

T. - D
154

1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ENFOQUES CRITICOS ACERCA DE

LA PENA

SCIB
00018273

TESIS DE GRADO PARA OPTAR EL
TITULO DE: DOCTOR EN DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS.

PRESENTADA POR:

ANTONIO M. OYOLA QUINTERO

Cartagena, Mayo de 1979

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR : LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

SECRETARIO GENERAL : HERNANDO THORNE CAMPO

DECANO DE LA FACULTAD : JAIME GOMEZ O'BYRNE

SECRETARIO ACADEMICO : PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS : VICTOR LEON MENDOZA

EXAMINADORES : EDUARDO MATSON FIGUEROA

ALVARO SALGADO GONZALEZ

MARTIN J. ESQUIVEL

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS,
TALES OPINIONES SON CONSIDERADAS PROPIAS
DE SU AUTOR. (ART. 83 DEL REGLAMENTO) .

A mis padres y hermanos.

A Carmen.

A la Memoria de :

Antonia Magdalena Quintero de
Pedroche.

" ENFOQUES CRITICOS ACERCA DE LA PENA "

7

ADVERTENCIA :

El presente es un trabajo crítico en donde se exponen pareceres muy personales, que como tales pueden referir con el pensamiento del Lector, por lo tanto, la crítica es aceptable y respetable, pero cuando el pilar que sostiene la opinión está basado en puntos de vista distintos, sólo al Autor le es dado cambiarlos y al Lector, en caso de no estar de acuerdo, combatirlos.

El Autor.

INTRODUCCION

Tal como lo expusimos en la advertencia que antecede, el presente es un trabajo critico y que está enmarcado dentro del ambito personal del autor, en él se manifiestan pareceres muy personales sobre un aspecto que diariamente sufre transformaciones en razón primero, a los cambios sociales, políticos e inclusive económicos que sufre nuestra sociedad, y en segundo, al hecho de que en base a lo anterior, el derecho también varía y con él todas sus instituciones, y la penalógica, de la cual casualmente recibe su nombre esta rama de las ciencias jurídicas, no podía ser la excepción.

Exponemos a través de todo el trabajo una problemática mundial, se aplica bien o mal la pena con qué criterio se hace, se responde realmente a los postulados legales, se tiene una sana política al respecto, y las influencias con otros aspectos muy litigados a la pena, el aspecto social y delincuencial, por ejemplo, que papel juegan en esto?. Todos estos interrogantes tratamos de exponerlos aquí, para por lo menos dar una idea, ya que sería muy pretencioso dar respuestas exactas, de la magnitud del problema y mencionar varias de las posibles respuestas y aún soluciones dentro de nuestro modesto parecer.

Sería mucho lo que podríamos decir aquí, pero consideramos mejor expresarlo en el mismo seno de esta investigación, por lo que le hacemos la más cordial invitación es la de que empiece a leer.

EL AUTOR

I. PARTE

CAPITULO I

LAS PENAS

I. GENERALIDADES

Al iniciar detallaremos a continuación de estas líneas aspectos generales del tema a tratar, manifestando someramente puntos fundamentales como su noción, caracteres, fines, etc., que globalmente nos daran una base inductiva deductiva hacia el fondo del asunto materia de esta investigación.

Empezaremos con el estudio de la noción que aparece en diversas opiniones sobre lo que son las penas en general.

A. NOCION

Expondremos varias de ellas, para luego exponer la nuestra.

Cuello Calón, manifiesta " ... La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal."

El Doctor Victor León Mendoza, profesor de Derecho Penal General en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, expresa que " ... Las penas son la

12

consecuencia necesaria del delito...", reflexionando acertadamente sobre el aforismo latino que reza "Nulla poena sine Crimine", afirmando a continuación que "... Ella se impone a toda persona que haya cometido un delito y cuya responsabilidad haya sido declarada en el proceso en virtud de la sentencia...", a lo cual agregaríamos nosotros: "Debidamente ejecutoriada y en firme".

Desde otro ángulo, el de tendencias o doctrinas y no el personal de un autor, tenemos la noción existente hasta mediados del siglo pasado, en que se consideró la pena como la justa retribución al delito cometido - primero como reacción individual, después con carácter social, - aspecto que analizaremos adelante, luego el criterio clásico, que atempera el concepto anterior, al manifestar que "... La pena es una medida para que el delincuente expie su delito y para restablecer el equilibrio jurídico quebrantado con la acción delictuosa ...", según el concepto expuesto por Francisco Carrara, Giovanni Carmignani, Erico Pessina y otros grandes maestros. Por su parte, la escuela positivista, por boca de uno de sus máximas figuras, Garofalo, manifiesta que la pena "... Debe aplicarse al delincuente según su peligrosidad, su temibilidad, es decir, marca rumbo al criterio de la individualización de la sanción. Hoy estas escuelas han sufrido variaciones a consecuencia de las tendencias eclécticas que enseñaron el derecho actual y que tomando aspectos de una y

(13)

otra forjan una estructura acorde con las circunstancias actuales, imponiendo un rumbo más coetáneo con la realidad existente en un determinado momento en un determinado lugar y una determinada situación.

Nuestro parecer se identifica con el criterio ecléptico, pero haciendo constar que cualquier determinación sobre este importante aspecto del Derecho Penal, como lo es el de las sanciones que se le impongan al infractor de la ley penal, debe consultar la realidad de los hechos y o a situación del infractor, en su modalidad de remedio a una situación anormal, aspecto que tocaremos a espacio más adelante.

B. CARACTERES

Dar una respuesta exacta sobre este tópico, sería a todas luces, iluso, consecuencia de ello es la diversidad de criterios manifestados atrás, cuando nos referimos a la noción que los autores expresan sobre las penas, y, que de una manera u otra, influyen lógicamente, en el concepto que desde uno cualquiera de dichos se exponga, sin embargo, por vía general, detallaremos algunos, cuidando de encajarlo dentro de los lineamientos nocionales del autor o escuela que lo ampara.

La pena es considerada - Cuello Calón - como un sufrimiento, en virtud del hecho de que se le impone como castigo expiatio-

14

rio, identificación con el criterio clásico, para resarcir al orden jurídico quebrantado. Los positivistas y las modernas tendencias miran este punto no como sufrimiento y castigo, sino como una forma de defensa social, por una parte, y en una forma de que el delincuente sea devuelto regenerado a la sociedad para que le siga, ya regenerado, prestando su concurso.

Todas, excepto la noción antigua de la venganza privada, que expondremos después, consideran que el titular del derecho a sancionar, está en cabeza del Estado, quién al ejercerlo, lo hace de conformidad con los principios que lo orientan en un determinado momento histórico.

La imposición de la pena corresponde de acuerdo con todas las teorías, excepto el concepto de la venganza privada, al Estado, quien para éllo establece tribunales de justicia, únicos o pluripersonales, que se encargan, siguiendo normas preexistentes, de aplicar la sanción en concreto.

La regla general, exceptuando una época ya superada, que la sanción tenga carácter personal, es decir, que sólo se aplique al infractor, quien también goza del derecho a que el juez le individualice su pena teniendo en cuenta para éllo, el grado de infracción cometida y otras circunstancias, como las personales del agente.

15

Debe ser legal, que también es un principio fundamental de la misma, pues la pena debe estar establecida en la misma ley y aplicarse dentro de los límites establecidos por ella para el delito que la contenga.

Hay otras características que debido a su importancia se han convertido en principios rectores del derecho penal en general, y de la sanción especial, que han sido elevados en muchas legislaciones modernas a la categoría de preceptos constitucionales, ejemplo diciente es nuestro propio estatuto constitucional, el cual en el título 3°, abarca en forma general, las garantías de que goza el habitante de nuestro territorio frente al poder del Estado, incluidos los casos que tengan relación con el Derecho Penal y particularmente con el tema materia de esta investigación: la sanción al infractor de la ley penal.

C. FINES

Mucho se ha discutido sobre este punto de tanta importancia filosófica y jurídica, sin embargo, se destacan dos criterios encontrados, el primero de ellos le comunica a la pena o sanción un mero sentido de castigo, de expiación o retribución por el daño infringido con la comisión del delito, el otro, más consecuente, le da la sanción un fin, en forma general, preventivo, pero que dentro de sí, acorde con las

16

modernas teorías sobre el tópico encasja otros aspectos que no por ser derivaciones de éste, dejan de tener la importancia intrínseca que los rodea.

El primero, fin de castigo, aunque aún perdura en las mentes de algunos expositores retardatarios, ha dejado de tener la importancia que adquirió en el pasado cuando el principio de la retribución del mal por el mal enseñoreó épocas pretéritas de nuestro derecho.

El segundo, cuyo árbol troncal tiene hoy múltiples derivaciones, entró a apoderarse del concepto primario y sustituirlo, a partir del pronunciamiento hecho por la escuela positivista de derecho penal, nacida en Italia; de que la "sociedad se defiende del delincuente cuando le impone una sanción", ésto es, se adopta el criterio de la "defensa social", que aunque modificado por tendencias que expondremos a continuación, perdura aún entre nosotros y en la mayoría de los países del mundo, en sus respectivos estatutos penales.

Las tendencias de que hacemos mención atrás, son aquellas que consideran que además del criterio de prevención del delito, expuesto anteriormente, debe aspirarse a que la sanción logre la realización de fines de utilidad social, satisfacer los sentimientos de moral, dentro de límites justos,

(17)

agregamos nosotros, que tiene toda sociedad y que son soporte insustituible de su organización a consecuencia del valor que ella misma les fija. Todo lo anterior se pueda resumir en un solo concepto: JUSTICIA, el cual impone senderos que se materializan en hechos tales como los de que la pena debe :

1° . . . Obrar sobre el delincuente de manera tal que lo impulsen a apartarse del delito y tender en el futuro, a su reforma y readaptación a la vida en sociedad. De todos modos, si lo anterior no es posible por el motivo que fuese, debe tratarse de que ese individuo, peligroso para la sociedad, sea inofensivo para ésta, utilizando para ello los medios que la misma ley debe fijar, eso sí, sin violar los derechos que como ser humano tiene ese individuo.

2° . . . Debe tener, y ésto es innegable, un cierto carácter intimidatorio que impida, sirviendo como guardian de la misma sociedad, que los demás individuos que viven en sociedad, se dediquen de una u otra manera a infringir la ley.

Creemos que los puntos expuestos hasta aquí son los más acertados y que solo nos resta agregar que el futuro de estas tendencias retrogradadas de ciertos individuos, tales como

18

cuerpo militar colombiano que en uno de esos juicios militares dijo muy espectacularmente "que más valía cien inocentes en la cárcel, que un delincuente en la calle", dando a entender, desde todo punto de vista, que se debe sancionar por el solo hecho de hacerlo sin tener en cuenta que la sanción, según las últimas tendencias debe aplicarse con criterio personal y atendidas todas las circunstancias que rodean el hecho y al infractor, esto es, volviendo al criterio de mero castigo de la pena y echando por tierra los fines que hemos expresado en líneas anteriores en este mismo aparte.

D. CLASIFICACION

Este tema merece para su estudio el establecimiento de varios apartes debido a la gran cantidad de criterios o formas empleadas por los estudiosos del Derecho Penal y aún por la misma Ley de los Estados. Enfocaremos algunos para luego dedicarnos particularmente a la ley penal de nuestro país.

a. DIVERSOS PUNTOS DE VISTA

Atendiendo al fin que se proponen se dividen en:

De intimidación, que se dirigen a aquellos individuos a quienes aún se les puede, sin mucho esfuerzo, sustraer de la senda del delito y para quienes la

(19)

pena actua como valla protectora a la vez que refuerza su sentido moral, no perdido aún en esta clase de delincuentes.

Las correccionales, que tienen como norte, individuos que a pesar de su degradación moral son reputados corregibles y a quienes se intenta, de esta manera, volver a la sociedad a prestarle su concurso.

De seguridad o eliminatorias, dirigidas a los criminales considerados incorregibles a quienes es preciso colocar en situación tal que no puedan causar daño a la sociedad.

Por otra parte, teniendo en cuenta la materia sobre la que recae la aflicción penal, las penas se dividen en:

Corporales, que recaen sobre la vida o la integridad corporal del reo.

Privativas de la libertad, las cuales impiden al condenado el ejercicio del derecho de libre movimiento.

Restrictivas de la libertad, las cuales tienen como fin limitar el sagrado derecho de la libertad, impidiéndole al reo, en la mayoría de los casos, elegir libremente su lugar de residencia.

Pecuniarias, que recaen sobre los bienes de fortuna del

condenado y que se materializan en las denominadas multas.

Infamantes, que atacan el honor del condenado.

Otra división, quizás la más importante, establece que las penas son:

Principales, las cuales clasificaremos posteriormente cuando tratemos la ley nacional, y

Accesorias, que se constituyen como apéndice de las principales, sin que por ello no puedan aplicarse como tales, cuando la ley así lo disponga.

Destacable en todo caso, que en el derecho moderno las penas infamantes, así como gran número de las corporales, por su odiosidad, han desaparecido de los códigos penales.

b. SISTEMA COLOMBIANO

Nuestro actual estatuto jurídico-penal (Ley 95 y Decreto 2300 de 1936), en el Libro Primero, título segundo, capítulo primero se refiere específicamente a las sanciones penales, manifestando en su artículo 41 textualmente lo siguiente:

"Las penas para los mayores de diez y seis años son las siguientes:

Presidio,

Prisión,

Arresto,

Confinamiento y

Multa.

Estas son las denominadas "Penas principales", además, establece el Código Penal Colombiano en su artículo 42, que amén de las anteriores, cuando no tengan el carácter de principales, establecido por la misma Ley, serán Penas Accesorias las siguientes:

La prohibición de residir en determinado lugar.

La publicación especial de la sentencia.

La interdicción de derechos y funciones públicas.

La prohibición o suspensión de un arte o profesión.

La pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial.

La caución de buena conducta.

La relegación a las colonias agrícolas penales.

La pérdida o suspensión de la patria potestad, hoy denominada potestad parental (Ley 75 de 1968).

La expulsión del territorio nacional, para los extranjeros.

En los artículos 43 a 57 nuestro actual Código Penal estudia detalladamente cada una de las penas que consagra y específicamente en el artículo 45 establece los términos de tiempo, entre el mínimo y el máximo, en que teniendo en cuenta varios factores, ejemplo la personalidad del agente, circunstancias de mayor o menor peligrosidad, el juzgador puede graduar la sanción.

En el capítulo, segundo de este mismo título y libro, nuestra ley penal se refiere a las llamadas "Medidas de Seguridad, que trataremos más adelante, aplicables a aquellas personas que se encuentren dentro de los delineamientos preceptuados en los artículos 29 y 30 de la parte general del Código. Esto se hace a partir del artículo 61.

Constitucionalmente, tenemos que el artículo 29 de nuestra actual Carta Política, al autorizar las penas desarrolladas en el Código Penal, impone una limitación, muy acertada en nuestro concepto, cuando dice textualmente: El Legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso (art. 3° del acto legislativo N° 3 de 1910), lo que significa, que entre nosotros la pena de muerte no es aceptada y que por lo tanto nuestros Tribunales de Justicia tienen que abastenerse de emitir fallos condenatorios donde la pena capital le sea impuesta al reo como sanción por su delito.

Hecha la anterior clasificación, observamos que en nuestro estatuto Jurídico-penal, están excluidas la pena capital, las penas infamantes y otras que por su carácter resultantemente inhumano han dejado de tener vigencia en la mayoría de las legislaciones modernas.

c. PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978

Este proyecto trae varias innovaciones respecto al tema que hemos venido tratando, es así como en la exposición de motivos se encuentra una explicación detallada de las mismas, que entraremos a analizar a continuación:

Sea lo primero, expresar que este proyecto de Código Penal Colombiano, los vocablos utilizados en nuestro actual estatuto sobre el tema, cuando dice en el título tercero del libro primero o parte general "DE LA PUNIBILIDAD", cambiando de esta manera, el actual que aparece con la denominación de "SANCIONES".

Por otra parte, respecto a las circunstancias que gradúan la pena, vemos que también aparece un cambio al denominarlas el proyecto "CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO PUNIBLE", en contraposición a la denominada actual de "Circunstancias de mayor o menor peligrosidad", que ha merecido múltiples críticas, con lo cual el proyecto pretende superar el equívoco existente.

Desde el punto de vista de la clasificación, el proyecto mantiene la actual clasificación de Penas Principales y Accesorias, pero de las primeras, elimina la pena de PRESIDIO, por considerar los inspiradores del Código, la actual equivalencia entre ésta y la pena de PRISION. De esta ma-

nera aparecen como penas principales en el proyecto de Código Penal en el artículo 47 del mismo, las siguientes:

Prisión.

Arresto, y

Multa.

En cuanto a las penas accesorias, las cuales al igual que lo establece nuestro actual estatuto penal, pueden colocarse como principales cuando la Ley expresamente lo manifieste, son las mismas de nuestra actual codificación, pero se destaca el hecho de que la pena de CONFINAMIENTO que actualmente es impuesta como pena principal, aparece en el proyecto como accesoria, agregándose además, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias o drogas que produzcan dependencia síquica o física, y la de entrar a lugares donde se expendían o consumían. Igualmente señala el proyecto que se impondrán también como accesorias las penas establecidas específicamente en el título séptimo de la parte especial que se refiere a los denominados por el proyecto "Delitos contra el orden económico-social", en contraposición a la denominación actual de "Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio".

En cuanto a los principios que inspiran la pena, el proyecto consagra lo siguiente: Permanece el principio de legali-

(25)

dad, pilar insustituible de nuestra legislación penal, cuando se expresa que "nadie podrá ser condenado ni sometido a medida de asistencia y protección que no se encuentren establecidas en la Ley".

Se regirá el principio de la favorabilidad, se excluye la analogía y ante todo, se afirman categóricamente los fines de la pena, que el proyecto establece, como lo hace nuestra actual legislación -quizá defectuosamente, por no contar con los medios necesarios- como los de que la pena tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora. Vale la pena analizar cada uno de estos aspectos, es por ello que expresamos lo siguiente:

El fin protector de la pena nace del principio de la defensa social, consagrado en nuestra legislación, tiempo atrás, sin embargo, esto no es todo, pues indiscutiblemente también se protege al mismo infractor, que en últimas también la merece.

Importantísimo es el fin preventivo asignado a la pena por el proyecto, ya que de éste depende el índice delincencial, que trataremos a espacio más adelante, y que tiene importancia capital dentro de cualquier Estado, pues indiscutiblemente influye en su progreso o desarrollo.

La retribución es un hecho que vá implícito en la pena, pero no basada en el viejo principio, a Dios gracias eliminado de nuestras actuales concepciones penales, de la retribución del mal por el mal, sino en que desde luego la infracción causa un daño, público y privado, que es necesario resarcir en la medida de lo posible y sin perjuicio de los principios de humanidad y protección que deben inspirar toda legislación penal moderna.

Permanece inalterable en el proyecto del Código Penal de 1978, la prohibición de imponer por parte del Legislador, la pena capital en cumplimiento de lo expuesto por nuestra Constitución en su artículo 29 de que en ningún caso le es dado al Legislador imponer la pena capital, lo cual consideramos acertado por las razones que expondremos en su debida oportunidad.

Otro hecho que merece destacarse es el de la eliminación de la pena de presidio que en los actuales momentos no tiene objeto, ya que en la práctica se ha demostrado que ella y la de prisión no se diferencian en nada a consecuencia de las condiciones desfavorables en que se debaten nuestros centros carcelarios, los cuales con el exiguo presupuesto que se les asigna para su funcionamiento y puesta en práctica de programas rehabilitarios para el penado no pueden desarrollar los fines que debe cumplir un establecimiento

de esta clase en desarrollo de lo preceptuado en la Legislación Penal Colombiana.

De todas maneras, creemos que se ha hecho lo posible para ajustar en lo futuro, las situaciones a una realidad más exacta y corregir en lo posible, los errores que mantienen nuestros centros carcelarios con el no muy apreciable remoque de "Universidades del Delito".

Desde un punto de vista más general deducimos que se ha mantenido el espíritu de nuestra Legislación Penal, sobre todo al reafirmarse categóricamente los fines de las penas, hecho que indiscutiblemente es una medida acertada y digna de aplauso por el contenido social y humano que encierra.

II. LAS ESCUELAS PENALES FRENTE A LA PENA

Desarrollaremos a continuación un punto que ha sido base de muchas críticas a través del tiempo, pues es suficientemente conocido que cada quien al expresar su concepto crítica el anterior, e incluso se presentan, especialmente en los últimos años, variantes al enfocar un determinado concepto dentro de una misma escuela. Empezaremos por los primeros jalones históricos para luego adentrarnos en nuestra época y más específicamente en nuestro país.

A. CRITERIO ANTIGUO

Brevemente, pues el tema lo amerita, diremos que desde los primeros tiempos de la humanidad y hasta mediados del siglo XVIII la pena pasó por varias faces que sin embargo pueden catalogarse con un solo término: el criterio de que la pena era el justo castigo que se le imponía al reo por el delito cometido.

Este criterio, que hoy es considerado obtuso, engendró una serie de situaciones catostóficas e injustas, debido a que no se tenían en cuenta aspectos tan importantes como los de equidad, justicia, etc., que hoy son pilares indiscutibles en la aplicación de cualquier sanción. Esta es la razón por la cual se presentó un movimiento renovador a mediados del siglo XVIII que cambia apreciablemente estos postulados. Fuente de este criterio penal es indiscutiblemente el denominado "Derecho de Castigar", que estudiaremos más adelante, por ahora hástenos decir que la misma causa que lo engendra, esto es, la noción de pena en base a castigo, precipitó su destrucción.

Cuando toquemos el punto referente al derecho de castigar volveremos nuevamente sobre esta forma de pensar existente en la antigüedad y que hoy afortunadamente ha dejado de tener vigencia.

B. CRITERIO CLASICO

Para los clásicos la pena fué considerada como una medida encaminada a lograr que el delincuente expiara su delito, a obtener el restablecimiento del orden jurídico quebrantado y a prevenir el delito con la amenaza de la imposición de la pena para los infractores de la Ley. Vemos entonces, que para esta doctrina la pena sigue teniendo, aunque atenuado, el antiguo caracter de castigo y sufrimiento de épocas pretéritas, lo cual ha sido reputado con posterioridad por el positivismo y las nuevas tendencias de Derecho Penal.

De lo anterior se desprende que para los clásicos los requisitos de la pena son de dos clases: Respecto a su legitimidad y Respecto a su idoneidad.

Respecto a su idoneidad, la pena debe ser:

Pública, para que la opinión se entere del comportamiento de sus jueces.

Cierta, porque el castigo moderado ejecutado con seguridad impresiona más que el vago temor de un horrible suplicio disuelto en la esperanza de la impunidad.

Pronta, porque es preciso relacionar rápidamente las ideas de crimen y castigo.

Igualmente, respecto a su legitimidad, para los clásicos la pena debía ser:

Aflictiva, es decir que produzca un sufrimiento físico.

Proporcional, en relación al delito cometido.

Individual, esto es, que solo debe afectar al infractor.

Ejemplar, es decir, que dé a entender a los demás que el reo al cometer el delito ha obtenido un mal.

Igual, significativo de que debe aplicarse sin ninguna distinción a cualquier persona que infrinja la Ley, cualquiera que sea su edad (dentro del límite legal), sexo, estirpe o condición, tal como lo establece entre nosotros el Código Civil en su artículo 73.

Como podemos observar, los clásicos levantaron, una noción meramente jurídica del delito al igual que de la sanción, olvidando las circunstancias que pueden hacer variar un concepto tan complejo en un determinado momento, por lo que consideramos que, aún cuando esta escuela fué un innegable avance en la conceptualización del Derecho Penal en general y de la pena, materia de nuestro estudio; tuvo grandes errores que fueron expuestos por la escuela siguiente, la de los positivistas, que hoy nadie se atreve a desconocer, pese a la gran importancia, que es justo reconocer, tuvo esta escuela, muchos de sus postulados, aún continúan vigentes.

31

C. CRITERIO POSITIVISTA

La escuela positivista de Derecho Penal, respecto al concepto sobre la pena es innegablemente contraria al postulado sostenido por los clásicos y es así como manifiesta que la pena no busca restablecer el orden jurídico quebrantado con la comisión del delito, concepto que los positivistas consideran abstracto, sino que por el contrario, ésta es una medida de defensa social, mediante la cual el Estado y la sociedad se defienden de todo aquel que causa daño y que acuse peligrosidad para el normal desarrollo de las actividades ciudadanas.

En esta forma la escuela positiva impone un nuevo criterio, respecto al concepto de la pena, cuando no la considera una medida de expiación del delito cometido, sino que la acoje como un instrumento necesario para la rehabilitación del delincuente a quien se trata de devolver, al término de su pena, apto para seguir viviendo en condiciones normales dentro de la sociedad, prestando a ésta su invaluable concurso.

De conformidad con lo expuesto, los requisitos de la pena, según los positivistas se concretizan así:

Trabajo obligatorio, para el condenado, ya expuesto por los clásicos, pero que los positivistas mejoran al argumentar

una práctica socialmente útil, de mejoramiento individual del condenado.

Permanece el criterio de la reparación de los daños causados por el delito como deber público y no como simple atribución opcional de los perjudicados.

Preconización de la denominada sentencia indeterminada, para los delincuentes más peligrosos, con el propósito de mantenerlos bajo custodia hasta lograr su completa readaptación, aspecto que ha sido ampliamente combatido por las nuevas tendencias por considerarlo injusto, amén de arbitrario.

Adaptar los medios penales a las diversas categorías de delincuentes, que según esta escuela existen, y que deben recibir un tratamiento diferente según su peligrosidad.

Es preciso anotar, al finalizar este aparte, que la escuela positivista, pese a sus errores, como el que expresamos en párrafo anterior, constituyó un nuevo avance para el Derecho Penal, pues introdujo nuevas teorías y corrigió otros postulados de la escuela clásica. Ya trataremos otros aspectos en el siguiente aparte donde trataremos lo referente a la TENDENCIA DOGMÁTICA-JURÍDICA.

D. TENDENCIA DOGMÁTICA-JURÍDICA

Esta tendencia de corte moderno, es la concretización de las variaciones introducidas últimamente a los postulados positivistas y centraliza su proceder en la sistematización del saber penal como conjunto de principios que consagrados en las normas positivas han de permitirle al Derecho Penal y al tema materia de esta investigación en especial, el cumplimiento de sus fines.

Maggiore, citado por el Doctor Víctor León Mendoza, en sus conferencias o Compendio de Derecho Penal General, manifiesta lo siguiente que transcribimos textualmente por considerarlo importante en nuestro sentir. "La Dogmática -dice- el ilustre expositor- es la ciencia que mediante un trabajo de elaboración conceptual (definición, clasificación, sistematización), unifica las muchas normas (dogmas) de un ordenamiento jurídico dado" y agregamos nosotros, en el caso concreto que nos ocupa, que esa sistematización debe obedecer a realidades dadas que entroniquen una sana concepción de conjunto y justicia.

Se desprende de todo lo expuesto, -y estamos de acuerdo con ello- que la lógica y la razón juegan papel importante en esta tendencia debido a que -y es fácil advertirlo- entre mejor se apliquen, mejores resultados se obtendrán en la

aplicación concreta de la ley penal y específicamente de la pena.

E. TEORIA FINALISTA

Esta teoría hace una nueva construcción de la teoría del delito manifestando que en los delitos dolosos o culposos nos encontramos ante dos categorías autónomas en las cuales la acción presenta diferencias estructurales ontológicas.

Según esta teoría, los resultados son la realización plena de la voluntad que encuadra exactamente con el contenido objetivo de la acción. Es innegable que asentada en los pilares de la voluntad se va desarrollando este concepto hasta el momento de conceptualizar que la facultad de formar una voluntad no es dependiente de la imputabilidad, pues considera que en ella aminorada como en la embriaguez se actúa con lo que sus propugnadores han dado en llamar dolo y culpa naturales.

Según sus propugnadores, Grafzu, Dohna, Von Weber, et., esta teoría permite una mejor sistematización de los sistemas jurídico-penales produciéndose desde luego un mejor enfoque de la acción culpable y punible, esta última que es el objeto principal de nuestra investigación encuentra en este planteamiento vastísimo campo de acción pues del enfoque que

se encuentre consagrado en la legislación positiva depende su dinámica.

Hasta aquí exponemos esta teoría, que no por ser nueva es menos importante, no sin antes manifestar que la punibilidad que intrínsecamente lleva consigo cualquier sistema o planteamiento jurídico-penal de esta naturaleza, nos indica que la pena no sufre dentro de este sistema sustanciales cambios dentro de la programática que ha tenido hasta el momento, a partir del cambio sustancial introducido por la escuela positivista. De todas maneras esperemos que ella encuentre definitivamente aceptación, para observar más concretamente sus resultados y formarnos un juicio más exacto de ella y sus consecuencias.

CAPITULO II

ORIGEN DE LAS PENAS

I. DERECHO DE CASTIGAR

Este derecho, si es que así se le puede llamar, es tan antiguo como la propia humanidad, podría afirmarse que nació con ella, lo cierto es, para ir de esta manera aclarando conceptos, que en esas lejanas épocas, nunca existió el castigo como sinónimo de derecho, tal y como lo conocemos actualmente, respondió, esto debe quedar claro, a conceptos de defensa individual y colectiva que nacieron en el hombre primitivo y que aún hoy perduran en muchas instituciones penales de nuestros días. Sin embargo, como lo afirma Daniel Szeiro en su obra "La pena de Muerte", el derecho de castigar, tuvo y aún permanecen reflejos del mismo, noción oportunista de clan, de clase, de dominio en todos los ámbitos; religioso, político, económico, social y moral, lo que nos da entender, agregamos nosotros, que el derecho de castigar apareció, al enseñorearlo o mencionado por Szeiro, en defensa de intereses particulares o agrupistas a favor de determinados hombres y en contra de los demás.

De todas maneras, dejemos por el momento las consideracio-

nes generales y entrémonos en el aspecto histórico, tocando primero el tema relacionado con la llamada "venganza privada".

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Con propósito didáctico tocamos este punto desde dos ángulos distintos: el individual y el colectivo o social, comentaremos a continuación el primero de ellos, que podría asegurarse sin temor a equívocos, aparece desde los albores de la humanidad.

a. VENGANZA PRIVADA

Ya anotamos en aparte anterior, que en el primitivismo nunca existió el castigo como sinónimo de derecho, ahora agregamos que fué sinónimo de venganza privada. Razón de esa sinonimia era el hecho de que en esos remotos tiempos existía el concepto de que a una determinada ofensa se debía responder enérgicamente contra el autor de la misma, directamente contra éste, pero más aún, contra su familia, sus bienes, y lo que es mucho más aberrante, contra su tribu. En esta época primitiva se asimilaba el castigo, más a una especie de pena absoluta, y general, que a un concepto estricto de venganza, aunque es bueno anotarlo, cuando se dirigía directamente contra el ofensor adquiría entonces ribetes de

venganza privada en razón de que la reacción provenía directamente del ofendido contra el ofensor. Fuera de este caso no hay duda al respecto, que se estaba en presencia, aunque rudimentariamente, de una especie de pena, y ésta creo, es la forma en que hay que entender el concepto esbozado.

b. REACCION SOCIAL - EL ESTADO

Lógicamente este estado de cosas no podía permanecer por mucho tiempo - relativamente - a consecuencia del desarrollo de las sociedades humanas que poco a poco fueron organizándose en grupos, pueblos, naciones y finalmente en algo artificial, pero al mismo tiempo concreto, el Estado, fruto del desarrollo socio-político-económico de las sociedades primitivas y quien poco a poco fué arrebatando a las personas consideradas individualmente, las funciones de dirección hasta convertirse en el supremo director de las actividades sociales de la humanidad. Destacable, de todas maneras, que ese Estado obedeció y actualmente en muchas partes del mundo sucede lo mismo, a conceptos clasistas que engendraban una forma determinada de pensar y sentir de conformidad con determinados intereses, pero centrándonos en el tema que nos ocupa, manifestemos que luego de la absorción por parte del Estado de las facultades de dirección social, entre las que se encontraba la que es materia de estas líneas, la de

castigar, el ente artificial creado por el desarrollo de la sociedad, consideró injustificado, concepto que compartimos que el individuo hiciese justicia por su propia mano, tomando él a su cargo esta atribución apareciendo entonces la reacción origen del nombre de este aparte, y que el Estado ejerce como ente superior y supremo director de la vida en sociedad. El Estado, entonces, adquiere el poder de castigar en nombre de la sociedad que representa, o a una parte de ella, con el fin de evitar al desbordamiento de las luchas intestinas entre intereses opuestos y como propósito fundamental impone el de mantener la paz.

Es bueno transcribir las palabras del maestro Cesar Beccaria, quien en su estupenda obra "De los Delitos y De Las Penas" expresa lo siguiente "... Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un estado de común guerra y de gozar una libertad que hacía inútil la misma incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de su libertad para gozar del resto segura y tranquilamente y la suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, formó la soberanía de una nación de que es legítimo depositario y administrador el soberano..." como se ve, el hombre se protege contra sí mismo, individual y colectivamente, creando como fruto superior de la nación un ente (Es

tado), que asume la dirección de la actividad social y por ende adquiere el derecho de castigar al infractor de sus normas en defensa de sí mismo y de la sociedad, total o clasista, según el caso, que representa.

Modernamente observamos esta situación en nuestra propia constitución cuando en su artículo segundo dice textualmente: Art. 2° "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la nación, y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece", que nos indica que todo el poder está en la nación que es la misma sociedad, cuyo representante es el Estado a quien corresponde ejercer el poder, en lo cual concuerda la Constitución y nosotros con el pensamiento del maestro Cesar Beccaria.

II. DERECHO DE MATAR

El derecho de matar se sintetiza en una frase: "La pena de muerte."

PENA DE MUERTE

El derecho de matar, de condenar a muerte a un semejante y ejecutarlo no es un hecho de reciente data pues se desprenden desde tiempos inmemoriales, sin embargo, siempre ha cau-

41

sado polémicas sobre su aplicación favorables unas, desfavorables otras, en todo caso es un tema que apasiona a los estudiosos del derecho por las repercusiones que causa en el seno de la sociedad cada vez que se elimina o implanta en un determinado pueblo.

La pena de muerte, como parte integrante del derecho de castigar y más concretamente del de matar, tiene dentro del derecho penal, normativo o especulativo, lugar preponderante, por esta razón es que en todo tema referente a las penas se le dedica atención especial teniendo en cuenta que las opiniones que a su alrededor se suscitan originan orientaciones determinadas en la legislación penal de un determinado país.

Ha sido considerada el medio más eficaz contra el delito, pero este concepto ha sufrido últimamente ataques asérrimos que expondremos más adelante, y de otro lado, ha enseñoreado todo el derecho penal hasta nuestros días, cuando a pesar de todo sigue aplicándose en muchos países del mundo contemporáneo y bajo las más diversas formas.

Pero lo importante de este tema son las opiniones encontradas, y a ellas nos dirigiremos enseguida, tocando antes, en breve reseña histórica, los procedimientos que se han utilizado en la aplicación a través de la misma deteniéndonos un

poco en los sistemas actuales.

A. PROCEDIMIENTOS

Además de los procedimientos actuales, que expondremos después, para llevar un orden metódico-histórico, diremos que entre los procedimientos más antiguos, destacable por su crueldad, está el de la celda en la que se encerraba al condenado en condiciones infrahumanas hasta que sobreviniere su total exterminación mediante las distintas formas de tortura con que se "adornaban" estos sitios tan temidos en la antigüedad y que hoy, aunque disimuladamente, se emplean como medios de tortura en algunas cárceles del mundo.

Variantes de este suplicio mortal son el enterramiento en vida, utilizando multitud de métodos, entre los que se destaca el de abrir agujeros en la tierra y enterrar en ellos al condenado a pleno sol para que éste y la sed hagan su macabro trabajo. Otro método es el de colocar al reo dentro de una maza de cemento fresco hasta que éste al endurecerse produce la muerte por asfixia. Versión pública de este método es la picota pública en la que el condenado es colocado inmovilizado hasta producirle la muerte por anquilosamiento. Sin embargo, aparece como máxima expresión de crueldad la galera, por ser una mezcla de varios suplicios en uno que irremediablemente terminaba con la muerte del condenado.

Otras formas consisten en azotar al reo hasta su muerte o utilizar medios más sofisticados, donde se pone a prueba la crueldad humana, como el de apalear o apedrear al condenado en los que se utilizaron medidas tan deprimentes como las de colocar al reo en clara situación de semajar un blanco de tiro. Variante de este sistema, no menos atroz que el anterior, es la lapidación en la que al condenado se le dejaba caer encima una gran loza con el evidente propósito de aplastarlo. Aparece también, comparable a los anteriores por su crueldad, el denominado suplicio del cuerpo atravesado en que el que el condenado era colocado entre cuatro tablas lisas a las cuales se le introducían unas cuñas, entre éstas y el cuerpo del reo, para luego apretar con el lógico resultado del atravesamiento del cuerpo por las cuñas y la subsiguiente muerte. Este método alcanzó a través de la historia, especialmente en la edad media, una exquisites, si es que se puede llamar así un hecho tan aberrante, a consecuencia de la sustitución de la madera por metales, aún al rojo blanco destinados al martirio del reo.

Pero los tormentos mortales no culminan con lo anteriormente narrado, ellos se modifican en su sofisticación pero siempre con el mismo resultado para el "paciente", la muerte, así tenemos el suplicio del potro y el de la rueda que nada tienen que envidiar a los hasta aquí nombrados, en ellos el cuerpo del reo era martirizado hasta el cansancio y con el

morboso deseo de eternizar el castigo, es decir, de hacerlo durar lo más posible. La cadena se alarga con el llamado "tormento del agua", semejante al de la luz de nuestros días, y que sin lugar a dudas reflejan la indudable "modernización" de los métodos de tortura, que aunados a los que conllevan mutilaciones y aún el descuartizamiento del cuerpo del condenado nos dan a conocer una visión no muy agradable de las formas de castigo que se ha utilizado para reprimir la delincuencia en el mundo por parte de las personas o entidades dedicadas a administrar justicia. Pero esto no acaba aquí, pues parece que el hombre tiene, así parece demostrarlo, una gran capacidad inventiva de torturas, utilizando todos los medios conocidos y los elementos de la naturaleza -ya mencionamos el tormento del agua- nos toca ahora tratar el del fuego, cuya versión moderna es la silla eléctrica, para mencionar someramente las famosas hogueras inspiradoras de innumerables obras históricas y literarias sobre el tema, especialmente a través de las decisiones inquisitoriales ya suficientemente conocidas..

A pesar de que el objeto de estas líneas, en lo referente a este aspecto, es más que todo histórico, no podemos sustraernos al impulso de hacer un comentario sobre el mismo, no en relación a ellos en sí, como formas de tormento, sino a su aplicación como tales, que querramos o no, han seguido enseñorando el marco de las ejecuciones mortales, legales o

ilegales, en muchos países del mundo, tal y como lo denunciaba el escritor Daniel Sueliro en su libro "La Pena de Muerte", amén de las últimas denuncias conocidas en los últimos tiempos a través de las comisiones de las Naciones Unidas y de la Comisión Internacional para la Defensa de los Derechos Humanos, conociéndose hechos que hacen recordar en mucho a los antiguos métodos de tortura mencionados atrás, y lo que es más triste para nosotros, nuestro país, la inmortal Colombia, también se encuentra en la no muy corta lista negra de torturadores mortales, según los informes dados a conocer mundialmente.

Adentrándonos ahora, en los métodos modernos vemos que ellos son la sofisticación de la tortura mortal, entre ellos, los más utilizados en la gran mayoría de los países del mundo, son la horca, quizás el más antiguo de ellos, la decapitación, el garrote, el fusilamiento, la silla eléctrica y la cámara de gas.

Observando detenidamente, tenemos que cada uno de ellos tiene sus peculiaridades, que no es del caso mencionar aquí, pero si es bueno anotar, que en los lugares donde se mata con uno o varios de ellos se hace con un criterio "humanitario" según expresión de los propios legisladores y jueces para evitarle al reo "inútiles sufrimientos" a la vez que se cobra la deuda contraída con la sociedad por la comisión del delito.

46

Para finalizar diremos que cualquier método que se utilice para segar la vida a un semejante, a lo cual nadie tiene derecho, incluso la misma autoridad, es inhumano a la vez que inmoral, además de no tener ningún reparador del daño que se causa con el delito como lo expondremos al tratar los temas de "Pena y Delito" y Delincuencia y Penalidad " en capítulos subsiguientes.

B. ARGUMENTOS FAVORABLES A SU APLICACION

Expondremos a continuación los argumentos que se han esbozado en favor de la implantación o mantenimiento de la pena de muerte en los países donde existe, por la corriente que la defiende, luego expondremos la corriente contraria y finalmente, mediando el previo análisis de las mismas daremos nuestro parecer.

Los argumentos que se exponen a favor de la pena de muerte se discriminan así :

- a. La pena de muerte es la única pena que posee eficacia intimidativa para luchar contra la gran criminalidad.
- b. La consideran la única pena temida por los criminales.
- c. La pena de muerte, se afirma, es insustituible, pues la que se propone para reemplazarla, la prisión perpetua, si

se ejecuta en condiciones de rigor, resulta al penado más intolerable aún que la misma muerte, y si se atiende las modalidades de su ejecución constituiría una pena inadecuada, por su suavidad, para los grandes criminales.

- d. Esta pena constituiría, expresan sus defensores, con Garofalo a la cabeza, el medio más adecuado para efectuar la selección artificial que la sociedad debe realizar para eliminar de su seno a los individuos antisociales e inadaptables a la vida social, es el único medio, pues la prisión, aún la perpetua, ofrece el riesgo de posibles evasiones y la posibilidad de que una revolución abra las puertas de las cárceles. (Los subrayados son nuestros).
- e. Es una medida de excepción contra los monstruos criminales.
- f. Debe aplicarse cuando se demeriten los demás medios contra la delincuencia, esto en apoyo del concepto anterior.
- g. Es la justa retribución al delincuente en consideración al delito cometido.

Estos son los principales argumentos en favor de la pena de muerte, entraremos de inmediato a analizar las argumentaciones

nes que en contra de la última pena han hecho que su importancia haya ido decayendo y que se le sustituya por otras penas o que simplemente se prohíba su aplicación.

C. ARGUMENTOS CONTRARIOS A SU APLICACION

La campaña abolicionista contra la pena de muerte se inicia definitivamente a fines del siglo XVIII, mencionándose entre sus impulsores al maestro Cesar Beccaria. Basan su campaña los abolicionistas, especialmente los modernos, en argumentos de orden moral, que parten, según su decir, de la ilicitud natural de esta pena, y de razonamientos fundados en consideraciones de orden práctico, de utilidad social. Las consideraciones expuestas en primer lugar, las morales, manifiestan que la última pena es un acto impío en cuanto la justicia humana, al imponerla, se arroga atribuciones y pronuncia juicios que están reservados a la omnipotencia divina; además es un acto inhumano que rompe definitivamente el lazo de solidaridad que nos une con los otros hombres.

Concretamente la pena capital es rechazada con los siguientes argumentos por aquellos que la combaten :

- 1. Su carácter irrevocable, que hace imposible reconsiderar el error jurídico.
- 2. Su implantación denuncia incapacidad del Estado para

49

reeducar al infractor y elevarlo así a un grado más alto de libertad.

3. Es una bárbara reminiscencia que debilita la conciencia social, cualquiera la forma en que se cumpla.

4. Los mandamientos penológicos carecen de legitimidad cuando se dirigen contra el supremo principio que es la vida, origen y sustento de todos los demás bienes jurídicos. La vida es la dueña del derecho, pero el derecho no puede ser dueño de la vida.

5. La muerte no defiende nada, ni al pie del patíbulo es posible esperar la redención social. La presencia del verdugo es más temible que el delito mismo, porque éste es un fenómeno cambiante, al paso que aquel tiene la permanencia de una institución.

6. No es argumento en favor, el hecho de que la pena capital se aplique en gran número de países civilizados, pues es sabido que las deformaciones morales no desaparecen tan fácilmente como la estructura material. La auténtica cultura humanitaria borraré para siempre esta aberración jurídica como lo ha logrado ya con otras.

7. La pena de muerte carece de la eficacia intimativa

que le atribuyen sus defensores, pues la estadística demuestra, por una parte, que en los países que la han suprimido no se manifiesta ningún aumento de los delitos castigados con ella; y por la otra, que en los países que aún la mantienen no hay indicios de su disminución.

8. La pena de muerte carece de eficacia intimidativa, especialmente para ciertos criminales, para los asesinos caracterizados por su insensibilidad moral, para los criminales profesionales (de los cuales habla el proyecto de Código para Colombia de 1978), para quienes la última pena es una especie de "riesgo profesional" que no les espanta y para los delincuentes políticos-sociales que anteponen su ideal ante su propia vida para lograr sus propósitos.

9. El espectáculo de las ejecuciones públicas no produce sobre las masas una impresión de escarmiento y de terror, sino que, por el contrario, produce un efecto desmoralizador sobre ciertos individuos, hasta obra obra a modo de morboso atractivo al delito. El hecho de que muchos condenados a muerte hayan presenciado alguna ejecución capital constituiría una prueba de la carencia de fuerza intimidativa en estas ejecuciones.

10. La pena de muerte puede ser considerada como un medio de venganza por parte del Estado contra sus subditos por el solo hecho de alterar el normal desenvolvimiento de sus actividades.

Estas son algunas de las razones que se esbozan en contra de la pena capital por juristas y aún personas ajenas al derecho, que indudablemente merecen tenerse en cuenta al tomar una decisión de esta naturaleza.

Nuestra posición, desde ahora lo decimos, es claramente contraria a la aplicación de la pena capital en cualquier parte del mundo, y más concretamente en Colombia, por considerarla aberrante en primer lugar, inmoral e inicua, además de innecesaria para la represión de los delitos cuyo origen tienen innegablemente sello social lo cual es un hecho que el Estado debe estudiar y no utilizar el camino más corto, fácil y cobarde de suprimir la vida de un semejante con el equivocado concepto de que ésa es una de las medidas más eficaces para suprimir la delincuencia.

III. CASO COLOMBIANO

El derecho "legal" de disponer de la vida de una persona por parte de la autoridad o gobernante en Colombia fué puesto en práctica en nuestro país a todo lo largo de nuestros períodos

históricos, en la época pre-colombina los indígenas hicieron uso de él, a partir de Colón los conquistadores, la colonia, los revolucionarios y desde 1886 hasta 1910 toda legislación nacional traza impresa en caracteres indelebiles la autorización legal para matar con derecho, solo a partir del año de 1910, atrás citado, el legislador colombiano mediante el acto legislativo N° 3 de ese año, hoy artículo N° 29 de nuestra actual Carta Fundamental prohibió tajantemente esta nefasta práctica al decir lo siguiente : V° El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso", lo que significa que mientras subsista este tenor ninguna disposición legal, aún en estado de guerra exterior o de "comoción interior", rá decir en estado de sitio, situación ésta última que nunca ha sido aclarada por falta de un estatuto orgánico, podrá el legislador imponer la pena de muerte en territorio Colombiano.

El artículo 29, ya comentado, tiene concordancia inequívoca con el artículo 16 de nuestra actual codificación constitucional, veamos por qué, esta norma a la letra dice lo siguiente: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." se observa entonces, que si por una parte se protege la vida del residente en Colombia, ya sea nacional o extranjero, por

la otra sería muy odioso, pensamos nosotros, establecer en otro artículo posterior, la aplicación de la última pena, para esas mismas personas que antes se decía proteger, y expresemos de una vez, para evitar equívocos, que nosotros no creemos que la comisión de un delito por parte de esa persona, que el Estado está en la obligación de proteger, es o vice para que ipso facto o ipso jure pierda el derecho a la misma y se convierta en carne de cadalso y pierda todos sus derechos. Se nos dirá que el derecho a la vida tiene sus limitaciones, ejemplo la legítima defensa, pero esta situación es muy distinta, pues según el artículo 25 de nuestro estatuto jurídico penal a la letra dice "2º... El hecho se justifica cuando se comete : Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta (subrayado nuestro) ...", agregando luego la misma disposición "... y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión" . (el subrayado es nuestro) , lo que nos indicaría que se necesitan tres hechos fundamentales para que se autorice la supresión legal de la vida de una persona: 1) violencia actual e injusta, 2) Necesidad de defenderse o defender a otro y 3) que la defensa sea proporcional a la agresión ; lo que nos indica, comparativamente, que cuando se "ajusticia" a un condenado vemos claramente que ninguno de dichos presupuestos se cumple ya que éste no está en situación de ataque actual, en esos momentos no se defiende ningún dere-

cho en peligro (de los establecidos en el artículo 16 de la Constitución Nacional), y, lo que es más grave, no hay proporción entre la supuesta defensa social que autoriza la ejecución, y la ejecución misma, en definitiva estamos en presencia de un "CRIMEN LEGAL", que consideramos nosotros, es más grave que un asesinato.

Por todo lo anterior, nos declaramos intransigentes opositores de la implantación de la pena de muerte en el mundo y con mucha más razón en nuestro país al cual consideramos inmaduro para una experiencia de esta clase, conociendo, como conocemos, la situación en que se debate la rama jurisdiccional del poder público, que valga la ocasión, decirlo, es considerada por las personas que detentan el poder en la Nación como la "Cenicienta" de la misma. Además, corolario de esa situación son situaciones como la falta de presupuesto adecuado para su buen funcionamiento, la venalidad de algunos de nuestros jueces, la situación socio-económica del país, y demás factores que no es del caso analizar aquí y que indudablemente impiden que se aplique en el territorio nacional "recta y cumplida justicia"; lo que nos indica que en un caso excepcional, como lo es la aplicación de la pena capital, se presentarían muchos errores que posteriormente sería imposible reparar, porque la pérdida de una vida humana no tiene remedio conocido, que la subsane, fuera de la esperanza de la resurrección.

Vale la pena mencionar aquí, en razón a lo expuesto, la práctica solapada de ejecuciones mortales por parte de muchas de nuestras autoridades policivas y ejército en general, que ha sido materia de exhaustivas investigaciones por parte de la Procuraduría General de la Nación, lo mismo que torturas de igual magnitud, y que encontraron eco en una aberrante disposición que el Gobierno trató de introducir, haciendo uso de las facultades del artículo 121 de la Carta Magna Nacional, al pretender, introduciéndole un segundo párrafo en el artículo 25 del Código Penal, autorizando a las autoridades a disparar sobre las personas que se opusieran abiertamente a sus designios, lo que fué rechazado y en buena hora declarado inequívoco, pues indudablemente se estaba violando solapadamente una norma constitucional, de lógica superior jerarquía, en este caso el artículo 29.

Para cerrar este capítulo transcribimos a continuación las palabras del maestro Cesar Beccaria en su obra inmortal "De los delitos y de las Penas", dice así el ilustre expositor del Derecho Penal: " ... Esta inútil prodigalidad de los suplicios, que jamás ha hecho mejoras a los hombres, me ha movido a examinar si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. Cual puede ser el derecho que los hombres se atribuyen para quitar la vida a sus semejantes? No, en verdad, los que resultan de la soberanía ni de

las leyes. Estas no son sino un conjunto de porciones mínimas de la libertad de cada uno (intérpretese de conformidad con las modernas teorías constitucionales que hacen residir la soberanía en la nación como ente abstracto y a la vez concreto, único e indivisible): representan la voluntad general que es la reunión de los particulares. Quien sería jamás el que hubiese querido dejar a los demás hombres la libertad de matarle ?.

Como puede nunca estar contenido en el sacrificio mínimo de libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes, cual es la vida? Y si así ha hecho como concretar este principio con el otro de que el hombre no es dueño, de matarse él ? Debería serlo sin duda para que pudiera conceder ese derecho a otro o a la sociedad entera.

No es, por tanto, un derecho la pena de muerte, cuando hemos demostrado que no puede serlo, sino que es una guerra de la Nación contra un ciudadano, porque juzga ser su destrucción necesaria o útil. Más si yo demostrase que la muerte no es ni útil ni necesaria habría vencido la causa de la humanidad ...", hasta aquí la transcripción de las palabras contrarias a la aplicación de la pena de muerte expuestas en su monumental obra por el egregio penalista italiano, las cuales compartimos ampliamente.

II. PARTE

CAPITULO III

PENA Y DELITO

Antes de entrar a desarrollar esa parte del trabajo, queremos hacer una breve exposición explicativa y justificativa de la razón del título del mismo, es decir, del porque de colocar primero el apelativo "pena" y posteriormente la palabra "delito", cuando conocido es, que al tratar esta innegable relación en la mayoría de los casos, por no decir que siempre, se utilizan estos términos en forma invertida, pues bien, diremos a continuación lo siguiente :

Sea lo primero indicar que el motivo de esta investigación son precisamente las penas y teniendo a éstas como punto céntrico, los demás aspectos, no por ser de menor importancia, sino por metodología, convergen hacia ellas.

Expresemos como segundo punto el hecho de que la intención nuestra al establecer este capítulo dentro de la investigación es para conocer como las penas influyen decisivamente en el delito sin que por ello querramos negar el fenómeno contrario.

Noción clara del concepto expuesto en anterior párrafo, es

es el estudio de hechos tan fundamentales en las penas como son los principios que la informan, así como su relación con otro punto de discusión a altos niveles jurisprudenciales como el criterio de la peligrosidad que tanto ha dado que decir y que es indiscutiblemente uno de los pilares que sostienen nuestro actual régimen jurídico en la forma de aplicar la sanción adecuada al delincuente y de como esta sanción puede, en un momento determinado, influir en la comisión de determinado delito o género de delitos o lo que es más grave y que trataremos más adelante, en el índice delin cuencial en un lugar determinado y en un determinado momento histórico.

Hagámos pues, a continuación, un parangón específico de que tipo de relaciones se presentan entre las penas y los delitos, cuyo examen nos dará una trayectoria determinada, la cual será fácilmente apreciable, en el enfoque que se le ha tratado de imprimir desde sus comienzos a este trabajo, el crítico.

Veamos entonces a continuación el primer aparte de este capítulo, la relación Pena- Delito.

I. SU RELACIÓN

Relacionar estos dos aspectos, pena y delito, resulta altamente beneficioso para el fin propuesto con esta investiga-



ción y ello es así porque indudablemente existe una creencia general, fundada o no, esto es materia de discusión, consistente en dar predominio al delito como ente jurídico para con base en él determinar la calidad y forma de la sanción. En contraposición, no total sino relativa y sin predominio exagerado de uno sobre el otro, exponemos que en muchas ocasiones la pena influye en el delito, no porque ese sea su fin sino porque dadas las relaciones existentes entre ambos conceptos y las condiciones mismas de un determinado estado social surgen las mutuas influencias.

La penología en general y concretamente la pena, tienen, como lo estudiamos atrás, un indudable carácter preventivo del delito, pues bien, si ese carácter por circunstancias especiales se pierde, ¿qué sucede? Lógicamente que se perdería el carácter intimidativo de la pena, se resquebrajaría su función redimidora, su función protectora y ante todo, su aspecto fundamental, casi podríamos decir, su razón de ser, su carácter preventivo.

En definitiva no teniendo la pena los postulados que la sostienen pasaría a ser una mera consecuencia del delito, pero como hemos visto y expuesto, nuestro punto de vista es otro, es decir, pensamos que la pena puede caracterizar al delito pues el delincuente, quien la "sufre", adquiere por este solo motivo, una serie de influencias que pueden determinarlo.

61

a una de dos cosas; a alejarse definitivamente de la senda delincencial o seguir perfeccionandose en ella.

Por ser motivo de la parte siguiente de este trabajo, sólo haremos aquí un pequeño esbozo de la relación pena-delincuencia, para enfocar un aspecto que también trataremos después, es el relacionado con el aspecto penitenciario el cual influye decisivamente en el tema que nos ocupa en este capítulo, pues es sabido que las condiciones carcelarias determinan la rehabilitación o deterioro del penado que puede al estar cumpliendo su condena en un centro de esta clase rehabilitarse o perderse definitivamente para la sociedad, teniendo en cuenta las condiciones en que se cumpla el encierro carcelario.

Por lo expuesto en el párrafo anterior podemos decir que la pena tiene gran importancia en el delito a consecuencia de que su aplicación determina en un momento dado su índice - que estudiaremos adelante - y sus modalidades.

Hasta el momento solo habíamos estudiado el mero aspecto pena-delito, pero que papel juega el Estado en este punto? Le es o no indiferente? Negar la influencia del Estado en este tipo de relación lo considero iluso, razón de ello es que el Estado, en representación de la nación, más concretamente de la sociedad, es el directamente a tomar cartas en el asunto

62

en busca de sino se puede eliminar del todo por lo menos disminuir a proporciones mínimas el delito dentro de las fronteras nacionales. Por lo tanto, le corresponde al Estado influir para que esa relación sea equitativa y que además, la pena cumpla su cometido y no sea un nuevo foco de corrupción social que aumente el género delincuencial y más concretamente el índice delincuencial.

Trataremos ahora esta misma relación, pero a nivel nacional y observemos como la pena en la práctica, aunque el código establece otra cosa, no cumple en los postulados que la informan modernamente, lo que origina que el sistema penitenciario colombiano sea considerado como un foco más de delincuencia y que el reo, sumariados y condenados, no obtengan las condiciones necesarias que le permitan al Estado afirmar que está cumpliendo con los postulados establecidos en leyes sobre redención del delincuente.

Finalizaremos diciendo que la relación de la pena y el delito en cuanto a que la primera pueda o no constituir un factor de aumento o disminución de la delincuencia en general, o del mejoramiento o desmejoramiento del delincuente en particular, está dada por las condiciones en que ésta se oriente, ya sea como castigo o medio de rehabilitación, en primer lugar, y, en segundo, la efectiva concordancia entre los postulados legales y la realidad penitenciaria, ya que en el primer caso

se estaría retrocediendo en la historia penal y en el segundo se presentaría una dualidad contraria de conceptos entre uno formal y el otro real, originándose entonces una situación anómala en ambos casos originaria de un funesto hecho: el remedio peor que la enfermedad.

Espereamos que esa relación sea concordante y que en cuanto a Colombia, se supere y relacione favorablemente para beneficio de todo el derecho penal y más aún para la sociedad, productora y sufridora al mismo tiempo, del fenómeno delincencial.

II. PRINCIPIOS QUE INFORMAN LA APLICACION DE LA PENA

Estos principios fundamentales que informan la aplicación de la pena son de importancia capital en el cumplimiento de los fines que se persiguen al aplicar ésta al reo en razón a que su cumplimiento u omisión determinan la satisfacción de uno de los más importantes deberes del Estado: que en él se imparta recta y cumplida justicia.

Ente todo, haremos un esbozo general del tema diciendo lo siguiente:

Los principios que estudiaremos, deben cumplirse a cabalidad, porque ellos, según las prescripciones modernas que informan.

el derecho penal, constituyen base insustituible de sus fines, es decir, si por cualquier circunstancias ellos dejan de tener vigencia se desvirtúa de inmediato el sentido protector y rehabilitador que se le ha infundido a la concepción moderna de la pena. Iniciaremos nuestra exposición manifestando el concepto de justicia.

A. LA PENA DEBE SER JUSTA

Justicia, término que encierra multitud de significados y que podríamos decir, es la conjunción de todos los principios que informan no solo la pena, sino el derecho mismo, sin embargo, diremos que justicia o mejor, que la pena se aplique con criterio justo, significa que ésta debe aplicarse a quien la merezca, en su justa proporción y por quien tenga derecho a hacerlo, es decir, una versión amplia y concreta de lo que es el principio de legalidad. Deba aplicarse justamente la pena para que cumpla su función intimidativa y preventora, en razón de que justicia que se emplee en tan delicado asunto es la base de posteriores consecuencias sociales.

Vemos pues, que el criterio de justicia que debe informar la pena, es de singular importancia porque él permite evitar los errores que se puede cometer al aplicar la ley y que determinan el cumplimiento efectivo del precepto aquel que dice que

el Estado está obligado a velar porque dentro de sus fronteras se administre recta y cumplida justicia, ésto es, que se haga, como debe aplicarse, bien.

B. LA PENA DEBE APLICARSE EQUITATIVAMENTE

Equitativo y justo son dos términos muy relacionados uno con otro, más bien sinónimos, pero de todas maneras, con fines didácticos, le hemos dedicado acápite separado a cada uno de ellos, es así como ahora nos toca estudiar la equidad de la pena, y eso haremos.

La pena debe ser equitativa, esto es, debe responder a un equilibrio racional en relación con el delito cometido por la persona que de una y otra manera infringe la ley. Qué significa ésto ?

Sencillamente significa, que de acuerdo con el grado de peligrosidad del delincuente, entidad jurídica del delito, condiciones en que se desarrollaron los hechos, personalidad del agente y justo y recto criterio apreciativo del juez, dentro de los límites preceptuados de la ley, se le impondrá la sanción al infractor. Desarrollemos cada uno de estos puntos para luego dar el concepto final.

El primero de los fundamentos de la equidad, la peligrosidad

del delincuente, tiene acápite particular por lo que aquí solo tocaremos tangencialmente el tema. Sin embargo, diremos que ella tiene una importancia capital al aplicar la pena pues según el grado de peligrosidad que muestre una persona, así se le catalogará como merecedor de una u otra sanción o de su evolución entre el máximo y el mínimo legal permitido.

La entidad jurídica del delito, es el criterio que permite de terminar en un momento determinado qué grado de gravedad registra un delito cualquiera; hablamos de un delito cualquiera, porque a pesar de que el mismo legislador, con acertado criterio, ha establecido en la misma ley, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, la gravedad de una forma delictual cualquiera y esa forma sancionarla de igual manera, no se debe olvidar que las formas delictuales son cambiantes como la misma sociedad y que igualmente una determinada circunstancia influye para que sea más o menos grave un determinada infracción, entonces, de conformidad con ello, es decir, la entidad jurídica real y no la aparente, se debe aplicar la sanción.

La personalidad del infractor, importantísimo tema que dentro de la práctica judicial ha originado encendidas polémicas, tiene dentro de lo relacionado con la sanción, un capítulo reservado, pues a partir de los estudios hechos por Lombroso y

difundidos por la escuela positivista de Derecho Penal, se ha tenido que mirar al delincuente mismo y no solamente aplicar aquel nefasto axioma : delito y pena, en una relación pura sin influencias internas o externas que la modifiquen y sin tener en cuenta sobre todo, el hombre, actor principal del delito y hacia quien convergen ambos parámetros, es decir, el delito y la pena. Por esta razón hoy cuando se aplica la pena se trata el juzgador debe estudiar la personalidad del infractor, que indudablemente lo llevará a obtener un concepto claro de éste y determinar de esta manera su grado de peligrosidad, que como ya lo dijimos antes, es el parametro más acertado para determinar la sanción imponible a un delincuente, porque aplicado racionalmente, indica qué tipo de sanción merece un infractor para tratar de defender a la sociedad y a la vez conseguir mediante esa sanción justa y equitativa, su rehabilitación.

Ya hemos dado tres parametros de equidad en la aplicación de la pena, todos materiales; tocamos ahora uno subjetivo, el criterio racional del juez, que desde luego y esto es ineluctable, debe ser justo y recto dentro de los límites penales, para que cumpla su cometido.. Lo de justo y recto debe entenderse en base a que el juez al condenar y decidir que pena merece tal delincuente por su delito debe observar las condiciones que surjan de la investigación y luego dentro de lo preceptuado por la misma ley, de conformidad con su leal

saber y entender, concretizar la sanción.

En resumen, podemos decir que la pena para que sea equitativa debe responder a los postulados expresados en los párrafos anteriores y que una vez conseguido, ello se puede afirmar, ampliando el término, que se ha hecho justicia, más concretamente se ha puesto en práctica el principio general de la pena estudiado atrás, que ésta sea justa.

G. LA PENA DEBE TENER FUNCION REDIMIDORA O REHABILITADORA

Para afirmar nuestro pensamiento sobre el particular exponemos a continuación el pensamiento positivista sobre la pena, este es el siguiente :

"La pena no es intimidación, ni expiación, ni retribución moral o jurídica, sino una medida de defensa social, cuyo fin es la prevención y la readaptación del reo, sin que baste por sí sola para precaverse de los delincuentes. Por lo mismo las sanciones deben ser adaptables, indeterminadas, proporcionadas a la peligrosidad del agente y no dolorificas (El subrayado es nuestro) ". Analicemos lo anterior.

A través de toda esta investigación hemos dado a entender que una de las funciones más importantes que debe cumplir la pe-

na, quizás la más importante en nuestro concepto, es la de inducir al reo a la rehabilitación, es decir, a que vuelva a incorporarse a la vida normal en sociedad. Afirmamos esto no en forma caprichosa, sino en base a modernas concepciones al respecto, y sobre todo, en base a lo expresado por los primeros propugnadores de este principio: los positivistas, con los cuales en este aspecto no tenemos ninguna discrepancia.

Que la pena debe cumplir una función redimidora o rehabilitadora o como se dice modernamente, resocializadora, no es materia de discusión en la actualidad, sin embargo, si lo es, el hecho de saber cual es la mejor forma para lograr ese objetivo y si en realidad él se cumple a cabalidad en la moderna institución carcelaria, lugar en que se recluye al reo para que cumpla su cadena.

Podemos afirmar, sin temor a equívocos, que aquí si las cosas toman otro cariz; pues son pocos los países del mundo que cumplen a cabalidad con ese principio redimidor del delincuente, la gran mayoría, especialmente los subdesarrollados o "en vías de desarrollo" para utilizar un término menos despectivo y ofensivo, así como para complacer a los economistas, por razones que analizaremos someramente después, no ponen en práctica este principio en toda la extensión de su significado, aunque es bueno reconocerlo, lo mantienen preceptuado en

el espíritu de su legislación penal.

Cuales son las razones para que este principio tan importante del Derecho Penal en general y de la pena en particular, no se cumpla a cabalidad ?

Empezaremos diciendo que ellas se conjugan en multitud de factores, de los cuales podemos mencionar los siguientes :

Desidia u olvido por parte de los gobiernos de la población carcelaria.

Falta de un presupuesto adecuado para estos centros de reclusión carcelaria.

Falta de las menores condiciones elementales para el cumplimiento de los postulados legales y la mar de las veces de las mismas condiciones adecuadas para el normal desenvolvimiento de los penados, ya no como tales, sino como seres humanos que tienen, por el solo hecho de serlo, un mínimo de derechos que deben respetarse; es decir debe por lo menos respetarse los derechos del ser humano ya reconocidos internacionalmente, y el penado, por esta razón, según mi humilde concepto, no los ha perdido.

Estas causas son las que nos inducen a pensar que si bien la función redimidora o rehabilitadora de la pena es lo ideal,

la realidad es muy distinta a consecuencia de la disparidad entre lo preceptuado en la legislación penitenciaria y lo que verdaderamente ocurre en los centros carcelarios, lugares donde el reo cumple su condena y en los cuales, de igual manera, debe cumplirse su rehabilitación.

Es forzoso indicar que estas críticas al sistema penitenciario no de un país determinado, sino hablando en términos generales, ha sido en base a informaciones que diariamente se conocen por los distintos medios de comunicación social y en el caso concreto de Colombia mencionamos el reciente episodio ocurrido con el señor Gonzalo Carreño Nieto, quien luego de permanecer 1) años en prisión, en la modalidad de detención preventiva, fué finalmente declarado inocente, para al salir narrar la patética situación en que se debaten los que por desgracia son reclusos en los centros penitenciarios colombianos.

Si se cumple o no a cabalidad esta función rehabilitadora de la pena, nos pone a meditar sobre otro problema muy relacionado con él, es el de su utilidad social, que entraremos a ver a continuación en el acápite siguiente y que nos servirá para ulteriores críticas.

D. UTILIDAD SOCIAL DE LA PENA

Este concepto de utilidad social de la pena, consideramos nosotros, va intrínseco en el principio anterior o sea el carácter rehabilitatorio de la pena.

Por qué afirmamos este criterio ?

Sencillamente porque al establecerse como función primordial, elevado a la categoría de principio, que la pena tiene como fin el lograr la rehabilitación o readaptación social del individuo, no se está haciendo otra cosa que cumplir con el fin de utilidad social de la pena que ahora estudiamos.

Este carácter utilitarista de la pena, se logra cuando cumplido el fin primordial de la misma, la rehabilitación del reo, éste se integra nuevamente a la sociedad a prestarle su concurso.

Como se integra socialmente ese individuo readaptado a la sociedad que bajo el criterio de la defensa social lo condujo a purgar una sanción penitenciaria en un establecimiento carcolario ?

No es fácil responder a esta pregunta, pero desde luego, debe por parte de la sociedad presentarse un sentido de ayuda pa-

ra con el infractor de sus leyes, que una vez purgado su delito, se supone, repetimos, bajo un verdadero concepto práctico de la rehabilitación del sancionado, se reincorpora a ella con la intención de volver a formar parte de ésta y desarrollar una actividad legal que lo beneficie a sí en particular y a la sociedad en general.

Se cumple realmente este fin en la actualidad ?

Duele decirlo, pero es preferible una amarga verdad que una mentira piadosa, el menos en este caso, la respuesta categórica es No. No vamos a decir, que en todas partes del mundo se encuentra establecida esta situación anormal, pero sí queremos llamar la atención sobre el tema, diciendo que en gran número de países hay discrepancias protuberantes entre lo que se encuentra preceptuado en la letra fría y severa de la ley y la realidad existente. Razones ? Veamoslas : Al analizar el punto anterior - fin redimitorio o rehabilitatorio de la pena - decíamos que por diversas causas, tales como una política de desidia carcelaria de los gobiernos, falta de presupuesto adecuado para los centros carcelarios, y consecuentemente a ésto, falta de las mínimas condiciones para el cumplimiento de los postulados legales al respecto, incluso condiciones, algunas veces inhumanas, etc., no permitían que el criterio de la rehabilitación del penado no se cumpliera a cabalidad; pues bien, también afirmábamos, al ini

74

ciar este acápite, que él y el anterior principio guardan una relación de medio a fin que nos permite discernir consecuentemente, que cumpliéndose el primero, el segundo tiene aplicación inmediata y que viceversa presentándose fallas en el primero, éstas influirían decisivamente en el segundo, por qué ?

Es fácil responder a esta pregunta, porque la sociedad, en el primer caso confía en el individuo, porque tiene la seguridad de que éste una vez rehabilitado, tratará por todos los medios a su alcance de lograr ser, por una parte, admitido en su seno y por la otra, desempeñar una actividad productiva que concluya su redención y que dé paso beneficio a la misma sociedad. En el segundo caso hay una mutua desconfianza. De un lado el delincuente prosumido, según el postulado legal, desconfía de que la sociedad lo acepte como uno de sus miembros, razón de esta desconfianza es el conocimiento efectivo y en propia carne, de que la cárcel no ofrece los medios necesarios para su readaptación legal y efectiva; estamos hablando en el supuesto caso de que efectivamente, a pesar de las condiciones negativas, se logre la rehabilitación del reo, porque de no ser así lo que sucedería es que el individuo al salir, saliese con sed de venganza contra la sociedad lo que indudablemente lo haría más peligroso. Respecto de la sociedad la desconfianza se presenta porque ella

duda de que en las condiciones en que se debaten los reos, al cumplimiento de sus condenas, se logre la efectiva readaptación social del penado, originándose entonces una situación de rechazo hacia éste, que lo induce, al no lograr nuevamente incorporarse a la sociedad y desarrollar una actividad honesta que le permita subsistir, volver al delito, quizás con un sentido de mayor peligrosidad a consecuencia del resentimiento que indudablemente se introduce en su alma.

Como hemos visto a través de estas líneas, la importancia capital de este principio es ineluctable y ella nos ha movido a manifestar que de no corregirse la forma en que actualmente se cumplen las disposiciones legales al respecto, sobre todo, lo relacionado con el efectivo cumplimiento de las políticas carcelarias, acordes con los postulados y principios que informan la aplicación de la pena, no dudamos un instante en afirmar que todo será inútil, que el índice delincuen- cial seguirá aumentando, los gobiernos tomando cada vez mayores medidas represivas y el hombre, principal actor del delito y sujeto pasivo de la sanción, olvidado sin ninguna esperanza de rehabilitación, a pesar de que las leyes lo pregonan en grandes caracteres.

Pasaremos ahora a analizar otro principio, quizás la base de apoyo de los anteriores, el principio de legalidad de la sanción.

E. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA

Exprofeso hemos dejado este principio en último lugar de análisis. Razón ?

Lo consideramos el baluarte indiscutido de los demás, el pilar donde los principios de justicia, especialmente éste, equidad, rehabilitación y utilidad social, tienen su guardian protector. Y no es caprichosa esta afirmación, porque es sabido que la legalidad es el límite entre lo permitido y lo prohibido y que su violación origina una serie de traumatismos jurídicos que indudablemente alteran la estabilidad de un Estado y conmocionan el normal desenvolvimiento de las actividades ciudadanas.

Este principio de legalidad es tan importante que la declaración universal de los Derechos Humanos, promulgada por las Naciones Unidas, manifiesta tajantemente en su artículo 11° Inciso 2° lo siguiente :

"Nadie será condenado por actos y omisiones que en momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito". (El subrayado es nuestro). En igual forma se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Inciso 1°

de su artículo 15°. Como se aprecia esta garantía se refiere al hecho punible y a la pena aplicable, que en último caso es la materia de nuestro estudio. Podemos entonces, deducir, que es tanta la importancia de este principio que ha merecido que entidades internacionales lo hayan inscrito entre sus normas, e igualmente, levanten su voz de protesta, como ocurre en los actuales momentos, cuando consideren que han sido violados por algún gobierno de la tierra, no importando que esa violación afecte a nacionales o extranjeros.

Pasando al plano nacional observamos que son varias las disposiciones, tanto legales como constitucionales, que se refieren a él, citemos algunas: Artículos 23 y 28 de la Constitución Nacional, e igualmente el artículo 25 de la misma codificación. Legalmente se encuentra establecido en los siguientes normas: Artículo 1° del Código Penal, artículo 1° del Código de Procedimiento Penal.

Por creerlo de interés haremos a continuación una transcripción de los mismos:

Constitución Nacional:

Artículo N° 23 "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes ..."

Artículo 26 " Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio " .

Artículo 28 Inciso 1° " Aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado Ex Post Facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente ..." (Los subrayados son nuestros) .

Legales :

Código Penal, artículo 1° "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella" . (El subrayado es nuestro) . Y finalmente el Código de Procedimiento Penal, también en su artículo 1° reafirma este principio al preceptuar lo siguiente : "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute , ante juez competente y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso " .

Como se observa, por el solo contexto de las disposiciones, este principio es fundamental en el derecho penal, pues es él quien sostiene todo el andamiaje jurídico de una nación.

De donde se deduce inequívocamente que los traumatismos jurídicos que ocasiona su violación son de una importancia extraordinaria, porque al violarse el principio de legalidad se está afectando indudablemente los derechos humanos y más concretamente los derechos civiles y las garantías sociales, que en nuestro caso están consagradas en el título 3° de nuestra carta política.

Es a consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, que somos decididos opositores del "estado de sitio" permanente y en esfera más concreta del mal llamado "Estatuto de Seguridad", que indudablemente son situaciones anormales, que por no ser transitorias en la práctica, como lo demuestra el hecho de vivir por más de 20 años bajo el imperio del artículo 21 de la Constitución, cuando la misma implícitamente habla de su transitoriedad.

Habría mucho que analizar en este principio, creyendo que por lo menos hemos dado una visión general de su importancia, de lo beneficioso de su permanencia y aplicación, al igual, de anotar lo desastroso que es para un país el hecho nefasto de su violación y peor aún, que el mismo Estado, encargado de defenderlo y aplicarlo, se encargue de violarlo impunemente, en los países donde este hecho desgraciadamente se produce causando un perjuicio irreparable a la sociedad entera y por ende al mismo Estado por la desconfianza que origina ella el

hecho que éste, encargado de salvaguardarlo, sea su principal violador.

Hasta aquí hemos dado una visión general de los principios que informan la pena, ahora pasaremos a otro punto, también bastante candente, se trata del criterio que mide la magnitud de la pena según las modernas teorías penalógicas : la peligrosidad del delincuente.

III. LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO BASICO PARA LA APLICACION DE LA PENA

Indudablemente este es el criterio que el legislador tiene actualmente, lo mismo que el juzgador, para aplicar la pena. Anteriormente, en épocas pretéritas del derecho penal, al sancionar al delincuente no se tenía en cuenta el hecho de que de acuerdo con el sentido moral existente en un determinado momento histórico se graduara la pena según el estimativo conceptual de moralidad que en esa misma relación debía tener la infracción, por que la pena se aplicaba rigurosamente sin ningún tipo de determinación porcentual o proporcional. A partir de la aparición en el derecho penal de las concepciones de la escuela clásica este criterio cambió y entonces fué cuando empezó a determinarse la pena para cada clase de delito en relación con una determinada forma de pena, y más aún, se establecieron escalas dentro de las cuales

el juzgador tenía cierta libertad de acción para imponer la sanción al delincuente según las condiciones del delito y las personales del reo.

Estos dos aspectos mencionados en el párrafo anterior son los que han alcanzado mayor difusión y que hoy son acogidos por las legislaciones modernas. Ellos se pueden subsumir en lo que se ha dado en llamar el "criterio de la peligrosidad del delincuente".

Pero en qué se basa el criterio de la peligrosidad? No es difícil establecerlo, se basa en la proporcionalidad que debe instaurarse entre la relación delito-pena basada en las condiciones que el juzgador aprecie en la configuración de la infracción penal, al igual que la situación personal del infractor, éste quizás es el más importante de todos por constituir precisamente el destinatario de la sanción, su fondo.

Expondremos a continuación el pensamiento de las escuelas clásica y positivista sobre el tema, para luego hacer nuestro propio juicio.

La escuela clásica enfoca el tema por el aspecto de la proporcionalidad, básase éste en dos pilares: uno cualitativo (proporcionalidad cualitativa), según el cual los delitos más graves deben ser penados con las penas más graves y deben ser

castigados con penas de clase diversa atendiendo a su diversa naturaleza. El otro, el cuantitativo (proporcionalidad cuantitativa), conforme al cual la pena en cada delito, debe aplicarse en menor o mayor grado, según la mayor o menor culpabilidad del reo. Consecuencia de estos principios son las siguientes afirmaciones de la escuela clásica:

- a. Que los delitos no deben ser castigados todos ellos con las mismas clases de penas, así en las legislaciones existen penas de diversa índole, unas recaen sobre la libertad, otras sobre los derechos políticos, otras sobre la propiedad, etc..
- b. Que es necesario establecer una graduación entre los delitos atendiendo a su gravedad y en correspondencia con ella crear las escalas de penas de tal manera que exista un paralelismo entre delitos y penas.
- c. Que las diversas clases de penas deben ser divisibles y graduables para que puedan seguir la variedad del delito en todas sus posibles gradaciones de aumento y disminución.

Estos postulados clásicos han sido refutados, anteponiendo como razón, la imposibilidad de semejante relación entre cosas completamente heterogéneas.

Ahora, haremos otro tanto con la escuela positivista de derecho penal. Ella nos dice lo siguiente :

En la determinación de la pena debe tenerse en cuenta :

- a. Un criterio de buen sentido que enseña que amenazar con igual pena a delitos de distinta gravedad es crear un estímulo para cometer los mayores delitos.
- b. El instintivo sentimiento popular de justicia que exige las penas más severas para los crímenes más atroces, para los que violan los intereses jurídicos más vitales, y sanciones más benignas para los delitos de menor gravedad.

De estos criterios se desprende que en la determinación de la pena debe atenderse a la gravedad del hecho (El subrayado es nuestro) .

Y sigue diciendo la escuela positivista de derecho penal :

Pero además de estos criterios objetivos debe tenerse en cuenta el mayor o menor grado de peligrosidad del delincuente que se apreciará :

- 1. Por el delito realizado, el cual puede ser un síntoma de la peligrosidad del agente. Se atenderá a la clase de

(81)

norma violada por el delito (un delito contra la vida reputará generalmente revelador de un delincuente más peligroso que uno contra la libertad), así como a todo género de circunstancias que en el delito concurren y que tengan alguna relación con la peligrosidad de delincuente (como el empleo de astucia o fraude, el cometer el delito mediante escalamiento, que indica una especial aptitud peligrosa del delincuente, y en general, los medios empleados en su ejecución, el resultado más o menos dañoso, la persistencia de la voluntad delictuosa, la conducta anterior y posterior al delito, y muy especialmente, los móviles del hecho) .

2. A sus condiciones personales, biológicas siquicas y sociales. Desde este punto de vista será preciso distinguir si el delincuente es loco o anormal, si es un delincuente habitual, pasional u ocasional, si es un joven o un adulto, etc.

Como se aprecia, en armonía con sus postulados generales, cada una de las escuelas que acabamos de citar tienen un concepto distinto y regulador de la situación, que según sus concepciones, analizan como mejor para encausar el tratamiento al delito y la pena. La una, clásica, mira con preferencia la situación objetiva del fenómeno y aconseja una gradual escala de sanciones según la gravedad, dada por el

85

criterio moral, de la infracción, ésto es, fiel a sus postu-
 lados encarna al delincuente como ser normal y en base a é-
 llo determina objetivamente que tipo o calidad de sanción
 merece. La segunda, la positivista, en base a la atención
 preferencial que el delincuente le merece, sin olvidar el
 delito cometido por éste, determina que además de la estruc-
 turación gradual de gravedad que intrínsecamente conlleva,
 una infracción penal en razón al bien jurídico que afecta,
 también, preferencialmente, hay que observar las condiciones
 personales del infractor de la ley, lo cual en base a las ob-
 servaciones que sobre él se efectúen nos darán un determina-
 do tipo de sanción, ya por el aspecto calificativo o cuanti-
 tativo.

Este aspecto de la peligrosidad del delincuente a partir de
 la manifestación hecha por la escuela positivista de que an-
 te todo hay que posar los ojos en el delincuente y desde él
 irradiar hacia las demás circunstancias que pueden modifi-
 car objetivamente la situación de éste, ha venido desde en-
 tonces, enseñoreando el derecho penalógico mundial y en la
 actualidad no se discute su valía, a pesar de lo cual se si-
 gue investigando, no ya para establecerlo como tal, sino con
 el propósito de ajustarlo a las circunstancias cambiantes de
 una sociedad en constante transformación y por ende con el
 necesario cambio de valoración moral de los hechos que ori-
 ginan sus miembros.

80

Concluyendo; tenemos que el concepto de peligrosidad es el que actualmente rige para determinar el tipo y calidad de la sanción a que debe ser sometido el delincuente, entre nosotros, se aprecia fácilmente este criterio con solo observar la parte general del código penal, libro primero, título primero, capítulo IV, que entre los artículos 36 y 40 desarrolla ampliamente esta institución. Veamos el artículo 36, que a la letra dice: "Dentro de los límites señalados en la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la peligrosidad del agente. Luego de exponer en los artículos 37 y 38 las circunstancias de mayor o menor peligrosidad en forma detallada, afirma el concepto que venimos estudiando el artículo 39 cuando dice: "Solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurren únicamente de menor peligrosidad. Con lo anterior se comprende que aunque nuestro estatuto penal habla en primer lugar, en el artículo 36, de gravedad y modalidades del hecho delictuoso, etc., lo que estableció, por que éstos son partes integrantes de ella, fué el criterio de la peligrosidad en la graduación de la pena al delincuente.

Volveremos nuevamente sobre este interesante tema en el acá-

pite denominado "sistema colombiano", donde expondremos más detenidamente el tema con un enfoque más pormenorizado de las circunstancias que, calificadas como de mayor o menor peligrosidad, pueden determinar en un momento dado cantidad y calidad de la sanción a un delincuente, igualmente reputado, más o menos peligroso.

IV. SISTEMA COLOMBIANO

Como lo expusimos en el acápite anterior, aquí nos reafirmamos, al criterio que establece nuestro estatuto jurídico-penal para la valoración de la sanción merecida por el infractor es el de la Peligrosidad del delincuente. Repetimos, también, que entre los artículos 36 y 40, capítulo cuarto, título primero, libro primero o parte general del Código Penal se hace un estudio pormenorizado del mismo y se establecen las bases de su aplicación.

Como anteriormente nos referimos a los artículos 36 y 39 nos dedicaremos más concretamente a los artículos 37 y 38 para luego referirnos globalmente al capítulo.

El primero de dichos artículos, que se refiere a las circunstancias de mayor peligrosidad, dice textualmente :

Artículo 37: "Son circunstancias de mayor peligrosidad que

agravan la responsabilidad del agente - en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito - las siguientes :

1. Sus antecedentes de depravación y libertinaje
2. El haber incurrido, anteriormente, en condenaciones judiciales de la policía.
3. El haber obrado por motivos innobles o fútiles.
4. Los deberes especiales que las relaciones sociales o las de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado.
5. La preparación ponderada del delito.
6. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.
7. El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo.
8. El ejecutar el delito con insidias o artificios, o valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados deficientes o enfermos de la mente.
9. El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada.
10. El ejecutar el delito aprovechando una calamidad pública

- o privada o un peligro común.
11. El abusar de la credulidad pública o privada.
 12. El hacer más nocivas las consecuencias del delito.
 13. El perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona.
 14. En las culpas, el haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.
 15. La posición distinguida que el delincuente ocupa en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio, y
 16. La ejecución del delito sobre objetos expuestos a la buena fe del público, o custodiados en oficinas públicas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia pública.

Por su parte el artículo 38 nos describe las circunstancias de menor peligrosidad así :

Artículo 38 : "Demuestran menor peligrosidad y atenúan, por tanto, la responsabilidad - en cuanto no hayan sido previstas de otra manera - las siguientes circunstancias :

1. La buena conducta anterior.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas .
3. El obrar en estado de pasión excusable, de emoción deter-

- minada por intenso dolor o temor, o en impetu de ira provocada injustamente.
- 4. La influencia de apremias y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho.
- 5. La embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas.
- 6. El haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto.
- 7. El procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias.
- 8. El resarcir el daño, aunque sea parcialmente.
- 9. El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo.
- 10. En las culpas, causar el daño en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.
- 11. La indigencia y la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en el ejecución del hecho.
- 12. Las condiciones de inferioridad síquica, determinadas por la edad, por el sexo, o por circunstancias orgánicas transitorias.

Ade más de lo preceptuado es bueno transcribir el artículo 40 que en concordancia con el artículo 38 manifiesta :

Artículo 40 : Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38, debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ella.

Como se aprecia, al concordar los artículos 38 y 40, nuestra ley, fiel al principio de la favorabilidad de la ley penal, determina que en caso de que el juzgador aprecie alguna otra circunstancia indicativa de menor peligrosidad en el delincuente, podrá reconocerla empleando la analogía si ésta guarda alguna relación con las establecidas en el artículo 38. Como se observa, es una clara excepción al principio general del derecho penal de que en él no se admite al reo, principio que tienen mayor entidad jurídica, se admite la disposición del artículo 40 del código penal.

Refierese también este capítulo a una situación que ha dado en denominarse, por parte del mismo Código Penal, circunstancias modificadoras del delito, que pueden atenuar o disminuir la responsabilidad del delincuente y por consiguiente disminuir o aumentar la sanción pero no en relación directa con el actor sino con el delito mismo, ejemplo de ellas son las establecidas en el artículo 363 y en otras disposiciones.

Debemos concluir entonces que el criterio que impera en nuestro derecho en la forma de imposición de la sanción al delincuente es el de la peligrosidad del mismo que según sea mayor

o menor aumenta o disminuye la misma. Además, en casos especiales determinados por la misma ley, esas circunstancias modifican la configuración del delito, agravando o disminuyendo la calidad del mismo y por ende cambiando la sanción, que lógicamente determinará una nueva apreciación de la peligrosidad del agente, pero bajo otros moldes.

Toca ahora ver todos estos fenómenos a la luz del nuevo Código Penal Colombiano (Proyecto de 1978).

Reafirma nuestra conclusión lo expresado en los artículos 34, 80 y 81 del Código Penal que transcribimos a continuación; referentes a la reincidencia, la condena y la libertad condicionales respectivamente.

Artículo 34 : "El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condenaAdemáscuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en él una tendencia persistente al delito". Concordando con los dos artículos posteriores, 80 y 85, tenemos :

Artículo 80 "Cuando se imponga la pena de arresto no mayor de.-

C) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir " . Y el artículo 85 expresa en lo pertinente :

Artículo 85 " Podrá concederse la libertad condicional al condenado a las penas de prisión o arresto no menores de dos años que haya ... siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir " (Los subrayados son nuestros).

De esta manera se confirma que nuestra actual legislación adopta como criterio para imponer la sanción al delincuente el criterio de la peligrosidad del mismo.

V. CRITERIO CONSAGRADO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978

Entraremos enseguida a analizar las posibles nuevas disposiciones sobre el tema que venimos tratando y que serían las que tendríamos que estudiar, en caso de ser expedido, lo cual es lo más seguro, en futuros años, en materia de penalidad.

Ante todo debemos expresar que el criterio de la peligrosidad tal como lo conocemos actualmente desaparece como figura estructuradora de situaciones jurídicas penales y orientarse más hacia una integración complementaria del concepto de la punibilidad que en caracteres bien definidos aparece en este proyecto.

Lo anterior tiene íntima relación con la orientación que en este aspecto asume el proyecto al enfocar más concretamente al delincuente desde los aspectos subjetivo y objetivo y determinar una orientación más nitida hacia la figura de la culpabilidad que nuestra actual legislación relega a plano inferior cuando incerta en el mero concepto material del hecho infractor la concepción de las circunstancias determinantes de la pena, produciendo un hibridismo conceptual entre dos hechos o situaciones muy bien definidas: el delito, en el cual el hombre es sujeto pasivo. De esta situación observamos que el proyecto encuadra más concretamente el problema de la aplicación de la pena al establecer las denominadas por él "circunstancias de agravación o atenuación de la pena", esto es, las inserta dirigidas directamente a ella y no como ocurre en la eventualidad en donde éstas, con distinta denominación, pues se les llama "circunstancias de mayor y menor peligrosidad", enfocan al delincuente en relación con el delito de manera direccional e indivisible.

Todo esto en concordancia con el desaparecimiento del proyecto del concepto independiente, existente en nuestra actual legislación, de la responsabilidad para englobarlo más sencillamente como simples "causales de justificación".

En razón a todo lo expuesto es que el artículo 67 del proyecto precisa en cuanto al criterio para fijar la pena un concepto más concreto y referido a situaciones más globales, sin olvidar eso sí, ciertos parámetros que informan el criterio de la peligrosidad, cambiando la orientación, dirigida en este caso, a encuadrar dentro de los lineamientos precisos de la nueva orientación: dejar al hombre, al delincuente, en situación de recibir la pena con precisión y justicia.

Dice el Artículo 67: " CRITERIOS PARA FIJAR LA PENA". Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

Además de los criterios señalados en el inciso anterior para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en los concursos, el número de las

infracciones, su heterogeneidad y la separabilidad de los bienes jurídicos protegidos.

Como puede apreciarse fácilmente el proyecto en el inciso primero del artículo 67 trae consagrados parámetros que en los actuales momentos determinan el criterio de la peligrosidad, pero ellos los establece independientes uno de otros, además de incertar en el inciso segundo del mencionado artículo 67 ciertas situaciones que en los actuales momentos son tocadas tangencialmente por nuestra legislación y que el proyecto engloba en una sola norma dándole así mayor entidad jurídica al igual que mayor cohesión. Son ellas las situaciones de la complicidad, el mayor o menor acercamiento al momento consumativo, esto es la tentativa y un concepto más preciso de la unidad criminal y del bien o bienes afectados por la o las infracciones.

De todas maneras diremos que en nuestro concepto no se aparta de un todo el criterio de la peligrosidad, aunque es bueno anotar que el enfoque que inspira el proyecto en líneas generales es otro, más aplo y concetual estructurado en base a situaciones más concretas en relación a la pena tratando de que cumpla con los postulados que la informan y que aparecen nitidamente perfilados en el mismo.

Estudiaremos concretamente estas "circunstancias de atenuación"

ción y agravación de la pena" para compararlas con las conocidas entre nosotros "circunstancias de mayor o menor peligrosidad", que indudablemente nos permitirá formarnos una opinión más real sobre el tema, así como sus posibles implicaciones una vez puesto en vigencia como ley de la república lo que hoy es un proyecto.

De todas maneras diremos antes que la denominación de "circunstancias que atenúan y agravan la pena", es más correcta que la actual de "circunstancias de mayor y menor peligrosidad". Además, se advierte una relación más directa en la pena al encuadrarlas en el capítulo de la punibilidad general.

En cuanto a cada una de estas circunstancias, en particular, observamos que no hay cambios sustanciales y que casi todas las que actualmente enmarcan nuestro derecho con la denominación de "circunstancias de mayor y menor peligrosidad" aparecen en el proyecto con la denominación nueva de "circunstancias de atenuación y agravación de la pena", eso sí, con enfoque más preciso hacia el logro de una mejor determinación de la pena al delincuente por la infracción cometida, merced a la concordancia en los demás criterios que el mismo proyecto fija para la exacta valoración de la pena aplicable al delincuente por la violación a la ley penal.

En los artículos 74 y 76, el proyecto se refiere específicamente a cada una de las circunstancias que atenúan o agravan la sanción, los expondremos para, como lo dijimos antes, compararlos mejor con los artículos 37 y 38 de nuestra actual legislación y de esta manera precisar mejor los cambios introducidos.

Artículo 74 "CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Son circunstancias que atenúan la pena, en cuanto no hayan sido previstas de otra manera :

- 1°. La buena conducta anterior.
- 2°. El obrar por motivos nobles o altruistas.
- 3°. El obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso.
- 4°. La influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho.
- 5°. El haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto.
- 6°. El procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias.
- 7°. El resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial.
- 8°. El presentarse voluntariamente a la autoridad después de

haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de tercero.

- 9°. En la culpa o en la preterintención, causar el daño en circunstancias que lo hacía muy improbable o difícil de prever.
10. La indigencia o la falta de ilustración, cuando haya influido en la ejecución del hecho.
11. Las condiciones de inferioridad física determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho".

Primeramente descubrimos que mientras el artículo 38 de nuestro actual estatuto trae incertos 12 numerales, el proyecto, artículo 74, trae solo once. Razón de esta situación antagónica, es la eliminación en el proyecto del actual numeral 5° del artículo 38 (...5°. La embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas...) Por otra parte, se aprecia un cambio de redacción relacionando los respectivos numerales 3° de ambas normas, en las mencionadas obras. En el numeral 9° -10° del actual código penal - aparece bien definida la figura de la preterintención, aspecto que el artículo 38 no consagra. Y finalmente, en el numeral 11° del proyecto, 12° de nuestra actual legislación, se elimina la circunstancia del sexo como motivo de atenuación de la pena, o como dice nuestro actual código penal ,

100

"Circunstancias de menor peligrosidad". A todas estas el artículo 75 del proyecto, al igual que el artículo 40, demuestra actual estatuto represivo, autoriza, por vía de excepción, la analogía, en cuanto sea favorable a los intereses del reo, al expresar clara y precisamente lo siguiente :

Artículo 75: "ANALOGIA. Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas".

Deducimos entonces, que el artículo 75 del proyecto consagra nitidamente el principio de favorabilidad hacia el reo que inspira el derecho penal, que también consagra con respecto al mismo tema, que ahora tratamos, el artículo 40 de nuestro actual estatuto represivo y que sin embargo, contradice otro principio, también de gran entidad jurídica, como lo es el principio de que en materia criminal no es admisible la analogía, pero como en este caso, repetimos nuevamente, lo que se pretende es favorecer los intereses del reo, aspecto que desde luego en el caso que nos ocupa, tiene mucha mayor entidad jurídica, es que se admite y respeta su inclusión en una legislación penal, cuyo propósito, en lo que hace a la pena, es lograr la rehabilitación del delincuente sancionándolo bajo los moldes de la más estricta justicia, pero también buscando favorecer en lo posible su situación.



Pasaremos ahora a observar las denominadas en el proyecto de Código Penal de 1978 con el nombre de "Circunstancias de agravación de la Pena" y que constituyen casi las mismas que en la actualidad reciben la denominación de "Circunstancias de mayor peligrosidad", que merced a los nuevos criterios valorativos instaurados en el proyecto enfocan más hacia el aspecto punitivo que a la situación concreta del infractor convirtiéndose en escala penalógica concisa de una determinada situación.

Estas "circunstancias de agravación punitiva" están establecidas en el artículo 76 del proyecto de código penal colombiano, el cual expresa lo siguiente :

Artículo 76: "CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA". Son circunstancias que agravan la pena, siempre que no hayan sido previstas de otra manera :

- 1°. Los antecedentes de depravación y libertinaje
- 2°. El haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, por delito o contravención.
- 3°. El haber obrado por motivos innobles o fútiles.
- 4°. Los deberes que las relaciones sociales a las de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos.

- 5°. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente.
- 6°. La preparación ponderada del hecho punible.
- 7°. El abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido.
- 8°. El ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de menores, alcohólicos, drogados, deficientes o enfermos de la mente.
- 9°. El obrar con la complicidad de otro.
10. El ejecutar el hecho aprovechando una calamidad pública, infortunio particular o un peligro común.
11. El abusar de la credulidad pública o privada.
12. El hacer más nocivas las consecuencias de la infracción.
13. En la culpa o en la preterintención, causar el daño en circunstancias que lo hacían muy probable.
14. La posición distinguida que el delincuente ocupa en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio.
15. El haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro, o para obtener o asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otra infracción.

103

16. El observar con posterioridad al hecho una conducta que indique una mayor perversidad.
17. El emplear en la ejecución del hecho medios de cuyo uso pueda resultar un peligro común, o grave perjuicio para la comunidad.
18. El ejecutar el hecho sobre objetos liberados a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a estas, o destinados a la utilidad de fensa o reverencia colectivas.

Como se observa, el proyecto además de aumentar el número de tales circunstancias, modifica algunas y suprime otras ; veamos las cosas en detalle.

En el segundo numeral, se agrega: "... Por delito o contravención", con lo que hay más campo interpretativo, pero a la vez determinado, para el juzgador. En el numeral cuarto al agregar "...o de la familia de éstos", se aumenta o extiende la noción de perjuicio o daño a personas no directamente relacionadas con la infracción. El quinto - sexto del actual Código Penal - tiene nueva redacción, agregando la noción de "instrumentos, integridad personal y bienes", es decir, es mucho más amplio en cuanto al derecho tutelado o protegido. El sexto - quinto del actual Estatuto Represivo - se refiere, acorde con la orientación general del proyecto, a "hecho punible" y no a la expresión tradicional de

1104

"delito". El 7° generaliza el concepto de "inferioridad del ofendido"; el 8° agrega, acorde con las circunstancias actuales de nuestra sociedad, el término "drogados", acogiendo este estado de inferioridad como medio útil para la instigación criminal. El 9° corrige la incoherencia que se observa en el Código actual, al suprimir la expresión "... previamente concertada ...", ya que la complicidad para que pueda tener entidad, debe ser establecido el concierto antes de la infracción, porque de lo contrario, se presentaría el caso de la figura delictiva del encubrimiento. En el 10°, aparece un cambio en relación con la afacción particular, que el actual código denomina "calamidad privada" y el proyecto "infortunio particular", siendo a nuestro modo de ver, más precisa la segunda expresión. El 12°, fiel a la nueva inspiración sobre el delito, cambia la redacción dándole mayor campo de aplicación al juzgador, al introducir el vocablo "infracción" que como lo hemos anotado antes es más amplio, pues abarca, encajando dentro de los moldes trazados por el mismo proyecto, al hecho punible, en si considerado, lo mismo que a la simple contravención. El 14° introduce nuevas sanciones agravantes del hecho punible al agregar las nociones de cargo, poder oficio y ministerio, que indudablemente indican que el delincuente se hace merecedor de una sanción más drástica. El numeral 18°, número 16° del actual estatuto penal, amplía el criterio de respeto público a los objetos dejados a la

(105)

confianza ciudadana cuando dice: "... liberados a la confianza pública...", además de cambiar la palabra final y colocar el término "colectivas" en vez del actual "públicas", bastante usado en nuestra actual legislación penal. Los numerales 15, 16 y 17, son nuevos y por lo tanto no hay comparación posible.

De otra parte, el artículo 77 del proyecto siguiendo un criterio de elasticidad aplicativa de la pena, muy razonable, desde todo punto de vista y en base a las circunstancias atenuantes y agravantes ya expresadas, manifiesta lo siguiente:

Artículo 77: "APLICACION DE MINIMOS Y MAXIMOS". Solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurren exclusivamente de atenuación". Lo que quiere decir, que el juzgador debe tener en cuenta un cierto criterio racional al apreciar todas las circunstancias que rodean el hecho y de esta manera aplicar la justa sanción merecida por el infractor.

Confirmando nuestra apreciación sobre el nuevo enfoque punitivo establecido en el proyecto de Código Penal de 1978 está el artículo 79 de la misma obra, que a la letra dice lo siguiente:

106

Artículo 79: "AGRAVACION". A partir de la tercera reincidencia, inclusive, el incremento de pena dispuesto en el artículo anterior, podrá ser hasta de las dos terceras partes, si la naturaleza y modalidad del hecho, es motivo determinante o el género de vida, demostraren en el agente una tendencia persistente a delinquir o que deriva su subsistencia, o parte de ella, del delito , (el subrayado es nuestro), Esto es, se observa que el artículo, en concordancia con el enfoque general del proyecto, encausa su preocupación hacia la persona del delincuente abstrayéndolo como tal para luego estudiar su situación, pero no con el prevenido propósito de determinarlo peligroso, sino de encuadrar estrictamente su tendencia al delito.

Reafirma todo lo expuesto anteriormente los artículos 81 y 85 referentes a la condena y a la libertad condicionales, al expresar textualmente lo pertinente:

Artículo 81: "CONCEPTO. En la sentencia ...3° Que su conducta anterior, sin perjuicio de lo previsto en el ordinal 2°, haya sido individual, familiar y socialmente buena, y 4° Que su personalidad, la naturaleza, modalidad del hecho delictuoso y el motivo determinante, permitan al juez suponer que el condenado no volverá a delinquir". Enseñándonos de esta manera, un enfoque contrario en materia apreciativa de la sanción, al establecido en nuestra legislación actual en los

107

artículos 34, 80 y 85, que indudablemente consagran el criterio de la peligrosidad en dichas instituciones penales.

A modo de cierre del presente capítulo queremos expresar lo siguiente:

En cuanto a la relación pena-delito, que tratamos al principio de este capítulo, solo nos resta agregar, que entre más perfeccione la pena, mejor resultados de disminución de la delincuencia se obtendrán y viceversa, es una relación proporcionalmente inversa y de mucha importancia en cualquier sistema penológico.

Refiriendonos a los principios que informan la pena, es forzoso anotar que ellos deben mantenerse, para lograr los fines que se persiguen con la aplicación de la sanción y también es bueno manifestar, que su violación acarrea al Derecho Penal nefastas consecuencias, especialmente cuando se viola el principio de legalidad, que al fin y al cabo, es el que sostiene a los demás.

En cuanto a la peligrosidad considerada como criterio básico para la aplicación de la pena, es mucho lo que se ha escrito y lo que falta aún, pero de todos modos diremos que es el método más utilizado y el vigente en Colombia, para graduar la pena al delincuente, en base a los postulados de la escuela po-

(108)

sitivista de Derecho Penal; sin embargo, se observan aires de renovación y es por lo que nuestro proyecto de código trae inserto un nuevo enfoque que mira más que todo el aspecto personal del reo y la aplicación de la pena se establece en base a las circunstancias que permitan determinar no la peligrosidad del agente sino su grado de deterioro moral, para de esta manera determinar la mejor sanción posible, aseguradora de su completa readaptación a la sociedad. Sobre este aspecto es mucho lo que se puede especular, pero todo está en situación futurista y es bueno esperar su vigencia para sobre los resultados que se obtengan formarnos un concepto más claro del asunto.

CAPITULO IV

DELINCUENCIA Y PENALIDAD

Hecho el estudio relativo al delito, nos referiremos en el presente capítulo a la relación que la pena tiene, no ya con el delito en particular, sino al índice delincuencial.

Es sabido, lo expusimos en el capítulo anterior, que la pena influye en el delito, también, que esa relación puede manifestarse de diversas maneras, según la eficacia de la pena, y que actualmente se está presentando un fenómeno, en lo que hace a Colombia, que está determinando muchas situaciones caóticas por el alto índice de delincuencia que se observa y las constantes medidas que con el propósito de frenar este fenómeno está tomando diariamente el gobierno.

Veremos primero el fenómeno de las influencias mutuas .

I. INFLUENCIAS MUTUAS DELINCUENCIA-PENALIDAD

Cuando nos referimos a la relación pena-delito manifestamos que la influencia de la pena en este último está dada por el hecho incuestionable de su correcta o incorrecta aplicación debido a que indudablemente de éllo depende en gran parte, por

(110)

no decir todo porque también hay que mirar al delincuente como persona, la Efectiva reforma del Penado.

De todo lo anterior, deducimos que de acuerdo con lo expresado en el capítulo precedente la delincuencia tiene en la forma efectiva de cumplimiento de la pena un factor que puede en un momento determinado, influir en el índice de delincuencia en general, o particular de algunos delitos.

Estas influencias mutuas determinan que si el delincuente se rehabilita entonces el índice delincencial disminuirá en forma proporcional y si sucede el caso contrario, no se logra esa rehabilitación, entonces ese individuo volverá a delinquir, variando de esta manera el índice delincencial en forma decidida y favorable al delito.

En otro aspecto, el de género de delito, es conocido que en los establecimientos carcelarios deficientes se presentan condiciones óptimas para la "enseñanza" y aprendizaje" de técnicas delincuenciales que posteriormente, con un delincuente calificado, determinarían indudablemente la comisión de delitos calificados y en circunstancias especiales.

Por todo esto, es que hemos venido sosteniendo que las condiciones en que se cumpla la reclusión carcelaria es predominante en la conducta posterior del recluso, pues si ésta es

AAA

buenos y se le presentan los medios necesarios para su rehabilitación, podrá apartarse del delito; por el contrario, si estos son deficientes e definitivamente malos, solo originarán un delincuente calificado y resentido que solo tendrá como meta su propia comodidad y la venganza social que lo animará a hacerle el mayor daño posible a los que él considere verdugos inconscientes de sus penalidades y en general, de sus desventuras.

Observada la inferencia pena-delincuencia veremos ahora los moldes o criterios que analizan esa inferencia y que nos pueden ilustrar en forma más concreta sobre el tema, pasemos a verlo.

II. CRITERIOS EXISTENTES RESPECTO A ESTA INFERENCIA

Para el estudio de este acápite hemos expuesto dos formas imperantes que dan un determinado resultado en el hecho concreto del fenómeno delincencial, pues ellos sistematizan el estudio de la inferencia que nos ocupa. Son ellos, los criterios formal o legal y el relativo o circunstancial. Cada uno de ellos se manifiesta de manera especial al relacionarlo con el tema materia de este capítulo. Trataremos primero el criterio formal para luego entendernos con el relativo o circunstancial.

112

A. CRITERIO FORMAL EN LA INFERENCIA PENA-DELINCUENCIAL

Este criterio denominado formal plantea el fenómeno inferencial de la pena desde el punto de vista meramente legal y es así como se proclama que la delincuencia debe tratarse como situación ilegal que debe reprimirse con la pena estructurada en la ley y que además, este solo hecho, teniendo en cuenta que la pena debe estructurarse dentro de unos moldes rehabilitatorios, bastará para que se produzca esa rehabilitación.

Es un criterio meramente legalista que olvida ante todo al hombre, es podríamos denominarlo, un rezago del postulado clásico que estructuró un hombre normal que obraba con libre albedrío y la pena su justo castigo, está, que en el criterio observado se mira el aspecto rehabilitatorio del delincuente, pero se mira en forma abstracta y tanjencial.

En resumen, podemos decir, que es un criterio poco realista pues aunque estudia ambos aspectos, la pena y la delincuencia, afirma que las relaciones entre estos dos aspectos fundamentales del derecho criminal, que indudablemente deben tratarse a nivel de política general carcelaria, tienen una relación meramente objetiva en el frío marco de la ley, que si bien es cierto, constituye pilar importante de la penología, no lo es menos, que ella obedece a determinadas info -

113

rancias exteriores a su contenido, como son las que gobiernan al ser humano y que sin lugar a dudas moldean su comportamiento.

Concluimos entonces, que en este aspecto la ley trata de crear un marco abstracto sobre la pena olvidando, en resúmen cuentas, el foco delincuencia que puede formarse con una equivocada penológica.

B. RELATIVO O CIRCUNSTANCIAL

Este es el sistema más acorde con las circunstancias inferenciales entre la pena y la delincuencia, pues permite establecer la realidad de la situación, al permitir la ubicación global del resultado del simple aspecto legal; ya estudiado, sino que encuadra el estado mismo de la sociedad en los moldes penológicos, obteniéndose lógicamente, mejores políticas carcelarias, que indudablemente nos indicaran el índice real de delincuencia y la verdadera contribución del aspecto penitenciario en la graduación del mismo.

Por otra parte, sabido es, que el índice delincencial corre paralelo a la política delincencial que un Estado mantenga, es decir si el Estado impone una política meramente represiva, meramente local, olvidando las influencias externas y el propio protagonista del fenómeno delincencial, tendremos un

resultado muy diferente al que se obtiene si las cosas se miran desde distintos ángulos, en consideración no solo de la mera letra de la ley, sino de las demás circunstancias que rodean un hecho tan complejo como la delincuencia, además de su protagonista, el delincuente.

De esta manera quedan planteados dos formas estructurales de mirar el fenómeno delincuencial, desde el plano influenciativo de la pena, el primero de ellos, referido a una situación que podríamos calificar de determinista y la segunda más real, dedicada a relacionar las circunstancias que moviéndose alrededor de la pena le permiten a ésta influir, también en otro aspecto exterior a ella, aunque no desligado, la delincuencia y más concretamente que papel desempeña en el índice delincuencial de una determinada región o de un determinado país.

III. CASO COLOMBIANO

Deliberadamente no profundizamos en las exposiciones anteriores en razón a que en este acápite dedicado a la situación colombiana al respecto, haremos un bosquejo general y práctico de ella apoyándonos en nuestra situación para de esa manera ampliar el campo de estudio en base a lo que obtendremos entre nosotros.

115

Como lo demostraremos en su oportunidad, en Colombia se ha presentado sistemáticamente un generalizado aumento de las actividades delincuenciales a todo lo ancho y largo de su territorio; especialmente en los últimos años, y, por otra parte, en igual forma el gobierno ha ido tomando nuevas y mayores medidas represivas con la evidente intención de frenar a como de lugar, la creciente ola delincencial que azota al país, analicemos el fenómeno.

Volviendo atrás, diremos que el criterio formal que informa la relación pena y delincuencia determina indudablemente un predominio de utilizar la pena, con criterio meramente legalista, como medio para refrenar el avance de la criminalidad, y además afirmábamos también, que el criterio relativo, era mucho más real porque sin olvidar el aspecto meramente represivo de la pena, sumaba otros aspectos que determinaban que la misma variase no al simple influjo, de que si hay mayor índice de criminalidad hay que hacer más severa la pena, sino que miraba otros aspectos que podían influir en ese índice. A todas éstas, es justo reconocer que la pena puede tener también influencia, positiva o negativa, según la política carcelaria que siga, en el índice delincencial, por ellos escribimos estas líneas.

El criterio que en Colombia se practica, según las disposiciones al respecto, siguiendo los delineamientos de la es-

cuela positivista y sus tendencias modernistas, que le dan a la pena no un carácter de castigo, que enuncia su mero aspecto represor, sino de un medio idóneo para la rehabilitación del reo, es desde luego el relativo que sin embargo no ha dado los resultados esperados a consecuencia de varios factores que vamos a analizar a continuación.

En primer lugar debemos analizar la política carcelaria del gobierno, la cual constantemente sufre fuertes críticas de diversos sectores de nuestra sociedad por lo desorganizada y falta de una orientación acorde con las circunstancias que se van presentando en un sector tan delicado. Es innegable que, como la gran mayoría de las cosas en nuestro país, las ejecuciones de la política carcelaria son el fruto de la improvisación.

La improvisación que acabamos de mencionar en el aspecto carcelario nacional se refleja en el hecho de que las penitenciarías nacionales no tienen o no reúnen, en la mayoría de los casos, las condiciones necesarias para que se cumpla el propósito revidor que encierra la sanción y aún más, algunas carecen de las mínimas condiciones de comodidad para que se desarrolle una actividad carcelaria decorosa en los centros penitenciarios.

Qué origina esta improvisación y en general mala política carcelaria ?

(117)

Es fácil prever que no se podrían cumplir las finalidades de la pena, estudiadas atrás, dando como lógico resultado, que el delincuente no pueda prepararse del centro penitenciario con la intención de trabajar honradamente en la sociedad, como un miembro de la misma.

Ya observamos el resultado de la inferencia pena-delinuencia desde el plano frío de la ley incumplida cuando la política carcelaria que debe aplicarse para su efectivo cumplimiento, no tiene lugar, vemos ahora los aspectos exteriores que determinan esta política carcelaria y no se desarrolle dentro de las concepciones que la habiliten para cumplir su cometido.

Desde todo punto de vista, es indispensable mencionar como principal aspecto disociador, la situación de desventaja que frente a las otras ramas del poder público, ha mantenido el órgano jurisdiccional del país, a quien no se le ha permitido independizarse financieramente, manteniéndose en inferioridad de condiciones, frente a las otras ramas, originándose por éllo una situación anormal que no le permite desarrollar sus funciones administrativas sin la ingerencia de las otras, especialmente de la rama ejecutiva, en donde el Ministerio de Justicia, que sirve de enlace entre ambas ramas, ejecutiva y jurisdiccional, desempeña funciones de contralor para decidir si se acepta o no una determinada petición.

Siguiendo adelante con nuestra exposición, tocamos ahora el aspecto social del asunto, en él vemos claramente el problema que se plantea en toda la Nación, con las desigualdades de este tipo que cada vez más ensanchan el abismo existe entre las distintas clases sociales repercutiendo de una u otra manera en el tema que tratamos porque es innegable que entre los penados existe este mismo problema que origina distintos tratamientos a los mismos, pero no en base al criterio de la peligrosidad del delincuente, que es lo que debiera ser, sino en base a esas mismas desigualdades sociales, cuando por ejemplo, es recluido un personaje dentro de un centro carcelario cualquiera, se le discrimina en el tratamiento que recibe en relación a otro u otros penados, no por el aspecto de su peligrosidad que repito, es lo que debiera hacerse - sino por las influencias sociales que se desprenden de su linaje personal.

Otro aspecto, muy relacionado con el anterior, es el económico, que en países subdesarrollados o "en vías de desarrollo" tiene una importancia extraordinaria, pues él indica qué tipo de delitos son más frecuentes dentro de un marco económico cualquiera al igual que es indicativo de la importancia cultural de una determinada sanción, en ese determinado marco económico, es así como entre nosotros tiene importancia mayúscula los delitos contra la propiedad, mientras que en países de órbita socialista se considera muy peligroso aten-

1.19

tar contra la seguridad interior y exterior del Estado, al igual que contra la economía nacional.

Hemos tocado sumeramente el aspecto institucional de la pena como aplicación concreta y sus relaciones con el aspecto delincencial en Colombia para determinar sin lugar a dudas, que ella debe obedecer a las relaciones y situaciones importantes en el país. Describimos como a pesar de que entre nosotros la ley establece la función rehabilitadora de la pena, ello debe estructurarse en base a las situaciones reales de la sociedad y que el gobierno de nuestro país, está en la obligación de regularizar la política carcelaria nacional impidiendo que se presenten las incongruencias que se observan en nuestro sistema carcelario, que sin obedecer a una política estructurada impide que las relaciones exteriores faciliten la rehabilitación del delincuente en general y no fomenten las odiosas desigualdades que sin lugar a dudas agravan este fenómeno.

En definitiva, el aspecto social, el económico, etc., no influyen sobre la pena en su estructuración interior, pero si la política estatal no ofrece las debidas medidas de rehabilitación adecuada del penado, los aspectos mencionados entran a determinar y a provocar situaciones anormales que pueden inducir al reo a continuar dentro de la senda del delito al encontrarse que aún dentro de la misma penitenciaría encuentra

120

muchos de los fenómenos que en el exterior de los muros carcelarios influyen en la comisión del delito, o hablando en forma más general, influir en la estructuración de un índice delincencial cualquiera o para una clase o delito determinado.

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que el derecho represor del Estado debe obedecer a políticas reales de la situación imperante pues de lo contrario sucede lo que está sucediendo en nuestro país en donde por falta de una política de reforma de las políticas carcelarias acorde con las estructuras socio-económicas-políticas de nuestra nación, que indudablemente merecen un replantamiento, nos estamos dedicando exclusivamente a combatir la delincuencia con el mero freno penitenciario, lo que indudablemente no produce resultados satisfactorios y se presta para la comisión de innumerables abusos como lo plantearémos en el capítulo siguiente.

Con mero criterio informativo exponemos a continuación un cuadro comparativo de la delincuencia nacional a partir del año de 1970 para no ir muy lejos, mencionando además que en igual forma la política estatal se ha inclinado por el solo aspecto represor con el constante estado de sitio y sus derivaciones normativas hasta el último puntillazo, el "Estatuto de Seguridad".

121

Este cuadro comparativo lo trae la revista "criminalidad" editada por la Policía Nacional, principal órgano represor del delito, aunque la carta le asigna como función primordial, la preventiva. Hay otros datos del DANE.

1970	135.907
1971	137.610
1972	154.031
1973	159.773
1974	186.071
1975	192.136
1976	209.120
1977	209.418

La criminalidad anualmente según este cuadro comparativo lleva un persistente incremento anual, lento pero sostenido, que puede delimitarse en la siguiente forma :

1970	a	1971	1703	delitos de aumento
1970	a	1972	19.124	
1970	a	1973	23.866	
1970	a	1974	50.164	
1970	a	1975	56.229	
1970	a	1976	73.213	
1970	a	1977	73.511	

122

Como se puede apreciar con solo mirar las cifras, la delincuencia aumenta en forma lenta pero sostenida, presentándose por otro lado un fenómeno represivo extraordinario con el evidente propósito de refrenarla, pero con un fin meramente represivo, que como lo hemos expuesto a través de todo el trabajo, según nuestro concepto, no es el más adecuado, para detenerla si no va acompañado de una verdadera política de atención a las desigualdades sociales, que aún dentro de los penales tienen vigencia y que favorecen a unos pocos en detrimento de los demás influyendo en el interior comportamiento de los mismos.

Hasta aquí hemos tocado el aspecto de nuestro país, nos referiremos a continuación a la tendencia que actualmente se manifiesta al respecto para luego hacer la crítica general del tema.

IV. TENDENCIA ACTUAL

Actualmente las cosas no están enfocándose tal y como hemos querido plantearlas, en nuestro país por ejemplo está predominando un ambiente represivo extraordinario y cada día las cárceles se ven abarrotadas de individuos procesados, produciéndose el lógico asinamiento y si se trata de aquellos que tienen la desgracia de caer en manos castronesas, las cosas se les complican aún más, al ser conducidos a establecimien-

tos carcelarios dominados por éstos en los cuales, según las denuncias presentadas a diario por la prensa, se cometen muchas arbitrariedades. Podemos entonces observar, que en los actuales momentos, se pretende controlar la delincuencia con medios meramente represivos, lo que sin lugar a dudas, es contra productivo, si se tiene en cuenta que las cárceles no son, apesar de los intentos de mejoramiento que tímidamente se hacen, lugares aptos para el estricto cumplimiento de las leyes sobre realización de los penados.

Pero qué función le cabe a los jueces en este problema, tan grave y qué posición han tomado éstos?

Los jueces de la república concientes de las desigualdades y desventajas que presenta la actual situación de los procesados han optado por mantener una línea prudente y dar un compás de espera que les facilite, dentro de las actuales condiciones, no cometer errores en la aplicación concreta de la pena por el muy justificable temor de empeorar las cosas y por ejemplo, enviar a prisión a un individuo por un número de años determinado en forma benigna y no aplicar el rigorismo legal al tener la certeza de que en la cárcel ese individuo se pervertirá aún más. Sin embargo, la injusta sociedad, critica esa aptitud por considerar que la justicia está dejando en libertad a individuos peligrosos sin tener en cuenta que más valen condenas cortas pero provechosas, que

largas con resultados diferentes a los que la ley quiere y establece para bien del mismo individuo y la sociedad a que pertenece.

En resumen, debe tratarse de acondicionar las reglas legales de la pena, para que se pueda cumplir el fin rehabilitatorio que se le imprimió a partir del apareamiento de la escuela positivista y además, equilibrar el índice represivo que en sí contiene para dedicarle mucha mayor atención al aspecto social que rodea los lugares carcelarios en forma tal, que predomine la noción de utilidad social que conlleva la pena.

Todo esto nos hace pensar muy seriamente en el problema que actualmente se está planteando en todo el mundo, cuando los gobiernos están optando por la línea de menor resistencia, la simple represión del delito, mediante el implantamiento de la simple norma penitenciaria como freno que estructurada dentro de unos moldes meramente establecidos no tienen en la práctica real aplicación, unas veces por desidia gubernamental al no instaurar los medios necesarios para su cumplimiento, y otras, porque fuerzas extrañas a esa misma índole penalógica lo impiden.

Lo último que se nos ocurre, es que seguir las cosas de esta forma, nada de raro tendría que a la vuelta de unos años

125

las cárceles sean insuficientes para recibir a la gran cantidad de sindicados que no habiendo logrado su rehabilitación, por no contar éstas con medios adecuados para ello, pero si elevado su nivel de peligrosidad al entrar en las que también han recibido el honorífico título de "escuelas del delito", salen a causar un daño más sofisticado a la sociedad en virtud de su mejor preparación para el delito.

Finalizamos diciendo, que ojalá se mire mejor la situación penitenciaria y se evite por todos los medios que el ciego criterio de castigo se enseñorea de los penales y que por el contrario, éstos respondan a las necesidades de rehabilitación social de los penados, tal y como lo mandan los principios humanitarios que informan no sólo el simple tratamiento que merece el hombre como tal, sino el delincuente que por diversas causas es colocado en plano de anormalidad, y que merece ser ayudado a regresar a la sociedad con un sello de normalidad que lo induzca a servirlo.

CAPITULO V

QUIEN DEBE APLICAR LA PENA

Este es uno de los puntos de mayor discusión, no solo en nuestros días, sino que desde tiempo atrás fué piedra de escándalo, incluso para provocar revoluciones, de distintos pueblos de la tierra.

En un principio se le dió al príncipe el poder de legislar, ejecutar y juzgar, pero este mezquino sistema fué posteriormente abandonado por injusto cuando la revolución francesa, máxima defensora, introdujo entre sus postulados la división del poder afirmando que era injusto e ilegal que las funciones de crear la ley (función legislativa), ejecutarla o ponerla en práctica (función ejecutiva o gubernamental) y la de castigar mediante el juzgamento previo al infractor de la ley (función jurisdiccional) estuviesen en manos de una sola persona o entidad. Es por esa razón que el Estado encarga cada una de esas funciones a personas o corporaciones distintas e independientes una de otra pero bajo un sensato régimen de colaboración armónica que garantice el fiel cumplimiento de las labores estatales, según las últimas teorías al respecto.

127

Este régimen es el que se encuentra establecido en nuestra Constitución, en su artículo 55 que a la letra dice " Son ramas del Poder Público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del estado" (el subrayado es nuestro)

Pero esto no para ahí, sino que dentro de la rama jurisdiccional se presentan las llamadas competencias que no son más que limitaciones al poder de los jueces, quienes solo pueden administrar justicia dentro de los asuntos que taxativamente se les asigne, existiendo solo por excepción al caso de que personas distintas a la competencia regular o a la jurisdicción regular, puedan administrar justicia.

En los acápitos siguientes, nos referiremos más a espacio en el tema que nos ocupa, exponiendo la regla general y la excepción que valga la pena decirlo desde ahora por circunstancias que también son materia de análisis, se ha convertido en la regla general imperante en nuestro país desde hace más de veinte años.

128

I. REGLA GENERAL

La regla general, no solamente en nuestro país, sino en todos los países que están regidos por regimenes de derecho, es que la justicia sea impartida por las corporaciones o funcionarios con jurisdicción y competencia para ello, es decir, con el poder y la obligación de impartir la pronta y cumplida justicia de que se habla en nuestro régimen legal, y a la vez, específicamente dentro del ramo penal, aplicar o concretizar la pena al delincuente según las circunstancias estudiadas atrás, especialmente las de la peligrosidad, al momento de declararlo responsable de una infracción penal y decretar la pena correspondiente.

Estos funcionarios van desde el más alto Tribunal de Justicia en la Nación - en nuestro caso, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - pasando por las entidades, corporaciones o jueces de menor categoría a los cuales sin embargo, no les está dado actuar dentro de un negocio determinado, si éste no le compete, teniendo en cuenta los factores de la competencia, a pesar de que está investido de la jurisdicción.

La anterior exposición, nos indica que lo regular es que para que un funcionario del Estado pueda, previo el correspondiente juicio, condenar, concretar o aplicar la pena, se necesitan los siguientes factores :

109

- 1°. Que tenga jurisdicción.
- 2°. Que tenga competencia
- 3°. Que haya sido legalmente demostrada la responsabilidad y culpabilidad de la persona que se le aplica la pena.

La Jurisdicción- no es más, para definirlo en forma sencilla, que el poder o facultad que tiene el Estado de administrar justicia a través de los órganos, entidades o funcionarios autorizados para ello por la ley estatal.

La Competencia, se ha advertido, es el límite de la jurisdicción y consiste en que el funcionario debe aplicar la justicia sólo en un asunto determinado, o sea asignado exclusivamente a él y nadie más.

La Responsabilidad, consiste en que el individuo se adecue a los delinamientos de la norma penal sin ninguna excusa.

La Culpabilidad, se advierte cuando entran en juego las esferas psico-físicas del individuo encontrándose unidos entonces la tipicidad y la anti juricidad, tal como lo afirma el doctor Víctor León Mendoza, en su obra ya citada : " La culpabilidad es de contenido psicológico de comportamiento humano típicamente anti jurídico y envuelve desde luego un reproche que la sociedad hace al sujeto agente del delito por

130

obrar contrariamente a los postulados ético-jurídicos que nutren el devenir colectivo"

Entonces, vistas así las cosas podemos deducir que cumpliéndose con los postulados anotados atrás, especialmente los dos primeros (jurisdicción y competencia), se ejecuta el mandato constitucional que ampara el principio de legalidad consagrado en el artículo 26 de nuestra carta política, así como el respectivo artículo 1° de nuestros Códigos Penal y de Procedimiento Penal, a los cuales nos hemos referido en múltiples ocasiones durante el desarrollo de la presente investigación.

Es tanta la importancia del principio de legalidad que no cumplirse lo que la ley establece sobre jurisdicción y competencia de los funcionarios judiciales acarrea la correspondiente nulidad del proceso, no importando el estado en que éste se encuentre, pues ante todo y por encima de todo tipo de legislación impera el derecho de defensa del procesado, que consagrado como una de las más apreciables garantías del título 3° de la carta sería poco menos que inoperante si no estuviese amparado en estos dos pilares de nuestra organización judicial: jurisdicción y competencia.

Es tanto el cuidado que el Estado ha tenido respecto a este asunto, que el no poseer jurisdicción, por suspensión o per-

131

dida, o competencia, según los factores que la determinen: objetivo, subjetivo, territorial, funcional y de conexión, impide al respectivo funcionario abrir el correspondiente proceso o si este caso se produce, en el segundo aspecto, enviarlo al competente para que continúe conociendo del mismo, porque en ambos casos estaríamos en presencia de una clara violación al principio de legalidad.

Para concluir nuestra exposición sobre este tema, al menos por el momento, resumimos lo siguiente: el Estado por regla general procesa y condena a los delincuentes mediante el ejercicio de la función jurisdiccional normal que se ejerce mediante los respectivos funcionarios estatales que tienen a su cargo la rama jurisdiccional del Poder Público y que la obtiene mediante la jurisdicción y la competencia; que les permite procesar y sancionar de conformidad con las leyes del Estado.

Terminado este punto, pasaremos a ver la excepción de la regla general que es un punto bastante polémico por las graves competencias que encierra su aplicación.

II. EXCEPCIONES

Es preciso, ante todo, justificar el término plural. Razón del mismo es que hay que considerar dos tipos de excepciones,

(132)

las legales y las ilegales. Estas últimas se convierten en la regla general en un régimen de igual naturaleza o donde no impere el derecho, esto es, los regímenes de facto. Las primeras son peligrosas en la medida que se abuse de ellas, pues también pueden o convertirse en la regla general, aunque el gobierno sea de régimen de derecho y la excepción autorizada por la ley, su mal está en la permanencia fuera de los límites normales.

Hecho el anterior planteamiento, entramos a analizar en qué consiste lo excepcional en el capítulo que nos ocupa; ya expusimos en el acápite anterior, que la regla general es que la pena sea impuesta, previo el enjuiciamiento respectivo -repetimos- por los funcionarios que hacen parte de la rama jurisdiccional del poder público con el cargo de jueces de la república, es decir, la llamada justicia ordinaria. Pero ocurre, por propia disposición de la ley, que en ocasiones se encarga a personas o entidades que no estando dentro del órgano general de administración de justicia tienen la facultad para administrarla con derecho; es el caso por ejemplo de las autoridades de policía y las militares y aún, algunos funcionarios de clara índole administrativa como en nuestro país, los gobernadores y alcaldes.

A qué obedecen estas excepciones :

Estas excepciones obedecen a varios motivos, en el caso de

(133)

los funcionarios de policía, se les asignan casos de poca importancia y complicación - aunque administrar justicia siempre es importante no teniendo en cuenta la materia o valor del asunto en litigio, ni el funcionario que lo haga - en cuanto a los militares, pues la regla general es que ellos sean los encargados de juzgar a sus propios miembros y la excepción es que juzguen a otras personas que no pertenezcan a las fuerzas militares. Los funcionarios administrativos tienen facultad para imponer ciertas sanciones penales, más que todo pecuniarias, en determinados asuntos, a este punto nos referiremos críticamente también un poco más adelante.

De esta manera quedan planteadas las excepciones que pueden presentarse en la administración de la justicia y por ende en la capacidad o facultad para que se pueda aplicar la sanción al infractor de la ley penal. Nos referiremos particularmente a cada una de ellas a continuación:

Con respecto a las autoridades o funcionarios de policía, hay que manifestar que a ellos se les asignan, aún en tiempos de normalidad, ciertas funciones correccionales que en sí llevan envueltas el sello de distinción de quien administra justicia, sin embargo, hay que manifestar que ellas tienen limitado radio de acción en este campo y las sanciones que imponen tienen más que todo el propósito correccional que el de sanción penal en todo el sentido del vocablo, aunque

134

toda sanción, según nuestro régimen jurídico-penal tiene el interés correccional o rehabilitatorio que hemos venido pregonando desde las primeras páginas de este trabajo.

Pasando a otro aspecto, el de la justicia aplicada por los militares y su correspondiente sanción, tenemos que decir que por razones de institucionalidad, de donde se desprenden varias consecuencias, como el poder jerárquico, el mando absoluto por parte del superior y el obediencia estricto del inferior, aceptamos el hecho de que éstos sean los encargados mediante procedimientos propios de su calidad de militar, juzgar a sus propios compañeros por los delitos que éstos puedan cometer en servicio activo, teniendo en cuenta que son precisamente ellos quienes están capacitados para poder apreciar en mejor forma las reacciones de un miembro de la institución armada; pero en lo que no estamos de acuerdo, y no transigimos, es que los militares, aún en estado de deserción, asuman la facultad de juzgar a los civiles, porque donde cabe la misma razón para que éstos juzguen a sus compañeros, también cabe pero en sentido contrario que no estarían capacitados para juzgar a los civiles, ya que es indudable que por su propia idiosincracia lo harían con criterio militar, lo que no se compagina con el sentido de especialización de los órganos del Estado y aún con el de sus propios funcionarios. Además, a nuestro parecer, se está violando desde el punto de vista subjetivo, el principio

de legalidad del delito y de la pena, cuando se le asigna el poder de juzgar y condenar, a personas que no tienen un criterio exacto sobre la forma de comportarse un infractor de la ley penal común al ser educados en forma totalmente distinta a los cánones civiles y en donde el obediencia a los cánones fríos de la institución es el principal obstáculo para una eficaz administración de justicia y en particular de la pena.

Lo dicho con respecto a los militares, es aplicable en cierta medida a los funcionarios administrativos, quienes por su índole gubernamental no tienen ese criterio intrínseco del juez para precisar en su exacta medida, la situación de una persona entregada a ellos para que la busquen, pues no lo harían en la mayoría de los casos, presentándose las lógicas excepciones, con el criterio de equidad y exactitud con que lo haría un juez que precisamente es preparado para ello.

Podemos entonces deducir que las excepciones establecidas por la ley son solo recomendables, en nuestro concepto, para ser aplicadas en los casos menores por las autoridades y funcionarios de policía, y para los militares, para que juzguen exclusivamente a miembros de las propias fuerzas armadas con calidad de tales.

136

III. CASO COLOMBIANO.

En Colombia está sucediendo un caso muy curioso, en virtud del estado de excepción denominado "Estado de Sitio" autorizado por el artículo 121 de nuestra Carta Magna, la justicia ordinaria está siendo desplazada paulatinamente por la extraordinaria o de excepción impartida por los tribunales y jueces militares, tanto a sus similares como a los civiles, creándose una dualidad y anormalidad debido a la permanencia de la situación de excepción.

Entre nosotros lo normal es que la justicia ordinaria penal, se haga cargo del juzgamiento de civiles teniendo en cuenta los factores de competencia ya mencionados, con lo cual se garantiza la correcta aplicación del principio de legalidad, pero vemos con creciente preocupación, que cada día se le van atribuyendo más y mayores atribuciones a la jurisdicción militar, lo que es índice del debilitamiento de la jurisdicción ordinaria y que nos hace pensar en una urgente reforma de la Legislación Penal en este aspecto, que dote a los jueces de efectivas herramientas para el mejor desempeño de su trabajo, o que nos evitaría tener que acudir a los procedimientos excepcionales que no han gozado, por su propia naturaleza, de buena voluntad debido a que se ha considerado que - volvemos a repetirlo - no es la forma adecuada de juzgar a los delincuentes civiles, repitiendo nosotros nuestro ante-

rior concepto, de que desde el punto de vista subjetivo se está violando el principio de legalidad, cuando juzga y condena una persona que no es el juez natural.

De lo anterior deducimos que en nuestro país no se está actuando, según nuestra opinión, con un criterio real de la situación socio-económica-política de la nación, cuando se ha tenido que acudir, cada día en mayor medida, a los procedimientos excepcionales, en este caso el militar, para controlar la delincuencia y para juzgar y condenar, lo cual casi siempre ocurre en este tipo de procedimientos, al delincuente.

IV. PROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978

Parece que los redactores del Proyecto hubiesen abierto los ojos al inminente peligro que se cierne sobre el país de continuar las cosas como se están desarrollando al paulatinamente irle cercenando atribuciones a la justicia ordinaria para entregarlas a la jurisdicción penal militar con el pretexto de que estamos bajo un régimen de excepción, y el ejecutivo adquiere amplios poderes legislativos para hacerlo y por ello colocaron en el nuevo estatuto que se insinúa en el firmamento jurídico nacional, un artículo, el 10° de esa codificación, lo siguiente :

Artículo 10°: "JURISDICCION PENAL MILITAR . Salvo en caso de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al Ejército Nacional". Con lo anterior queda claro, que los tribunales militares solo podrán juzgar a personas pertenecientes al Ejército Nacional, entendiéndose por tal al ejército, sentido estricto, Armada, Aviación y Policía Nacional, ésta última institución, según nuestro parecer, quedaría incluida dentro de la mencionada disposición a consecuencia de la reestructuración a que fué sometida hace pocos años y que le dió, con evidente criterio de organización y coordinación entre los distintos cuerpos armados de la República, la fisonomía militar.

Podemos apreciar entonces, que la intención es clara, corregir el error en que hasta ahora hemos venido cayendo al darle un poder excesivo a la jurisdicción penal militar en detrimento de la ordinaria.

Pero ojalá, y eso es lo que tememos, que el gobierno haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional, que falla al no tener un Estatuto Orgánico que delinea su campo de aplicación, suspenda esta disposición y legisle alegremente sobre el tema, como lo viene haciendo hasta ahora, volviendo a caer en el error que es materia de la presente crítica.

139

XIX. PARTE

CAPITULO VI

140

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Este tema no es el apicentro de la investigación que realizamos, pero por su inmensa relación con el mismo y la importancia que se desprende de él al cotejarlo con el criterio de la defensa social de la escuela positivista, así como de las modernas teorías al respecto, es por lo que hemos decidido dedicarle un capítulo especial en donde por lo menos expondremos una visión amplia, pero clara, de sus aspectos importantes, que nos permita formarnos una idea general de lo que ellas son y representan dentro del Derecho Penal en general y del concepto de la pena en especial.

I. GENERALIDADES

Dentro de este acápite hemos incorporado aspectos tan importantes como la noción general sobre las penas de seguridad, su relación con la noción general de la pena y la clasificación; además, una manifestación sucinta de su importancia en el amplio espacio del Derecho Penitenciario.

141

A. NOCION

Es preciso manifestar que la noción de medidas de seguridad es bastante reciente y se remonta a la época del apareamiento en el firmamento jurídico-penal de las teorías positivistas, tiempo atrás de las teorías mencionadas, fué creencia general que las penas, tal y como las hemos estudiado hasta el capítulo anterior, eran el único medio de lucha contra el delito, pero ese pensamiento fué poco a poco abandonado abriéndose paso la noción de que las penas, para que puedan cumplir eficazmente su cometido deben complementarse con medidas de otra índole, como las preventivas, y las que estudiamos ahora, las medidas de seguridad.

Estos hechos han originado un considerable aumento en la importancia de las denominadas medidas de Seguridad que ha determinado su incorporación a los estatutos penales modernos como complemento insustituible del sistema penalógico de una nación.

En lo dicho en el párrafo anterior, se concretiza al manifestarse un pensamiento modernista de que la pena es insuficiente para lograr los fines que se persiguen con su imposición, pues existen personas que dadas sus condiciones sico-físicas no es aconsejable imponerles una sanción con categoría de pena

pero como tampoco se puede dejar a la sociedad a merced de tales individuos basados en el criterio de defensa social, expuesto por los positivistas, las modernas legislaciones introdujeron dentro de sus sistemas penales una serie de disposiciones que estructuraron las denominadas medidas de seguridad, aplicables a quienes por circunstancias especiales no se les puede imponer la sanción que se le impondría en caso de estar circunscrito a los cánones normales de la penología.

Andando el tiempo las denominadas Medidas de Seguridad, fueron sistematizándose y se les atribuyo al suizo Carlos Stoos, citado por Luis Carlos Perez, la sistematización legislativa y hasta el nombre que hoy tiene. Surgen entonces tres opiniones sobre la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, ellas son :

- 1°. La del mismo Stoos, el cual afirmó que tales medidas se distinguen de las penas. Cada uno de estos conceptos forma un título separado.
- 2°. La Positivista, que borra toda separación entre penas y medidas de seguridad.
- 3°. La mixta o ecléptica, según la cual tales medidas se dis-

(143)

tinguen por obedecer a conceptos distintos aun cuando tienen un plano común.

Hecha la exposición anterior podemos dar una noción bastante clara de las mismas y para ello nos atenemos al concepto expuesto por Cuello Calón, quien manifiesta lo siguiente :

"...Consistan en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, corrección y de curación) o su segregación de la misma (Medidas de Seguridad en sentido estricto)..."

B. SU RELACION CON LA NOCION DE PENA

Quando al inicio de este trabajo manifestamos que la pena es la consecuencia lógica del delito, según lo expuesto por el doctor Victor León Mendoza, y que ella se impone al infractor de la ley penal, dentro de los moldes señalados por ella y de acuerdo con las modernas teorías al respecto, identificándonos de esta manera con el criterio ecléptico que últimamente ha tenido gran auge entre los estudiosos del Derecho Penal; no tocamos el punto referente a las Medidas de Seguridad para hacerlo más a espacio y precisión más adelante.

Relacionando ahora conceptos tenemos que ellos quedan englo-

144

hados dentro del amplio concepto de sanción penitenciaria, aunque por obedecer a distinto origen y realidades tienen cada una de ellas (penas en sentido estricto y medidas de seguridad) su campo de aplicación bien definido. Las primeras se aplican con un criterio más estricto de lo que es una sanción penal, mientras que las segundas son más que todo una situación anormal planteada en el seno de la sociedad, que a consecuencia de ello, debe ser tratada concretamente por ésta para evitar peligros innecesarios.

Planteadas así las cosas, tenemos que las penas y las medidas de seguridad tienen distintos fundamentos, pero iguales fines generales: protección de la sociedad. Son fundamentos distintos porque se obedece a distintas situaciones, pues mientras las primeras, penas, se aplican al delincuente considerado "normal" (aunque el postulado aceptado mundialmente y expuesto por los positivistas de que el delincuente es un ser anormal, está en toda su vigencia), por no tener estos desequilibrios exagerados de los "anormales"; a éstos últimos en atención a su estado, se les aplican las llamadas Medidas de Seguridad, con el mismo fin rehabilitatorio de la pena y en caso de ser imposible esto, segregarlo de la sociedad con el propósito de que ésta no se vea expuesta a sufrir nuevos ataques por parte del individuo sujeto a tales medidas.

Pero ¿qué origina esta relación tan estrecha y a la vez tan delimitada entre dos aspectos que se complementan en procura de un solo propósito? la protección de la sociedad.

Origina ante todo, éso: la protección completa de la sociedad pues permite cubrir todas las posibilidades de peligro que se presentan en contra de ésta, no importando que vengan de seres o individuos catalogados de "normales" ó "anormales", que para éste efecto no tienen distinción. Solo se tiene en cuenta el criterio de la defensa social que garantiza la represión de situaciones peligrosas y perjudiciales para el normal desenvolvimiento de las actividades sociales.

Lo expuesto nos da a entender que las Medidas de Seguridad son, como lo dijimos en el acápite anterior un complemento de las penas, entendidas éstas en sentido estricto, y que ambas forman parte de una institución guardiana de la sociedad como son las sanciones que se imponen al infractor de la ley penal.

De esta forma, creemos que queda expuesta de manera satisfactoria una relación tan importante de la noción general de sanción, teniendo en cuenta que las primeras son las que tienen la virtud de producir las manifestaciones relevantes

746

de este tema y que indiscutiblemente influyen en las segundas moldeando su aplicación, como innegable complemento de una institución penal de esta categoría. De esta manera se logra que las sanciones cumplan el papel que les ha sido asignado siempre y cuando se apliquen concretamente y en consideración a la situación real del momento, no importando el estado de "normalidad o anormalidad" en que se encuentre el perturbador.

C. CLASIFICACION

Existen varios conceptos al respecto, iremos exponiendo cada uno de ellos .

- 1°. Las encaminadas a obtener la adaptación a la vida social del delincuente :
 - a. El tratamiento educativo de los menores delincuentes.
 - b. El internamiento de los delincuentes alienados y anormales mentales.
 - c. El internamiento curativo de los delincuentes alcohólicos y toxicómanos.
 - d. El de los mendigos vagabundos habituales para su adaptación a una vida de trabajo.

(147)

- 2°. Las que tienen como meta la segregación del delincuente del seno de la sociedad :
 - a. El internamiento de seguridad de los delincuentes habituales y de los aparentemente incorregibles.
 - b. La expulsión del territorio nacional de los delincuentes extranjeros.
 - c. La prohibición de ejercer ciertas profesiones, frecuentar determinados locales, etc.

- 3°. Unas son privativas de la libertad : internamiento de los alienados y anormales, de alcoholizados y toxicómanos, de mendigos y vagabundos, de delincuentes habituales e incorregibles.

- 4°. Otras medidas de seguridad restringen esa misma libertad:
 - a. La libertad vigilada.
 - b. Prohibición de ejercer ciertas profesiones.
 - c. Prohibición de frecuentar ciertos locales, y
 - d. La expulsión del Territorio Nacional para los extranjeros.

Existe otra clasificación, muy parecida a ésta, que toma como base la índole del infractor, adoptada por nuestro Código Penal, por lo que la dejaremos para el acápite respectivo.

II. CASO COLOMBIANO

En Colombia las medidas de seguridad están consagradas en la legislación positiva siguiendo el criterio de la escuela positivista atemperado por las modernas concepciones sobre el tema, que han determinado una interpretación más bien ecléptica.

Las medidas de seguridad se encuentran establecidas en el Código Penal Colombiano actualmente vigente, a partir del artículo 61, capítulo II, título II, del libro primero de referente a la parte general del mismo estatuto.

Transcribiremos a continuación el mencionado artículo 61 para de esta manera formarnos un concepto más preciso sobre el mismo.

Artículo 61 : " Son Medidas de Seguridad :

a. Para los delincuentes a que se refiere el artículo 29 :
La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial .

La Libertad Vigilada

El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas

La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

b. Para los delincuentes a que se refiere el artículo 30 :

149

La Libertad Vigilada.

La reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio:

Como se puede apreciar nuestra legislación establece dos clases de individuos a quienes se les puede aplicar medidas de seguridad, teniendo en cuenta la índole del infractor, con signados en los mencionados artículos 29 y 30, a los cuales nos referiremos enseguida.

Artículo 29: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicaran las sanciones fijadas en el capítulo segundo del título segundo de este libro", ésto es, en otras palabras, el Código Penal manda que se apliquen las llamadas medidas de Seguridad.

Por su parte, el artículo 30, dice: "Los menores de diez y ocho años (entiendase diez y seis) que incurran en algunas de las infracciones previstas en la ley penal, se aplicaran las medidas de seguridad de que trata el capítulo segundo del título segundo de este libro".

Como puede apreciarse el código se refiere a las personas que

a consecuencia de las circunstancias descritas en los artículos transcritos son irresponsables ante la ley, pero para quienes la misma ley, basada en el criterio de defensa social, reprime mediante ciertas medidas que impidan que ellos sigan causando daño a la propia sociedad.

En cuanto a la clasificación que adopta nuestro código sobre esta materia, ya lo anotamos antes, es por la índole del infractor y de conformidad con los artículos 29 y 30. Ellas con las siguientes :

- A. Medidas para los enfermos mentales, a los que caben las medidas establecidas en el literal a) del artículo 61.
- B. El trabajo en Empresas Públicas.
- C. Prohibición de concurrir a determinados lugares.
- D. La Libertad Vigilada.

Todas estas medidas de seguridad están descritas detalladamente en los artículos 62 a 67.

Críticamente debemos anotar, que ellas están sufriendo entre nosotros del mismo mal que expusimos cuando nos referimos concretamente a la pena, es el de su inadecuada aplicación, por el simple hecho, refiriéndonos concretamente a las me-

151

medidas de seguridad, de que los establecimientos dedicados al cumplimiento de las mismas no reúnen las condiciones necesarias para la realización de los fines perseguidos por la ley, y aún, en muchos casos no existen y se les envía a purgar su sanción en verdaderos centros carcelarios, en los cuales, lógicamente no se pueda cumplir ninguna función rehabilitadora y antes por el contrario, lo que se presenta es un empeoramiento de la situación para los desdichados que tienen la desgracia de ser víctimas, digámoslo así, de una condena de esta naturaleza y de cumplirla en las condiciones que se realiza ésta dentro de nuestro país.

Con esta exposición creemos dejar cumplido el análisis de las medidas de seguridad en lo referente a la legislación vigente en nuestra Nación, pasaremos ahora a darle una mirada al Proyecto de Nuevo Código Penal para Colombia y su enfoque sobre el asunto.

III. PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO 1978

Podemos empezar diciendo que el proyecto estructura un orden distinto en el tratamiento de este asunto, aunque el principio que anima su establecimiento es el mismo, la protección de la sociedad y la persona que es objeto de su aplicación.

156

Entre los artículos 112 y 126 se desarrolla ampliamente el asunto materia de estas líneas, transcribiremos algunas de esas disposiciones para luego hacer el comentario correspondiente.

Artículo 112: ESPECIES. Son medidas de asistencia y protección:

- La internación en casa de estudio, de trabajo o similar.
- La Libertad Vigilada, y
- La Amonestación."

A partir del artículo 113 se va refiriendo el código a las distintas situaciones que hacen necesaria su aplicación, esto es, el enfermo mental permanente, el transitorio, el menor, indígena o sordo-mudo, estableciendo para cada uno de ellos una medida particular según las circunstancias en que se encuentre.

Destacable es el cambio de nombre que sufren estas medidas, pues el proyecto les da un sentido más amplio al denominarlas "Medidas de Asistencia y Protección" que indudablemente es una denominación más amplia y que son aplicables a los que el proyecto denomina "inimputables", descritos en forma general a partir del artículo 34. El artículo 36 expresa: "MEDIDAS DE ASISTENCIA Y PROTECCION. El inimputable quedará sometido a las medidas de asistencia y protección

señaladas en este código" .

Como puede verse, el proyecto quiere corregir errores estructurales de esta institución, aunque como lo dijimos antes , mantiene el principio general que las anima y que se encuentra estructurado en nuestra legislación penal vigente.

En definitiva, es pronto para dar un concepto sobre sus resultados, pero de todos modos nos aventuraremos a decir que en este proyecto se encuadra en mejor forma el problema que actualmente vivimos, el de no compaginarse la ley escrita con la realidad existente, cuando se proponen unas medidas y no se encuentran los medios necesarios para ponerlas en práctica, ojalá, en caso de entrar en vigencia el proyecto, ya como ley de la República, no se caiga en los mismo errores que hace inoperante esta institución en la actualidad.

Concluiremos este capítulo diciendo que las Medidas de Seguridad tienen en forma completa de aplicación, fundamento en el mismo principio que estudiamos al referirnos a las penas en sentido estricto, el criterio de la peligrosidad, claro está, que guardando las medidas proporciones y sobre todo , no olvidando que ellas no son consideradas una pena, sino que están instituidas para proteger a la sociedad y más aún, al propio infractor que las "sufré" . Precisamente en ésto

es que se basa el hecho de que estas medidas son esencialmente revocables o modificables en un determinado momento, aún después de haber cometido el hecho dañoso o perjudicial para la sociedad el infractor.

CONCLUSIONES GENERALES

Abarcar todo el temario de este trabajo en esta parte del mismo, es algo bastante difícil a consecuencia de la multitud de ellos, sin embargo, haremos lo posible por resumir en las siguientes líneas todas las conclusiones que arroja una investigación de esta naturaleza.

Respecto a la primera parte, podemos decir lo siguiente :

- 1°. La noción de pena es un concepto que ha venido evolucionando paralelamente a las transformaciones del derecho penal, manifestándose una tendencia a definirla en relación al momento social que se vive en un momento determinado de la historia.
- 2°. Al igual que su concepto nocional los caracteres de la pena han variado a través del tiempo y sus implicaciones más concretas se inspiran en cánones generales que obedecen sin embargo, a un claro parecer que ha permanecido perenne: el soberano, en este caso el Estado, es el único autorizado para imponerla y regularla, excepto cuando imperó el criterio de la venganza privada al aplicar la pena.
- 3°. Los

3°. Los fines, es uno de los puntos de mayor evolución dentro del concepto general de pena, pues de él depende en mucho la situación del reo que puede readaptarse a la sociedad según el concepto más reciente de resocialización, o por el contrario, ser eliminado en base al arcaico concepto o noción de que la pena es un mero castigo que se le impone al delincuente como compensación por haber infringido la ley del Estado.

4°. En cuanto a la clasificación, es bueno anotar que ella sufre constantes modificaciones, según el parecer de los autores o legisladores, ejemplo claro es nuestra propia legislación, pese a lo cual se mantienen parámetros determinados que poco varían, tales como aquellos que dividen las penas en principales y accesorias, que tienen arraigo general, prueba de lo anterior es el hecho comparativo que podríamos observar en nuestro actual Estatuto Represivo y el Proyecto de Código Penal de 1978.

Respecto al pensamiento de las escuelas penales en relación a la pena, podemos decir, que cada una de ellas ha tenido su propio concepto al respecto, sobresaliendo el concepto de la escuela positivista, que memorado por las modernas tendencias nos presentan un parecer dirigido a obtener la

resocialización del delincuente .

En el capítulo segundo tocamos aspectos relacionados con el origen de las penas, exponiendo los antecedentes de ésta , dando a conocer los fenómenos individual y colectivo que desde luego originaron una determinada forma de comportamiento, destacándose esta última por aparecer el Estado, quien toma a su cargo, como una de sus más importantes funciones, la de administrar justicia. A todas éstas, se destacan dos derechos que a partir de su apareamiento y hasta nuestros días, siguen enseñoreando el Derecho Penal, son ellos : Derecho de Castigar y Derecho de matar. Este último, dadas sus implicaciones morales y sociales, ha desencadenado agitadas controversias que aún hoy permanecen, aún cuando la tendencia general es la de suprimir o por lo menos utilizar por lo menos en lo posible la pena de muerte en los países que viven bajo regimenes verdaderamente democráticos, muy escasos por cierto en nuestros días.

En la segunda parte, más concretamente en el Capítulo Tercero nos referimos a un tema de indiscutible importancia, la pena y el delito, dos aspectos que se mantienen unidos e influyendo el uno sobre el otro, pues bien, después de expresar que la relación generalmente utilizada es la inversa , nosotros exponemos un concepto distinto e inverso, aunque

creemos no único, de que la pena tiene sus implicaciones en el delito mismo, pues del tratamiento penalógico que se le da a un reo, puede producirse una determinada reacción posterior, benéfica o maligna y aún influir en este último caso, en las características o especificaciones de una determinada forma de actuación en un delito o especie de delito.

Siguiendo nuestro derrotero, enfocamos ahora otro tema de importancia: los principios que sostienen la justa aplicación de la pena, refiriéndonos en forma especial al principio de legalidad que a nuestro modo de ver sostiene a los demás, sin olvidar la correspondiente crítica a un estado anormal que se intromisa a nivel de las naciones, incluso la nuestra, la velada violación de este principio a un de los mismos derechos humanos amparados por ellos.

Continuamos con el apasionante aspecto de la peligrosidad, que indudablemente es el criterio que más vigencia ha tenido en la aplicación de la pena, exponiendo el concepto general sobre el mismo, sus implicaciones, además de indicar, que él es el adoptado por nuestro actual régimen represivo aunque en el acápite referente al Proyecto de Código Penal de 1978, vemos que los redactores de éste adoptaron un criterio distinto, quizás más humano al darle un nuevo enfoque a la forma de aplicar la pena, que ya no se encuadra rígida-

mente dentro de los moldes de la peligrosidad, sino que en base al estado o grado de adaptación se le impulsa mediante la pena a la resocialización.

Enfoquemos ahora lo expuesto en el Capítulo Cuarto, tema : Delincuencia-penalidad, para encontrarnos con un panorama no muy alagüeño debido a situaciones anormales existentes en la aplicación de la pena, criticadas en el contexto, que no permiten el fiel cumplimiento de la pena, este hecho lo tratamos en dos apartes destinados a los criterios formal o legal y relativo o circunstancial, que concretizamos en estas conclusiones, en el caso colombiano, donde aunque la ley dice que debe imperar el segundo de los nombrados, lo cierto es que últimamente, con auspicio militaristas, se está empleando el primero, que dadas las circunstancias desastrosas en que se debaten nuestros centros carcelarios, constituye foco innegable de delincuencia.

Pasando al Quinto Capítulo, no es nada agradable el panorama que en él observamos, sobre todo, cuando reiteradamente expresamos que debido a las condiciones en que vivimos, bajo el imperio del Artículo 121 de la Constitución, la excepción se ha convertido en regla general, destacandose también que el Proyecto de Código Penal de 1978, reaccionara contra esta situación anormal en la que personas no aptas para

aplicar la justicia dentro de las condiciones comunes, lo hagan constantemente, amparados en una legislación de excepción, que dentro de las actuales circunstancias es la regla general.

Finalmente exponemos en la Tercera Parte y Capítulo VI, de este trabajo, una visión general de las Medidas de Seguridad, incluyendo su noción, su relación con la noción general de pena manifestando que ellas son un complemento indispensable de ésta, considerada en sentido estricto, y que su misión es la de dirigirse a aquellas personas que por circunstancias especiales no se les puede aplicar la pena como tal. Cabe anotar que el concepto que actualmente se tiene en nuestro país, y que está vigente es cambiado por el Proyecto de Código Penal de 1978 cuando les da mayor amplitud aplicativa y consagra la realidad existente en nuestro país donde la pena como tal y la medida de seguridad, dadas las condiciones de nuestro sistema carcelario, se confunden.

Conclusión final de todo lo expuesto es la circunstancia de que la pena en gran parte de los países del mundo, incluido el nuestro, no está cumpliendo su primordial fin: el resocializar al delincuente, por lo que es urgente un cambio que de una u otra manera permita que este fin se cumpla.

B I B L I O G R A F I A

JORGE ORTEGA TORRES

Constitución Nacional de Colombia, Editorial Temis, 1978

JORGE ORTEGA TORRES

Código Civil Colombiano, Editorial Temis, 1978

JORGE ORTEGA TORRES

Código Penal Colombiano, Editorial Temis, 1978

JORGE ORTEGA TORRES

Código de Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, 1978

LUIS CARLOS PEREZ

Manual de Derecho Penal, Parte General y Especial, Editorial Temis, 1969

ALVARO COPETE LIZARALDE

Derecho Constitucional Colombiano, Editorial Temis, 1957

EUGENIO CUELLO CALON

Derecho Penal, Editorial Nacional de Mexico, 9a. Edición

DANIEL SUEIRO

La Pena de Muerte. Editorial Alianza Alfagua, Madrid. Concesión Circulo de Lectores, 1974

RICHARD BRUSCH

Modernas transformaciones en la teoría del delito, Editorial Temis, 1970

VICTOR LEON MENDOZA

Compendio de Derecho Penal General, Ediciones Sequicentenario, Universidad de Cartagena, 1978

CESAR BECCARIA

De los Delitos y de las Penas, Traducción de Cesar Cantú-Pascual Vicent, Madrid, 1879

POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA

Criminalidad, 20 años, 1978

LUIS EDUARDO MEZA VELASQUEZ

Delitos contra la vida y la integridad personal y contra la propiedad, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, 1976

JACOBO PEREZ ESCOBAR

Derecho Constitucional Colombiano, Editorial Horizonte, 1974

BENJAMIN IRAGORRI DIEZ

Instituciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Temis, 1974

CARLOS ENRIQUE URZOLA G.

La legítima defensa -Tesis de Grado- Editorial Justicia, 1967

SERVIO TULLIO RUIZ

La Estructura del Delito en el Derecho Penal Colombiano, Editorial Temis, 1969

ALFONSO REYES ECHANDIA

Criminología, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 1976

ENRIQUE FERRI

Principios de Derecho Criminal, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, Madrid, 1933

ENRIQUE FERRI

El Homicida, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Editorial Reus, Madrid, 1930

LUIS CARLOS PEREZ

Nuevas Bases del Derecho Criminal, Colecciones Nuevas Ideas, 1947

MINISTERIO DE JUSTICIA

Proyecto de Código Penal Colombiano, 1978.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION	1
I. PARTE	3
CAPITULO PRIMERO	4
LAS PENAS	4
I. GENERALIDADES	4
A. NOCION	4
B. CARACTERES	6
C. FINES	8
D. CLASIFICACION	11
a. DIVERSOS PUNTOS DE VISTA	11
b. SISTEMA COLOMBIANO	13
c. PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978	16
II. LAS ESCUELAS PENALES FRENTE A LA PENA	20
A. CRITERIO ANTIGUO	21
B. CRITERIO CLASICO	22
C. CRITERIO POSITIVISTA	24
D. TENDENCIA DOGMATICA-JURIDICA	26
E. TEORIA FINALISTA	27

	Página
CAPITULO SEGUNDO	29
ORIGEN DE LAS PENAS	29
I. DERECHO DE CASTIGAR	29
ANTECEDENTES HISTORICOS	30
a. VENGANZA PRIVADA	30
b. REACCION SOCIAL - EL ESTADO	31
II. DERECHO DE MATAR	33
PENA CAPITAL	33
A. PROCEDIMIENTOS	35
B. ARGUMENTACIONES FAVORABLES A SU APLICACION	39
C. ARGUMENTACIONES CONTRARIAS A SU APLICACION	41
III. CASO COLOMBIANO	44
II. PARTE	50
CAPITULO TERCERO	51
PENA Y DELITO	51
I. SU RELACION	52
II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE INFORMAN LA	
APLICACION DE LA PENA	56
A. JUSTA	57
B. EQUITATIVA	58
C. REDIMIDORA O REHABILITADORA	61
D. DE UTILIDAD SOCIAL	65
E. LEGAL	69

166

	Página
III. LA PELIGROSIDAD COMO CRITERIO BASICO PARA LA APLICACION DE LA PENA	73
IV. SISTEMA COLOMBIANO	80
V. CRITERIO CONSAGRADO EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978	86
CAPITULO CUARTO	102
DELINCUENCIA Y PENALIDAD	102
I. INFLUENCIAS MUTUAS	102
II. CRITERIOS EXISTENTES RESPECTO A ESTA INFERENCIA	104
A. FORMAL O LEGAL	105
B. RELATIVO O CIRCUNSTANCIAL	106
III. CASO COLOMBIANO	107
IV. TENDENCIA ACTUAL	115
CAPITULO QUINTO	119
QUIEN DEBE APLICAR LA PENA	119
I. REGLA GENERAL	121
II. EXCEPCIONES	124
III. CASO COLOMBIANO	129
IV. PROYECTO DE CODIGO PENAL COLOMBIANO DE 1978	130

	Página
III. PARTE	
CAPITULO SEXTO	132
MEDIDAS DE SEGURIDAD	132
I. GENERALIDADES	132
A. NOCION	134
B. SU RELACION CON LA NOCION DE PENA	136
C. CLASIFICACION	139
II. CASO COLOMBIANO	141
III. PROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL	
COLOMBIANO DE 1978	144
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFIA	154
TABLA DE CONTENIDO	157

Señores
MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
CARTAGENA
E. S. D.

Me permito por el presente emitir mi concepto sobre el trabajo de Tesis presentado a su consideración por el señor alumno ANTONIO OYOLA QUINTERO, a efectos de optar al Título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

El trabajo lo denomina "ENFOQUES CRITICOS ACERCA DE LAS PENAS" y lo divide el graduando en tres partes con seis capítulos así: CAPITULO PRIMERO: LAS PENAS.-CAPITULO SEGUNDO: ORIGEN DE LAS PENAS.-CAPITULO TERCERO:-LA PENA Y EL DELITO.-CAPITULO CUARTO: DELINCUENCIA Y PENALIDAD.-CAPITULO QUINTO: QUIEN DEBE APLICAR LA PENA Y CAPITULO SEXTO:-MEDIDAS DE SEGURIDAD.

El estudio del trabajo nos muestra un profundo análisis y severa crítica sobre LA PENA como consecuencia necesaria del delito o como sufrimiento impuesto por el Estado al responsable de una infracción penal.- El graduando expone con precisión y detalles y socorrido de las citas de muchísimos autores sobre variados aspectos de la PENA. Toca entre ellos la noción y definición de la pena, sus caracteres, sus fines y clasificación y el criterio de las diversas escuelas penales frente a la pena. En el Título Segundo sobre el origen de las penas se refiere al derecho de castigar, sus antecedentes históricos, a la venganza, al derecho de matar y al escabroso tema de la Pena Capital.

Concluye su trabajo el graduando con conceptos muy particulares y manifiesta que la noción de pena ha cambiado según los distintos tópicos, lo que es reflejo de su dinámica.- Agrega, que el derecho penal en lo referente a la sanción al delincuente manifiesta distintos procedimientos según las épocas que inspiran distintas formas de encuadrar el problema desde las más recalcitrantes y agresivas, hasta las modernas concepciones que le dan a la pena un carácter redentor y provechoso tanto para el infractor como para la Sociedad que lo recibe.- En cuanto al derecho de aplicar la pena la conclusión es muy sencilla, según el parecer del alumno, debe permanecer en manos de las personas o entidades encargados

(169)

por el aspecto de especialidad de administrar justicia y por ende, en caso de penalizar, hacerlo aplicando la correspondiente pena, pero debe propugnarse por las excepciones que se están presentando.

Es un trabajo extenso y de un temario bien desarrollado que deja muestras de que su autor logró su propósito enfocándolo y controvertiéndolos en sus puntos álgidos. En criterio nuestro se acreditan las exigencias como trabajo de Tesis y por ello solicito su aprobación.

Atentamente,

(Fdo) ALVARO SALGADO GONZALEZ