

1

LA PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL
COLOMBIANA

MARIA JANNETTE PARRA ACELAS



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, NOVIEMBRE 1987

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena



LA PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL
COLOMBIANA

MARIA JANNETTE PARRA ACELAS

//

S C I B
0000 8154

Tesis de Grado presentada como
requisito parcial para optar al
título de Abogada.

45638

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, NOVIEMBRE 1987

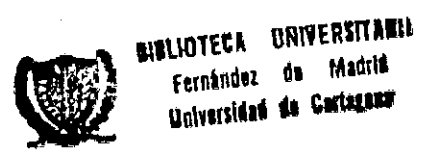


BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

REPUBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

- RECTOR : DR. LUÍS H. ARRAUT ESQUIVEL
- DECANO : DR. ALCIDES ANGULO PASSOS
- SECRETARIO GENERAL : DR. MANUEL SIERRA NAVARRO
- DIRECTOR DEL CENTRO DE
INVESTIGACIONES JURIDICAS: DR. GUILLERMO BAENA PIANETA
- PRESIDENTE DE TESIS : DR. ALVARO SALGADO GONZALEZ
- PRESIDENTE HONORARIO : DR. RAFAEL BORRE HERNANDEZ
- PRIMER EXAMINADOR : DRA. JUDITH CAMARGO DE BORRE
- SEGUNDO EXAMINADOR : DR.
- TERCER EXAMINADOR : DR.

Cartagena, 1987

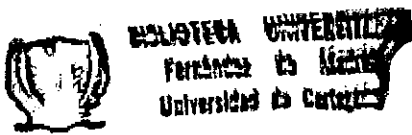


DEDICATORIA

A:

Un gran amigo quien con su silencio, hechos y sabiduría siempre ha apoyado mis decisiones y mi carrera de Derecho.

Mi Padre.



REGLAMENTO DE LA FACULTAD

Art. 83. "La Facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos y opiniones emitidos en esta Tesis, tales conceptos y opiniones son considerados como propios de su autor".-

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

LA PENA	1
A. CONCEPTO	1
B. ORIGEN Y FUNCION DE LA PENA	9
C. CLASES DE PENA	25
1. Penas contra la Vida e Integridad Personal	26
2. Pena Privativa de la Libertad	34
3. Pena Pecuniaria	37
4. Penas Accesorias	40
NOTAS BIBLIOGRAFICAS	41

CAPITULO II.

LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	44
A. NOCION	44
B. UBICACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LI BERTAD EN LA EVOLUCION HISTORICA DE LA PENA	49

	Pág.
1. Fase Vindicativa	49
2. Fase Expiacionista	50
3. Fase Retribucionista o Aprovechamiento Institucional del Trabajo del Penado	51
4. Fase Correccionalista o el Nacimiento de la Prisión	62
a. Concepto y Evolución de la Prisión	62
b. Instituciones Características	64
1) Sistema filadélfico	64
2) Sistema auburniano	66
3) El panóptico	68
5. Fase Resocializadora	69
a. Concepto y Evolución	69
b. Instituciones Características	71
1) Sistema progresivo	71
2) Sistema de pre-libertad	72
3) Sistema all-aperto	75
4) Sistema de prisión abierta	76
C. LA NUEVA CRIMINOLOGIA FRENTE A LA PENA PRI VATIVA DE LA LIBERTAD	80
1. Despenalización	81
2. Desprisonalización	83
NOTAS BIBLIOGRAFICAS	86

CAPITULO III.

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD EN LA LEGISLACION

COLOMBIANA. 88

A. EVOLUCION HISTORICA 88

1. Código Penal de 1837 88

2. Código Penal de 1859 96

3. Código Penal de 1873 103

4. Código Penal de 1890 108

5. Código Penal de 1936 112

6. Código Penal de 1980 114

NOTAS BIBLIOGRAFICAS 117

CONCLUSION 118

INTRODUCCION

De las inquietudes surgidas durante nuestros estudios de derecho, es la pena privativa de la libertad, tanto en su existencia, permanencia y aplicación, la de mayor interés para nosotros, fruto de dicho interrogante es el presente trabajo monográfico.

Aquí hemos querido plasmar una modesta opinión acerca de la institución de la pena privativa de la libertad, no sin antes haber realizado una presentación de la génesis y desarrollo de la misma en el devenir histórico de la humanidad.

En el Capítulo Primero se plantea, qué es la pena, su origen y diversas clases de la misma. Tomando como punto de partida para su concepto, la noción, que tal vez, permanece como guía para los alcances que actualmente se desean otorgar a la institución, vertida por CESARE DE BECCARIA y pasando por las diversas posiciones esgrimidas por los múltiples estudiosos de la materia, para por último vertir un concepto personal.

El Capítulo Segundo versa sobre la pena privativa de la libertad, realizándose una presentación de la ubicación de dicha sanción en el proceso histórico de evolución de la pena. Utilizando como noción inicial la concepción esgrimida en la fase de la vindicta, pasando por las diversas etapas para concluir en los actuales movimientos, cuyos conceptos propugnan por una menor utilización de esta sanción hasta su desaparición; además de mencionar los planteamientos de la nueva criminología.

Por último, en el Capítulo Tercero realizamos la presentación de la pena privativa de la libertad en los distintos ordenamientos penales que han tenido vigencia en nuestro país; este estudio se hizo partiendo del llamado Código de Santander hasta el Código promulgado en 1980, teniendo en cuenta solamente lo relacionado con la pena privativa de la libertad, sus clases, duración y sitios de reclusión. En el acápite final de este capítulo se estudia lo atinente a las normas penitenciarias existentes en nuestra legislación; haciendo un estudio esquemático del Decreto 1817 de 1964, que es el ordenamiento penitenciario vigente en la actualidad.

CAPITULO I.

LA PENA

A. CONCEPTO.

La pena como culminación del proceso penal, cuando en éste sea emitida una sentencia condenatoria, es talvez la institución más olvidada en los estudios que del derecho penal se han hecho, razón por la cual hemos considerado necesario tratar de adentrarnos en un estudio más específico de la institución.

Como paso inicial presentaremos la definición que de ella existe, tomando en principio como base las nociones esbozadas por varios tratadistas, para por último plantear una noción personal del tema.

Por ser talvez quien primero se interesó en forma científica por el tema, CESARE DE BECCARIA, es su noción la que usaremos como partida, planteaba: "Las penas que yo llama

ré estorbos políticos, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la propia sensibilidad inseparable del hombre"¹. Noción que no fué tomada por ninguno de los que posteriormente se ocuparon del tema, aunque consideramos que puede existir afinidad con los planteamientos esbozados por la llamada criminología radical.

Para el maestro CARRARA, en su sentido especialísimo pena es: "Aquel mal que la autoridad civil inflige a un culpable por causa de su delito"². Disentimos de esta definición porque al asimilar pena a mal estamos afirmando que el Estado a través de su rama jurisdiccional, realiza contra un miembro del grupo social una acción ilícita y deshonesta, ya que etimológicamente mal es sinónimo de actividad contraria a lo debido, y el Estado de derecho no actúa con esa base.

Paralelo es el concepto de VON LISZT: "La pena es, según el derecho vigente, el mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor"³. Esta posición parte de la misma base errada que la anterior, por lo que su crítica es la misma.

CAMAÑO ROSA, tratadista uruguayo, la define: "La pena es

un sufrimiento amenazado por la ley e impuesta por la justicia al violar de un precepto legal mediante la privación o disminución de algún bien jurídico"4; ANTOLISEL, al igual que CAMAÑO ROSA, dice que por pena ha de entenderse: "El sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viole un precepto de la ley misma"5. Nos parece que estas dos definiciones no dan claridad y mucho menos una noción exacta de la materia en estudio, si se aceptara que la pena es un sufrimiento, le estamos dando a la persona que realice una conducta delictiva, un tratamiento igual al existente en la etapa de la venganza privada, porque lo que interesa es que ella sufra sin interiorizarnos en las causas que lo llevaron a actuar contra derecho; el Estado debe colocarse por encima de sentimientos vindicativos y preocuparse por una mejor vida de los miembros del grupo social.

El tratamiento alemán HANS VON HENTIG conceptúa: "La pena es pura y simplemente un peligro artificial, establecido por la sociedad, un dolor del que se puede disponer fabricado por la mano del hombre. Se espera que el individuo retroceda asustado ante la amenaza, que el dolor inferido una vez se inserte cual un freno en el mecanismo de sus impulsos"6. Este autor no se aleja de la concepción mayoritaria, incurriendo en el error ya criticado a los tratadistas.

tas inmediatamente ya enunciados.

QUINTANO RIPOLLES la define: "Consiste la pena en la privación de un bien impuesto en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la Ley"⁷. CUELLO CALON se identifica conceptualmente con QUINTANO R. la noción de aquel autor es: "La pena es la privación o restitución de bienes jurídicos impuestos conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal"⁸. REYES ECHANDIA no se aleja de esta concepción, y expresa: "Podríamos entonces, definir la pena, en sentido jurídico-penal como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de hecho punible"⁹. Las anteriores definiciones se plantean, a nuestro entender, desde un punto de vista eminentemente represivo y desconociendo en forma total, la persona humana como sujeto de la pena; creemos que si bien en principio el aspecto punitivo era eminentemente objetivo, el avance de las teorías radicales de la criminología nos permite afirmar que el Estado no se puede irrogar la facultad de sancionar sin permitir que quien va a ser el sujeto pasivo de la sanción no sea partícipe de la misma tanto en duración como en calidad de la misma.

JESCHECK plantea: "Pena es la compensación de una violación del derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue de este modo, la afirmación del derecho"-¹⁰. Esta posición tampoco nos da una clara noción de pena, adolece como las ya mencionadas de graves imprecisiones acerca del marco teórico del instituto en estudio, podemos mencionar entre otras, el que la definición nos da una aplicación vertical e irrestrica de la sanción, sin considerar factores individuales, familiares de la persona a la que se le impone; además si se ha ocasionado un daño o perjuicio con la actividad de la persona no podemos devolvernos contra ella y querer ocasionarle un perjuicio similar, simple y llanamente para demostrar la efectividad del derecho y la vigencia del Estado.

Por último, creemos que la noción más juiciosa que sobre el tema se ha vertido, en nuestro medio la ha dado el profesor SANDOVAL HUERTAS, para quien pena es: "La última reacción institucional, de carácter judicial o administrativo, ante la somisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable"¹¹. A pesar del análisis tan completo del autor citado, nos alejamos un poco de su teoría, porque como lo expondremos en nuestra posición sobre

la entidad en estudio, en razón de que la pena no puede ser lo último que el Estado realice, para con la persona responsable de una infracción penal; el Estado debe procurar los medios para llevar a cabo un sistema de readaptación y no olvidarse de la persona una vez se le ha impuesto una pena.

Nuestra noción de pena la podemos esbozar como la actuación institucional mediante la cual, al responsable de la comisión de un hecho punible, se le somete a un régimen de readaptación, a través de actividades interdisciplinarias.

Hablamos de actuación institucional, por ser el Estado de derecho el encargado de llevar a cabo las actividades necesarias para el restablecimiento del orden social, quebrantando con la actividad de la persona responsable del hecho punible. Si bien dicha actuación del aparato institucional ha de ser sobre la persona, no se puede dejar a un lado a la familia; se centra dicha actuación sobre el responsable, por ser él quien entra en contradicción con los preceptos establecidos por la sociedad, cualquiera que sea el régimen económico-político de ésta, para una vida normal. A dicha persona se le ha de someter a un régimen de readaptación, observando que ella sea partícipe activa de dicha readaptación, con la ayuda de un grupo de profesionales e inte

grado entre otros por siquiатras, socólogos, trabajadores sociales, ministro religioso y con una gran participación del núcleo familiar primario al que pertenece dicha persona.

B. ORIGEN Y FUNCION DE LA PENA.

Para dar inicio al estudio de este acápite, consideramos necesario en primer lugar aclarar que, no se hará énfasis al análisis jurídico del instituto de la pena, porque nos parece que ha de hacerse dicho estudio en el Capítulo II de la presente monografía.

Como dice JESCHECK "el origen de la pena se pierde en la noche de los tiempos, en una época oscura dominada por el pensamiento mágico, en la que la venganza del ofendido y de su tribu se mezclaba con actos simbólicos para aplacar los dioses ofendidos por el delito. Hay, sin embargo, testimonios que demuestran la existencia de la pena pública ya en el antiguo Derecho de Israel, en los primeros tiempos de Roma y entre los germánicos"¹².

El primer momento del cual pueda hablarse de la aplicación de la pena en la evolución de la humanidad, es el que corresponde al llamado por los historiadores período palcolí



tico, en el cual los hombres eran nómadas y vivían de la caza y de la pesca, podemos decir que en este estudio, la pena no tiene un sustrato distinto de la reacción violenta del ofendido o en veces de su grupo; SANDOVAL HUERTAS afirma: "que la retaliación del perjudicado ha prevalecido como primer objetivo oficial de la reacción ante ciertas conductas, en aquellas agrupaciones humanas cuya complejidad social y cuyo desarrollo de sus instituciones no han requerido de especiales racionalizaciones o elaboraciones teóricas para justificarse y sobrevivir les ha bastado para ello con acudir al sentimiento personal primario: devolver un mal a quien lo ha causado"¹³; esta reacción ilimitada deba lugar casi siempre a la supresión del sujeto realizador de la conducta delictiva, o su expulsión del grupo, o su entrega al grupo del ofendido¹⁴.

Con el advenimiento del período neolítico, se inicia la gestión de un control más regular de los actos atentatorios contra el grupo y sus integrantes, la venganza constituía su fundamentación en que era expiatoria, en un sentido religioso, en cuanto que se sacrificaba al delincuente a la divinidad ofendida; en estas dos épocas del desarrollo de la humanidad no puede hablarse en estricto sentido de pena como lo conceptuamos en el acápite A, si no que hay que entenderla como la reacción, bien del ofendido.

o de su grupo hacia la persona del agresor.

Al irse consolidando el grupo, y en él quien detentaba el poder se da iniciado a una reacción ya no a título personal en caso de la realización de un delito, sino a una reacción pública encabezada por ese detentador del poder, se puede hablar de una dosimetría punitiva, en razón de las instituciones que caracterizan este período, el talión y la compositio. Se afirma que el origen de las dos instituciones antes mencionadas se debió a que empezó a escasear la mano de obra indispensable para las funciones de mantenimiento de la colectividad¹⁵; el talión, que consiste en hacer sufrir al que ocasiona un mal un perjuicio igual al que causó, elimina la posibilidad de una reacción ilimitada; la compositio, que podríamos definir como la compra por parte del agresor de la posibilidad de venganza ya del ofendido ya de su grupo, se realizaba a través de transacciones comerciales en la que el ofensor pagaba al ofendido a su familia por el daño causado con su conducta, se explica esta medida porque con ella se conservaba al individuo útil para la supervivencia del grupo¹⁶.

La consolidación del Estado-Nación origina una transformación en la aplicación de la pena, ésta entra a convertirse en la consecuencia del delito, pero mediando un proceso,

cediendo su rigor punitivo e inspirada en un sentido correccional.

Por último podemos afirmar que en la actualidad existe una tendencia al estudio de la pena en una forma científica, utilizando para ello disciplinas afines al derecho penal como son la penología, la criminología, el derecho penitenciario, las cuales proponen sustanciales reformas tanto al objeto de la pena como al método de aplicación de la misma; se habla de la despenalización; la cual trataremos en el Capítulo II, pero podemos dejar esbozada una noción de ella, ha de entenderse por despenalización la supresión de pena para un comportamiento delictuoso, verbigracia, el giro de cheque sin provisión suficiente de fondos.

Consideramos que si bien la sociedad no puede subsistir sin un derecho penal, no puede el Estado seguir irrogándose para mantener el control social, la facultad de penalizar todo comportamiento humano encaminado a una reestructuración de la sociedad, el control que se ejercita en la actualidad es para mantener un estado caduco y una sociedad en franco retroceso de todos los valores mínimos, es por lo cual consideramos que es necesario que el derecho penal y las ciencias afines que se encargan del estudio del delito se den cuenta de la realidad sociológica y del momento coyuntural en que se encuentra la sociedad, y tomen parti

do por una actuación más real y humana del problema de la delincuencia.

Para una mejor comprensión de la pena nos parece necesario recordar que la justificación de ella reside en la necesidad de mantener el orden jurídico, requisito fundamental para la convivencia humana en la comunidad¹⁷. La doctrina ha clasificado en tres grupos las teorías existentes sobre la función y finalidad de la pena; podríamos enunciar las mencionadas teorías así: a. Teorías absolutas; b. Teorías relativas; c. Teorías mixtas.

- Teorías Absolutas: Se fundamentan estas teorías en que consideran la pena como un fin en sí mismo, la pena es justa en sí mismo sin interesar la utilidad que de ella pueda derivarse; las bases ideológicas de las teorías absolutas radican en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrena; son parte de los planteamientos esbozados por estas teorías, los que han denominado los doctri- nantes como: teoría de la reparación y teoría de la retri- bución. Para la teoría de la reparación el delito es sus- ceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lo- grarlo; viendo en el delito más la voluntad determinada por hechos inmorales que el hecho exterior, la pena expia y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen. Esta

tesis confunde delitos y pecado, moral y derecho, además de plantear el tormento y el dolor que produce como elemento integrador de la sanción penal¹⁸.

La teoría de la retribución se basa en el supuesto de que el delito es un mal en sí mismo irreparable; se le distingue según sea el fundamento de ella, religioso, moral o jurídico. Para la teoría de la retribución religiosa, el Estado es la exteriorización terrena de un orden querido por Dios, apareciendo la pena como el medio en virtud del cual el Estado vence a la voluntad que, al delinquir, se sobrepuso a la ley suprema, mostrando así el predominio del derecho. La teoría de la retribución moral ha sido expuesta por KANT para quien la transgresión de la ley moral es algo digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia, por eso expresa; la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado el que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desligue al culpable, en todo o en parte, de la pena conforme al principio electivo 'es mejor que muera un hombre que todo el pueblo', cuando parece la justicia, no tiene sentido que vivan los hombres sobre la tierra; el principio de la razón práctica lleva a KANT a la equiparación de males, lo que conlleva a la fórmula del talión según la cual quien mata debe morir. Se les criti

ca tanto a la teoría de la retribución religiosa como a la teoría de la tetricución moral, "como quiera que el derecho es disciplina instrumental, la pena como fenómeno integrante del derecho penal no debe ser considerada como fin en sí misma, sino como medio orientado hacia fines que tienen que ver con la disminución de la criminalidad y con la actitud futura del condenado frente al delito; tampoco ha de hablarse de reintegración del orden moral porque es amplio el volumen de delitos que nada tienen que ver con la moral"¹⁹.

La teoría de la retribución jurídica expuesta por HEGEL, para quien el delito no constituye la destrucción del derecho sino una mera apariencia de destrucción, la pena constituye el restablecimiento del imperio inatacable del derecho; según los exponentes de esta teoría, ella presenta entre otras las siguientes características: a. Es el punto de contacto de la justicia divina y la humana; b. Determina una connotación ética al derecho de sancionarse; c. Se basa en el principio de que no hay pena sin culpabilidad; d. Solucionar los problemas relacionados con la proporcionalidad entre delito y pena; e. Además comprende las teorías de la retribución religiosa y la tetricución moral. ANTOLISEI, citado por el profesor REYES ECHANDIA, en su obra la Punibilidad, critica esta teoría, haciendo mención a que parece que ella olvida que la pena antes de aplicar

se en amcnazada por el Estado y conocida por los destinatarios de la ley penal, que si bien cuando la pena se impone restablecer el orden turbado por el delito, no es posible afirmar que esa sea su finalidad legislativa, porque sería tanto como sostener que el Estado para reafirmar su autoridad, establece el castigo y lo impone; la interpretación late de esta teoría nos indicaría que la pena es una venganza legal²⁰.

- Teorías Relativas: A diferencia de las absolutas no consideran que la pena es un fin en sí misma, sino un medio para obtener otros logros como pueden ser la prevención de la delincuencia, la rehabilitación del condenado, entre otras. Estas también difieren entre sí, se pueden citar entre otras: la teoría contractualista, que proviene de ROUSSEAU y se manifiesta en el ámbito penal a través de la obra de BECCARIA; el orden social está fundado sobre convenciones y el pacto social tiene por fin la conservación de los contratantes. Por eso el hombre al pactar, teniendo en cuenta que puede ser víctima de un asesinato, consiente en morir si él es el asesino.

Pertenecen también a esta clasificación de las teorías relativas, las teorías de la prevención, que son las que señalan que el fin esencial de la pena es la prevención del



delito, existiendo tres orientaciones de esa prevención; la teoría de la prevención mediante la coacción psíquica plantea que para tratar de evitar la comisión de delitos, no es eficaz la coacción física, sino la psíquica que es anterior al delito, su principal impulsador fue FEUERBACH; quien hablaba de que era necesario que todos estuvieran enterados que a la realización de un hecho delictivo le seguirá un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho; la coacción psíquica se opera amenazando con una pena la posible transgresión de la ley y aplicándola realmente cuando ella es transgredida. La teoría de la defensa indirecta que fue formulada por ROMAGNOSI para quien el delito ejerce influjo negativo sobre el conglomerado social y por eso la pena busca, mediante mecanismos de coacción psíquica, preservarlo de nuevas agresiones, la pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor. Ante las fuerzas que impelen al delito, spinta criminosa, la pena representa una fuerza repelente, contro-spinta. La teoría de la prevención especial, no hace referencia a evitar en forma indeterminada los delitos en general, como las tesis anteriores, sino que destaca el sentido preventivo de la pena con relación a un sujeto determinado, la pena ha de procurar que ese sujeto no vuelva a delinquir.

Otra teoría ubicada en las teorías relativas, es la teoría

correccionalista, siendo ROEDER su principal expositor, la pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad; esta teoría trata de obtener la reforma del delincuente, mediante una especie de reeducación.

La corriente doctrinal de la llamada escuela positiva también planteó su posición frente a la pena; la pena es sólo un medio de defensa social y constituye una forma de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos. Su causa no es por tanto el delito, sino la peligrosidad del individuo, y por ello descarta toda diferencia entre penas y medidas de seguridad.

Por último, las teorías mixtas que hacen incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, puesto que reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, constituyendo las teorías de mayor difusión en la actualidad, entre las teorías más sobresalientes tenemos: la teoría de CARRARA parte del dogma de la creación divina regida por la ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones, la ley lógica, la física, la moral y la jurídica; no basta para el gobierno del hombre la sola ley moral, puesto que crea relaciones externas so

metidas también a la ley física. Siendo el derecho una relación entre hombres, es necesaria la ley jurídica que les garantice el ejercicio exterior de la libertad. Esa ley jurídica no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelar el derecho, o sea la coacción externa; la tutela jurídica como fundamento del derecho penal, significa que la pena no ha de tender a aterrorizar sino a tranquilizar, restableciendo la confianza en el imperio de la ley. MERKEL también hace parte, con su teoría, con esta corriente; según este autor "toda pena es calculada con relación a un efecto real que la misma ha de producir en la esfera de la vida del que ve a ser penado, y sobre todo con relación a un efecto que corresponda al carácter de la acción supuesta, que sirva de expresión más o menos sensible al valor negativo de la misma y que, por tanto, represente un mal para el penado. Lo cual no excluye el que de este mal puedan y aún deban prevenir consecuencias beneficiosas para el penado mismo y para otras personas"²¹. Otra teoría perteneciente a la teoría mixta, es la expuesta por BINDING, basada esta tesis en que la norma es un principio que acuerda al estado el derecho a exigir su observancia de parte de los súbditos, caracteriza la ilicitud, el desprecio de esa obligación de obediencia; el fin de la pena no puede ser el de transformar un rebelde en un buen ciudadano, pues aunque ello fuera posible, lo sería para el futu

ro y la violación pretérita quedaría impune. El delito es un fragmento de historia y como tal no puede juzgarse por no ocurrido; por ello su autor debe sufrir lo que el derecho le impone y que él no quiere, aún cuando la pena constituya un mal desde el enfoque unilateral del delincuente, no constituye una venganza; el Estado la adopta para afirmar el derecho, y porque su finalidad no es la de crear un mal, renuncia a la pena cuando la juzga supérflua. Al imponerla el Estado no sólo ejerce un derecho, sino que cumple un deber, que también constituye un mal para él, en cuanto que le demanda sacrificios e incluso gastos.

Para finalizar hemos de hablar de una concepción ecléctica, según la cual, la pena tiene un sentido plurifinalístico, por lo que se tomarán las nociones expuestas por el profesor REYES ECHANDIA, que son las que explican los alcances de la pena. El autor citado distingue dos etapas en el estudio de la pena: "el de su creación legal y el de su aplicación. Respecto del primero, la pena es la complementación indispensable del precepto que identifica la conducta merecedora de reproche social y jurídico, por manera que sin ella, éste sería un mero enunciado sin fuerza coactiva, un consejo en vez de un mandato implícito. La función de la pena durante esta fase de enunciación legal es la de advertir a los coasociados de las graves consecuencias que

inevitablemente se derivarían de la ejecución de la conducta ilícita y, por consiguiente, la de disuadirlos de su realización; por esta vía, el Estado busca simultáneamente, evitar que se cometan delitos y amenazar con la imposición de penas a quienes a pesar de la advertencia, delincan.

"En cuanto al segundo momento -el de la concreción punitiva de la amenaza- es necesario distinguir según el plano desde el cual se enfoque la cuestión; así, el jurídico estricto sensu considerado, el socio-jurídico, el ético, el político y el criminológico. Nos parece que la crítica general que le cabe a muchas de las teorías que se han ocupado de esta cuestión es, precisamente, la de señalar para la pena uno o varios objetivos y la de rechazar otros, sin identificar o aclarar la perspectiva desde la cual se sitúan.

"En el plano jurídico stricto sensu, la pena no es más que la integración punitiva del fenómeno delito, vale decir, la inevitable respuesta del Estado a la realización de conducta típica, antijurídica y culpable; desde este punto de vista, delito y pena se integran de tal manera que el uno no existe sin la otra.

"Un enfoque socio-jurídico de la pena nos lleva a concluir

que es retribución socialmente exigida y jurídicamente im-
 puesta por el delito cometido; su carácter retributivo,
 que reemplaza la vieja concepción de la venganza, debe en-
 tenderse no sólo en el sentido de que la pena vulnera in-
 tereses jurídicos del condenado en razón de que con su con-
 ducta reprochable ha lesionado indebidamente bienes legal-
 mente tutelados, sino en cuanto satisface a la víctima, a
 los demás afectados y a la sociedad en general porque se
 fortalece la creencia de que el delito, como hecho antisoc-
 ial, se combate con la institución de la pena". El autor
 continúa su análisis, hablando del punto de vista lógico
 "la pena es un mal, una aflicción no propiamente porque se
 irroga con el definido propósito de hacer sufrir (lo que
 sucedió durante muchos siglos), sino porque, constituyendo
 eliminación o limitación de derechos personales fundamenta-
 les, su aplicación pesa negativamente en la conciencia del
 reo, aunque la acepte con aparente frialdad". "Otro aspec-
 to importante dentro de este plano ético desde el cual de-
 be estudiarse la función de la pena, es el que dice rela-
 ción a la conciencia que el condenado debe tener de su pro-
 pia responsabilidad; sólo en la medida en que este fenómeno
 subjetivo penetre en la mente del reo por obra de su pro-
 pia introspección o mediante convicción derivada de un ade-
 cuado tratamiento penitenciario (sicoterapia de grupo o in-
 dividual), será posible que reconozca ante sí que ha obra

do mal y que el sufrimiento que la pena le produce es merecido". Con relación a los enfoques políticos y criminológicos, expone: "Un enfoque político de la pena permite aseverar que es función básica de la misma la de restablecer el orden jurídico y social turbado por el desorden del delito; en tal sentido debe entenderse la posición de la escuela clásica sobre este aspecto del fenómeno punitivo. Es indudable que, siendo el delito un hecho que altera más o menos profundamente los valores sociales sobre los cuales descansa el normal desenvolvimiento de las actividades individuales y el armonioso desarrollo de la comunidad, cuando se produce, causa alarma por la sensación de inseguridad y desprotección que el grupo experimenta; por esa razón la pena pretende restablecer el equilibrio roto y hacer sentir el poder del Estado como eficaz garantizador del bien común.

"Finalmente, desde una perspectiva criminológica, la pena busca prevenir la delincuencia futura, no sólo en razón de la fuerza intimidadora de la ley que amenaza con ella a los potenciales delincuentes (prevención general), sino porque al sancionar al responsable de un delito en particular, quiere evitar su reincidencia (prevención especial), mediante el empleo de todos aquellos mecanismos que puedan resultar eficaces para descubrir los factores que mayormente han incidido en su comportamiento criminal (endógenos y

cxógenos) y para lograr de esta manera el adecuado tratamiento rehabilitador.

"A través de este multiforme enfoque no es correcto hablar, entonces, de la finalidad de la pena, porque esta es en verdad plurifinalística. No existe, pues, contradicción alguna si afirmamos que la pena es, al propio tiempo, institución jurídica retribucionista, preventiva, aflictiva y resocializadora. En efecto, mediante ella el Estado reacciona ante el delincuente para que se cumpla en su respecto la amenaza punitiva, con la eliminación o limitación de derechos personales fundamentales (vida, libertad, patrimonio), y para que los demás se percaten de que no se delinque impunemente: pero, además el Estado procura al menos la reducción del fenómeno de la criminalidad, y en concreto, de la reincidencia del reo mediante la puesta en práctica de todos aquellos mecanismos técnicos y humanos que indagando sobre los factores que contribuyeron al delito en particular y aplicando sistemas educativos, curativos y formativos de acuerdo con la naturaleza del hecho cometido y con la personalidad del condenado, hagan posibles que regrese al seno de la colectividad en condiciones tales que permitan fundadamente esperar de él un comportamiento socialmente adecuado.

"Ha de puntualizarse, en todo caso, que el tratamiento penológico -médico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, laboral y moral- ha de estar enmarcado dentro de una filosofía humanística, porque su destinatario es el hombre, y esa categoría esencial no desaparece por execrables que sean los crímenes que se le atribuyan"²².

Nosotros nos mostramos partidarios de seguir la posición esbozada por el DR. REYES ECHANDIA, por el alcance que él le da a la pena en cuanto a sus múltiples objetivos.

C. CLASES DE PENA.

La clasificación que de las penas hemos de hacer a continuación, obedece al derecho afectado con la imposición de la pena, además de hacer mención así la pena sea principal o accesoria, esto porque el Código Penal Colombiano realiza esa diferencia, entonces tenemos que por pena principal ha de entenderse aquella que se impone con independencia de otra, tenemos como ejemplo de ella, la pena de muerte, la privación de la libertad, la pecuniaria; las accesorias son aquellas penas que se imponen con dependencia de una principal, entre éstas tenemos suspensión del ejercicio de una profesión, prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

Con relación al derecho afectado las penas se pueden clasificar en: 1. Penas contra la vida e integridad personal; 2. Penas privativas de la libertad; 3. Penas pecuniarias. Con referencia a las penas accesorias dada la multiplicidad de éstas nos limitaremos hacer una breve recapitulación de las mismas en el aparte 4 del presente subcapítulo.

1. Penas contra Vida e Integridad Personal

La más importante de ellas, si así podemos denominarla, es la privación de la vida, existiendo también otras como la mutilación, los azotes.

La pena de muerte o privativa de la vida, es tal vez la que en el transcurso de la humanidad ha tenido más vigencia. En las fases primitivas de la evolución de la humanidad la muerte del ofensor es producto de la reacción del ofendido o de su grupo en venganza del delito perpetrado, posteriormente al consolidarse el poder político es éste quien pasa a realizar la ejecución de la pena.

Si bien no es esta monografía la llamada a hablar de la pena de muerte o privativa de la vida en forma extensa, no por eso hemos de dejar de mencionar puntos relevantes en la evolución de la misma. En las primeras civilizaciones de que se tiene conocimiento la privación de la vida, era

una sanción común y mayoritaria a todos los delitos; en Egipto en la época del antiguo imperio se aplicaba a casi todos los delitos, en los imperios medio y nuevo su práctica era sólo en relación a los delitos contra las divinidades y contra el orden político; para el pueblo Hebreo de pena de muerte se imponía principalmente en los casos de idolatría, homicidio, sodomía, etc., las formas de ejecución eran o bien la lapidación o la decapitación. En Roma la pena de muerte era aplicada a los siguientes delitos; el de traición contra el Estado, siendo éste tal vez el primero en ser objeto de tal pena; con la promulgación de la ley de las XII Tablas, se reglamentó estableciéndola para delitos tales como la sedición, concusión de arbitros o jueces, atentados contra la vida del pater familia, homicidio intencional, envenenamiento, etc.; su forma de ejecución tomó diversas formas, en principio, el despenamiento; más adelante se utilizó la estrangulación. En la república, los cónsules establecieron la decapitación, que era aplicable, en principio a todo condenado a muerte, posteriormente solo a los militares. Existían además otras formas como el ahogamiento, la crucifixión, esta última utilizada sobre todo para los esclavos.

Con la caída del imperio romano a manos de los pueblos bárbaros se presenta un retroceso en el derecho penal, porque

estos pueblos carecían de una organización política, volviendo al sistema talional, es el hijo quien vengará con su propia mano la muerte de su padre. La organización del sistema feudal trajo consigo la institución de un sistema penal más estable, el principio de la personalidad de la ley es sustituido por el de la territorialidad estricta de la ley.

La reaparición en Europa del Derecho Romano a partir del siglo XII de lugar a una transformación en los sistemas penales de origen bárbaro, paulatinamente la venganza privada va dando lugar a la aplicación exclusiva del poder sancionatorio por parte del estado; con la generalización de las luchas religiosas, la privación de la vida tiene un doble carácter, jurídico y religioso, el suplicio de la hoguera tiene simultáneamente un sentido jurisdiccional punitivo y a la vez expiatorio.

En las civilizaciones precolombinas, la pena de muerte era una institución prevalentemente jurídico-religiosa; entre los Aztecas el rigor sancionatorio era de tal magnitud que superaba al Código de Draco, las más leves faltas y la menor transgresión eran penadas con la muerte. Las diferentes tribus de nuestro territorio, utilizaban la privación de la vida como pena principal para muchas de las

infracciones como el homicidio, el adulterio, la forma de ejecución de la sanción era variada, según el delito cometido.

En la actualidad la aplicación de la pena privativa de la vida ha sido cuestionada desde todos los ángulos; a dicha sanción se le rechaza o se le apoya argumentando cada corriente sus razones, quienes se muestran partidarios de su sostenimiento aducen: 1. Que es un instituto de necesidad imperiosa para lograr el orden y la seguridad sociales, por la fuerza intimidatoria que genera. 2. Es un medio insustituible para eliminar radicalmente a individuos cuya personalidad aberrante no ofrezca posibilidad alguna de readaptación social. 3. A pesar de su rigor, evita a los condenados inadaptables los sufrimientos físicos y espirituales implicados en una prisión a perpetuidad.

Los partidarios de la abolición de la pena privativa de la vida exponen como razones: 1. La inviolabilidad de la existencia humana. 2. La irreparabilidad de los efectos de sanción en los casos de condenaciones injustas. 3. La rigidez de la pena, es decir, su imposibilidad de ser graduada.

El DR. REYES ECHANDIA, observa al respecto: "Esta pena eli

mina toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del reo, y aunque se afirme que hay delincuentes respecto de los cuales esas enmienda y rehabilitación son imposibles, lo que realmente ocurre en tales casos es que no se ha profundizado suficientemente sobre los factores que contribuyeron al delito y sobre el tratamiento pertinente.

"Las estadísticas criminales de aquellos Estados en donde existe la pena de muerte no muestran disminución de la criminalidad relativa a los delitos sancionados con ella, respecto de la de los países abolicionistas.

"Es injusta porque recae más frecuentemente sobre aquellas personas que no han podido disponer de una defensa bien remunerada; tiene en efecto, más probabilidades de evadir la pena de muerte quien puede sufragar los costos de abogados hábiles y eficientes que quien, por razones económicas debe aceptar una precaria defensa oficiosa.

"La imposición de esta pena radical parte del supuesto equivocado de que el delito es debido a factores antropológicos (no en otra forma se explicaría la solución judicial de suprimir la vida del autor del delito); pero al morir el reo, los factores exógenos que contribuyeron a su delito y al de muchas otras personas siguen ejerciendo su in-

fluencia criminógena"²³.

Consideramos que la pena de muerte no tiene asidero alguno en la moderna política criminal, a nuestro parecer nadie bajo ningún pretexto puede atribuirse la facultad de suprimir de la vida a otro ser humano; por eso no compartimos la posición esbozada por el DR.SANDOVAL HUERTAS al exponer su noción y posición de la privación de la vida; dice dicho autor: "Podemos, finalmente, sintetizar nuestra posición respecto de la pena de muerte diciendo que nos oponemos radicalmente a su utilización dentro de circunstancias sociales como las existentes en nuestro país, tanto en relación con la criminalidad común como con la delincuencia política; pero no desechamos que se puede llegar a justificar la aplicación de la sanción capital en medio de condiciones socio-económicas más dignas de ser defendidas de las actuales, y frente a hechos catalogables de delitos contrarrevolucionarios"²⁴.

Nos apartamos de la posición del profesor SANDOVAL HUERTAS, porque consideramos que sí al llamado Estado Capitalista se le condena si aplica la privación de la vida como sanción penal, no encontramos asidero ético para afirmar que ante un sistema socialista si es válida su aplicación; como dice SUEIRO "Si es lícito matar, todo es lícito



to".

Las llamadas penas corporales o contra la integridad personal, han ido de la mano de la historia de la humanidad. Su aplicación fué simultánea, casi siempre con la pena privativa de la vida; entre las diversas formas de aplicación de esta clase de sanción podemos citar: la mutilación de las extremidades superiores, inferiores, órganos genitales, etc.; la tortura, los azotes, el quebrantamiento de huesos.

CUELLO CALON, en su obra La Moderna Penología, trae las siguientes consideraciones: "La pena corporal ha sido defendida como medio de contrarrestar el enervamiento de la represión originada por las suaves formas de ejecución de las penas privativas de la libertad, de esta pena rápida y dolorosa se esperaba un fuerte efecto intimidativo. Sus defensores, la presentan como el castigo más adecuado para los delincuentes brutales, desmoralizados, desprovistos del sentimiento de la dignidad personal. Para estas gentes, se ha dicho, es una pena insustituible, no posee los múltiples inconvenientes de la penas cortas de prisión no separa al condenado de su familia, no interrumpe el ejercicio de la profesión que le proporciona medios de vida. Se ha invocado también su escaso costo. Sus defensores la

recomiendan en particular para los delincuentes inclinados a la bebida, para los autores de ciertos actos impudicos, para los hechos de barbarie, como mutilación de árboles o de animales, y para otras infracciones caracterizadas por un matiz de salvajismo y puerilidad. Otros han pedido su aplicación para los maridos que golpean y maltratan a sus mujeres. Se ha dicho también que el motivo de la aversión con que se la mira no es su empleo regular y mesurado, sino del uso excesivo que de este castigo se ha hecho y especialmente su aplicación a delincuentes para los que no estaba indicado. A este propósito observa TALLACK, que las condiciones de su ejecución deben ser tales que conserve siempre la majestad de su castigo; no se trata, decía, derramar la sangre del condenado, ni de desfigurar su cuerpo, sino de imponerle un sufrimiento pasajero, vivo sin duda, pero sin ninguna repercusión sobre su salud.

"La pena corporal, como pena propia o como medio de disciplina en los establecimientos penales, no puede ser admitida. Está en fuerte pugna con los sentimientos de humanidad propios de los países civilizados. En este época en la que se proclama con firme convicción el respecto a la persona del condenado ya su dignidad humana no es posible aceptar una pena que la ofende con la mayor violencia" 25.

Consideramos que la aplicación de penas contra la integridad personal, carece de una base legal para su aplicación, sin olvidarnos del aspecto ético-moral; las penas corporales son un rezago de una política criminal expuesta por un Estado totalitario, que ve en la persona que realiza un delito, un peligro contra su existencia.

2. Pena Privativa de la Libertad.

Por ser el objeto central del presente trabajo monográfico, nos limitaremos en esta oportunidad a realizar una exposición somera de la privación de la libertad como sanción penal.

La privación de la libertad como sanción penal, es de reciente origen legislativo.

La evolución de la privación de la libertad podemos decir que parte de la segunda mitad del Siglo XVI, con la creación en Londres de la House of correction, en la cual se reclusión a mendigos, vagos, jóvenes discolos y prostitutas. En Europa continental, a su vez se crean establecimientos correccionales, en Amsterdam en 1596 se funda la primera casa de corrección, en principio se realizaba la fabricación de tejidos, pero como ésta no dió los resultados espe

rados, se pasó a trabajar madera tropicales de gran dureza de ahí su nombre de RASPHAUS; para las mujeres se creó un establecimiento llamado Spinhaus, en la cual se dedicaban a la hilandería.

En 1790 se crea en el Estado de Pensilvania una prisión celular; sistema calcado de los creados por la iglesia para sus monjes pecadores; la falta de una organización sería dió lugar a que muchos reos por el rigor del encierro, se enloquecieron o suicidaran. El Papa Clemente XI fundó en Roma en 1703, el Hospital de San Miguel, en el que se alojaba a los jóvenes delincuentes para su corrección, su disciplina consistía en el aislamiento nocturno y en la regla del silencio.

Posteriormente, en 1840 MACONCHIE aplicó los inicios del llamado sistema progresivo, en la isla de Norfolk, se puso en práctica un régimen en que se sustituyó la severidad por la benignidad y los castigos por los premios.

Los sistemas hasta ahora expuestos tenían como característica; el no separar los reclusos por edades, lo que propiciaba un clima corruptor de los jóvenes que, viviendo en promiscuidad con adultos, adquirirían los vicios de éstos. En 1869 se fundó el reformatorio de Elmira, especialmente

para obtener la reforma de los delincuentes jóvenes, con principios pedagógicos y técnicos. El término de la sanción era indefinido, pero dentro de un mínimo y un máximo legal, con el Código Penal Italiano de 1898, se inicia el régimen all-aperto (al aire libre); este sistema tiene dos modalidades: Las obras y servicios públicos y el trabajo agrícola. Por último, en este breve recuento, hemos de mencionar la llamada prisión abierta, en la cual la bondad, la tolerancia, la enseñanza ágil y el consejo inteligente son artífices capaces de sustituir el viejo concepto de castigo por el de readaptación social de los hombres que han delinquido. Los internos de la prisión abierta pueden trabajar afuera, pero deben regresar por la noche, en la ciudad de Toluca en México, uno de los internos de una institución carcelaria abierta, declaró sobre el éxito del sistema en su caso "Porque creyeron en mí cuando me hallaba en la peor situación de mi vida"²⁶.

Tal vez no sea éste el momento para fijar una posición ante la privación de la libertad como sanción penal, pero no podemos dejar de plantear una breve noción.

La privación de la libertad, sea cual sea el sustrato jurídico, moral que se asuma, por las condiciones sociales existentes es el medio a través del cual el Estado tratará

de restablecer el equilibrio social roto con el delito; pero si dichas condiciones varían hacia un mayor equilibrio social, puede desaparecer esta institución, que en la actualidad es un instrumento de manejo de la clase de tentadora del poder político y con la cual se busca mantener el statu quo existen.

3. Pena Pecuniaria.

Según los planteamientos de la política criminal contemporánea es ésta tal vez la pena que más futuro tiene en cuanto a su aplicación en el ámbito punitivo del derecho penal.

El origen es muy antiguo, y ya en legislaciones remotas aparecen como el pago a la ciudad o al Estado de determinados bienes (animales, metales). Podemos citar, tal vez como primer antecedente remoto, la ley mosaica; los babilonios, que en materia penal tuvieron una legislación avanzada, en el Código de Hammurabi, en el que existían penas pecuniarias orientadas a penar delitos económicos, y que se concretaban en el pago de una suma de dinero o en la entrega de bienes muebles²⁷. En el Derecho Germánico no constituyeron verdaderas penas pecuniarias, ni el wergeld, suma pagada por el ofensor al damnificado comprando así la renuncia de éste al derecho de venganza, ni el fredum, canti

dad pagada por el delincuente al poder público como precio de la protección social, ni el busse, reparación de delitos de poca gravedad.

En la Carta Magna, la que podemos citar como el primer antecedente de la proporcionalidad de la pena pecuniaria, se tenía en cuenta la situación del delincuente para establecer el monto de la sanción.

En la legislación penal existente en nuestro país desde el siglo pasado se ha contemplado la pena pecuniaria, entre las que estaban la multa y la confiscación. En el Código de 1980 se tiene la multa como única sanción pecuniaria.

A favor de la pena de multa la doctrina ha dicho: "Sustituye adecuadamente a las penas cortas de privación de la libertad; es aflictiva porque intimida dado el tradicional apego del ser humano por el dinero; es flexible porque puede adecuarse a las condiciones económicas del condenado y admite fraccionamientos para pagos por cuotas; no degrada no deshonra, pues permite satisfacerla sin abandonar las normales actividades que el condenado desarrolla en el grupo social; puede convertirse en otra pena en caso de insolvencia del condenado; es fuente de recursos para el Es



tado que con ella indemniza a la víctima del delito o cubre las costas del proceso; evita los altos costos de las penas privativas de la libertad"²⁸.

Como inconveniente podemos citar, su desigualdad que es contraria a los presupuestos de un régimen democrático, ya que una disminución pecuniaria en los bienes de un delincuente acaudalado provoca un resultado bien diverso a la imposición de la misma pena a un infractor de escasos recursos; otro inconveniente es que no cumplen con el cometido que las modernas tendencias penales le asignan a la pena, ya que no reeduca ni reforma a aquel que violó la ley. Además se dice que no cumplen una de las finalidades que ha de caracterizar a toda sanción, cual es la individualización, puesto que, cualquier disminución en el patrimonio del condenado no la sufre solamente él, sino que perjudica también a su familia y más si es gente de escasos recursos económicos.

Realizando un análisis acerca de las ventajas y desventajas de las penas pecuniarias, consideramos que evita los dramas que origina la aplicación de las otras penas mencionadas; creemos que es la sanción penal que más futuro tiene y que menos traumatismos causa con su aplicación.

4. Penas Accesorias.

Son aquellas que no pueden aplicarse en forma autónoma, sino que dependen de otra principal, a la que por disposición de la ley van unidas, su cumplimiento puede ser coetáneo con aquella o posterior.

En la Legislación Penal Colombiana vigente podemos citar como penas accesorias entre otras las siguientes: a. La restricción domiciliaria; b. La pérdida del empleo público u oficial; c. La interdicción de derechos y funciones públicas; d. Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; e. Suspensión de la patria potestad; f. Expulsión del territorio nacional para los extranjeros; g. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. BECCARIA, Cesare. "De los Delitos y de las Penas". Alianza Edit. Traducción de J.A. De las Casas, Madrid, 1982, Pag. 5.
2. CARRARA, Francesco. "Programa del Curso de Derecho Criminal". P.G. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1944, Vol. I, Pág. 405.
3. VON LISZT, Franz. "Tratado de Derecho penal". Trad. Luis Jiménez de Asúa. Edit., Reus, Madrid, 1929, 2a. edición, Tomo III, Pág. 197.
4. CAMAÑO R. Antonio, "Derecho Penal". Edit. Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1957, Pág. 239.
5. ANTOLISEI, Francesco. "Manual de Derecho Penal". Edit. Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1970, Pág. 498.
6. VON HENTIG, Hans. "La Pena" Edit. Espasa-Calpe, Trad. José M. Rodríguez devesa, Madrid, 1968 Vol. II, Pág. 24.
7. QUINTANA RIPOLLES, Antonio. "Compendio de Derecho Penal". Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, Vol I, Pág. 413.
8. CUELLO CALON, Eugenio. "La Moderna Penología". Edit. Bosch, Barcelona, 1914, Pág. 16.
9. REYES ECHANDIA, Alfonso. "Derecho Penal" Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, 9a, edición, P.G., Pág. 308.
10. JESCHECK, Hans H. "Tratado de Derecho Penal". Edit. Bosch. Traducción S. Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona, 1978, P. G., Vol. I. Pág. 18.

11. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. "Penología". Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, P.G. Pag. 27.
12. JESCHECK, Hans H. Ob. Cit., Pág. 89.
13. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Ob. Cit. Pags. 42-43.
14. REYES ECHANDIA, Alfonso. Ob. Cit.,Pág. 309.
15. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Ob. Cit.,Pág. 46.
16. REYES ECHANDIA, Alfonso. Ob. Cit.,Pág. 311
17. JESCHECK, Hans H. Ob. Cit., Pág. 90.
18. REYES ECHANDIA, Alfonso. "La Punibilidad". Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978. Pág. 23.
19. Ibídem, Pág. 24.
20. Ibídem, Pág. 26.
- 21, Ibídem, Pág. 36,
22. Ibídem. Págs. 39 - 43.
23. Ibídem. Págs. 58 - 59.
24. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. "Penología". Parte Especial. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, Pág. 111.
25. CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit., Pags. 251 - 252.
26. FLOREZ, Humberto. "La Prisión que forma hombres Libres", En Selecciones del Reader's Digest. Tomo LXXIII, N° 439, Cali, Junio 1977, Pág. 30.
27. SAAVEDRA ROJAS, Edgar. "Penas Pecuniarias". Edit. Temis, Bogotá, 1984, Pág. 3.

28. REYES ECHANDIA, Alfonso. "La Punibilidad". Ob. Cit.,
Pág. 73.

CAPITULO II.

LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

A. NOCION.

Por ser tal vez el baluarte sobre la cual se erige en el mundo occidental, la noción de equilibrio social, de restablecimiento del buen vivir en comunidad, es la pena restrictiva de la libertad el instrumento que esgrimen las clases detentadoras del poder público y de los instrumentos y medios de producción para su permanencia como directoras de la comunidad. Al adentrarnos en el estudio de la pena restrictiva de la libertad y más exactamente en su ubicación dentro del proceso histórico de evolución de la pena, vamos a encontrar los argumentos irracionales y despóticos que han esgrimido los distintos detentadores del poder, para dar validez y vigencia a esta clase de pena.

En el momento actual es la sanción penal que más se usa en los distintos ordenamientos penales, a pesar de existir

una corriente doctrinaria que aboga por su desaparición. Los sostenedores de la teoría que aboga por la desaparición de la pena restrictiva de la libertad, plantean la necesidad de un cambio radical del sistema social existente, cambio que traería consigo la desaparición, posible mente, de los diversos factores criminógenos en los cuales se puede ubicar la prisión; con dicho cambio social y el equilibrio que se presentaría en todos los órdenes, se daría necesariamente una reducción de conductas delictivas, en primer lugar y además porque al cambiar la organización directiva de la comunidad social, no habría necesidad de esgrimir, como en la actualidad se hace, un instrumento como la privación de la libertad para mantener la sociedad en equilibrio.

Consideramos que las penas restrictivas de la libertad, deben permanecer en vigencia por las condiciones sociales y económicas existentes en la actualidad; su total desaparición es más improbable ya que las medidas que se plantean como sustitutivas de ellas adolecen de fallas que tal vez las harían más inoperantes que la privación de la libertad misma. Quizas a lo que hay que hacer frente a la forma de aplicación de esta clase de sanción penal, y es en su mecánica operativa en donde radican las múltiples fallas que contra ella se aducen.

Si bien en la presente monografía se desea plantear una posición frente a la privación de la libertad como sanción penal, consideramos que un estudio profundo y pormenorizado del tema ha de afrontarse en otro momento en razón de que nos saldríamos de los límites que hemos impuesto al presente trabajo; es por lo que sólo tangencialmente se tratará el tema.

Las investigaciones de campo que se han realizado tanto sobre las finalidades de la pena privativa de la libertad, como sus posibles sustitutos así como los factores que conducen al ser humano a realizar una conducta que se considere como susceptible de ser reprochada penalmente, nos indican las claras que la actividad del hombre no está sujeta a parámetros fijos y que ha de avocarse cada tema en forma singular y tratando de ajustar los posibles remedios o soluciones al caso concreto. Por lo tanto si la privación de la libertad, como pena principal, se ha de seguir aplicando, debe hacerse de una forma interdisciplinaria, con la ayuda y participación activa no sólo de juristas especializados en materia penal, sino que han de participar profesionales de otras ciencias como son siquiátras, sicólogos y sin descartar la participación de la familia.

Por último, hemos de hablar de las clases de penas priva

tivas de la libertad, aclarando que dicha clasificación ha sido elaborada teniendo en cuenta el lugar en donde se ha de cumplir la sanción además se esbozará la teoría que propugna por la unificación de la pena privativa de la libertad.

Las distintas formas de aplicación de la pena privativa de la libertad, se origina en la forma y sitio de aplicación de la misma tenemos así que el presidio, que viene de la voz latina praesidium, que significa, guarnición de soldados, plaza amurallada, se fue degenerando en su acepción etimológica entrando a ocupar una posición en la definición de pena privativa de la libertad, y así es utilizada en diversas legislaciones, como por ejemplo en la legislación colombiana de 1936. Existe además la prisión y el arresto, pero como ya se ha mencionado su denominación es más artificiosa que científica y tal vez lo que las diferencia es el tiempo de duración de cada una de ellas.

En relación a la corriente doctrinaria que propugna por la unificación de la pena privativa de la libertad, tomando como base la personalidad del individuo al que se le va a imponer; NEUMAN al respecto dice: "Se ha comprobado fehacientemente que en países en que se ha establecido la 'pena única' de prisión en establecimientos diferentes (Dinamarca, Noruega), según sea la duración (p.Ej., de has

tá seis meses en las prisiones de distrito; de más de seis meses en las prisiones centrales) en realidad, y pese a llamársele única, se sanciona legalmente una diferenciación entre una forma de ejecución más suave y otra más grave. Por el contrario, en casi todos los países poseedores de penalidades diferenciadas no existen distinciones en cuanto a la ejecución, sobre todo respecto de la separación entre penados y prisión y a reclusión.

"Las razones prácticas que han llevado a este estado de cosas, muestran que efectivamente no es concebible una solución jurídica pura en uno u otro sentido.

"Los defensores de la unificación precisan que para un eficaz tratamiento carcelario con miras a la readaptación social es indispensable diferenciar los grupos y especializar los establecimientos según las necesidades. El número de condenados de una u otra categoría puede variar considerablemente en relación a muchas causas: establecimientos disponibles, distancia entre el lugar de ejecución y lugar de residencia de la familia del sentenciado, conveniencia o necesidad de concesiones por parte de la administración o parte del recluso, principio de separación en grupos; el sistema progresivo puede requerir otras concesiones para que el recluso se readapte a la vida libre, el oficio del condenado puede hacer necesario su alojamiento en un esta

blecimiento cuyos talleres cuenten con el equipo adecuado sin tener en cuenta la 'categoría legal' a que pertenece'.

A nuestro parecer la unificación de la pena privativa de la libertad en cuanto a su aplicación, puede llevar a una efectiva terea en cuanto a las finalidades que se le den a la pena privativa de la libertad, necesariamente hay que partir de un mínimo que consideramos que debe ser de seis meses y no exceder de cinco años, sin tener en cuenta aspectos diferente de la resocialización del individuo.

B. UBICACION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA EVOLUCION HISTORICA DE LA PENA.

Siguiendo los planteamientos del profesor SANDOVAL HUERTAS en su obra Penología, parte general, abordaremos el estudio de la evolución de la pena privativa de la libertad en el contexto hostórico de la evolución de la pena.

1. Fase Vindicativa.

Como ya lo dijimos al hacer mención al origen de la pena, ésta no tiene una base distinta de la reacción violenta del ofendido o su grupo. No hay que entender que corresponde de esta fase a un período de tiempo determinado en la evolu



ción de la humanidad, sino que la vindicta era la razón de ser de la pena y predominó en su aplicación hasta ya entrada la estabilización del poder a través de la religión.

La localización de esta fase la podemos hacer en los grupos que subsistían gracias a la caza y a la recolección de frutos silvestres; la realización por lo tanto de una conducta que afectara la integridad de uno de los miembros del grupo, era saneada con la comisión de un acto semejante en la humanidad del agresor, originándose así la llamada ley del talión. Más adelante para evitar la desaparición del grupo a causa de las constantes rencillas surge la llamada compositio que era la compra del derecho de venganza que poseía el ofendido o su grupo.

La pena privativa de la libertad, no existió en esta etapa de la historia, existía la posibilidad de asegurar físicamente a la persona a la cual se le iba a imponer una pena corporal, por lo que podemos afirmar que si bien existió la privación de la libertad los móviles de la misma no eran la aplicación independiente de esta pena, sino la aprehensión y custodia del condenado.

2. Fase Expiacionista.

En esta etapa de la evolución de la pena, nos apartamos del DR.SANDOVAL H., por cuanto él la ubica conjuntamente con la siguiente, mientras que nosotros consideramos que existe total independencia entre esas dos épocas o fases evolutivas de la pena.

Este momento histórico se caracterizó porque la pena se basa en la consolidación del poder religioso, y es el representante de éste quien decide e impone la pena que ha de sufrir quien infrinja los preceptos religiosos, lo que se buscaba era un restablecimiento del pecador con la divinidad, se trataba de restablecer la paz espiritual del individuo que se veía perturbado por la realización de una conducta pecaminosa.

Se vislumbra ya en esta época una forma de aplicación de la pena privativa de la libertad, la llamada "destrusio in monasterium" o reclusión los cléricos que hubiesen transgredido un precepto eclesiástico, cuando eran los laicos a quienes se quería castigar se les recluía según la gravedad del delito en regímenes comunes (muros largus) o celular (murus arctus o arctissimus)².

3. Fase Retribucionista o Aprovechamiento Institucional del Trabajo del Penado.

En esta etapa nos encontramos con que quien ha de imponer la pena, es el detentador del poder político; comienza a vislumbrarse el origen del estado-nación. "La noción de libertad y respeto a la individualización humana no existía y las gentes quedaban al arbitrio de los detentadores del poder quienes, a su vez, se debatían en la inestabilidad reinante típica, por otra parte, de los estados que buscan organizarse institucionalmente. No importa la persona de los reos, su suerte ni la forma en que se les deja encerrados"³.

La base sobre la cual se erige esta etapa, es la necesidad de mano de obra barata para la realización de ciertas actividades, es por ello que crean las llamadas casas de corrección, en las cuales se confinaba al grupo social más bajo, menesterosos, prostitutas, vagos. RUSCHE Y KIRCHHEIMER, al respecto exponen en su obra, Pena y Estructura Social: " Amargas quejas por la escasez de fuerza de trabajo causada por la mendicidad proliferaban por doquier, y las leyes represivas sobre los pobres tomaron en consideración el problema. En contraste con la política practicada a comienzos del Siglo XVI, cuyo objeto central era la eliminación de la mendicidad, el nuevo programa perseguía objetivos más directamente económicos. Por lo tanto, se intentó prevenir que los pobres se alejaran de su función de fuerza de trabajo, lo cual acontecía cuando se dedicaban a la mendicidad como

alternativa a trabajar por bajos salarios. Un decreto de Bruselas de 1599 establecía penas contra los mendigos aptos para el trabajo, contra los siervos domésticos que abandonaran a sus patrones y contra los trabajadores que dejaran su empleo para dedicarse a mendigar. Un decreto francés de 1724 justificó las penas impuestas a los mendigos aptos para el trabajo, con el fundamento de que ellos privaban a los pobres de su pan al negarse a formar parte de la fuerza laboral. Las definiciones de bribón, vagabundo y mendigo apto para el trabajo (rogue, vagabond y sturdy beggar) de un estatuto inglés de 1597, constituyen una evidencia más de los cambios de actitud, ya que dichas definiciones incluían a todos los trabajadores que rechazaran trabajos con el nivel de salario prevaleciente.

"Por lo tanto, debemos concluir que la adopción, a fines del siglo XVII, de un método más humano de represión de la vagancia, la institución de las casas correccionales, constituyó también el resultado de un cambio en las condiciones generales económicas. La nueva política legislativa hacia la mendicidad fué una expresión directa de la nueva política económica. Con la ayuda de la maquinaria legislativa y administrativa, el estado utilizó los contingentes de fuerza de trabajo que encontró a su disposición para la prosecución de sus nuevos objetivos"⁴.

62

Se puede citar como instituciones que caracterizaron la forma de aplicación de la pena en esta etapa, las siguientes: las galeras, los presidios, la colonización penal ultramarina y las casas correccionales.

La galera, embarcación marina movida a remo, hace su aparición como forma de castigo debido a que quien tuviese dominio en el mar dominaba el comercio a la vez que ostentaba un dominio militar, "El trabajo forzado en las galeras sobrevivió inclusive el fin del sistema económico basado en la esclavitud, debido a que las características de dicho trabajo hacían difícil encontrar hombres que se ofrecieron voluntariamente. La necesidad de remeros fue particularmente aguda hacia fines del Siglo XV, a causa de la existencia de guerras navales entre las potencias cristianas y mahometanas del mediterráneo. Esas guerras provocaron un ímpetu de las viejas prácticas de reclutar remeros entre los prisioneros"⁵.

Los llamados galeotes o condenados a las galeras, lo eran principalmente los condenados por mendicidad, vagabundez y delitos mayores como falsificadores; el desarrollo de este método punitivo se debió principalmente a factores de índole económico y no de orden penal, y como ya lo hemos mencionado, es el afán de obtener una fuerza laboral al

más bajo precio posible, lo que guía la política penal de la época.

Los presidios, que etimológicamente se origina en la voz latina praesidium, que significa guarnición de soldados, defensa protección, ciudad amurallada⁶, en la actualidad se asimila a una forma de privación de la libertad; existieron dos clases de presidios: presidios-arsenales y presidios militares.

Los presidios arsenales, se originaron al hacerse improductivo el mantenimiento de las galeras por el apareamiento de la nave de vela; y es por ello que al presentarse un gran número de sentenciados a quienes no se les encontraba ocupación, surge esta forma de aprovechamiento de su trabajo que consistía en el manejo de bombas de extracción de agua existentes en los diques en los que se construían las galeras"⁷.

Los presidios-militares, existieron en España, y tuvieron en su origen finalidades semejantes al anterior; al perder importancia la marina y por ende carecer de significación el trabajo de los condenados en los presidios-arsenales, se les envió a las plazas militares.

Además de las dos formas anteriores de presidio, existió el llamado presidio de obras públicas; el cual se originó por la decadencia obvia de las anteriores instituciones. "Consistía en llevar cuadrillas engrilladas de presidiarios o forzados, guardados por personal armado, para efectuar trabajos en carreteras, canales y toda clase de servicios públicos"⁸.

La colonización penal ultramarina consistía en el envío del condenado a un lugar lejano a realizar trabajos forzados por un determinado lapso de tiempo y una vez cumplida la condena debía permanecer allí. En España y Portugal en el Siglo XV se utilizó esta forma de pena, pero por la necesidad de dotar las galeras la abandonaron; el primer país que introdujo su aplicación en forma constante fué Inglaterra, hasta antes de la revolución de las colonias americanas los ingleses enviaron un gran número de criminales y deudores; a partir de 1776, "Inglaterra se vió perentoriamente precisada a levantar prisiones o encontrar otros lugares donde ubicar -o más precisamente arrojar- a los deportados"⁹.

Debido a la independencia de los Estados Unidos, los ingleses, comenzaron a enviar a los condenados a Africa o a mantenerlos recluidos en viejas embarcaciones ancladas en los puertos ingleses. Con el descubrimiento de Australia en

1770, se optó por enviar a este territorio a los sentenciados, originándose así la colonización de dicho continente, resultó bastante penoso el envío por la larga travesía y por estar impreparados los marinos para tan largo viaje, presentándose múltiples epidemias, la colonización penal ultramarina de los ingleses subsistió hasta 1851.

En Francia también se hizo uso de esta forma de castigo, pero solo lo vino a hacer en 1851 con la aprobación de una ley que designaba la Guinea Francesa como lugar de envío de los deportados, "La finalidad de la ley era múltiple; procurar la expiación del criminal, su moralización, enmienda y la conservación de la sociedad. Este último fin se cumplirá íntegramente, opinaba, MIREL -diputado informante si la pena que se impone comporta el alejamiento 'tan definitivo como sea posible de la metrópoli y si ésta es bastante aflictiva para hacer reflexionar a todos aquellos que se encuentran a punto de cometer un crimen. Los trabajos forzados deben, pues, ejecutarse en una tierra lejana, y el condenado en el momento de su liberación será obligado a residir en la colonia por un tiempo igual al de la pena principal. Quedará desterrado a perpetuidad si la condena ha sido de ocho años o más"¹⁰.

En realidad los fines de la colonización penal ultramarina

66

practicada por Francia, no reportó utilidad económica alguna para el Estado Francés, pero sí para los administradores, guardianes y otros particulares¹¹. Estas colonias penales subsistieron hasta 1936, cuando fueron abolidas por el gobierno de LEON BLUM.

En nuestro país, el DR. CARLOS LOZANO Y LOZANO, miembro de la comisión redactora del Código del Código Penal de 1936, sugirió la creación de una forma de pena de relegación a colonia penal por tiempo indeterminado, sin posibilidad de revisión de la sentencia antes de 20 años, dedicándose los así condenados a trabajos forzados en obras públicas y prohibiéndoseles el regreso al centro del país; los demás miembros de la comisión redactora rechazaron dicha forma de pena por considerarla demasiado costosa¹².

En la actualidad se tiene la Isla-Prisión de Gorgona, en la cual se recluyen sentenciados por ciertos delitos, pero no se puede hablar de un aprovechamiento institucional del trabajo de los reclusos.

Las anteriores instituciones que caracterizaron esta fase de la evolución histórica de la pena, nos muestran un total divorcio con la pena privativa de la libertad como pena única y determinada, lo que se presenta es una aprehensión física de la persona del sentenciado y la imposición

de determinadas tareas con fines eminentemente económicos y alejados de cualquier posibilidad de una justa aplicación de pena; la última de las instituciones que integraron esta etapa, los establecimientos o casas correccionales, las podemos ubicar como transitivas con la génesis de la privación de la libertad como sanción penal, ello se debió primordialmente, como se verá, al afianzamiento de la clase burguesa en el poder político.

Cada una de las correccionales, instituciones creadoras con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, siendo tal vez la primera de estas instituciones la de BRIDEWELL en Londres, fundada en 1555¹³. Pero por razones diversas, es en Holanda donde obtuvieron su máximo esplendor, "este país que poseía a finales del Siglo XVI el sistema capitalista más avanzado de Europa, carecía de la fuerza de trabajo de reserva de que dispuso Inglaterra luego de la política del cercamiento de los campos. Ya hemos hecho referencia a los altos salarios y a las condiciones favorables de trabajo con jornadas reducidas que prevalecían en Holanda. Por ello cualquier innovación destinada a reducir los costos de la producción era por supuesto bienvenida. Se realizaron todos los esfuerzos para aprovechar la mano de obra disponible, no sólo absorbiéndola dentro de la actividad económica sino, además, "resocializándola"

de modo tal que en el futuro estuviera dispuesta a integrarse voluntariamente en el mercado de trabajo. Esta actitud fué apoyada por el calvinismo ya que resultaba inconcebible que una sociedad que erigía en credo oficial una racionalización ascética, tolerase que las clases sociales inferiores no respetaran las máximas sociales del trabajo. La gente, satisfecha con su paga de cuatro días semanales y que prefería utilizar el resto de su tiempo libre a discreción, fué convencida de que las obligaciones del trabajo constituían en sí mismas el verdadero fin de la vida. Obviamente, muchos trabajadores no pudieron ser persuadidos a aceptar voluntariamente las nuevas teorías, y tampoco la severa disciplina que se intentaba imponer en el catecismo resultaba siempre suficiente para resolver los problemas sociales. Fueron necesarias las casas de corrección, instituciones donde los remisos se vieron obligados a conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de la industria"¹⁴.

Las instituciones correccionales holandesas eran, el "rasphaus" y el "spinhaus". En el primero se trabajaba en el raspado de maderas tropicales de gran dureza, existía un monopolio garantizado por el Estado, trabajan en grupos de a dos y debían entregar una determinada cantidad, si no lo hacían les reducían los alimentos o les imponían

castigos corporales; "El que no quería trabajar era colocado en una cubeta provista por dentro y por fuera de una bomba. Si no quería trabajar, entonces el agua iba subiendo. Le llegaba a las rodillas, a los brazos, al final hasta el cuello: El granuja perezoso temía ahogarse. Comenzaba a achicar agua y tenía que trabajar hasta que el agua desapareciera. Estos procedimientos se aplicaban a los falsos tullidos y mendigos mentirosos. Una pared entera del establecimiento estaba cubierta de bastones y muletas colgadas por los reclusos 'curados'¹⁵. Esta institución era sólo para hombres.

Existía además un establecimiento para mujeres el "spin haus" en el cual internaban prostitutas, borrachas y las dronas de pequeñas cosas; en esta casa de corrección las mujeres se dedicaban al hilado de lana, terciopelo.

La creación de las casas de corrección, tuvo su base en la explotación de la fuerza de trabajo de las clases más desprotegidas de la época y como válvula de regulación del mercado de trabajo.

En esta fase comienza a vislumbrarse, la pena privativa de la libertad como sanción penal independiente y única, pero no debemos olvidar los derroteros que marcaron este

momento de la historia de la humanidad, cuales eran la consolidación de la burguesía tanto en su poder económico como en el poder político que todavía le era esquivo.

4. Fase Correccionalista o el Nacimiento de la Prisión.

Con el afianzamiento de la burguesía como clase dominante y detentadora tanto del poder económico como político, comienza a imponerse los planteamientos propios de la ideología liberal, con lo que se abandona la pretensión de explotar económicamente el trabajo de los condenados para buscar su corrección¹⁶.

a. Concepto y Evolución de la Prisión.

Establecer una definición de la prisión se nos antoja un poco difícil en cuanto que dicha institución se origina en argumentos de orden político propios de un momento histórico de la humanidad.

La prisión, entendida como la aplicación de la privación de la libertad, nace como pena independiente a partir de la revolución francesa; los postulados del liberalismo clásico no partieron de una humanización de la pena, sino que buscaban un control formal del grupo. "Casi simultáneamente a la formación de estos nuevos procedimientos

71

de control social, presentóse, en razón de la organización económica impuesta por la burguesía. recién llegada al poder, otro fenómeno que habría de incidir en la institucionalización de la prisión y que aún subsiste por cuanto se mantiene el sistema económico que lo hace posible; la proliferación de los atentados contra la propiedad privada¹⁷.

La creación de la privación de la libertad como pena autónoma, entonces surge porque la burguesía si bien desea mantener en el poder busca es un control sobre el individuo, para poder manipular sus intereses, alejándose del despotismo monárquico, además, con la aplicación de esta nueva pena, se hace una separación en el orden económico de las clases sociales existentes; tomando la síntesis que de los planteamientos de FOUCAULT hace el profesor SANDOVAL HUERTAS, podemos sostener los planteamientos antes expuestos, dice SANDOVAL HUERTAS: "La prisión se convirtió oficialmente en la principal sanción penal a finales del Siglo XVIII y comienzos del XIX, por cuanto en ese momento histórico se hizo necesario para la burguesía, que empezaba a detentar el poder político en toda su extensión, diferenciar sus comportamientos contra la propiedad de las conductas análogas desarrolladas por los sectores populares, pues unos y otras no son diferenciables cualitativamente; y como parte de esa separación se adoptó la privación de la li

bertad porque ésta, mucho mejor que las demás penas posibles, permite poner en práctica los procedimientos de control político-disciplinario que la misma burguesía ya había impuesto en otros ámbitos de la vida social, tales como la escuela, la fábrica y el cuartel"¹⁸.

b. Instituciones Características.

Comienza a crearse la institución en donde se han de recluir los sujetos a quienes se les impone la pena privativa de la libertad.

1) Sistema filadélfico.

Este tal vez el primer esbozo que se realiza de una forma de prisión, tuvo su origen en la colonia británica de Pensilvania, fue fundado por WILLIAN PENN jefe de una secta cuáquera en el año de 1681; se estableció la abolición de la pena de muerte para la mayoría de los delitos y se propuso la no aplicación de las leyes inglesas por ser contrarias a los principios de los cuaqueros.

Las características principales de este sistema eran: aislamiento celular continuo, inexistencia de trabajo, silencio absoluto, y educación religiosa; se adujeron en favor

de este sistema como ventajas para su aplicación entre otras las siguientes: por la imposibilidad de mantener contacto con los demás reclusos, se impide la corrupción, es poca necesidad de recurrir a medidas disciplinarias, pocas probabilidades de evasión y un gran efecto intimidatorio tanto en la colectividad como en el condenado¹⁹.

Como desventajas este sistema presentaba: su incompatibilidad con la naturaleza social del hombre, dificultaba la readaptación del condenado, su crueldad, conduce a la depresión; " Los efectos negativos y las críticas más serias convergen hacia la espantosa soledad de la celda, que más que para coadyuvar a la reflexión, sólo sirve para aumentar los sufrimientos y mermar las energías físicas y morales del recluso"²⁰.

En la actualidad la aplicación del sistema filadélfico, se encamina más hacia las llamadas "penas privativas de la libertad de corta duración" en las cuales la persona a la que se le va a imponer debe reunir características especiales, ser un delincuente primario, no revestir su conducta delictiva un grave peligro para la sociedad; su duración es hasta de un año, PETERS, citado por NEUMAN expresa: "la celda parece tener su utilidad en el caso de penas muy cortas ya que constituyen una llamada al orden e imponen un período de reflexión aún cuando no todos los detenidos

74
sean sensibles de ello"²¹.

En nuestro país, se aplica el aislamiento celular tanto a condenados como a detenidos, según lo disponen los Arts. 289 y 243 del Decreto 1817 de 1964; la duración del aislamiento va hasta tres meses para los condenados y diez días para los detenidos, opinamos que ésta forma de sanción además de inhumana es violatoria de los derechos mínimos que puede tener una persona que ha sido condenada a una pena privativa de la libertad, en razón de que se le hace más gravosos su estado de condenado.

2) Sistema auburniano.

En la ciudad norteamericana de Auburn, en 1818 se inauguró un nuevo establecimiento, con los lineamientos generales del sistema pensilvánico, hasta el año de 1821 en el cual se nombró como director de la institución a ELAN LINDS, quien consideraba que el castigo corporal era el más eficaz; la brutalidad de LINDS la podemos observar en la opinión que tenía de los condenados a los que consideraba como salvajes, cobardes e incorregibles, además invitaba a los guardianes a tratar en forma severa a los condenados.

LINDS planteó como aspectos integrantes los siguientes:

75

a. Aislamiento celular nocturno; b. Trabajo en común; c. silencio absoluto, y d. Una disciplina severa con base en castigos corporales.

Como ventajas de este nuevo sistema podemos citar, la organización laboral que se les dió a los condenados, permitiéndoseles realizar una actividad, estando en contacto con otras personas; pero fué esa quizás la única ventaja que se puede decir tuvo este sistema; en cuanto a sus desventajas, hemos de empezar por la misma del sistema filadélfico, en razón a la obligatoriedad del silencio, cuestión totalmente contraria a la naturaleza humana y todavía más mortificante en cuanto se les permite estar en contacto con los demás condenados se les prohibía entablar cualquier forma de comunicación. Las sanciones o castigos corporales en lugar de corregir hacían más cínico al que las sufría, ya que soportar el castigo deba un ascendiente sobre los demás a la vez que ponía en duda el sistema.

Modernamente tiene aplicación los siguientes elementos del sistema de auburniano: el aislamiento celular nocturno y el trabajo comunitario; aunque en nuestro medio no tenga aplicación exacta ninguno de los dos, no hay aislamiento sino hacinamiento en nuestras cárceles y trabajo para muy pocos y en actividades que no se realizan en la llamada "sociedad libre".

3) El panóptico.

Ideado por BENTHAM, era una forma de control sobre los
 los condenados; consistía en una edificación circular, con
 una torre en el centro en la cual se ubicaba el encargado
 de vigilar a los condenados que se encontraban reclusos
 en las celdas de la construcción circular. "El edificio
 enorme debía tener forma circular cubierto por un gran te
 cho de cristal que le daba el aspecto de una linterna gi
 gante. Cada celda tenía ventanas con vistas a la parte
 exterior de la circunferencia. Se destacaba la peculiar
 disposición del centro de vigilancia acondicionado de tal
 manera que permitía al inspector, sin ser visto, vigilar
 todas las celdas. Para ello la torre de inspección se en
 contraba rodeada de una galería cubierta de celosías trans
 parentes, de manera que en tan sólo un minuto podía con
 templarse toda la actividad del penal moviéndose en un es
 pacio sumamente reducido. Más aún, mediante unos tubos
 de hojalata se facilitaba la correspondencia de este pues
 to central con cada una de las celdas, de manera que el
 inspector sin mayor esfuerzo ni incomodidad podía manejar
 a los internos dirigiendo sus trabajos y supervisando la
 disciplina. En cuanto a esta última, obvio resulta seña
 lar que siempre existiría incertidumbre acerca de la posi
 ble vigilancia en cualquier momento. Trátase de una pre

sencia constante y universal en el ámbito de la prisión"22.

La forma de control planteada por BENTHAM, abarca todas las posibles esfueras individuales de la persona.

5. Fase Resocializadora.

Se le da el nombre de fase resocializadora, a la etapa histórica de la evolución de la pena en la cual el fin con el cual se-mantiene vigente o se justifica la aplicación de la pena privativa de la libertad, es la función de entrenamiento hacia el sujeto que la sufre para darle pautas de comportamiento en sociedad.

a. Concepto y Evaluación.

Surge esta fase de un lento acaecer de hechos sociales, que dan lugar a un replantamiento de los fines de la prisión; históricamente podemos ubicar el origen de esta fase a partir de la crisis del modelo económico capitalista sufrida desde finales del Siglo XIX hasta principios del XX obligándolo a cambiar en cierta medida sus lineamientos23. Es el Estado intervencionista el que origina la finalidad resocializadora, ya que en su labor como regula

dor de las actividades sociales, solamente actuó a favor de las clases dominantes y creando en el proletariado un profundo resentimiento, en razón de que no se le tomaba en cuenta para definir las políticas económicas y sociales del momento.

Si bien se critica la finalidad resocializadora de la pena, nos parece que la verdadera actuación del Estado ante la persona que ha realizado una conducta reprochable y punible debe encaminarse, como ya lo expusimos en nuestro concepto de pena, hacia una readaptación de la persona buscando las posibles causas que han dado origen a dicho acto. Creemos que si bien la pena privativa de la libertad ha sido y sigue siendo un instrumento de dominación e imposición de una ideología minoritaria, en el evento de un cambio de condiciones sociales que lleven a la mayoría a detentar el poder, no desaparecería dicha forma de pena, porque el ser humano por excelencia es eso humano y por lo tanto sea cual fuere su forma de gobierno, su naturaleza será la misma siempre; por lo que en cualquier forma de estado vamos a encontrar personas que infringen las pautas ya sea sociales, económicas, morales, legales que se tengan para organizar dicho grupo social, lo que necesariamente obligará a tomar una actitud frente a estas personas.

b. Instituciones Características.

79

No puede hablarse de una diferenciación entre las instituciones del momento evolutivo de la pena, conocido como fase correccionalista y la etapa resocializadora.

1) Sistema progresivo.

Basado en la aplicación de varios períodos, fué aplicado por primera vez por ALEXANDER MACONCHIE, en la Isla de Norfolk (Australia); a esta Isla enviaba Inglaterra criminales deportados, existiendo un desorden total, pero MACONCHIE "adoptó un método según el cual la duración de la condena se determinaba por la gravedad del delito, el espíritu de trabajo y la buena conducta observada por el penado, otorgándole marcas o vales para acreditar la cantidad de trabajo y la bondad de la conducta. El número de marcas para obtener la libertad debía guardar proporción con la gravedad del delito. De esa manera dejaba la suerte de cada uno de los penados en sus propias manos"²⁴.

Se puede dar como pasos del sistema progresivo: 1. Aislamiento celular diurno y nocturno por un lapso de tiempo, en el cual se estudia las características personales del condenado. 2. Trabajo comunitario bajo silencio, por la



labor desempeñada por el condenado, recibe éste tiquetes que le permiten ir gozando de ciertas prerrogativas. 3. Libertad condicional, se le concede una libertad con limitaciones durante cierto tiempo, para posteriormente otorgarle la libertad definitiva.

En la legislación penitenciaria colombiana, en el Art.269 del Decreto 1817 de 1964, establece dos de los pasos del sistema progresivo, pero sólo existe la norma no su forma de desarrollo.

2) Sistema de pre-libertad.

Parte de los mismos principios del sistema anterior, pero con ciertas reformas, lo que le dan una característica independiente.

Fué planteado por WALTER CROFTON en Irlanda, "consta de cuatro períodos. El primero de reclusión celular diurna y nocturna a cumplirse en prisiones centrales o locales. El segundo consagra al régimen auburniano: reclusión celular nocturna y comunidad de trabajo diurna con obligación de silencio. Tal como ocurre, con el régimen anterior, los penados divídense en cuatro clases, regulándose el tránsito de la case de prueba a la siguiente, 2920 para ingresar de la clase tercera a la segunda e igual can

tividad para pasar de ésta a la primera. No pueden obtenerse más de ocho marcas diarias. Cada clase implica concesiones y restricciones especiales en cuanto al monto de la remuneración, al régimen alimenticio, calidad del trabajo, número de visitas, condiciones de la cama, cantidad de cartas a escribir, etcétera.

"Como dijera anteriormente la novedad del régimen reside en el tercer período, llamado por CROFTON 'intermedio' que se lleva a cabo en prisiones sin muro ni cerrojos y tiene más el carácter de un asilo de beneficencia que de prisión.

"Tanto es así que el condenado abandona el uniforme, no recibe ningún castigo corporal, puede elegir el trabajo que más se adapte a su vocación o aptitud, alentándoseles, sobre todo, en las faenas de carácter agrícola, para lo cual se les logra ubicación en el exterior del penal. Podían disponer de una parte del peculio que se les pagaba por dichos trabajos. Sin dejar de ser penados su vida es la misma que la de los obreros libres ensayándose en vez de una férrea disciplina, el sistema de self control, como dice CANNAT, le controle sur soi meme. La finalidad altamente moralizadora y humanitaria del régimen quedó probada al hacer comprender al recluso que la sociedad que

lo condenó esta dispuesto a recibir sin reticencias, siempre que demuestre hallarse enmendado"²⁵.

Este sistema nos parece que cumple con uno de los requisitos que ha de exigírsele a cualquier régimen cual es la reubicación de la persona que sufre la imposición de una pena privativa de la libertad, una vez ha cumplido la totalidad de la pena; por eso la utilización de este sistema, en un alto porcentaje, garantiza la reinserción en el grupo social del individuo, en la medida en que no se le aísla totalmente del conglomerado social y su tratamiento se encamina siempre a un contacto con la sociedad, MOLINARIO citado por MARCO DEL PONT plantea los siguientes postulados acerca del sistema de pre-libertad: "1) Es necesario instaurar un tratamiento penitenciario especial para los detenidos próximos a ser liberados. 2) Este régimen, que llamaremos de prelibertad, debe proponerse como objetivo el entrenamiento de los reclusos a la vida libre. Esta preparación ha de lograrse por vía de un acercamiento paulatino del detenido a la vida social, el cual ha de hacerse efectivo entre otros medios por una mayor comunicación entre los reclusos sometidos al mismo régimen, la lectura de periódicos informativos y revistas ilustradas y la exhibición de noticiosos cinematográficos, la audición de prelaciones radiales y de conferencias de confortación y

estímulo. 3) El régimen de prelibertad debe ser extendido a todos los reclusos próximos a egresar de la cárcel, sean cuales fueren sus antecedentes personales y su conducta en el penal. Ello no obstante, por vía de ensayo, limitarse su adopción en un comienzo, a los reclusos que hubiesen dado muestras inequívocas de recuperación moral. En todo caso, el régimen de prelibertad debe ser diferenciado según se trate de aplicarlo a reclusos de esta índole o aquellos aparentemente no reformados. 4) La aplicación del régimen de prelibertad no requiere establecimientos especiales"²⁶.

Podemos concluir afirmando que éste sistema se debería adoptar en el evento de que se tengan los funcionarios idóneos para su funcionamiento y se le den garantías mínimas de cumplimiento de cada uno de los períodos a los penados.

3) Sistema all-aperto o aire libre.

La característica principal de este sistema, es que los sentenciados realizan trabajos en establecimientos ubicados al aire libre, sin muros; su funcionamiento puede ser como última etapa de un régimen progresivo o de un sistema de prelibertad, o como un sistema autónomo.

Se pueden dar como formas de aplicación de este sistema el

trabajo agrícola y los trabajos en obras comunitarias.

Pero creemos que no puede generalizarse la aplicación de éste sistema ya que no todos los condenados son aptos para la agricultura o trabajos del campo, por lo que para determinar a quienes se les ocupa en labores agrícolas han de tenerse en cuenta factores tales como su ocupación habitual, el medio social y geográfico donde vive. Nos parece que su aplicación en zonas rurales puede ser de gran ayuda para las personas pobladoras de dichas zonas y que han realizado un hecho punible, porque no se les aparta de su medio, se les permite seguir realizando sus labores cotidianas, además no entran en contacto con un medio tan criminógeno como la prisión tradicional. Nos parece que la existencia de un sistema de aplicación de la pena privativa de la libertad conduce, a la creencia, de que no sirve y es inútil más bien debe tomarse lo positivo de cada uno y tratar de integrar todos los aspectos útiles para así lograr un fin de resocialización posible y verdadero.

4) Sistema de prisión abierta.

Está caracterizado por una ausencia total de mecanismos de control y vigilancia, muros, guardias, rejas, etc.; además de una aceptación total por parte de los penados de la disciplina del establecimiento.

NEUMAN, su defensor e impulsor en América Latina, expone:

"Una prisión abierta es un pequeño mundo activo, un centro donde la bondad, la tolerancia, la comprensión, la serena severidad, el freno amistoso, la enseñanza ágil, el trabajo proficuo y el consejo inteligente son artífices capaces de sustituir el añejo concepto del castigo por el de readaptación social de los hombres que han delinquido.

"Nada debe quedar librado al azar. Cada uno de sus elementos constitutivos han de ser sopesados de antemano para lograr la adaptación provechosa a la vida del establecimiento. No debe desperdiciarse energía, o diluirla, abandonándola a la suerte de un impreciso destino.

"Ciertamente es que toda experiencia penológica se inicia entre tanteos, empíricamente, frente a un crecido círculo de contradicciones y contradictores y la prisión abierta no escapa a esa regla. De manera que su definitivo encauzamiento queda sujeta a los resultados de la experimentación que serán, en definitiva, los que brindarán las pautas sobre la fisonomía que asumirá el instituto.

"Pero existe un aspecto previo insoslayable; es preciso no perder de vista ni por un solo instante por una parte, las características regionales, la idiosincracia y demás cir

cunstancias del sitio donde se le desea erigir y, por la otra, tener un claro concepto en torno a la readaptación social y lo que se espera del instituto.

"En todos los casos es preciso ubicarse en el marco socio jurídico y cultural del lugar donde funcionará, tener en cuenta los problemas económicos, estudiar el volumen de la criminalidad y, muy prolijamente, la situación carcelaria general del país o la zona en cuestión. En tal sentido, la implantación del régimen abierto puede servir embrionariamente a una reforma carcelaria "27.

Se le critica a este sistema, que por ser necesaria la escogencia de los penados a los cuales se les va a dar participación en su desarrollo, el número de escogidos ha de ser mínimo en cuanto que ellos deben someterse voluntariamente a las pautas del sistema, además que si los que han sido escogidos para vivir en una prisión abierta, han evolucionado a tal grado de aceptar voluntariamente un estatuto disciplinario, para ellos no se encontraría objeto en la aplicación de la privación de la libertad, y que se desconoce el ámbito socio-económico de nuestras sociedades, para las cuales el fin de la pena es la venganza y la persona que realizó una conducta punible debe ser separada del conglomerado social en la medida que un peligro para él mis

Las anteriores críticas las compartimos parcialmente, en la medida que a no todos los que infringen la ley penal se les debe someter a tratamiento alguno o bajo un régimen de privación de la libertad determinado, pero no podemos olvidar que existen personas para quienes la realización de una conducta punible se hace común las circunstancias que rodean el medio ambiente en que ella habita, por lo que se hace necesario entrar a estudiar el medio social, familiar de dichas personas y hacerles un tratamiento, no entendido desde el punto de vista clínico, prestarles una colaboración por intermedio de grupos de profesionales de distintas disciplinas, para hacerles ver que su actuación es errada y que deben corregirla; no propugnamos por el sostenimiento de la pena privativa de la libertad, pero dadas las actuales circunstancias económico-sociales, se debe buscar una aplicación más humana, social de dicha institución, hasta que se de un cambio en el sistema de producción, que traiga aparejado una mejor distribución del ingreso per-cápita lo que necesariamente produciría una disminución de los factores que originan conductas delictivas. En el acápite siguiente trataremos de bosquejar en forma más amplia y exacta este planteamiento.

C. LA NUEVA CRIMINOLOGIA FRENTE A LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

Propugnan sus orientadores por un cambio total en el ámbito punitivo; plantean la necesidad del desaparecimiento de la prisión en razón de que su finalidad, la resocialización no ha cumplido con los alcances que de ella se deseaban. Las principales críticas a la resocialización, podemos resumirlas así:

- Carecen de base científica sólida, los argumentos que se esgrimen para el mantenimiento del tratamiento penitenciario.
- Se parte de un juicio lapidario, la sociedad es perfecta por lo tanto al sentenciado hay que acomodarlo a ella; se desconoce el hecho de que las normas sociales cambian; "si la aspiración consiste en reintegrar al individuo sentenciado a la actual organización económica, política y social, es porque ésta merecería ser conservada en atención a sus plausibles características"²⁹.
- El individuo es rotulado a causa de su conducta, como un ser digno de tratamiento, ya que si la sociedad es perfecta, es a él a quien hay que curar.

- El tratamiento penitenciario, a través del cual se busca la resocialización se le critica; su ineficacia en razón de que la privación de la libertad tiene efectos contrarios a los fines que se plantean con la resocialización. Si se quiere resocializar a un individuo, el separarlo de su familia, amigos, trabajo no le hace ver los beneficios que pueda tener el estar detenido, si es que algo benéfico tiene; ese aislamiento produce en la persona un sentimiento de rechazo a todo lo que provenga de quien lo ha aislado, no pudiéndose lograr ningún efecto resocializador.

Se han propuesto múltiples soluciones o variantes, para evitar la aplicación de la pena privativa de la libertad o para atenuar sus múltiples males. Podemos citar entre otras; el arresto de fin de semana, el individuo condenado debe recluirse el sábado y salir el lunes en un lugar cercano a su domicilio o su lugar de trabajo, durante los restantes días de la semana podrá dedicarse a las labores que quiera; trabajo obligatorio, no se realiza separación del medio social del individuo, pero debe dar una parte de lo que produce al Estado, o trabajar en una actividad a fin con su profesión, en una entidad estatal.

1. Despenalización.



Consiste en sustraer de la esfera del derecho penal una conducta allí descrita que tiene una pena, casi siempre privativa de la libertad. Al quitársele la sanción penal o al modificarla o atenuarla, se presentan situaciones favorables para el grupo social y para el individuo sentenciado:

a. Evita las consecuencias negativas de la privación de la libertad. b. Previene la estigmatización propia del sistema carcelario. c. Al no separar al individuo de su núcleo social primario, se podrá realizar en una forma más eficaz la resocialización. d. Hace posible que la justicia se dedique efectivamente a la prevención y represión de conductas que ocasionan un mayor daño social.

Las conductas a las cuales se les debe quitar la pena, deben ser de aquellas que con su realización no ocasionan gran daño social, podemos citar como ejemplo: el aborto, la pornografía, los delitos contra la propiedad en una cuantía ha determinar o los que afectan bienes y personas a las cuales no les causa un daño en su economía, el consumo de estupefacientes.

Si bien desaparecería la pena o la privación de la libertad, no se estaría proponiendo una impunidad a esas conductas, se debe hacerles comprender a sus autores, la con

travención de preceptos legales que rigen la vida en comunidad.

Por último creemos que con la despenalización puede darse una disminución de la reincidencia, en razón de que el individuo se da cuenta de que la sociedad le exige un comportamiento más acorde con los intereses de todos.

En la legislación penal colombiana, se presentó una situación totalmente opuesta, se aumentaron las penas, y los redactores del Código Penal de 1980, no manifestaron criterio alguno sobre la posible despenalización de alguna conducta.

2. Desprisionalización.

La prisión es el medio del cual se vale la sociedad burguesa, en nuestro medio, para separar del grupo social a aquellos individuos que propugnan por una mejoría de las cosas, creemos que la supresión de la misma para conductas que solamente afectan una mínima parte de los derechos de los miembros de la sociedad, por ejemplo la propiedad, permitiría la integración al grupo social de individuos que si son sometidos al "tratamiento penitenciario" permanecerían en conflicto constante con la sociedad. FROGOSO citado

por el profesor REYES ECHANDIA manifiesta: "La prisión es ta en crisis y los problemas que presenta no tiene solución. Corresponde recurrir a otro tipo de sanciones, transformándola en la última ratio del sistema. La pena de prisión debe ser excepcional. Todo esfuerzo debe estar dirigido a disminuir la población carcelaria, liberando a los presos no peligrosos y ampliando la posibilidad de liberación de los demás. Deben ser reducidas las escalas de las penas privativas de libertad conminadas en las leyes penales y se debe prever siempre la posibilidad de una pena patrimonial alternativa. Pérsiguese así la humanización del sistema punitivo. La prisión es inútil para la víctima y para la sociedad, siendo ilusoria la protección que proporciona, carente de efecto en la solución o reparación del conflicto creado por la acción delictiva. El gravísimo problema de la criminalidad no se resuelve con el derecho penal. El crimen es un fenómeno socio-político que deriva de problemas estructurales en la sociedad. La prisión, como solución punitiva, también refleja esos problemas. Ella da fuerza real y simbólica a la desigualdad social, escandalosa en los países del tercer mundo"³⁰.

A cambio de la prisión se propone la libertad bajo palabra, la libertad vigilada, el perdón judicial, la condena

de ejecución condicional y la libertad condicional. La utilidad de estas medidas es muy poco clara, pero creemos que su utilización en forma más general produciría necesariamente una mejor situación del individuo penado al que se le aplica, que a aquel que es sometido a prisión.

La desprisionalización, implica el alejamiento del individuo penado de la sociedad carcelaria, que trae consigo evitar los contactos nocivos que se originan en el establecimiento carcelario.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. NEUMAN, Elias. "Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios". Ediciones Pannedi lle, Buenos Aires, 1971, Pág. 111.
2. Ibídem, Pág. 28.
3. Ibídem, Pág. 29
4. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, O. "Pena y Estructura Social". Edit. Temis, Bogotá, 1984, Pág. 46.
5. Ibídem, Pág. 61.
6. NEUMAN, Elías. Ob. Cit., Pág. 37.
7. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. "Penología". Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, Pág. 54.
8. NUMAN, Elías. Ob. Cit., Pág. 41.
9. Ibídem; Pág. 44.
10. Ibídem, Pág. 50.
11. SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Ob. Cit., Pág. 57.
12. Ibídem, Pág. 58.
13. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, O. Ob. Cit., Pags. 46-47

14. Ibídem, Pág. 47.
15. VON HENTIG, Hans. "La Pena" Edit. Espasa-calpe. Trad. José M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1968, Tomo II., Pags. 214-215.
16. SANDOVAL HUERTAS, Emiro . Ob. Cit., Pág. 65.
17. Ibídem, Pags. 80-81.
18. Ibídem, Pág. 83.
19. NEUMAN, Elías. Ob. Cit., Pág. 121.
20. Ibídem, Pág. 122.
- 21, Ibídem, Pág. 125.
22. Ibídem, Págs. 78-79.
23. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Ob. Cit., Pág. 100.
24. NEUMAN, Elías. Ob. Cit., Pag. 132.
25. Ibídem, Pags. 134-135.
26. MARCO DEL PONT, Luis. "Penología y Sistemas Carcelarios". Edición Depalma, Buenos Aires, 1974, Tomo I. Págs. 71-72.
27. NEUMAN, Elías. Ob. Cit., Pags. 178-179.
28. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Ob. Cit., Pag. 120.
29. Ibídem, Pág. 127.
30. REYES ECHANDIA, Alfonso. "Criminología". Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984. 7a. edición, Pág. 366.

CAPITULO III.

LA PRIVACION DE LA LIBERTAD EN LA
LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

EVOLUCION HISTORICA.

Nos proponemos en este capítulo, realizar una breve descripción de la política que en materia punitiva se ha tenido en las distintas épocas de la evolución jurídica del país; fué esta la razón principal que nos movió a realizar este trabajo, por lo cual tal vez no hagamos énfasis en otros aspectos, quizás para algunos más importantes, pero ajenos a los límites que nos impusimos al querer realizar esta monografía.

1. Código Penal de 1837.

Conocido también como el Código de Santander, es el primer ordenamiento penal autónomo que se expidió en la República; fué promulgado en el gobierno de JOSE IGNACIO DE MARQUEZ.

Podemos ubicarlo, según la evolución histórica que de la pena se hizo en el capítulo precedente, en la fase retribucionista o de aprovechamiento institucional del trabajo del penado.

Hemos considerado necesario realizar una breve presentación de la multiplicidad de sanciones imponibles con dicho Código, pero con la salvedad de que sólo se ha de profundizar en aquellas que hagan relación a la privación de la libertad; no obsta advertir que la transcripción que se hace de las normas respeta la ortografía original de la época.

Disponía dicho ordenamiento penal en su título segundo:

" TITULO SEGUNDO.

" DE LAS PENAS Y DE SU EJECUCION.

" CAPITULO PRIMERO.

" Disposiciones Generales.

"Art. 18. Las penas se dividen en corporales, y en no corporales.

"Art. 19. Las penas corporales son:

"1a. La de muerte.

"2a. La de trabajo forzado.

- "3a. La de presidio.
- "4a. La de reclusión en una casa de trabajo.
- "5a. La de verguenza pública.
- "6a. La de prisión.
- "7a. La de expulsión del territorio de la República.
- "8a. La de confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada.
- "9a. La de destierro de un lugar o distrito determinado.

"Art. 20. Las penas no corporales son:

- "1a. La declaración espresa de infamia.
- "2a. La privación de los derechos políticos y civiles, o de algunos de ellos.
- "3a. La suspensión de los mismos.
- "4a. La sujeción a la vigilancia de las autoridades.
- "5a. La inhabilitación para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada.
- "6a. La privación de empleo, pensión, profesión o cargo público.
- "7a. La suspensión de los mismos.
- "8a. El arresto.
- "9a. El apercibimiento judicial.
- "10a. La obligación de dar fianza de buena conducta.
- "11a. La multa.
- "12a. La pérdida de algunos efectos, cuyo importe se apli

que como multa"1.

Como primera forma de sanción privativa de la libertad, hemos de mencionar, los trabajos forzados; esta pena, si bien no es una pena privativa de la libertad, sino un aseguramiento, una aprehensión física del condenado para que cumpliera con una determinada tarea. El Art. 41 disponía: "Los condenados a trabajos forzados serán empleados públicamente en un puerto de mar, o en una fortaleza, en los trabajos más duros todos los días, a excepción de los festivos, por lo menos por nueve horas cada día, sin que pueda por ningún motivo dispensárseles del trabajo, sino es en el caso de un impedimento físico suficientemente comprobado. Ellos irán unidos de dos en dos con una cadena, o arrastrando cada uno la suya, en cuyo caso, al extremo de la cadena se pondrá un peso capaz de impedir la fuga del reo". Esta pena era únicamente para los hombres y según se estudió en el capítulo anterior, el cumplimiento de la pena se podía hacer en los llamados presidios arsenales, no se determinaba en forma exacta la labor a desarrollar por los condenados. Para las mujeres condenadas a trabajos forzados disponía el Art. 42: "Las mujeres condenadas a trabajo forzados no serán empleadas sino en el interior de una casa de reclusión, procurando que sea en los trabajos más duros a que puedan destinarse las personas

de su sexo". Al parecer la pena que se le imponía a las mujeres de trabajos forzados, difería de la de reclusión en cuanto que en esta última se le daba la oportunidad de realizar labores para las cuales tuviese más facultades, lo contrario de la pena de trabajos forzados para mujeres a las cuales se les obligaba a realizar los trabajos más duros sin importar sus habilidades.

La duración de la pena de trabajo forzados tenía como máximo de duración 16 años.

Consignaba también la pena de presidio, Art. 44. "Los reos condenados a presidio serán conducidos inmediatamente al que se designe en la sentencia, que será siempre dentro de la misma provincia de su domicilio, y si no lo hubiere allí, al de la provincia más cercana en donde haya establecido presidio. Ellos se ocuparán en trabajos de obras públicas todos los días, a excepción de los festivos, por nueve horas diarias por lo menos, y no podrá eximirseles del trabajo sino por un impedimento físico suficientemente comprobado. No llevarán otra prisión que un grillete al pie, a no ser que la merezcan por su mala conducta". Esta forma de pena es la conocida como presidio de obra pública, con las características mencionadas anteriormente para esa clase de pena.

Se presenta una diferenciación con relación al sexo del sujeto pasivo de la pena de presidio, el Art. 45 establecía: "Las mujeres condenadas a presidio sufrirán la pena en una casa de reclusos, donde se las hará trabajar por siete horas diarias por lo menos". Aparentemente era más benévola esta pena en una casa de reclusión que la que imponía en el mismo lugar cuando la pena era de trabajos forzados.

La duración de esta pena era hasta por doce años; el trabajo de los condenados no era remunerado lo que sí ocurrió con la forma de pena siguiente.

La reclusión, parece que tenía rasgos semejantes a las casas de corrección y a las instituciones que originaron la prisión; el Art. 47 exponía: "Los condenados a reclusión serán conducidos a una casa de trabajo, si la hubiere dentro de la provincia, o en las provincias inmediatas, y no habiéndola, a las cárceles públicas de la capital de la provincia. Allí trabajarán constantemente en el oficio, arte u ocupación para que sean más a propósito, sin prisiones; a menos que lo merezcan por su mala conducta, según los reglamentos de la casa. Se cuidará siempre de que trabajen por lo menos ocho horas los hombres y seis las mujeres, en lo cual no habrá rebaja, excepción ni dis

pensa alguna; a no ser que tengan algún impedimento físico suficientemente comprobado."

No se imponía aislamiento celular ni obligación de guardar silencio, pero tenían la obligación de trabajar durante ocho horas los hombres y seis las mujeres. El Art.48 decía: "El producto del trabajo de cada uno de los condenados a reclusión, se aplicará, parte a los gastos comunes de la casa, parte a proporcionarles algunos alivios si los merecieren por su buena conducta, parte a los alimentos de su mujer e hijos, y a falta de éstos, a los de sus padres pobres o ancianos a quienes él quiera socorrer; parte a formar para sí, al tiempo de su salida, un fondo de reserva. Todo esto será ordenado por los reglamentos correspondiente". Se observa que con esta clase de pena se le presenta la oportunidad al penado para sostener a su familia y obtener un ingreso económico que le permite sufragarse necesidades mínimas.

La duración máxima de esta pena era de diez años.

También como pena corporal en la que se privaba de la libertad, traía este Código la prisión, la cual no podía pasar de ocho años como máximo, el Art. 52 determinaba dicha pena, así: "El condenado a prisión la sufrirá dentro de la provincia de su domicilio en un castillo, ciudadela

o fuerte, o una cárcel bien segura, separado en cuanto fuere posible de los demás presos. Allí se ocupará en los trabajos de su elección, cuyo producto hará íntegramente suyo, con calidad de proveer por sí a su subsistencia, siempre que su trabajo o sus haberes sean suficientes al efecto". Se diferenciaba esta pena de la de reclusión en que el penado podía hacer suyo el producto total de su trabajo, lo que no ocurría en la reclusión, además se le obligaba a su manutención total mientras estuviese condenado.

Por último traía este Código, el arresto como pena no corporal con un máximo de duración de cuatro años, el cumplimiento de dicha pena lo regulaba el Art. 66: "El condenado a arresto será puesto en cárcel, cuartel, cuerpo de guardia, casa municipal, o cualquiera edificio o establecimiento público acomodado al intento, según las circunstancias del lugar del delito o culpa, y de la persona. Podrán ser arrestados en su propia casa las mujeres honestas y los ancianos o valetudinarios".

Como se observa no se consagró en dicho Código aspecto distinto a una privación de la libertad bajo diversos nombres, pero sin una finalidad específica; el único propósito que se infiere de las normas de dicho ordenamiento pe

nal era la aplicación de una pena por la comisión de un hecho delictivo sin ninguna finalidad o propósito determinado, es decir, el legislador de 1837 lo único que buscaba con la aplicación de la pena era el castigo del culpable de una acción delictiva. No podemos dejar de mencionar que el Art. 31 estatuyó la obligación de indemnizar por los daños ocasionados con el hecho.

2. Código Penal de 1859.

Si bien este Código rigió solamente para el Estado de Cundinamarca, al ser posteriormente base para el Código de 1890 creemos importante mencionarlo. Ya en él se habla de los establecimientos donde se han de cumplir las penas privativas de la libertad, y las actividades a las que debían estar sujetos los condenados.

Tratando de mantener una exposición sistemática de los diversos ordenamientos penales, hemos de mencionar las penas que se imponían, para posteriormente estudiar las que hacían relación a la privación de la libertad.

El Título Segundo del Libro Primero establecía:

"TITULO SEGUNDO

"Penas y su ejecución

"CAPITULO PRIMERO.

"Disposiciones Generales.

"Artículo 18. Las penas se dividen en corporales o no corporales.

"Artículo 19. Las penas corporales son:

"1a. La de muerte.

"2a. La de presidio.

"3a. La de reclusión en una casa de trabajo.

"4a. La de prisión.

"5a. La de expulsión del territorio del Estado.

"6a. La de confinamiento en un lugar determinado.

"7a. La de destierro de un lugar determinado.

"Artículo 20. Las penas no corporales son:

"1a. La declaración espresa de infamia.

"2a. La privación de los derechos políticos y civiles, ó de algunos de ellos.

"3a. La suspensión de los mismos.

"4a. La sujeción a la vigilancia de las autoridades.

"5a. La inhabilitación para ejercer empleo, proesión ó cargo público en general, ó en clase determinada.

- "6a. La privación de empleo, pensión, profesión o cargo público.
- "7a. La suspensión de los mismos.
- "8a. El arresto.
- "9a. El apercibimiento judicial.
- "10a. La obligación de dar fuerza de buena conducta.
- "11a. La multa.
- "12a. La pérdida de algunos efectos cuyo importe se apli que como multa"2.

La sola comparación con el Código anterior, nos permite observar la desaparición de los trabajos forzados como pena; pero en este Código como en el de Santander, se observa que la pena es impuesta únicamente como respuesta a una conducta delictiva, pero sin una finalidad determinada.

La pena de presidio a diferencia del Código de 1837, tenía una duración hasta de 15 años, su forma de aplicación la exponía el Art. 39: "Los reos condenados a presidio serán conducidos al establecimiento inmediatamente después de que se renuncie la sentencia. Se ocuparán en trabajos de obras públicas todos los días, a excepción de los festivos por nueve horas diarias por lo menos, no podrá eximirseles del trabajo sino por un impedimento físico suficientemente comprobado. Llevarán por única prisión un grille

te al pié, a no ser que merezcan otra por su mala conducta". El Título Cuarto del Libro Quinto de dicho Código regulaba a pena de prisión; el Art. 728 establecía: "Luego que un reo sea entregado en el establecimiento de su destino, hará el Director en sus libros los asientos de que trata el Artículo 724, y antes de filiarlo le leerá los artículos 699 y los citados en el 700 de este Código. Después de estender la filiación, hará asear al reo y rasparle la cabeza, operación que se repitirá cada cuatro meses; le dará un vestido del establecimiento que dejará al salir de él; le hará poner un grillete; le prevendrá lo conveniente sobre la conducta que debe observar en el establecimiento, y destinará a una sección". La jornada diaria estaba consagrada en el Art. 730: "A las cinco de la mañana se pondrá en pié todos los reos, envolverán sus camas y las colocarán en los términos prescritos por el Director, y se formarán en una fila los de cada sección, para que el capataz pase lista y verifique el examen de las prisiones. A las seis de la mañana comenzarán el trabajo y lo suspenderán a las nueve; a las nueve y media tomarán la primera comida; a las diez y media continuarán el trabajo hasta las cuatro y media de la tarde en que terminará; a las cinco tomarán la segunda comida, y a las ocho de la noche se pasará la última lista. Durante la noche no se moverán de sus puestos, a no ser que el Director o

algún capataz lo permita".

Las ocupaciones a que podían someterse los condenados las enumeraba el Art. 735 que disponía: "Los presidiarios serán ocupados:

- "1. En la apertura de caminos;
- "2. En la construcción, mejora y reparación de obras que faciliten las vías de comunicación;
- "3. En cualquiera clase de obras públicas;
- "4. En obras de particulares que tomen en arrendamiento el trabajo del presidio ó una parte de él; y
- "5. En los quehaceres económicos del establecimiento en que fueren empleados por el Director".

Existía además una diferenciación en cuanto al sexo de los condenados, ya que a las mujeres en caso de imponérseles pena de presidio, debían cumplir la misma en una casa de reclusión.

Sigue como parámetro básico en esta época, la explotación del trabajo del recluso.

La siguiente forma de privación de la libertad que establecía este ordenamiento penal era la reclusión, descrita en

109

el artículo 42: "Los condenados a reclusión serán conducidos a la casa de trabajo si la hubiere, o a la cárcel pública de la capital del Estado o de la Prefectura a juicio del Poder Ejecutivo. Trabajarán constantemente en el oficio, arte u ocupación para que sean más a propósito; no se les pondrán prisiones, a menos que las merezcan por su mala conducta, según los reglamentos del establecimiento. Se cuidará de que trabajen por lo menos ocho horas sin rebaja, exención ni dispensa alguna, a no ser que tengan algún impedimento físico suficientemente comprobado". La duración máxima de esta pena era de diez años; el Art. 43 determinaba que: "El producto del trabajo de cada uno de los reos condenados a reclusión, se aplicará parte a los gastos comunes de la casa; parte a proporcionarles algunos alivios si los merecieron por su buena conducta; parte a los alimentos de su mujer e hijos, y a falta de éstos a los de sus padres pobres o ancianos a quienes quieran socorrer; parte a formar para sí, al tiempo de su salida, un fondo de reserva. Todo esto será ordenado por los reglamentos que forme el Poder Ejecutivo". Los establecimientos donde se cumplía la pena de presidio los regulaba el Título Quinto del Libro Quinto en los artículos 736 a 744; por ser los que nos muestran de manera general lo que eran estos establecimientos, podemos citar los siguientes artículos: Art. 737: "A las cinco de la mañana se pondrán en pie todos los reclusos, colocarán en orden sus ca="

mas, se formarán en fila para que el capataz respectivo pase lista, se asearán y asearán sus habitaciones en los términos que el capataz les prevenga; a las seis emprenderán el trabajo, continuándolo hasta las nueve, hora en que lo suspenderán para tomar la primera comida; a las diez volverán al trabajo hasta la una y media de la tarde; tendrán media hora de descanso, y a las dos, pasada que sea la segunda lista, volverán al trabajo hasta las cinco en que lo dejarán para tomar la segunda comida; a las ocho de la noche se pasará la última lista, y desde esa hora se mantendrán en sus dormitorios". Como diferencia con el presidio podemos citar la labor a realizar, en la reclusión se dedicaban a artes y oficios estatuidos en la reglamentación interna de cada institución.

Tanto los condenados a prisión como los condenados a reclusión podían ser alquilados para realizar labores para particulares o para entidades territoriales del Estado.

La prisión era la otra forma de privación de la libertad, con un máximo de duración hasta de ocho años, quedándole al penado la totalidad del producto obtenido con su trabajo, con la obligación de proveer para su subsistencia; la reglamentación de las Casas de Prisión las hacía el Título Décimo del Libro Quinto del mencionado estatuto, esta

MM

tuyendo de manera general el funcionamiento de dichos establecimientos.

El arresto, considerado como pena no corporal, también se aplicaba con este Código; su máxima duración era hasta cuatro años y su cumplimiento lo definía el Art. 60: "El condenado a arresto será puesto en la cárcel, cuartel, cuerpo de guardia, casa municipal o cualquier edificio o establecimiento público acomodado al intento, según las circunstancias del lugar, del delito o culpa, y de la persona. Podrán ser arrestados en su propia casa las mujeres honestas, los ancianos o valetudinarios, y los ministros de los cultos tolerados en el Estado".

Se sigue manteniendo una línea ubicable dentro de la fase de aprovechamiento del trabajo del recluso por parte del Estado, pero se determina el lugar y forma de cumplimiento de la pena.

3. Código Penal de 1873.

Vigente como estaba el espíritu liberal radical, bajo sus lineamientos filosóficos se expidió este ordenamiento penal, que trae como innovación la abolición de la pena de muerte, además de una reducción del quantum punitivo de

M12

las diversas penas privativas de la libertad.

El Título Tercero del Libro Primero regulaba lo atinente a las diversas clases de pena, haremos por lo tanto la misma presentación que con los Códigos anteriores siguiendo la ortografía original del texto.

"TITULO TERCERO.

"De las penas y de su ejecución.

"CAPITULO 1.

"Disposiciones generales.

"Art. 25. Es pena el castigo que la ley impone, y que se aplica en virtud de sentencia judicial, al que ha cometido un delito.

"Art. 26. Las penas se dividen en corporales y no corporales.

"Art. 27. Las penas corporales son:

"1a. Presidio.

"2a. Reclusión.

"3a. Prisión.

"4a. Expulsión del territorio de la República.

"5a. Confinamiento a un territorio nacional, distrito, provincia, municipio o departamento determinado de un

Estado.

"6a. Destierro de un lugar o distrito determinado.

"Art. 28. Las penas no corporales son:

"1a. Privación de los derechos políticos y civiles, o de algunos de ellos.

"2a. La suspensión de los miembros.

"3a. La sujeción a la vigilancia de las autoridades.

"4a. Inhabilitación para ejercer empleo público en general o en clase determinada.

"5a. La privación de empleo, pensión o cargo público.

"6a. El arresto.

"7a. El apercibimiento judicial.

"8a. La obligación de dar fianza de buena conducta.

"9a. La multa.

"10a. La pérdida de algunos efectos cuyo importe se aplique como multa"³.

Como ya lo hemos mencionado, la disminución de la duración de las distintas penas privativas de la libertad, es el rasgo primordial de este Código, según el objeto de nuestro estudio.

La pena de presidio tenía una duración hasta por diez años,

en el Art. 36 se regulaba dicha pena; "Los condenados a presidio serán conducidos inmediatamente al lugar que designe la sentencia. Ellos se ocuparán en trabajos públicos todos los días a excepción de los festivos, por nueve horas diarias por lo menos, y no podrá eximirseles del trabajo sino por un impedimento físico suficientemente comprobado. No llevarán otra prisión que un grillete al pié, a no ser que la merezcan por su mala conducta!"

Las mujeres condenadas a la pena de presidio debían cumplir la condena en una casa de reclusión, trabajando hasta siete horas diarias.

Con este Código se presenta nuevamente una confusión en el ámbito de los establecimientos carcelarios; en el Art.647 se hacía mención a las instituciones carcelarias: "Las cárceles públicas de los distritos cabeceras de los circuitos, municipios, provincias o departamentos de los Estados, donde se hayan establecidos juzgados o tribunales a los cuales esté atribuida en primera instancia la administración de justicia en los negocios civiles y criminales de carácter nacional, serán los lugares de detención, mientras se surge el juicio correspondiente en ambas instancias de los individuos contra quienes haya de procederse por faltas o delitos cuyo conocimiento sea de competencia del Gobierno

general". Al contrario del Código de 1850, parece que el lugar para el cumplimiento de la sanción era común para todas las penas privativas de la libertad.

La pena de reclusión tenía un máximo de duración hasta de ocho años, existiendo además la obligación de trabajar pero sin determinarse el tiempo diario de labor; el producto del trabajo se dividía en varias partes.

La prisión, con una duración de hasta seis años, debiendo trabajar el penado, pero sin una determinación del tiempo de labor; el producto del trabajo podía hacerlo suyo o en la totalidad, con la obligación de proveer para su subsistencia.

Por último se tenía la pena de arresto, con una duración de hasta dos años, y su ejecución la reglamentaba el Art. 54: "El condenado a arresto será puesto en cárcel, cuartel, cuerpo de guardia, casa municipal o cualquier edificio o establecimiento público acomodado al intento, según las circunstancias del lugar, del delito o culpa y de la persona. Podrán ser arrestados en su propia casa las mujeres honestas y los ancianos o valetudinarios".

Si bien con este ordenamiento se adelantó en materia puni

tiva, la sola reducción de las penas nos demuestra que ya se consideraban inútiles las penas largas, con relación a los establecimientos de detención se volvió al caos de 1837 y al que ha caracterizado las instituciones penitenciarias en nuestro país.

4. Código Penal 1890.

Unificada la República en un Estado unitario, se expide este estatuto con las ideas características de los propulsores de la nueva forma de gobierno; se observa una inflación punitiva que doblaba lo prescripto en el Código de 1873, además de implantarse nuevamente la pena de muerte. Se encuentra además que la pena de arresto deja de ser considerada como pena no corporal para ubicarla dentro de las penas corporales.

En el Título Tercero del Libro Primero se consagraba lo atinente a las penas y su ejecución, establecía dicho título lo siguiente.

"TITULO TERCERO.

"PENAS Y SU EJECUCION

"DISPOSICIONES GENERALES.

"Art. 39. Las penas se dividen en corporales y no corpo-

117

rales.

"Art. 40. Las penas corporales son:

- "1a. La de muerte; (arts. 48 a 54-47).
- "2a. La de presidio;(arts. 55 a 57-42).
- "3a. La de reclusión; (arts. 58-59-42).
- "4a. La de prisión; (arts.60 a 62).
- "5a. La de arresto; (arts.63 a 67).
- "6a. La de destierro(arts. 68 y 69).
- "7a. La de confinamiento; (Art. 70).

Todas estas penas, menos las de prisión, arresto y confinamiento, se consideran aflictivas para el efecto del ordinal 3, artículo 16 de la Constitución"⁴.

La pena de prisidio tenía una duración hasta de 20 años por un solo delito; el Art. 55 estatuyó: "El condenado a la pena de presidio será conducido al establecimiento respectivo, y se le obligará a trabajar en las obras que designe la autoridad política, nueve horas diarias por lo menos, salvo impedimento físico. Cuando la pena no exceda de seis meses, se podrá cumplir en la cárcel; observándose lo dicho en lo posible (Art. 912).

"No, llevará prisión, si el tiempo que debe permanecer en el

118

Establecimiento no excede de un año; si pasare de uno, pero no de cinco, llevará grillete al pie; si se pasare de cinco, llevará grillete y cadena.

"Lo dicho en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de las prisiones que sean necesarias para la seguridad de los reos, y de las que merezcan por repetidos actos de mala conducta".

Los establecimientos en los cuales debían cumplirse las distintas penas, no fueron determinados en el Código sino que se facultó al Gobierno para que por medio de una ley realizaré tal creación y regulará el funcionamiento de los mismos (Art. 912).

La reclusión tenía un máximo de duración de hasta quince años por un solo delito, debían dedicarse los condenados a reclusión a trabajar por ocho horas diarias y no se les podía obligar a trabajar fuera del establecimiento.

La prisión por un solo delito tenía una duración hasta de diez años, la regulaban los artículos 60 y 61, el artículo 60 establecía: "El reo condenado a prisión, la sufrirá en una cárcel bien segura, separado en cuanto fuere posible de los demás presos.

Allí se ocupará en los trabajos de su elección, cuyo producto hará íntegramente suyo, con calidad de proveer por sí a su subsistencia, siempre que su trabajo o sus haberes sean suficientes al efecto (Art. 912)". El Art. 61 a su vez exponía: "Si el condenado a prisión no tuviere con qué atender a sus necesidades, y recibiere por eso ración de los fondos públicos, será obligado a trabajar en las obras públicas que determine la autoridad política, dentro o fuera de la cárcel".

Se observa que tanto en este Código como en el de 1837, se consagraba la segregación del condenado a prisión.

Consagraba también el arresto como pena corporal, tenía una duración máxima hasta de cuatro años por un solo delito; el cumplimiento de dicha pena lo definían los Arts. 63 a 66; el Art. 63 decía: "Por regla general, el condenado a arresto será puesto en la cárcel. Puede sufrirse el arresto, en algunos casos excepcionales, en cuartel, cuerpo de guardia, casa municipal o cualquier edificio o establecimiento público acomodado al intento, según las circunstancias del lugar, del delito o culpa, y de la persona. Podrán ser arrestados en su propia casa las mujeres honestas, los ancianos o valetudinarios y los Ministros de los cultos admitidos en la Nación. (Art. 912)". En el Art. 64 hablaba de la fianza que debía darse en caso de cumplir la pena de

120

arresto fuera del establecimiento. El 65 definía el lugar de cumplimiento de la pena según determinación que se hiciera en la sentencia. El Art. 66 consagraba: "El arrestado que tenga medios de vivir no será obligado a trabajar; pero se le permitirá hacerlo, en lo que tenga a bien, y no produzca inconveniente en el establecimiento. El que, por carecer de medios subsistentes, recibiere ración de las rentas públicas, deberá trabajar en las obras públicas que determine la autoridad política dentro o fuera de la cárcel".

La vigencia de este Código se extendió hasta 1936, a pesar que desde 1912 se buscaba realizarle reformas.

5. Código Penal de 1936.

Expedido bajo la influencia de la escuela positivista del derecho penal, en este estatuto penal se regulaban las penas de la siguiente forma:

"TITULO II.

"SANCIONES.

"Capítulo I.

"Penas.

"Art. 41. Las penas para los mayores de dieciocho años

son las siguientes:

"Presidio.

"Prisión.

"Arresto.

"Confinamiento.

"Multa (Const. Nac., 29)"⁵.

Se suprimió la división de los Códigos del siglo pasado con relación a las clases de pena, corporales y no corporales, haciéndose una nueva clasificación, principales y accesorias.

La pena de presidio tenía una duración de uno a veinticuatro años, y debía cumplirse en una penitenciaría, con la obligación de trabajar durante el día en labores agrícolas o industriales o en obras públicas; el Art. 44 regulaba la forma de cumplimiento de esta clase de pena: El cumplimiento de la pena de presidio se iniciará en todo caso con un aislamiento permanente del penado durante un término de un mes a dos años, según la gravedad de la pena y la personalidad del delincuente".

La pena de prisión tenía una duración de seis meses a ocho años, y su cumplimiento era en un "establecimiento espe

122
cial" o en una colonia agrícola especial, pero sin obligación de trabajar, se tenía además un aislamiento nocturno.

El arresto con una duración de un día a cinco años, era la otra forma de pena privativa de la libertad que consagraba el estatuto punitivo de 1936; en el Art. 48 se planteaba su forma de aplicación: "La pena de arresto deberá cumplirse en un establecimiento destinado al efecto.

"Los condenados a la pena de arresto podrán elegir una de las formas de trabajo que se hallaren organizadas en el respectivo establecimiento"

Con relación a los establecimientos en los cuales debían cumplirse las diversas penas privativas de la libertad que estatúa este Código, hablaremos de ellos en el acápite B del presente capítulo al estudiar la legislación penitenciaria colombiana.

6. Código Penal de 1980.

Fruto de diversos trabajos preparatorios y bajo la orientación de la escuela de la dogmática-jurídica, por lo menos en la parte general, el actual Código Penal Colombiano hace un tratamiento de la pena privativa de la libertad aparentemente más científico, pero con una marcada tendencia

a un aumento desmesurado del quantum punitivo, como lo expone el DR. JAIME CAMACHO FLOREZ en su artículo "La pena privativa de libertad en los Códigos Penales de 1936 y 1980"6.

Se mantuvo la división en cuanto a la pena privativa de la libertad, pero suprimiéndose la pena de presidio por cuanto su existencia y aplicación no se diferenciaba de la prisión.

En el Título Cuarto del Libro Primero se establece la referente a las penas, dice así:

"TITULO IV.

"DE LA PUNIBILIDAD.

"Capitulo I.

"De las penas.

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

"1) Prisión.

"2) Arresto, y

"3) Multa"7.

Las dos penas privativas de la libertad que consagra el C6

digo Penal tiene un ordenamiento similar según lo dispone el 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 previsto por la ley.

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

La duración de cada una de estas penas privativas de la libertad es de hasta treinta años para la prisión y hasta cinco años para el arrestado.

Los establecimientos en los cuales deben cumplirse estas penas, al igual que en el Código de 1936 se mencionarán al tratar la legislación penitenciaria nacional.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. CODIGO PENAL DE LA NUEVA GRANADA. Edición de la Imprenta Bruneau, París, 1840.
2. CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE CONDINAMARCA. Los doce Códigos. Tomo III, Imprenta de Echeverría Hermanos, Bogotá, 1859.
3. CODIGO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Edición oficial, Imprenta de Medardo Rivas, Bogotá, 1873.
4. MARTINEZ, Miguel. Código Penal Colombiano con anotaciones y leyes reformatorias. Imprenta del departamento. 1899, Edición fotocopiada.
5. CODIGO PENAL DE 1936. Edit. Temis, Bogotá, 1974.
6. CAMACHO F., Jaime. "La Pena Privativa de la Libertad en los Códigos Penales de 1936 y de 1980". En Derecho Penal y Criminología". Vol. V, No. 16 ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1982, Pags. 93-100.
7. CODIGO PENAL DE 1980. Edit. Temis, Bogotá, 1983.

CONCLUSIONES

Esta monografía sobre la pena, nos conduce fundamentalmente a lo que es ella, partiendo desde sus orígenes. Finalizando como acabamos de verlo, en un estudio sobre su evolución histórica en los distintos Códigos Penales que ha tenido la República (1.837, 1.859, 1.873, 1.890, 1.936, - 1.980).

Pero lo importante a nuestro juicio, es que a través de los tiempos, ha ido cambiando su concepción finalística la razón de ser de la pena, hasta situarnos en el Código de 1.980, en donde ya vemos cómo el artículo 12 nos plantea una concepción de la misma con particular acentuación sobre la retribución, que diferencia esencialmente la función punitiva de las medidas de seguridad, que conducen hacia finalidades muy diversas, de carácter curativo.

Claro está que el problema de la pena, resulta de suyo complejo, tanto más si se tiene en cuenta que en verdad las funciones de que nos habla el artículo citado, consul

tan más a aspectos que a la larga se atribuye el Estado, como ente que considera que el darle una finalidad a la pena resuelve el papel que desempeña la misma. Pero vemos que no es así, por cuanto si el artículo 12 C.P. nos dice que la pena tiene entre otras funciones, ser retributiva, no logramos entender cómo pueda eso conducir a una política criminal de verdadera orientación de adaptación del desviado, por cuanto el Estado parece ser que está en caminado más que todo a castigar mediante una pena, vale decir, a desquitarse del sindicado por haber infringido su ley penal.

También resulta de suyo complicado, alcanzar a ver nítidamente cómo es que el Código de orientación culpabilista, consagre Medidas de Seguridad, ya que éstas, básica y esencialmente son predicables respecto del peligrosismo. Sin embargo, vale la oportunidad para decir que no solamente el Código actual se refiere al culpabilismo, sino que es innegable que aún le quedan fascetas peligrosistas. Tal vez sea ésta la explicación, para que en un principio rector se haya colocado (en el mismo artículo), la concepción y función de la pena, tanto del culpabilismo, como del peligrosismo.

Pero dejando de lado la función de la pena, según el Art.

12 del C.P. es importante pensar un poco, en la concepción de aquellos criminólogos que en forma por demás extrema, estiman que el Derecho Penal debe desaparecer. Plantean una sociedad en que se conjugan factores genéticos, culturales, sociales, políticos y económicos, en donde todo sea tan armónico que no haya necesidad del Derecho Penal, y consecuentemente no habría punibilidad.

Lo anterior a nuestro juicio constituye un mundo utópico, en el que no se tiene en cuenta la estructura de la misma naturaleza del hombre. De allí pues, que seamos de opinión, que más bien debe pensarse en buscar los caminos para consolidar la desprisonalización, y por supuesto la despenalización. Así, pensamos que se está haciendo una verdadera política criminal, y se está teniendo más cuenta el proceso de readaptación.

Ya hemos visto cómo son de importantes los subrogados penales que señala el Código Penal (Condena de Ejecución Condicional y la Libertad condicional). Enseña al procesado a cumplir los parámetros dentro de los cuales debe moverse para gozar de la libertad que se llegare a otorgar con fundamentos en éstos mecanismos. De no hacerlo así, sabe a lo que se expone. Y que no se diga que lo anterior constituye una amenaza, por el contrario, trátese de educarlo, de enseñarlo a ser responsable, a vivir en sociedad.