propiamente al Derecho Penal, sino al Penitenciario, porque es al Estado y no al juez al que le compete el desenvolvimiento de los Institutos Represivos para obtener determinada finalidad. Por ello, decir que la pena tiene una finalidad protectora, preventiva, retributiva y educadora nos plantea un problema de mayor entidad como es el de la reincidencia. Si fuera cierto que según el mandato legal la pena tiene esas finalidades, entonces no existiría la reincidencia cuya aparición es precisamente la mejor refutación de todos estos enunciados.

Lo de la finalidad de la pena es un postulado puramente teórico y que es necesario en cada caso estudiar al preso, pues muchos delincuentes van al delito impulsados por un complejo de culpabilidad. De manera que en esos casos la pena no va a servir de retribución ni de educación. Decir que la pena tiene tales finalidades es adelantarse a los acontecimientos, porque, cuando la finalidad de la pena va a plasmarse en la realidad tangible?, cuándo el juez dicta la condena?. No. Es cuando el funcionario estatal va a hacer cumplir esa pena, razón por la cual es una definición de tipo práctico a la cual no puede adelantarse. Por otra parte, la inmensa mayoría de los expertos de las Comisiones para la reforma del Código Penal consideran que la pena tiene carácter retributivo y esto lo consideran no como una conquista de última hora, sino, porque este fue el primer planteamiento que hicieron los teóricos del Derecho Penal y ahora hay una especie de renacimiento, lo cual es un retroceso, una vuelta hacia atrás en la evolución del pensamiento jurídico. Pero esto no es un problema de juristas o de leyes, etc., es decir, de un grupo de técnicos a quienes el Estado debe encargarse para el cumplimiento de la pena. Por eso se ha repetido que el sistema penitenciario de Colombia ha sido un fracaso y esa es una idea que no necesitamos de esfuerzo para entenderla, pues basta asomarse al fenómeno de la delincuencia en el país y a las cárceles para darse cuenta de que estas en Colombia no tienen la finalidad de proteger, ni de prevenir, ni de reprimir, ni de retribuir, ni de nada, pues la

verdad es que en ellas se desintegra cualquier moral, o cualquier freno inhibitorio.

Por lo tanto, y siendo una de las formas más violentas de coerción estatal, la pena debe considerarse como un medio necesario, pero no como el más importante en la lucha contra la delincuencia.

Creemos que con el desarrollo intenso de la democracia se logre un descenso continuo de la delincuencia, y como consecuencia de ello una reducción del campo de la coacción estatal, debido a que habrá una sustitución cada vez más grande de las represiones penales por las medidas de influencia social, para los delitos menos peligrosos, por eso lo más importante es la profilaxis y la educación.

Repetimos, y con insistencia, que, para lograr una profilaxis y una educación correctas, es decir que consigan sus fines, prioritariamente deberá eliminarse la causa fundamental de la delincuencia, cual es, la existencia del sistema capitalista con todas sus contradicciones.

Posteriormente y, con el aumento de la seguridad material, del nivel cultural y de la consciencia de los miembros de la comunidad estarán creadas todas las condiciones para desarraigar la delincuencia y, en resumidas cuentas, para sustituir las sanciones penales por las medidas educativas y de influencia social.

La pena es castigo. Ella no solo le acarrea sufrimientos morales al condenado, sino que lo coloca implícitamente en otras condiciones de vida, lo priva de muchos bienes, es decir, le causa determinadas limitaciones y privaciones en el campo de los derechos personales y patrimoniales.

La severidad de la pena corresponderá siempre a la gravedad del hecho y a las características individuales de la personalidad del culpable.

Las privaciones e incomodidades que sufrirá el condenado, en cierta medida serán la redención de su culpa.

Sin esta característica indefectible de castigo, la pena perdería todo su sentido, puesto que no podría ejercer influencia coercitiva sobre el condenado, ni tampoco influencia preventiva sobre el culpable, como sobre los demás elementos poco estables de la sociedad, ni podría cumplir su función educativa, ni podría, en fin, suscitar un sentimiento de satisfacción en las gentes por la justicia de las medidas aplicadas al delincuente.

verdad es que en ellas se desintegra cualquier moral, o cualquier freno inhibitorio, político del delincuente y del delito cometido por él, no sólo de parte

del Estado, sino de todo el pueblo. La más violenta de coerción estatal, por lo tanto, y siendo una de las formas más violentas de coerción estatal, la pena debe considerarse como un medio necesario, pero no como el más importante en la lucha contra la delincuencia.

Creemos que con el desarrollo intenso de la democracia se logre un descenso continuo de la delincuencia, y como consecuencia de ello una reducción del campo de la coacción estatal, debido a que habrá una sustitución cada vez más grande de las represiones penales por las medidas de influencia social, para los delitos menos peligrosos, por eso lo más importante es la profilaxis y la educación.

Repetimos, y con insistencia, que, para lograr una profilaxis y una educación correctas, es decir que consigan sus fines, prioritariamente deberá eliminarse la causa fundamental de la delincuencia, cual es, la existencia del sistema capitalista con todas sus contradicciones.

Posteriormente y, con el aumento de la seguridad material, del nivel cultural y de la conciencia de los miembros de la comunidad estarán creadas todas las condiciones para desarraigar la delincuencia y, en resumidas cuentas, para sustituir las sanciones penales por las medidas educativas y de influencia social, lo mismo que el caso de la delincuencia.

La pena es castigo. Ella no solo le acarrea sufrimientos morales al condenado, sino que lo coloca implícitamente en otras condiciones de vida, lo priva de muchos bienes, es decir, le causa determinadas limitaciones y privaciones en el campo de los derechos personales y patrimoniales.

La severidad de la pena corresponderá siempre a la gravedad del hecho y a las características individuales de la personalidad del culpable.

Las privaciones e incomodidades que sufrirá el condenado, en cierta medida serán la redención de su culpa.

Sin esta característica indefectible de castigo, la pena perdería todo su sentido, puesto que no podría ejercer influencia coercitiva sobre el condenado, ni tampoco influencia preventiva sobre el culpable, como sobre los demás elementos poco estables de la sociedad, ni podría cumplir su función educativa, ni podría, en fin, suscitar un sentimiento de satisfacción en las gentes por la justicia de las medidas aplicadas al delincuente.

Por último, la pena siempre deberá tener un carácter de reprobación moral y político del delincuente y del delito cometido por él, no solo de parte del Estado, sino de todo el pueblo. La reprobación moral y política que contendrá la sentencia condenatoria proferida por el juez, debe coincidir plenamente con la apreciación del delito por parte de toda la comunidad.

La pena no será solo un castigo por el delito cometido, sino que también tendrá como fin corregir y reducir a los condenados, dentro del espíritu de un honesto comportamiento en el trabajo, de una estricta observancia de las leyes, de respeto a las normas de convivencia social, y prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los condenados como por cualquiera otra persona.

La pena no debe tener por fin causar sufrimientos físicos o humillar la dignidad humana.

En el derecho no debe existir ninguna pena corporal o denigrante, - se indicará en la sentencia, con el deber de a favor del Estado de castigar, que consista en castigos físicos o en humillación moral de los condenados.

El fin de la corrección y de la reducción del delincuente consiste en cambiar, por medio de la pena, su psicología, en desarraigar de su conciencia los vestigios del pasado, bajo cuya influencia se cometió el delito, y en fomentar en la persona el sentimiento de respeto a las leyes y a las reglas de la convivencia, lo mismo que el deseo de vivir y trabajar honradamente, - ya que no es fuera de razón decir que toda persona que se aparta de la senda del trabajo puede volver a la actividad útil.

Los conceptos de corrección y de reducción están estrechamente ligados entre sí. Por corrección se entiende aquellos cambios en las ideas y en las costumbres del condenado, que excluyen la posibilidad de que este cometa nuevos delitos. Por reducción se entiende efectuar cambios profundos en la conciencia del culpable, que no solo excluyan la posibilidad de que este cometa nuevos delitos, sino que conviertan al antiguo transgresor en miembro consciente y activo de la sociedad. No es el temor a la ley, sino las nuevas concepciones las que deben regir desde ese momento la conducta y todos los actos de la persona. En algunos casos esta finalidad puede alcanzarse mediante una repreensión social; en otros, mediante la aplicación al culpable de multa o de trabajos correccionales, y en casos de comisión de delitos más graves, la ley podría prever amplios términos de privación de libertad.

La pena debe corresponder al resultado que se desea obtener con la -

En la lucha contra el delito no puede olvidarse que son diferentes la aplicación de ella. Así, si este resultado se obtiene con una sentencia benigna, entonces deberá pronunciarse una sentencia benigna, pero si se obtiene con una sentencia severa, entonces deberá pronunciarse una sentencia severa.

El juez deberá para lograr estos fines, obtener que se le brinde seguridad por parte del Estado, porque en un medio como el nuestro en el que el hecho de proferir una sentencia conlleva la consecuencia de la amenaza de muerte y la muerte misma para el sentenciador, es imposible evitar que los delinquentes eludan la pena.

De otro lado, el Estado deberá procurar progresivamente disminuir la severidad y lograr la obtención de tales fines, no más que por medio del trabajo, del trabajo correccional. Estos que deberán ser aplicados sin privación de la libertad, también son una sanción penal que consistirá en la obligación ineludible del condenado de trabajar durante determinado lapso de tiempo que se indicará en la sentencia, con el descuento a favor del Estado de cierta parte del salario del condenado. Tendrán por objeto corregir y reducir al delincuente por medio de la influencia del trabajo, y como una sanción humanitaria, característica del desarrollo social, debería y podría aplicarse para castigar la comisión de todos los delitos. Este trabajo deberá regularse de acuerdo con la legislación laboral, según la tarifa en ella determinada.

Debe excluirse por completo la posibilidad de que el daño moral ocasionado por el culpable sea indemnizado a la víctima con el pago de determinada suma de dinero, ya que esta forma de reparación contradice el sentido del derecho y la moral de una nueva sociedad.

Deberá existir el principio de la legalidad de la pena, es decir, que haya correspondencia exacta, no solo con las exigencias de la parte especial del Código Penal, sino también con la parte general.

En todo sistema, las penas que se imponen deben ser necesarias y en la conveniencia. La pena deberá estar fundamentada en la necesidad y en la conveniencia. La pena tiene buen fundamento cuando se aplica, no por consideraciones de orden formal, sino en virtud de la necesidad social.

Al aplicar la pena de acuerdo con la peligrosidad del delito cometido, el juez no puede limitarse a la apreciación unilateral del hecho, pues también deberá tener en cuenta la peligrosidad de la persona que cometió el delito, para que en cada caso se individualice, según la personalidad del culpable.

En la lucha contra el delito no puede olvidarse que son diferentes - las causas y condiciones de su ejecución, que los delincuentes también son - distintos y que su peligrosidad no es igual, razón por la cual merecen medi - das coercitivas diferentes.

1. GAITANA El sentido fundamental de la individualización de la pena consiste, - ante todo, en indicar de modo correcto, partiendo de la peligrosidad concreta del culpable que solo puede darse con la aplicación de técnicas modernas de - sicología, sociología, etc., qué sanción penal es suficiente y necesaria para que determinado delincuente suspenda su actividad delictiva con el objeto de - corregirse y reducirse.

4. ESTRADA VELEZ La pena deberá ser justa. Esta justicia debe ser expresión del huma - nismo de la sociedad. Es decir que justicia y humanismo deben ser insepara - bles.

Es justa y humana cuando no solo sirve a los intereses del condenado - sino también que sirve para proteger los intereses de los demás. Cuando cor - responde, con la mayor plenitud, al daño ocasionado por el delito, y cuando - al mismo tiempo es ajena a la venganza, a los fines de humillación del culpa - ble o a la idea de ocasionarle sufrimientos excesivos. No puede ser justa la - pena sin una actitud delicada hacia el culpable.

8. SOLER La sanción debe ser inmediata, pues los aplazamientos indefinidos le - hacen perder el fin correctivo a que está destinada. Es inadmisibles la pena - de muerte porque la sociedad no está autorizada para privar de la vida a nin - guno de sus miembros; esa pena es solo una guerra de la nación contra un ciu - dadano, y no es útil ni necesaria, pues no impide a los malvados cometer deli - tos; su dureza es contraproducente; no obra sobre el carácter del hombre, co - mo lo hacen las penas durables, pero si implica un acto de crueldad excesiva.

11. REYES En todo sistema, las personas que salen libres de los lugares de pri - vación de la libertad, en los primeros momentos requieren ayuda, ante todo pa - ra la consecución de trabajo. Esta ayuda tiene que efectuarse para prevenir - la reincidencia y para terminar la labor de corrección y reducción.

13. Nuevo Deberá aplicarse de un modo más amplio la condena condicional, la re - presión social, el cambio de la cárcel por establecimientos educativos.

15. PACHECO OSORIO, Pedro, "Derecho Penal Especial", 1970.

18. ARENAS, Vicente Antonio, "Comentarios al Código Penal y al Proyecto de la Reforma, [BIBLIOGRAFÍA Bogotá 1979]
19. PETIT, Eugène, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Edit. Nacional, México D. F., 1958.
1. GAITAN MAHECHA, Bernardo, "Curso de derecho penal especial". Edit. Lá-
20. LIEVANO AGUIRRE, Indalecio, "Los grandes conflictos sociales y económicos de Nuestra Historia" Volumen II, Ediciones Temis, Bogotá, 1979.
2. Exposición de motivos de la comisión redactora del Nuevo Código Penal.
21. ALEXANDROV y otros, "Teoría del Estado y del Derecho", Edit. Salazar S.
3. ESTRADA VELEZ, Federico, "Derecho Penal" Parte General, Edit. Librería del Profesional, Bogotá 1981.
22. JUDICATURA, Publicación del Consejo Superior de la Judicatura, Taller de -
4. ESTRADA VELEZ, Federico, "Manual del Derecho Penal", Edit. Salesiana, -
Artes Gráficas, Bogotá, D. F., 1972.
23. MINISTERIO DE JUSTICIA, "Conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano -
5. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Parte General, Volumen I, Colección Pequeño Foro, Bogotá 1.980. (Actas de la Comisión -
Redactora de 1.974, 1978, 1979)
24. Revista Alternativa, Nos. 194, 200, 228, 230, Bogotá, 1978 y 1979.
6. ARENAS, Antonio, "Comentarios al Código Penal Colombiano", Tomo I, Edit. Sucre, Bogotá 1960.
7. PEREZ, Luis Carlos, "Tratado de Derecho Penal", Edit. Temis, Bogotá -
1.967.
8. SOLER, Sebastian, "Derecho Penal Argentino, Buenos Aires 1970.
9. SUEIRO, Daniel, "La pena de muerte". Alianza Editorial S. A. Barcelona -
1974.
10. QUINTERO OSPINA, Tiberio, "Práctica Forense Penal", Tomo I, Investigación Criminal, Segunda Edición. Edit. A. B. C. Bogotá -
1974.
11. REYES, Alejandro y otros, "Estatuto de Seguridad", Equipo Investigativo CENDEP, Controversia CINCEP, Centro de Investigación y -
Educación Popular, Bogotá 1.978.
12. ROJAS, Fernando, "Criminalidad y Constituyente" CINEP, 1977.
13. Nuevo Código Penal, Edición Oficial, Bogotá D. E. Imprenta Nacional 1980
14. ZDRAVOMISLOV, B. V., "Derecho Penal Soviético", Edit. Temis, Bogotá 1970
15. PACHECO OSORIO, Pedro, "Derecho Penal Especial", IV Edición, Edit. Temis, Bogotá 1.978.
16. RICO, José M., "Las sanciones penales y la Política Criminológica Contemporánea. Edit. Siglo XXI, México 1979.

18. ARENAS, Vicente Antonio, " Comentarios al Código Penal y al Proyecto de la Reforma, Edit. Temis, Bogotá 1979.
19. PETIT, Eugène, " Tratado Elemental de Derecho Romano", Edit. Nacional, México D. F. 1958.
20. LIEVANO AGUIRRE, Indalecio, " Los grandes conflictos sociales y económicos de Nuestra Historia" Volumen II, Ediciones Tercer Mundo, 1973.
21. ALEXANDROV y otros, " Teoría del Estado y del Derecho", Edit. Grijalbo S.-A., México D. F. 1966.
22. JUDICATURA, Publicación del Consejo Superior de la Judicatura, Taller de - Artes Gráficas, Bogotá, D. E. 1981.
23. MINISTERIO DE JUSTICIA, " Conferencias sobre el Nuevo Código Penal Colombiano, Imprenta Nacional, Bogotá D. E. 1981.
24. Revista Alternativa, Nos. 194, 200, 228, 230, Bogotá, 1978 y 1979.

lito-cabrera

AN

T

365.2

B946

Ej.1

31104

Burbano Narváez, Luis

Evolución del sistema
penitenciario en Colombia.

ni

VENCE

NOMBRE

Domenech Salas

No. del Carnet

NOMBRE

Rodrigo Delgado E.

No. del Carnet

NOMBRE

Ovidio A. ...

AN

T

365.2

B946

Ej.1

31104

41786

31104