

BOSQUEJO SOBRE EL DELI  
ZO X LA PENA EN LA LEGIS  
LACION COLOMBIANA

POR

HECTOR MERLANO GARRIDO.

L. 974

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

CARTAGENA - COLOMBIA.-

S C I B

00019071

31093



T343.2  
M37

2

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR. DOCTOR ALBERTO CARMONA ARAUJO.

SECRETARIO GENERAL DOCTOR FERNANDO ALVAREZ LOZANO

DECANO. DOCTOR EDUARDO E. HERNANDEZ MALO

SECRETARIO DOCTOR JORGE ECHAVARRIA MORA

PRESIDENTE DE

TESORERIA DOCTOR MARIANO GARRIDO GARCIA.

PRESIDENTE

HONORARIO DOCTOR VICTOR MERLANO RODRIGUEZ.

EXAMINADORES. DR. GUILLERMO GOMEZ LEON.

VICTOR LEON MENDOZA

Eduardo Matson Tiguevosa

0000000

R E C L A M E N T O  
~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~

"LA FACULTAD NO APROBÓ EN DESAPARECIDA LAS OPINIONES EXPRESAS EN LA TESIS; TALES OPINIONES SON CONSIDERADAS COMO PROPIAS DE SU AUTOR".

(ARTICULO Nro. 83).

**D D I C A V O R I A**  
~~XXXXXXXXXXXXXX~~

A mis padres HÉCTOR MELIÁNEZ Y ORACIELA GARNIERO  
DE MELIÁNEZ, como sincero reconocimiento a sus invaluables enseñanzas.

A mi novia, ELIZA LIZWYD Z GAMARRA, cuya colaboración  
fue necesaria para mi obra y su amor definitivo en mi  
vida.

## INTRODUCCION

El ensayo que elaboré, como tesis de grado, para optar el título de Doctor en DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, ha sido producto de un exhaustivo estudio que elaboré sobre el "DELITO Y LA PENA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA". Asimismo según el tratamiento que estos temas me diera la comisión encargada de redactar el nuevo Código Penal que irá a derogar el que está en vigor. Claro, obvio, que la multiplicidad de temas que tienen inferencia, relación directa o indirecta con el estudio tratado me impiden, era por la modestia intelectual de quien suscribe este trabajo, era por la profundidad de los temas examinados, o en fin, por la propia bibliografía sobre derecho penal actual, que este sea un profundo y completo examen del Delito y la Pena.

El estudio sobre ésta clase de temas ha sido un camino trazado por los más preclaros exposidores del De-

recho penal, desde los albores de ésta rama hasta nuestros días, lo cual no obste, para que el mundo del derecho, y en especial la rama que estudia el tema tratado, se habra poco para receptar el progreso científico, así estos temas traigan consigo en cierto momento un colapso en la vida ordinaria de la hermenéutica legal, así se expresaba JOSÉ RAÚL: "Es verdad que la revisión, la profundización o la refacción de un Código, es empresa peligrosa,- Resulta de ellas de una manera especial, y durante largo tiempo, un estado de estancamiento y de inseguridad, pues nadie sabe como serán explicados e interpretados por la jurisprudencia los textos nuevos, y también un estado de esterilización para la ciencia, porque los autores se asignan la tarea casi exclusiva de definir el nuevo texto, palabra por palabra, y como por co -  
mo..."

Por otra parte es en el estudio claro, libre de astilless maliciosas, de donde se desprende el concepto llamado EQUIDAD.- Siempre que el foro se incendia en llameadas verbales lo hace mediante el fuego común, atizado en carbones ordinarios de verbarras y vaguedades, lo que se -

necesita en realidad no es esa clase de fuego que ilumina hoy en día los estrados judiciales que no dejan como fruto de sus llamas más que pavasas y cenizas, generalmente, con la celestina complicidad del doctor fijo rido. Si bien es cierto que las intervenciones deben ornamentarse, si se quiere con el arte de la elocuencia, no menos cierto resulta también la necesidad de emplearlo como medio y no como fin, el cual no debe ser otro que la justicia en sí misma, basadas en las comprobadas tesis, argumentos, principios que nos han legado los tritadistas como fruto de sus investigaciones científicas. Estas tesis no confiere la oportunidad de volver a estudiar esos arquétipos científicos y sacar algunas conclusiones. Sólo así en el reiterado estudio, como sucede en todas las ramas del saber humano, se salvará nuestra generación de los pecados cometidos por nuestros predecesores, aquí viene como anillo al dedo la socorrida sentencia de que las heridas que infligió a mi progenitor son el saldo de nuestro progreso.

## CAPITULO I

### ORIGENES DE LA FUNCIÓN PUNICÓGICA

Las primeras manifestaciones de la justicia, en la época prehistórica, ha sido precisamente, o fué, - mejor la negación de la justicia, tal como la entendió el pensamiento clásico, el positivo y todavía el moderno: la venganza ilimitada ejercida por la horda contra sus atacantes, o la propia, pero intensa ira - contra los mismos miembros de la tribu "señalados co - mo infiesteros del Tabú".-

Este grupo llamado Horda, estaba formado por con - sanguíneos nómadas, su principal elemento de subsistencia era la caza y la pesca, a quienes mantenía unidos - la necesidad de subsistir.-

El tabú protegía ésta organización. Todo el que pro - fanaba esas leyes que no estaban escritas ponían en peli - gro el grupo entero. Pero el castigo no estaba discipli -

nado, sino que surgía espontáneamente.

Los tabúes son siempre "no debes" que se imponen por sí mismo. En lenguaje polinesio significa algo que se aparta por sí del uso común. Un árbol que no puede ser talado o tocado, es un árbol tabú. Y se habla del tabú de un árbol para señalar el crepúsculo que tendrá el que intente talarlo o tocarlo. En polinesio, lo contrario de tabú es NOA, o sea, lo ordinario, lo que es accesible a todo el mundo.

La violación del tabú entraña casi siempre un castigo automático, pero más tarde se racionaliza. El tabú favorece así el nacimiento de la religión de la moral y el delito. (1).

---

(1) JUÍS, C. PEREZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo I página 497.

El anterior comentario del Dr. LUIS CARLOS REZ, sobre la Matria y la Manera como se llamaban a las conductas infecables para el grupo, llevaba en vuelto la idea de venganza como SANCION. - Manera es ta de reprimir esas conductas que abarcó milenios en la vida de los pueblos primitivos, evolucionando de la venganza ilimitada hasta la venganza de los bienes del actor.

### EL TALIón

La necesidad de matar, lesionar, para quien mata o lesionara tuvo su evolución saludable en los tiempos primitivos. - El castigo o venganza ya no era ilimitada sino proporcionada a la muerte o lesión producida por el actor. Esta forma se conoce con la fórmula "ojo por ojo y diente por diente", se encuentra entre los principales documentos legales de la antigüedad, las leyes de Hammurabi, las leyes mosáicas, la ley de las doce tablas. - Pues bien, como se ve, el talión supone una limitación de la venganza en cuan-

to se individualiza la sanción, que es equivalente al delito inferido.-

El Código de Hammurabi, es el más antiguo documento conocido.-

En éste Código se conocen las ORDAZAS o JUICIOS DE DIOS, que por lo general, se hacen echando al río al acusado, para que pruebe su inocencia flotando, o su culpabilidad sumergiéndose.-

Por otra parte ésto célebre documento aplica la ley del talión entre personas de una misma dignidad, porque entre personas que no sean de una misma dignidad, si el dañificado es de inferior dignidad, se le compensa con dinero.-

La ley mónica, que es otro documento contentivo de la ley del talón como medio de reprimir los delitos, se encuentra en el pentateuco, o sea el conjunto de libros escritos por Moisés, en estos libros la pena tiene una finalidad expiatoria, y el delito es VIO-

### LACION DE LA LEY DE DIOS.-

Estas leyes constituyeron un notable avance en el largo camino de la penalidad. Veamos por vía de ejemplo alguna de las leyes instituidas en esos libros:  
"A todo aquél que matará a una persona se le condenará a muerte por declaración de testigos; MAS UN SOLO TESTIGO NO SERÁ TESTIMONIO SUFFICIENTE CONTRA UNA PERSONA PARA QUE MUERA.-"

La norma citada significó un invaluable avance en la técnica procesal.- Hoy en día, las modernas legislaciones todavía conservan ese presupuesto para sancionar.- En nuestra legislación penal que en materia de testimonio rige el sistema de libre apreciación racial, aún así, le quedaría difícil al juzgador para dictar sentencia coartatoria si en el proceso sólo obra una declaración de testigo de que el sindicado es responsable como autor o participa del hecho que se investiga.-

### LA COMPOSICION

Fuó otro instituto que alcanzó considerable desarrollo para limitar la venganza de la sangre, surgió con la propiedad privada. Consistía como dice el Dr. LUIS C. PEÑA, en la prestación o serie de prestaciones que el ofensor debía pagar al ofendido a fin de comprar la venganza.

En fin, la pena surge en la sociedad, junto con el delito, unida a la del Estado y del derecho. Pero el proceso en que se desenvuelve la primera aparece confundida con elementos distintos, generalmente consecuencia de un precepto religioso quebrantado, teniendo la pena un carácter vinilicativo.

El proceso de la prehistoria a la historia es casi idéntico, en sus fases en todos los pueblos, es diversa, sin embargo, la rapidez con que se desenvuelve y así puede ocurrir que un pueblo alcance su condición civil e histórica antes que otro. La constitución de los organismos políticos-familia, ciudad, Estado- va acompañada de la exteriorización de hábitos, tradicio-

ciones, ritos, a cuya observancia se pliega instintivamente la voluntad de los particulares (1) bis.-

Observemos pues, como sin pensarla la comunidad embrionarioemente organizada se ajusta a los patrones que ésta le ha impuesto, según sus hábitos, costumbres, etc. En este camino aparece primero la pena en un sentido vinificativo, cuando reciafa la potestad de castigar — en los particulares y en la proporción al daño inferido, se conocía ésta forma como el talión, sintetizada con el conocidísimo leটegua "Ojo por ojo y diente por diente", más tarde apareció la EXPOSICIÓN se acercaba a una indemnización por los daños ocasionados a la víctima.—

De un salto inmenso en la historia de la penalidad, llegamos a épocas menos remotas; encontramos entonces la Escuela clásica y positiva.— Aparecieron entonces voluminosos comedios de doctrinantes que al modificar las bases del derecho penal, no podían menos que variar la pena.—

Mas recientemente nos vemos enfrentados a una nueva

---

(1) bis, FAUSTO COSTA. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Traducción de MARIANO EDUARDO FONSECA.

Escuela, la dogmática Jurídica, que en su trascendente paso por la historia va absorbiendo, poco a poco, los regímenes penales.-

Este sencillito, brevíssimo bosquejo no tiene otra finalidad que la de demostrar como importante resultado el estrago de la Pena y sus múltiples consecuencias en la vida social. Toda vez que, como dije propulsivamente en el exordio de este estudio, en el retorrido estudio de los hechos pasados, se refleja el saldo de progreso en el futuro.- Para corroborar lo expresado veamos lo que dice MORELLO, al respecto:  
"La imaginación partiendo de la experiencia, anticipa juicios acerca de futuros perfeccionamientos. De este actividad surge los Juicios a posteriori, inducidos de una basta experiencia, para prever el sentido en que varía la humanidad.- Lo ideal representa un nuevo estado de equilibrio entre el pasado y el porvenir.- (2).-

---

(2) JOSÉ INGENIEROS, El Hombre pedagogo.-



ORIGENES DE LA LEGISLACION PENAL EN  
COLOMBIA.

Este es un capítulo indispensable para comprender el largo camino que ha recorrido nuestra legislación, para llegar al estado de avance que hoy ocupa nuestra legislación, y más todavía, el que va tener cuando se apruebe la nueva legislación penal que está en estudio por un grupo de los más predilectos expositores de derecho colombiano.

Para cumplir la anterior finalidad, no valdré de los comentarios que hiciera el Dr. BERNARDO GAITAN - MARECHAL. - "Sabido es que España no legó no solamente su cultura política, sino también sus costumbres, su religión, su lengua y sus instituciones jurídicas. Los tres siglos de dominación española significaron el implantamiento de las leyes peninsulares, junto con las que para las Indias fueron expedidas en orden a solucionar los innumerables problemas autóctonos; de esta manera, al hablar de nuestra legislación, puede decirse que resonantes a menos de un siglo, si se tie-

no en cuenta que las primeras décadas de vida independiente no cuentan con estatutos jurídicos, y que las luchas políticas que siguieron a la independencia se proyectan con perjuicio de esa cultura jurídica hasta los albores del siglo XX.-

Se sabido que al planear la segunda expedición de Colón y la subsiguiente expresa, Sevilla llegó a ser el centro de actividades y aun el puerto único para este comercio, contando ya en el año de 1.503 con una completa organización (casa de contratación) que era, a la vez que oficina de migración, un depósito de comercio y una escuela náutica, de exploradores y de gobierno a cuyo servicio se hallaban el cosmógrafo y el cartógrafo más destacados.-

En 1.523 se creó, a organizar, a semejanza de los demás consejos de la corona, el gran consejo de Indias, centro de consulta y de legislación, Tribunal, oficina de administración y academia de estudios.-

Esta dualidad de focos vitales, uno de acción y otro de pretendida dirección, se reflejó plenamente en la realidad de La Colonia.-

Por una parte, llegaban la vez del pueblo español autoseleccionada por sus aspiraciones por su resolución aventurera y a veces por la repulsa de su propio país; con la sensación así de superioridad y de señorío de que tan eloquentemente nos habla ICAZBALCETA; y por otra flúa, para refrenar sus abusos, una copiosa legislación de Indias, que no era aplicada sino contrastada por las costumbres y prácticas de los encorazonados y propietarios del territorio. De un lado la explotación y el enriquecimiento efectivos de la población indiana; y del otro, una lucha de defensa teórica, de intención y a muy larga distancia, iniciada por ISABEL LA CATÓLICA y ejecutada secundaria de cerca por algunas audiencias o por el esfuerzo personal que tan venerada memoria dejó para hombres como DON SEBASTIÁN RAMÍREZ DE FUENLLALDÉ, VASCO DE QUIROGA Y FRAY JUAN DE SUMARRAGA.

En 1.596 se formó la primera recopilación de las leyes de Indias, que para el siglo XVII contaba ya con once (9) libros. El propósito era que los españoles se regieren por sus propias leyes; los indios por disposiciones proteccionistas que se juzgaban adecuadamente; y los mestizos u negros, enviados éstos últimos en gran cantidad

dari a la casa de contratación de Sevilla, por enérgicas disposiciones encaminadas a prevenir motines.-

Como ley común para los españoles y supletoriamente para la población indígena, debían regir las leyes de Foco, según disposición contenida en las mismas leyes de Indias; pero de hecho se aplicaban, en la misma confusión reinante en la Metrópoli desde el Fisco - Real y las partidas, hasta la nueva y novísima recopilaciones, a más de algunas ordenanzas dictadas especialmente para este suelo, como la minería, la de Intendentes y las de gremios.-

La Nueva Granada vió expedido por primera vez el Código Penal promulgado en el año de 1.837 por iniciativa del General FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, quien asociado de distinguidos juristas elaboró dicho trabajo, naturalmente influído por los Códigos vigentes en otros países, especialmente los de España y Francia. El primero de ello reflejaba sobre nosotros las costumbres de la madre patria, de cuya influencia era difícil separarnos; y el segundo, sin duda alguna, porque habíamos asimilado en gran parte las teorías filosóficas y jurídicas que el pueblo Francés tenía entonces en boga.- El Código de 1.837, hay que reconocerlo, es el mejor que hasta el presente haya-

nos tenido en el país, porque en él rige una rigurosa  
técnica y gran concordancia y armonía entre las dispo-  
siciones que contiene las nociones esenciales y las que  
se refieren a la reglamentación de los delitos. Claro —  
está que dicho Código está íntegramente basado sobre —  
los postulados vigentes en aquellos tiempos y muy de-  
acuerdo con la época histórica.—

En 1.853 adoptó el Estado soberano de Cundinamarca  
el Código de 1.837 promulgado para la Nueva Granada; y  
con ligeros cambios en su contenido fue adoptado tam-  
bién para los Estados soberanos en que se descompuso el  
territorio nacional. En síntesis el Código de 1.837 es  
el que hoy nos rige con las modificaciones necesarias —  
que los nuevos tiempos lo han venido imprimiendo. (Ob-  
servarse que cuando se habla que el Código de 1.837 es  
el mejor que hasta el presente se ha hecho en el país,  
no se está hablando del que nos rige hoy en día, o me-  
jor, el que está en vigencia, porque invariablemente el  
último supera al primero, en técnica, reglamentación,  
etc., etc.—

La idea de una reforma fundamental de las institu-

ciones penales no nació por iniciativa del ilustre doctor don DEMETRIO PORRAS, quien en 1.890 presentó un proyecto integral sustitutivo del de 1.837 justamente elogiado por el doctor JOSE VICENTE CONCHA, — quien, posteriormente (1.912) habría de presentar un trabajo similar.—

En 1.890 una comisión del consejo de Estado preparó una revisión del Código que, junto con otras leyes sucesivas, han ido moldeando paulatinamente el Código con mengua del sustancial contenido de éste y por demás reformas pasajeras de simples detalles que solo han causado confusión y quebrado el enramaje de un sistema no por anticuado menos aceptable.—

En 1.912, el doctor JOSE VICENTE CONCHA presentó un proyecto de Código Penal, muy parecido al Italiano de 1.890; cosa no extraña si se considera que para aquella época era modelo en muchos países y guion para aquellos que se estaban formando.— A pesar de la trascendencia que implicaba al reforma del doctor CONCHA y la aceptación de ciertos principios hasta esa época

ca desconocidos por nosotros, dicho proyecto sólo vino a ser ley diez años más tarde. Pero el derecho penal en este transcurso tomaba nuevos derroteros; la influencia del Código Penal Italiano no era la misma; así, el código del doctor CONCHA representado por la ley de 109 de 1.922, fue solemnemente archivado con todos los honores.

Para 1.925, una comisión de juríscos consultores especializados emprendió nuevamente la labor reformista. El resultado fue un nuevo proyecto, mezcla de principios diversos y sin matrícula apropiada en ninguna escuela. Parece que este trabajo no satisface al gobierno de la época, por lo cual se contrató en Italia una misión de especialistas que habría de venir a redactar un nuevo proyecto. Esto sucedió en 1.926. La misión Italiana, por don ANTONIO CORDONI, rindió su trabajo retornando al código italiano de 1.890. Por ello los doctores RAPHAEL ESCALANTE y PARMEJO CÁRDENAS, no satisfechos con la regresión a las viejas prácticas italianas, establecieron polémicas en la prensa del país con los comisionados, detallando las pocas probabilidades

de aceptación que pudiera tener el proyecto Córdoba.

El Congreso Nacional de 1.933 insistió nuevamente en satisfacer ese anhelo y por la Ley 20 del mismo año comisionó a cuatro distinguidos juríscos para que elaborara un nuevo código penal. El trabajo codificado —fue entregado dentro del término señalado por la ley, y con muy pocas, y sobre todo fútiles reformas introducidas por la legislatura de 1.936, es el Código Penal vigente\*. (3).

Se aquí, más o menos sintetizado lo que ha sido el recorrido de nuestra legislación penal. Ahora nos estamos preparando para recibir otra nueva reforma a nuestra legislación, desde ahora se le aseguran saludables frutos, ella es el esfuerzo de las coadunaciones de la jurisprudencia, los colegios de abogados, de los jueces, la investigación cotidiana de los fenómenos humanos, en fin el estudio de todo un selecto grupo humano (tratadistas) que ratificando la realidad objetiva y en consonancia con su ideal saber y entender han plasmado los frutos de esa unión en el Código que va a regir los destinos de nuestra organización penal.—

---

(3) BERNARDO GAITAN MARQUEZA, curso de Der. Penal Gral. Ia. Edición.—

## C A P I T U L O II

### DEL DELITO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

DIANA.

20202020

#### DEL DELITO

El Art. 11o. de nuestro ordenamiento penal establece: "Que todo el que cometa infracción prevista en la Ley Penal Colombiana es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en éste Código."

Si infringe la ley penal por acción u omisión. Por lo tanto, la regla general es que todo el que viola la ley penal es responsable (art. 11o. C. P.).

Como las infracciones de la Ley Penal Colombiana se dividen en delitos y contravenciones debe entenderse que la responsabilidad se refiere igualmente a las dos clases de infracciones de la ley penal. Es necesario advertir que la responsabilidad de las contravenciones se basa únicamente en la acción u omisión.

Para los tratadistas LUIS CARLOS PEREZ, JOSÉ VINCENZO ARENAS, la responsabilidad objetiva y los delitos son inconcebibles sin elemento súquico o moral. Otros, como los doctores MEZA VELASQUEZ y GOMEZ PRADE, sostienen la teoría de la presunción de la culpabilidad lo que lo mismo que el elemento súquico se presume. Personalmente me guío por la interpretación que de esta norma hace el doctor ALFONSO REYES, es decir, que las contravenciones se encierran indiferentemente a título de dolo o de culpa, a menos que norma exija la presencia de una de estas dos especies de culpabilidad.

En el actual código penal no se define el delito. El citado art. 110, se contenta sólo con enunciar las consecuencias jurídicas de la responsabilidad para quien viole la ley penal.

LAS ESCUELAS CLÁSICAS Y POSITIVA FRENTE AL  
DELITO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Para el maestro de Pisa, el delito es: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para prote-

teger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

No falta aún la explicación que da el Maestro para comprender que el delito en la escuela clásica, igual que para su pontífice es un "acto jurídico, o sea, la violación de la ley del Estado. No se tiene en cuenta el aspecto antropológico del delincuente, ni los factores impulsores del delito, como genio ambiente, factores genéticos, etc. etc. Conquistas estas logradas por la escuela positiva.-

Para la escuela positiva es de una noción socio-lógica.- Para esta escuela el delito es como un hecho-morboso social, producido por un hombre en el seno de la sociedad y al influjo de factores que lo impulsan a delinquir.

ENRICO FERRY, como pontífice de esta escuela, analiza el delito en esta forma: "Así como dentro de un volumen determinado de agua, a una temperatura determinada, se disuelve tan sólo una determinada cantidad de

sustancias químicas, ni un átomo más, ni un átomo menos de la misma manera en un medio social determinado, dentro de determinadas condiciones sociales, individuales y físicas se comete un número determinado de delitos, ni uno más ni uno menos (4).

Para la gran mayoría de los expositores de la escuela antropológica niegan rotundamente la existencia del libre albedrío, para estos tratadistas ningún hombre es enteramente libre de dirigir sus actividades individuales hacia un fin determinado, o dejar de dirigirlas; en sus diferentes manifestaciones está por una serie de influencias que determinan su voluntad y sus actos. Estas influencias son de orden físicas y químicas, congénitas y adquiridas, en ella radica precisamente la principal diferencia con la escuela clásica, competencia del libre albedrío.

Los clásicos fundimentan el derecho que tiene el Estado de sancionar a quien delinque en la libertad que tiene el individuo de cometer o dejar de cometer un delito; negando esta libertad los positivistas buscan en otras fuentes el derecho que tiene el Estado de castigar

---

(4) Dr. VICTOR LEÓN MENOCZA. Conferencias de Dcr. Penal.

y sostienen entonces que es en la PELIGROSIDAD del delinquente.-

Nuestra legislación penal es una mezcla de las dos escuelas aludidas, aunque resulte claro que el derecho de castigar en nuestro código, la escuela clásica sede en peso a la positiva, porque este lo fundamenta en el criterio de la peligrosidad del delinquente. Pero en la estructura del delito, la escuela positiva abre campo a los conceptos de la escuela clásica. Por lo tanto nuestra legislación es una mezcla de las escuelas aludidas como dije previamente al comienzo de este título.-

#### L A P E N A .

Bien podría definirse la pena que rige nuestro ordenamiento penal, como la reacción jurídico esta tal, contra el delito y contra el delinquente y no es solo contra los efectos sino contra las causas del delito.- (5).

---

(5) DERECHO PENAL ITALIANO, FILIPPO CRISPIONI, 2a. ed.

vol. I pág. 67.-

Muchas veces se ha advertido que la pena es efectivamente el medio con que se combate el peligro de la generalidad de los delitos como de parte del reo, así lo expresa MAGGIORE, a este momento se le podría denominar de AMENAZA, dicha amenaza se dirige indistintamente a TODOS los sujetos en la confianza de que ella tenga eficacia intimidatoria tal como de contenerlo de cometer el delito. (Prevención general).

El anterior es uno de los momentos de la pena; el segundo momento se conoce con el nombre de prevención especial y consiste en reincidentar al delinquente o transformarlo en inocuo. Este no es el momento de destacar la mayor o menor importancia que tenga este momento o el otro. Sin embargo, no podemos negar que comprender el immense valor de la prevención especial, como se verá en el próximo capítulo.

#### PELIGROSIDAD CRIMINAL COMO MEDIDA DE LA PENA

Nuestra legislación penal así como también para la escuela que le dió origen, las prevenciones aludidas pueden cumplir sus finalidades sólo si en el modo

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

mento de aplicar la sanción, resulta proporcionado a la "Peligrosidad Criminal".

La escuela positiva, igual que el Código vigente, entronizaron un principio que puede sintetizarse así: "Ninguna pena sin peligrosidad del agente", lo que precisamente implica que la pena desaparece al cesar el peligro.

Ahora si conviene para la mayor claridad de este asunto destacar la importancia de las dos provaciones que lleva incita la sanción penal, la general oída en proceso civil Especial por la finalidad ulterior, ya que cubra mayor valor redactor al delinquiente o convertirlo en inocuo que encubrir a los subditos con una amnistía que no se sabe si va a tener el poder intimidatorio que lleva inherente.

INDIVIDUALIZACION EN LA PENA

La legislación penal muestra, hija del positivismo penal, proclaman la necesidad innegable de que, en la fase de instrucción del proceso penal, la personalidad

del procesado sea objeto de exhaustivas indagaciones, en toda su varicia y compleja estructura, a fin de permitir que el juez disponga de todos los conocimientos necesarios para una rigurosa individualización de la pena. Los mismos conocimientos deben, igualmente, permitir al juez valorar, con la mayor exactitud posible, el índice de peligrosidad social del acusado y de emitir un juicio pronóstico, sobre la readaptación social del condenado, dado que tales juicios deben considerarse cada vez de mayor importancia a los fines de una justicia penal que sea, verdaderamente útil a la sociedad y al individuo (6).

La individualización de la pena pide, exige, restringe el examen de la personalidad del acusado, ya que solo mediante tales estudios se puede llegar a conocer, con la exactitud necesaria, el estado mental del siniestro en el momento del delito, a los fines de la valoración efectiva y no presunta, responsabilidad penal.-

---

(6) BENIGNO DI TULLIO, Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría Forense, 3a. ed. traducida por BENIGNO TERUEL, Prof. Extraordinario de Criminología de la Universidad de Madrid.-

## CAPÍTULO III

---

### LAS ESCUELAS.

---

#### ESCUELA PENAL CLÁSICA.

FRANCESCO CARRARA, fué el sumo pontífice de la escuela espiritualista y comienza con la obra de CESAR BIECATIA. Entre otros notables representantes de la escuela clásica encontramos a CAMIGHANI de quien logró la mayoría de los postulados que hicieron Carrara en dicha escuela, otro de los grandes fué ENRICO PASTINA, cuya obra más destacada fué denominada ELEMENTOS DE DERECHO PENAL.

Los clásicos mantienen una concepción metafísica del derecho. "El derecho es congruente al hombre porque ha sido dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación. Para que aquella pueda cumplir sus deberes en la vida terrenal". (7).

(7) CARRARA, Programa de Dere. Criminal.

A demás es immutable, es EQUACION PERDIDA de todas las utilidades de la vida. Es un ente jurídico, porque su conciencia consistir necesariamente en la violación de un derecho.

La pena, consideren los clásicos que debe ser proporcionado al daño padecido por el derecho o al peligro corrido por el mismo (8).

Finalmente, veamos lo que dice FERRI, sobre ésta escuela: "Fue verdaderamente un edificio de clásica maestría y belleza, que los grandes criminalistas, desde RIMAGNOSE APILANZIERI, de MARIO PAGANO a CARRARA, de ELLERO a PESSINA, construyeron en potente sistematización jurídica, que dominó a legisladores, opinión pública y jurisprudencia diaria, continuando todavía hoy su influjo como pensamiento tradicional."

#### ESCUELA PENAL POSITIVA

El positivismo ideológico así como la escuela orientadora del derecho penal a principios del siglo, respondió al llamado que en un momento dado de la humanidad requie-

---

(8) CARRARA, Ob. Cit. 3a. Ed.

sia la presencia de cánones científicos como esos. Fue una verdadera revolución cultural. En el plano filosófico se trasplantó el análisis que ya se había hecho en las ciencias naturales, con la afortuna de coincidencia de encontrar un terreno abonado dispuesto a producir frutos bondadosos, como efectivamente los produjo.

AUGUSTO COIRAS, filósofo y matemático Francés, - distinguía tres etapas o "estados" o estadios en vida de la humanidad. El primero llamado TEOLÓGICO, en el cual casi todos los fenómenos ocurridos son explicados por causas llamadas sobre naturales en coadyuvancia de la intervención de seres divinos. Después sigue al estado METAFÍSICO, en este período se apela a principios concebidos como existentes más allá de la esencia misma de las cosas, los cuales vienen a ser las fuerzas motoras del desarrollo de la humanidad. El último estado que por lo pronto es el que nos interesa se conoce con el nombre de POSITIVISMO, mediante el cual la observación empírica de los fenómenos humanos y naturales da el traste con el método especulativo usado por los dos estados anteriores --

"Desde el renacimiento hasta aproximadamente mediados del siglo XIX, puede ser calificado como periodo metafísico. Esas teorías trataron de explicar la naturaleza y el significado del derecho por referencias a ciertos principios últimos, concebidos como operantes más allá de la superficie empírica de las cosas. Ni "la razón eterna" de los filósofos jansenistas ni el "espíritu de justicia" y las "fuerzas que operan silenciosamente" de SAVIGNY, ni el "espíritu universal" de Hegel, ni "la desaparición del estado" en la sociedad comunista de CARLOS MARX, pueden ser juzgados y medidos en términos del mundo empírico. Todas esas construcciones son metafísicas porque van más allá de la experiencia física de las cosas y parten del supuesto de fuerzas indivisible y causas últimas que hay que buscar más allá de los hechos de la realidad". (9).

Pues bien, como reacción a estos postulados que alimentaron la escuela clásica, nació el positivismo filosófico fuente ideológica de la escuela positiva del derecho penal. Puf con CESAR LODRIGO que en su obra EL HOMBRE DELICUENTE, con que se inició todo ese majestuoso e-

(9) EDGAR BOERNHEIMER, Teoría del Derecho 3a. ed.

edificio intelectual denominado escuela positiva del derecho penal, los estudios jurídicos de GAROFALO y socialógicos de ENRICO FERRAY constituyeron la trilogía que le dió carta de ciudadanía mundial a la escuela que venimos estudiando.

#### PRINCIPIOS RECTORES DE LA ESCUELA POSITIVA

Los sintetizan el profesor BERNARDO GAITAN MAGA-  
CRA en la siguiente forma:

A) "El derecho penal no es una ciencia autónoma sino parte de la sociología, la psicología criminal y la antropología.

B) "El delincuente es un ser anormal", mis estu-  
dios - dice FERRAY - sobre los delincuentes me han llevo-  
do a la convicción de que siempre son anormales, sin ex-  
cluir a los delincuentes ocasionales".

C) Negación del libre albedrío y sustitución  
de la imputabilidad moral por la responsabilidad legal o  
social, que resulta del simple hecho de vivir en socie-  
dad.



- D) El delito no es un acto jurídico, sino un producto social.
- E) La pena es un medio de defensa social.
- F) La moral y el derecho son fenómenos simplemente sociales.
- G) El delito debe investigarse como un fenómeno y mediante un método experimental\* (10).

---

(10) BERNARDO GAITAN MARQUEZA, Curso, de Derecho Penal.

## C A P I T U L O . IV

### ACCIONES DEL DELITO Y LA PENA EN LA DOCTRINA JURIDICA

La acción se convierte en delito si infringe de un MODO PREVISTO en unos de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de CULPABILIDAD. De la anterior definición es fácil elegir los elementos constitutivos del delito en la doctrina jurídica: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

#### T I P I C I D A D

Este principio no es más que la prolongación del principio de la legalidad de las penas, válido en conquista de la escuela clásica; y a la vez, desarrollo también del art. 26 de la carta fundamental. En efecto, resa el aludido art.: Nadie podrá ser juzgado SINO -  
COMPORTAR A LAS LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE IMPUTA,  
ante tribunal competente, y observando la plenitud de las  
formas propias de cada juicio. (los auxiliares son nulos).-

La técnica moderna orienta que no existe delito sin ley. **NULLA PENA SINE PREVIA LEGE PENALE.**

Si el ordenamiento jurídico quisiera sancionar con penas las conductas insopportables para la vida comunitaria, podría hacerlo mediante una norma sumamente general: "el que se comporte de un modo contrariamente a las exigencias de la vida comunitaria será castigado según las medidas de su culpabilidad con una pena lícita"; podría ser formuladas de un modo todavía más moderno: "el que infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado.....  
.....(11).

Una disposición como ésta, sumamente general, comprende sin duda alguna toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter general no permite conocer qué conducta concretamente son las prohibidas. O sea, que el ciudadano no sabe de manera concreta lo que debe hacer u omitir; ni el juzgador lo que debe sancionar. Por eso se hace indispensable la creación de las normas, es decir, tiene que señalar en

---

(11) HANS WELZEL, El nuevo sistema del Der.Penal ed. Ariel  
Pág. 45.-

(12) HANS WELZEL, Op.cit. pág. 44.-

un tipo especial lo que debe hacer u omitir, ejemplos: robar, hurtar, matar, etc etc., Sólo así se satisface a plenitud el olímpico principio: *Nulla poena sine lege.*

Por otra parte si el ciudadano no conoce de modo concreto lo que hay que hacer u omitir, cómo se lo podría exigir el principio de que, la ignorancia de la ley no sirva de exculpatio-

El tipo, es pues, según la autorizada voz de RAMES WELZEL, la descripción concreta de la conducta prohibida.

#### ANTIJURIDICIDAD.

Según el autor anteriormente citado, este elemento consiste en la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Entonces tenemos que cuando un ciudadano realiza una de las acciones prohibidas en el tipo penal, estamos en presencia de la contradicción quijida. La tipicidad y la consiguiente contradicción con la norma es un indicio de la antijuridicidad. Pero no es idéntica a ella.

La antijuridicidad se configura plenamente en la realización del tipo contradiciendo el ordenamiento jurídico EN SU CONJUNTO.

BELING sostiene que el delito es la acción típica (1), antijurídica (2) y culpable (3). Esta definición que se ajusta a la concepción que sobre el delito se tiene en la técnica moderna, se le debe hacer alguna reserva, por la concepción que tiene el autor sobre la noción del tipo; según él, el Tipo no contiene ningún "juicio valorativo". BELINI no quería- citado por WILZEL- decir con ello otra cosa que con la constatación del Tipo no se ha afirmado todavía su antijuridicidad (tesis apoyada en todos sus puntos.) La constatación de la tipicidad de una acción no es valorativamente mental, selecciona sólo bien multitud de conductas aquellas que son relevantes para el derecho penal, y precisamente en el sentido de que ser necesariamente antijurídica pero nunca "valorativamente neutrales".

Tesis que por cierto no comparto, porque la norma o tipo es jurídica en el plano de derecho pero para los círcu-

dades posee un valor mentalmente neutral. Sólo en la realización del Tipo o en la contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto viene a poseer un valor antijurídico.

#### ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

La antijuridicidad es, como veníamos diciendo, una realización de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico. LA CULPABILIDAD, no se conforma con esta relación de discordia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber emitido la acción antijurídica a pesar de haberla podido emitir. ES UN JUICIO DESVALORATIVO Y QUE HACE AL AUTOR EL REPROCHE PERSONAL (13).

La culpabilidad, es pues, la reprochabilidad de la resolución de la voluntad. Vemos entonces que la culpabilidad puede definirse mediante la palabra no muy estilística de "reprochabilidad".

(13) HANS VELZERL, Ob. cit. pag. 79.-

W. GOLDSCHMIDT, citado por LUZÓN DOMINGO, resume el pensamiento Kelseniano de la culpabilidad, en esta forma:  
 Esta doctrina intenta probar que en el concepto psicológico de la voluntad no es aplicable en las ciencias normativas (éticas o jurídicas). Para éstas ciencias la voluntad no es otra cosa que el término de imputación normológica. Lo que en esta doctrina interesa no es su pulverización del fenómeno psíquico de la voluntad y su sustitución por elementos cognitivos y sentimentales, sino su acentuación del aspecto normológico de la culpabilidad. La norma impone a una persona un hecho como condición de que se desencadenen la pena como consecuencia jurídica; a fin de que la norma así procesada sea menor, — así lo exige nuestro sentimiento jurídico— que haya culpa; es decir, intención, previsión o negligencia (14).

Sin entrar al análisis de la presente teoría y sólo como medida de referencia, para entender como viene abriéndose paso, en las legislaciones modernas, el concepto de la culpabilidad, se ha expuesto en este capítulo la síntesis del pensamiento meridiano del reputado tratadista HANS KELZEN.

---

(14) LUZÓN DOMINGO tratado de la culpabilidad y de la culpa.

Los conceptos de imputación y culpabilidad que llevan envuelto un nexo inseparable, son explicados con claridad solar por MAGGIORE. En efecto, así se expresa: "I ahora - qué diferencia existe entre imputable y culpable? Intrín cicamente ninguna. Sólo una distinción cuantitativa, en el sentido de que imputación o inimputabilidad tiene un sentido ambivalente, y culpabilidad tiene carácter monovalente. Se es imputable de la acción buena como de la mala. Se imputa el mérito, la gloria, y también el error, la ingratitud, el engaño, el deshonor, la negligencia, la desgracia".  
(15).-

Por otra parte, se le podría agregar a la anterior análisis que sólo se es culpable de las acciones malas, entendiendo esta última expresión como un juicio de valor. Pero cierta la diferencia no es tan sutil como lo expresa el mencionado autor, la diferencia también es cualitativa, ésto es, todo el que es culpable ha sido imputado de una acción, pero no todo imputable puede resultar culpable.

La dogmática Alemana viendo los términos que hemos venido analizando explica la relación entre el sujeto, la conducta y el resultado de la misma, cuando el sujeto se carga

(15) MAGGIORE, PROLEGÓMENOS, pág. 174.-

terizaba por no tener intención. Y non precisamente los argumentos del gran jurista WELZEL quien formula un concepto FINALISTA DE LA ACCIÓN, la cual le da una peculiar aplicación práctica a la causalidad en el ámbito del derecho penal. La conducta como causa del crimen debe entenderse como una unidad que integra en sí su propio efecto; si este efecto, o fin, como aquí se le llamas, no existe o sólo existe deficientemente, la conducta en sí también pierde valor en relación con el fin previsto en la norma, pierde tipicidad la conducta o se ajusta a otro tipo de delitos llamados culposos. La relación de causalidad siempre existe, pero la evaluación del primer extremo no puede sustraerse al conjunto de elementos intencionales del autor, bien sea por que tal intención o finalidad exista como en el DOLO opor que ella no exista o exista deficientemente como en los delitos llamados CULPOSOS. Es la finalidad, por su existencia o por su inexistencia lo que termina el grado de la antijuridicidad. (16).

Por otra parte, fué HANS KELZEN quien hizo otros aportes valiosísimos a la dogmática jurídica. La causalidad

---

(16) LUIS F. GOMEZ, INTERPRETACION DEL DERECHO.

jurídico, de cómo una causalidad típica no es determinada por la necesidad sino por el DEBER SER. Esta expresión se entiende que entre un acto antijurídico y la conducta que este debe seguir existe una relación propia del derecho según la cual dado un acto antijurídico debe seguir un acto jurisdiccional de sanción, y responde al término de imputación. No se trata, como lo afirma GÓMEZ DUQUE, de establecer un nexo perteneciente de supuestos filosóficos como el libre albedrío o el determinismo sino en comparar los extremos de una relación jurídica típica como la imputación en donde un término lo constituye el acto antijurídico de una persona y el otro la sanción respectiva contenida en una norma aplicada por el juez.

## CAPITULO V

### ~~DELITO Y LA PENA EN EL ANTEPROYECTO DEL~~

### ~~CÓDIGO PENAL~~

El concepto enunciado en este capítulo responde a las medidas de prevención social que regirán la vida penalógica de nuestro país.

De acuerdo a la discriminación del anteproyecto este consta de cinco títulos a saber: Principios rotatorales de la ley penal Colombiana. Aplicación de la ley penal en el espacio.- El hecho punible, punibilidad y responsabilidad civil derivada del delito.

bien, siguiendo el esquema trazado veremos en próximas instancias, que tratamiento le da al delito el Anteproyecto.- En primer lugar, no lo define como tampoco lo hace el que está en vigencia.-

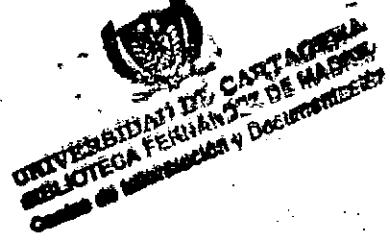
ARTICULO 22<sup>do</sup> del A. P. del C.P. "Los hechos pa-

nibles se dividen en delitos y contravenciones".

**ARTICULO 23.-**

"El hecho punible puede ser realizado por acción u omisión".-

En esta materia sigue la misma técnica del código en vigencia, esto es, que sigue sin definir el delito, pero presenta los elementos mediante el cual se infringe la ley penal. Esto no significa que filosóficamente y doctrinalmente sigan la misma tendencia.- Porque como explique al comienzo de este estudio el fundamento de la pena, es positivista y la del delito es clásica.- Por el contrario al anteproyecto del C. P. se le ha imprimido un sello de la nueva escuela del derecho penal, como es, la dogmática jurídica.- En efecto, la doctrina de la dogmática penal ha sustituido a la concepción positivista del delito y la declaración universal de los derechos del hombre, "ha penetrado con fuerza vinculante", apartándose de la responsabilidad objetiva, o de la poligrosidad como fundamento de la pena, y acoden al delito sobre el supuesto de que es conducta TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE, tal como lo define BELING.-



PRINCIPIOS RECTORES DE LA  
LEY PENAL COLOMBIANA.

La sistematización del Anteproyecto, es otro elemento más, del buen éxito que va recibir de la crítica el código sustantivo del que está en vigencia.

Este título es una prueba irrefutable de lo que estoy diciendo, en efecto, el anteproyecto para facilitar la tarea de interpretación a recogido en un solo capítulo, las normas generales, los principios rectores de la ley penal. Además para facilitar principios son: Legalidad, irretroactividad, favorabilidad, tipicidad, anti-juridicidad, culpabilidad, exclusión de analogía, igualdad, proporcionalidad y conocimiento de la ley. Todos constituyen inembargables patrimonio del derecho penal, también la mayoría tienen claro fundamento en nuestra carta fundamental.

EL HECHO PUNIBLE

Este título el anteproyecto lo discrimina de la siguiente manera: Clasificación y forma del hecho punible.

nible, tentativa, autores y cómplices, concursos de hechos punibles, causas de justificación, imputabilidad y culpabilidad.

Este título responde a la conducta humana descrita en la ley penal y susceptible de sanción, respondiendo a la expresión "Infracción" que utiliza el código vigente.-

Este capítulo abarca lo que se conoce con el nombre procesal de "Los delitos punibles"; o sea, el fenómeno de la tentativa, conocido en el código vigente como delito desistido, tentado, frustrado e imposible.- Más en el anteproyecto esa fórmula, por lo demás abstracta en su interpretación que la redactada años (acabada o inacabada), permite al juzgador dastacada libertad para aplicar la conducta al responsable de un delito tentado.

La comisión también eliminó el delito desistido y el imposible, ya que las dos son instituciones inútiles como que no describen conductas punibles.-

Para explicar el fenómeno de la coparticipación, tema también abarcado en este capítulo, remitámonos a lo expresado por la comisión en su exposición de motivos:



El fundamento de la coparticipación fué en tres normas, la primera se refiere a la autoría material y a la instauración o autoría intelectual, la segunda a la complicidad, con la importante innovación de suprimir la distinción legal de necesaria y accesoria, pues tampoco aquí ha sido posible en la práctica establecer diferencia nítida entre ellas; la posición probada permite al juez aplicar sin ninguna dificultad al cómplice pena más o menos cercana a la señalada al autor pero siempre inferior a la del éste, pero siempre sobre el supuesto inincutible de que el cómplice sólo ejecuta labor de coadyuvancia y de que, por lo mismo, su acción u omisión son apenas complementarias de la del autor; por eso el artículo precisa que el juez graduará la sanción según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice (17).

#### P O N I S I B I L I D A D

En este aspecto el ante-proyecto se apartó definitivamente de la concepción positivista de la pena y el delito, para reemplazarlo, por la corriente renovadora de la dogmática jurídica, -o sea, que "La peligrosidad criminal"

(17) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL C.C.D. PENAL.

es constituida como fundamento de la pena, por el de la culpabilidad, término este que no se puede explicar ni desligar de los otros dos que son la esencia del nuevo derecho penal, ellos son Tipicidad y Antijuridicidad.

La punibilidad comprende la reacción del Estado frente a conducta humana descrita en la ley penal.

Este título abarca los capítulos de Penas, medidas de seguridad, circunstancias de agresión y attenuación punitivas, reincidencia habitualidad y profesionalidad, condena y libertad condicional y el de extinción de la punibilidad.

La comisión redactora del anteproyecto explica así el presente capítulo: "primero consagra como penas principales las de Prisión, arresto y multa; elimina el presidio por que se consideró innecesaria su mantenimiento en la ley ante su real equivalencia con la prisión. Como penas accesorias se fijaron las de pérdida del empleo, interdicción de derecho y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un oficio o profesión, pérdida o suspensión de la patria potestad y de la expulsión del territorio nacional para los extranjeros."

Más adelante explicaremos capítulo por capítulo, norma por norma, el notable avance registrado en el anteproyecto en relación con el código vigente.

## CAPITULO VI

### ANALISIS DE LAS NORMAS ESTIPULADAS EN EL ANTE- PROYECTO.

#### PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA LEY PENAL COLOMBIANA.

##### ARTICULO 1o.- PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD.

"Nadie puede ser condenado por un hecho que no haya sido previamente declarado punible por la ley, ni sometido a sanciones que no hayan sido establecidas en forma precisa por la ley anterior".

Esta fórmula desarrolla el principio constitucional consagrado en el art. 26 de la Carta, que formula el concepto altísimo de libertad y seguridad individual protegido por la defensa. Así se expresa la jurisprudencia, en las voces del más alto tribunal: "Toda disposición emanada de autoridad competente, que ordena o prohíbe de modo general, o impone castigo o proviene su contravención, - Ella define de antemano y de una manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito,

La contravención oculta que ha de prevenirse o castigarse".

La técnica ordena que no existe delito sin ley y que no puede haber pena sin que la misma ley lo establezca. Impone la infracción como mandato legal definido.

#### ARTICULO 2o.- PRINCIPIO DE LA INGENIERIA DIVIDIDA.

"La ley que declara punible un hecho, es aplicable al que se haya cometido durante su vigencia". Como deben juzgarse los actos ejecutados antes que la nueva ley en vigencia? Se aplicará la anterior o la posterior este fue uno de los problemas más difíciles presentados en la hermenéutica legal, en otras épocas, —claro está, que hoy en día no ofrece mayor dificultad, por la aceptación general y universal de las garantías personales frente al poder estatal.

Los autores señalan dos razones para absolver cualquier problema que se pudiera presentar en la aplicación de la norma citada, estas son: Una de orden práctico, ya que si se le reconociera efecto retroactivo a la norma, siempre que se dictara una nueva ocurriría ciertos trastornos en las relaciones jurídicas con la inevitable ap-

**DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

Omisión de remozar todas las situaciones pasadas, para acomodar los estos viejos juzgados a la nueva norma.

La segundía es de orden teórico, y es la que hace relación con los derechos adquiridos por el delincuente, a éste no se le puede sentenciar por una norma que no pudo violar en el momento de delinquir, sin que por otra parte no se viole también el principio aceptado universalmente sobre la legalidad de las penas y del delito.

**ARTICULO 30. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.**

La ley permisiva o favorable, es cuando ~~es~~ posterior al hecho que se imputa, se aplica fa de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Pero se podrá tomar de leyes vigentes en diversas épocas lo más favorables para aplicarlo simultáneamente al mismo caso.

Este principio también se aplicará a los que estén cumpliendo pena o medida segregativa de interdicción.

Este principio es una excepción al anterior, es decir, al de la irretroactividad.- No entramos en el análisis sobre la conveniencia o inconveniencia del principio examinado, porque la nueva técnica, la jurisprudencia y los tratadistas no son partidistas en la aplicación del principio de la favorabilidad.-

Examinemos si las cuatro posibilidades que pueden ocurrir en el tránsito de una legislación a otra.

1o.- La nueva ley crea figura delictiva no descrita en la anterior.- En este caso, el criterio de favorabilidad obliga a no aplicarla sino a hechos cometidos con posterioridad a su vigencia.-

2o.- La nueva ley quita a un hecho delictivo el carácter que tenía conforme a la ley anterior. En este caso la nueva ley envuelve insulto y rehabilitación.

3o.- La nueva ley dispone ya una sanción más fuerte

te al delito definido ya en la ley anterior. En este caso, el criterio de la favorabilidad obliga a no tener en cuenta la ley más gravosa.- Por otra parte, es posterior y por ello inaplicable.-

40. La nueva ley reduce la pena para el delito descrito anteriormente. El mismo criterio de favorabilidad obliga a hacer las reducciones correspondientes".

(18)

Es el juez quien le corresponde calificar la ley más favorable.- Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.-

ARTICULO 40.- PRINCIPIO DE TIPICIDAD. "La ley penal debe describir el hecho punible de manera inequívoca, sin dejar duda sobre los elementos constitutivos que lo integren".

Sobre la tipicidad se habló en detalles en un capítulo anterior.-

(18) LUIS C. PÉREZ ob. cit. pág. 337.

**ARTICULO 5o. PRINCIPIO DE ANTJURIDICIDAD.**

"Para que una conducta sea punible se requiere que lesioné o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado en la norma penal".

También este principio fue analizado en detalles en un capítulo anterior.

**ARTICULO 6o. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.** "Para que una conducta sea punible realízase con culpabilidad. Queda toda forma de responsabilidad. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva".

De este artículo, tampoco en este momento requiere explicación alguna porque al analizar el estudio del delito quedó bien claro los elementos constitutivos, que no son más que la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, conforme a la definición que de él hace BELING.

**ARTICULO 7o. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE ANALOGÍA.**

No ningún caso se podrá imponer sanción

ción alguna por aplicación análoga de la ley penal<sup>10</sup>. Al respecto, es necesario distinguir la ANALOGIA de la INTERPRETACION ANALOGIA; en la primera no existe norma aplicable en el caso de estudio y en la segunda sí. La primera conduce a la práctica del DERECHO LISO, negando el principio "NULLUM CRIMEN NULLA PENA SINE LEGE".

La interpretación análoga es un criterio permitido universalmente, principalmente por la necesidad de ir acomodando la norma a las nuevas contingencias sociales. Es así que yo crevere que la interpretación legal no es la que hace trádito de descifrar el pensamiento del legislador al momento de legislar, sino desafiando el espíritu que el legislador hubiera podido hacer de la norma en los tiempos presentes.

#### ARTICULO 8o. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

La sanción penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en la ley<sup>11</sup>.

El principio de la igualdad en la ley penal, es desarrollo del principio constitucional y del establecido en la Declaración de los derechos del hombre. Este precepto no

no tiene discusión en la jurisprudencia ni en los tratadistas, que lo acepten sin reticencia.— "TODAS LAS PERSONAS SON IGUALES ANTE LA LEY SIN TENER EN CUENTA CONDICIONES, ESTADO....."

#### ARTICULO 90.— PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

"Toda sanción en su cantidad y en su calidad, debe aplicarse de conformidad con la naturaleza objetiva y subjetiva del hecho punible."

En este principio radica el criterio de que se vale el juez para bastonar la pena, debiendo tener en cuenta la proporcionalidad objetiva y subjetiva del hecho punible.—

#### ARTICULO 100.— FUNCIÓN DE LA SANCION PENAL.

"La sanción penal tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora". La función de la sanción penal fue explicada en capítulo aparte, sin embargo es necesario agregar que la función resocializadora la lleva incita los preceptos penales del Código vigente, porque resulta inquestionable que al transgredir una infracción penal seubreante el orden social.

**ARTICULO 116.- PRINCIPIO DE CONOCIMIENTO.**

"La ignorancia de la ley no sirve de excusa, sino cuando se den las circunstancias expresamente indicadas en ella".

Este principio, se ha establecido aun contra la negligencia de los hechos, porque ni signiera los especialistas de una rama del derecho le es dable conocer todas las normas de esa rama, en virtud de que el ordenamiento jurídico no podría ser exigido coercitivamente de no ser obligatorio una vez promulgado.

\*\*\*\*\*

## C A P I T U L O VII

### CLASIFICACION Y FORMA DEL DELITO PUNIBLE

#### ARTICULO 22.- DELITO Y CONTRAVENCIÓN.

"Los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones".

No creo necesario volver al análisis del delito, toda vez que fué ampliamente comentado.

#### ARTICULO 23o.- ACCIÓN Y OMISIÓN.

"El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión".

Este artículo es de igual alcance al inciso segundo del artículo 11 del Código vigente. Quien también como el anteproyecto, tampoco define el delito, el anterior se encargaba simplemente de indicar "que todo el que comete una infracción de la penal es responsable". El actual sólo clasifica las clases de infracciones o hechos punibles en "delitos y contravenciones" y la forma de cometerlo por "acción o por omisión".

misión".

Más adelante agrega el artículo que consta:

"Cuando se reprime el hecho en razón del resultado producido también lo realiza quien, teniendo el deber jurídico de evitarlo, no lo impidió habiendo podido hacerlo".

#### ARTICULO 24o.- TENTATIVA.

"El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequivocablemente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajena a su voluntad, incurrirá en suicidio no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la sanción para el hecho punible consumado".

Ya lo expresé anteriormente que el anteproyecto reduce a dos las formas de crímenes punibles, por que aquella fórmula, era de muy difícil interpretación y de muy poca utilidad práctica, por ésta clara y de muy fácil aplicación".

ARTICULO 25.- AUTORES.

"Quien realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, estará sujeto a la sanción prevista en la respectiva disposición penal".

El presente artículo abarca la cetería material e intelectual, y que la interpretación legal responda al nombre de sujeto activo de la respectiva disposición penal.

ARTICULO 26o.- COMPLICES.

"Quien contribuya a la realización del hecho punible, incurrir en la sanción correspondiente, dia minúida de una cuarta parte a la mitad.

Cuando se contribuya con ayuda posterior al hecho punible, ésta deberá ser convenida con anterioridad al mismo.

"El juez graduará la sanción según la mayor o menor eficacia de la contribución del cómplice".

También en este artículo se introdujo otra innovación como fue, la eliminación de la complicitud necesaria y no ne-

cesaria, para dejar en libertad al juez de graduar la pena de acuerdo con la mayor o menor eficacia de la sanción en la consecución del hecho punible.

#### ARTICULO 27. COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS.

Las circunstancias personales del autor que agraven la responsabilidad y las materiales del hecho punible, se comunicarán a los cómplices que las hubieren conocido.

Las circunstancias personales que exoluyan o disminuyan la responsabilidad, no se tendrá en cuenta sino respecto del copartícipe en quien ocurrían.

Este artículo le introduce una innovación al 23 del Código vigente.- Efecto, el citado artículo dispone que las circunstancias personales del autor que agravan la sanción se comunicaren si estas son conocidas por el copartícipe; pero en este último caso -dice la mencionada norma PODRÍA AUMENTAR SE TAL AGRAVACION HASTA EN UNA SEXTA PARTE.- (Los mayúsculas son mías).- De tanto que, el artículo 27 del anteproyecto nada dispone sobre disminución de la agravación cuando existen circunstancias personales del autor conocidas por el copartícipe.

CONCURSO DE HECHOS PUNITIVOSARTICULO 28.- CONCURSO HETEROTIPOICO.

"Quien realice una conducta que corresponda a diversos hechos legalmente descritos o varias conductas que se adecuen a diversos hechos legalmente descritos, serán sancionados con la pena imponible para la infracción más grave aumentada desde una cuarta parte hasta otro tanto sin exceder de 30 años.".

El presente artículo consagra la situación de quien realiza una o varias conductas que corresponden a diversos hechos legalmente descritos.-

ARTICULO 29.- CONCURSO HOMOLOGICO.

"Quien realice varias conductas que correspondan al mismo hecho legalmente descrito, será sancionado con la pena imponible para la infracción desde una cuarta parte hasta otro tanto, sin exceder de 30 años".-

Este se refiere a la situación de quien realiza varias

conductas que se adecuan a un tipo legal.-

Las anteriores fórmulas integran las instituciones jurídicas comprendidas en los artículos 31, 32 y 33 del Código Penal, prescindiendo de las complicadas fórmulas previstas en los susodichos artículos. Fácil resulta - colegir que el llamado delito continuado desaparece como figura autónoma, ya que este no es más que una sucesiva serie de concursos materiales.-

Para la sanción imponible a estas instituciones se acoge sin reticencia el principio de la acumulación jurídica.-

#### CAUSAS DE JUSTIFICACION

##### ARTICULO 31.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

"El hecho se justifica cuando se conste en cumplimiento estricto de un deber legal".  
Esta causal igual que la tercera reemplaza "la ambigua fórmula conocida mejor como disposición de la ley".

##### ARTICULO 32.- CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGITIMA.

"El hecho se justifica cuando se comete en cumplimiento de orden legítima de superior jerar-

único emitida con las formalidades de la ley". En caso de orden ilegítima que el inferior deba cumplir por obligación legal, la responsabilidad recae únicamente en el superior que dió la orden.

El presente artículo corresponde al 25 del C.P. segunda parte, lo que dice: "...en orden obligatoria de autoridad competente".

Con la diferencia salvable en el artículo del anteproyecto que se le agregan unos elementos de una claridad meridiana que se hace sencilla su interpretación, sin tener que apartarse de su tono literal.

La orden debe ser expedida con las formalidades de la ley\*. En caso de orden ilegítima, la responsabilidad recae únicamente en el superior que dió la orden.\*\*

#### ARTICULO 33.- EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO ACTIVIDAD LICITA O CARGO PUBLICO.

\*El hecho se justifica cuando se cuenta en ejercicio legítimo de un derecho, de una actividad licita

ta de un cargo público...»

El comentario que hace el Dr. ORTEGA TORRES al artículo 25 del actual Código Penal es muy ilustrativo, por su diáfana claridad, veamos: «Como quiera que por disposición de la Ley, los padres o quienes hagan sus veces, pueden "moderamente" corregir y castigar a sus hijos (C. art. 262, 263), las violencias que no produzcan lesiones de alguna gravedad o la muerte, no les asarre ninguna responsabilidad, ya que el hecho se justifica conforme al art. 25 C.P. (En el autoproyecto art. 33)....»

#### ARTICULO 24.- LEGITIMA DEFENSA...

«El hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión».

Observese que la presunción del inciso segundo del numeral 2o. del C.P. se suprime. - Pero los elementos quedarán mejor delimitados, ellos son: la necesidad de defender un derecho, éste de ser propio o ajeno, defendiendo de que do una violencia actual o injusta dado el artículo del Código Penal en vigencia, éste la eliminó por la expresión más clara de "Agrésiva injusta" actual o inminente.

todo eso en el evento de "que la defensa sea proporcionada a la agresión".

#### ARTICULO 35.- ESTADO DE NECESSIDAD.

"El hecho se justifica cuando se comete por necesidad de proteger un derecho propio, o ajeno de un peligro actual o inminente, evitable de otra manera que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia, que no tenga la obligación jurídica de enfrentar y siempre que no excedan los límites de la necesidad".

El estado de necesidad y la legítima defensa son dos figuras diametralmente opuestas, la segunda supone la agresión injusta, en tanto que el estado de necesidad no existe la agresión "es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho". Los elementos de esta figura también resulta fácil precisar, no se requiere sino la lectura del texto, para que resalten por sí solos.

#### ARTICULO 36.- CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

"El hecho se justifica cuando es cometido con consentimiento del sujeto pasivo, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1o.- Que el derecho sea de aquéllos de que se pueden disponer válidamente los particulares;

2o.- Que el sujeto pasivo tenga capacidad jurídica para disponer del derecho;

3o.- Que el consentimiento sea anterior o coetáneo a la conducta del agente;

4o.- Que sea expreso o que, en caso contrario no quenga fundamento razonable de que el titular del derecho hubiera consentido;

5o.- Que sea concreto, serio y emitidos sin error ni negligencia.

El fundamento jurídico del consentimiento del sujeto pasivo adquirió precisas delimitaciones en el anteproyecto del Código Penal, como causal de justificación para aquellos casos en los que el tipo legal no exija la ausencia del tal consentimiento y se reconan, además, los requisitos que universalmente señala la doctrina y que ahora están consagrados en el art. 36 del Anteproyecto.

IMPUTABILIDAD.ARTICULO 30.- CONCEPTO.-

"No se imputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

Por primera vez se consagra un capítulo sobre IMPUTABILIDAD, "entendida como la capacidad del sujeto activo para comprender su ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión." Los presupuestos señalados en el presente artículo sobre los cuales se edifica la imputabilidad son: El trastorno mental y la inmadurez psicológica.-

ARTICULO 39.- MEDIDAS APLICABLES.-

"En los casos contemplados en el art. anterior se aplicarán las medidas de seguridad que establece este Código".-

"Salvo en los casos especialmente previstos, si el estado de inimputabilidad se diera a trastornos mentales transitorios en persona que no sufre de anomalías

del psiquico, y no quedaren con secuela en el perturbaciones mentales, no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil".

Los medios aplicables para los que realizan una conducta en estado de inimputabilidad, son las medidas de seguridad contemplada en el presente Código. Pero es conveniente destacar que "si el estado de inimputabilidad se debiere a trastorno mental transitorio en persona que no sufre de abnormalidad psíquica", no quedando en el como secuela perturbaciones mentales, **NO SE APLICARA MEDIDA ALGUNA.** Esto por la sencillísima razón que las medidas de seguridad, son de tres clases, a saber, CURATIVAS de internación y vigilancia. Los primeros, o sea las CURATIVAS, son las que se aplican a los inimputables, entonces no existiendo nada que curar porque el estado de inimputable en el caso que analizamos es debido a TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO en persona que **NO SUFRA DE ANORMALIDAD PSÍQUICA.** Resultaría al extremo inocuo la medida, porque carecería de objeto, ya que lo que iba curar ya está curado.

#### ARTICULO 40.- TRASTORNO MENTAL PROVOCADO.

"Cuando el agente hubiere provocado su tra-

torno mental, responderá por el delito o culpa en que se hallare respecto del hecho punible, en el momento de colocarse en tal situación".

#### ARTICULO 41.- MENORES.

"Los menores de doce (12) años están exentos de toda medida de carácter penal. - Los de doce y menores de dieciocho años, están sujetos a las medidas de seguridad que para ellos establece la ley".-

Este art. regresa al límite mínimo de los dieciocho (18) años. - Yo ojalá que de una vez por todas se pare el colompio a que se ha venido sometiendo el régimen de las penas para los menores de edad, si éste proyecto, o mejor, anteproyecto entra a la vida jurídica del país. - Ahora mismo tenemos que para los mayores de diecisiete años y menores de dieciocho se les aplican las mismas medidas que para los mayores, en los mismos establecimientos, originando en sus almas un sello indeleble de sucia tinta. - Todo porque a los redactores de la famosa Ley 75 de 1.968 se les ocurrió la lúdica idea de no

estrechar el límite de la minoridad para efectos penales.

Dice así el art. 43 de la citada Ley: "para los efectos legales de orden penal relacionados con los menores de edad, ésta queda reducida al máximo de DIESCISAS AÑOS.

(19).....

Vemos entonces que al modificarse el art. 30 del C. P. desaparecen las medidas de seguridad para los menores de dieciocho (18) años.

#### ARTICULO 42.- INDIGENAS.

"Los Andigenas pueden ser declarados imputables teniendo en cuenta, en cada caso, su incapacidad para comprender la ilicitud de su acto o para determinarse de acuerdo con esa comprensión."

Este es un art. que recoge el criterio de referenda jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

#### ARTICULO 42.- SORDOS.

"El sordosucio que no esté en capacidad de

---

(19) Ley 75 de 1.969 Editorial Texia.

comprender la ilicitud de su acto, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, será sometido a medida de seguridad.-

III.



## CAPÍTULO VIII

### PEÑAS

#### ARTICULO 52.- PEÑAS PRINCIPALES.-

"Las penas para los mayores de dieciocho (18) años con las siguientes:

- A) Prisión;
- B) Arresto;
- C) Multa."

Como se observa se eliminó la pena de prisión por considerarlo innecesario "ante su real equivalencia con la prisión".

#### ARTICULO 53.- PEÑAS ACCESORIAS.-

"Son penas accesorias cuando no se establecen como principales, las siguientes:

- A) La pérdida del empleo;
- B) La interdicción de derechos y funciones públicas;
- C) La prohibición del ejercicio de arte o profesión;
- D) La pérdida o suspensión de la patria potestad;

B) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

De nuevo que existen en el Código Penal se redujo a cinco las que contempla el anteproyecto, por ejemplo se suprimió, la pena accesoria de prohibición de residir en "en determinado lugar", "publicación especial de la sentencia".

#### ARTICULO 54. NATUREZA DE LAS PENAS DE PRISIÓN Y ARRESTO

##### Definición

"Las penas de prisión y arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares determinados por la ley y con acuerdo a las prescripciones de la misma".

El cumplimiento de estas penas respecto de menores de 21 años y mayores de 18, se llevarán a cabo en establecimientos o secciones especiales, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho punible y su personalidad".

El anteproyecto del Código Penal no solamente se contentó con elevar el máximo de la minoridad de edad sino que, estableció para los mayores de 18 años y menores de 21, el cumplimiento de las sanciones ordinarias en "establecimientos especiales".

**ARTICULO 55.- DURACION.**

"La pena de prisión tendrá una duración de uno a treinta años.

El arresto tendrá una duración de un día a tres años.- La interdicción de derecho y funciones públicas, de uno a diez años.- La prohibición del ejercicio de un arte o profesión, de seis meses a cinco años.-

La suspensión de la patria potestad, de uno a cinco años".

Todo lo establecido en el presente art. constituye innovación al Código Vigente.- Por ejemplo la duración de la pena principal de prisión, está establecida en el actual código de seis meses a ocho años, en tanto, que en el anteproyecto varía de un año a treinta.-

**ARTICULO 56.- MULTA.**

"La multa consiste en la obligación de pagar al tesoro nacional una suma no menor de cincuenta pesos ni mayor de quinientos mil,-

La cuantía de la multa será fijada por el juez para lo cual tendrá en cuenta el patrimonio del condenado, el estipendio diario producido por el trabajo, las obligaciones civiles a su cargo y las demás circunstancias que señalen en la sentencia".

posibilidad de pagar, como el sustento personal indispensable y el de las personas a su cargo.-

Varíó la naturaleza de esta pena en relación con la que contempla el Código Penal en la cantidad.- También en que las circunstancias para imponer la sanción son más prolíficas, aunque pudiera resumirse en la fórmula más sencilla del actual código.-

#### ARTICULO 57.- PLAZO Y PAGO POR CUOTAS.

" Al imponerse la multa, o por resolución posterior, el juez podrá, atendida la situación económica del condenado y previa caución, acordar un plazo o autorizar el pago por cuotas.- El juez tiene facultad de prescindir prudencialmente de la caución en caso de imposibilidad absoluta de prestarla".

Este constituye otra innovación en materia de punibilidad, en ciertos casos, acordar un plazo para su cumplimiento, o autorizar el pago por cuotas.-

#### ARTICULO 58.- AMORTIZACION.

"Podrá autorizarse al condenado la amortización de la multa mediante trabajo libre sin remuneración a favor de la administración pública.- Las autoridades competentes determinarán los trabajos computables

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

No. 73.-

82

para estos efectos.-

cada día se imputará a la multa el equivalente a un  
jornal, calculado de conformidad con el precio medio  
que el trabajo tenga en el lugar donde debe cumplirse.

Esta es otra de las ya bastantes innovaciones del pro-  
yecto en relación con el actual código penal. Apoyar  
tizar a favor de la administración mediante trabajo li-  
bre sin remuneración.-

**ARTICULO 59.— CONVERSIÓN DE MULTA POR ARRESTO.**

Si el condenado no pagare la multa, ésta  
se convertirá en arresto a razón de cincuenta pesos por  
día. En caso de conversión de multa por arresto, éste no  
excederá de tres años. El condenado podrá pagar la multa  
en cualquier tiempo, descontándose de ella la parte pro-  
fesional al arresto cumplido.-

Cuando la ley aplique conjuntamente las penas de pri-  
sión, arresto y multa, corresponda convertir ésta, se a-  
dicionará a la prisión o arresto la multa convertida.-

También en este artículo se consagró la naturaleza  
de la conversión, variando como no podía faltar, la man-

tía. Para que estuviera concordancia con el art. 56 del antiproyecto.-

ARTICULO 60.- INTERDICCIÓN DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.-

"La interdicción de derechos y funciones públicas priva al contenido del ejercicio de cargos o empleos públicos y políticos, del derecho activo y pasivo de sufragio y de cualquier otro derecho político".

Conserve todos los elementos del contemplado en el artículo 56 del C. P., salvo que se elimine "la incapacidad para ejercer tutelias y curaturas".

ARTICULO 61.- FORTAS ACCUSACIONES A LAS DE PRISIÓN.

"La pena de prisión impide la accesión de interdicción de derechos y funciones públicas y su duración será señalada por el juez hasta por un período igual al de aquella." Se aplicará así misma la perdienda o suspensión de la patria potestad en los casos que se señalan en la parte especial. Para los extranjeros se podrá imponer la expulsión del territorio nacional.-

ARTICULO 62.- CONVERSIÓN DE PRISIÓN POR ARRESTO.

"Cuando sea necesario sustituir una pena de

día de prisión por uno de arresto, dos días de arresto equivalen a uno de prisión.

Este arte se modifica la manera de convertir la prisión en arresto, en el art. 60 del C.P. se establece que estos días de arresto equivalen a uno de prisión. Por el contrario en la disposición comentada establié que 1/2 días de arresto equivale a uno de prisión.-

#### ARTICULO 63. COMPUTO DE LAS.

"El tiempo de detención preventiva se tendrá como parte cumplida de la pena privativa de la libertad".

La actual legislación también establece este computo, saludable y de un profundo sentido humanitario.

#### ARTICULO 64.- COMPUTO DE LAS ACCESORIAS.

"Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas, perdida o suspensión de la patria potestad y prohibición de ejercicio de un arte o profesión, se aplicarán de hechos mientras dure la pena principal; cumplida ésta empezará a correr el tiempo que señale para ellas en las sentencias."

#### ARTICULO 65.- COMPUTO DE LA PENA POR TRASTORNO MENTAL.

"Cuando después de pronunciada la condena

cía, fuere atacado el delincuente de trastorno mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le pasará a establecimiento especial, a cargo psiquiátrico o clínica asistencial.

En el próximo art. veremos como se computan los términos después de suspendidas la sentencia por trastorno mental del delincuente.

#### ARTICULO 66.- CONTO DE TIEMPO DURANTE DE TRATAMIENTO PSIQUEIATRICO.

"En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare la salud, volverá a cumplir la pena en lugar respectivo, debiendo descender al tiempo que hubiere permanecido en cualquiera de los establecimientos a que se refiere el art. anterior, como parte cumplida de la pena".

#### MEDIDAS DE SEGURIDAD.

#### ARTICULO 67.- LEGALIDAD.

"Las medidas de seguridad serán aplicables por el juez en los casos expresamente previstos en la ley".

Desarrollo del principio de la legalidad de los delitos y de las penas y del art. 26 de nuestro carta fundamental.

### ARTICULO 68.- IMPERALIDAD.

"Las medidas de seguridad se ejecutaron de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su aplicación".

Este artículo también constituye el desarrollo del principio de la irretroactividad de la ley penal.

### ARTICULO 69.- CLASES.

"Las medidas de seguridad son curativas, de internación y de vigilancia".

Importante destacar las clases de medidas de seguridad que va establecer el Código penal que entrará a regir, ya que según la clase de medida se aplicarán a los distintos delincuentes. Por ejemplo a los imputables se les aplicará las medidas de seguridad CURATIVAS.-

### ARTICULO 70.- MEDIDAS CURATIVAS.

"Las medidas curativas se impondrán a los sujetos declarados imputables por trastornos mentales y se aplicarán con internamiento en establecimientos especiales, anexos psiquiátricos o clínicos adecuadas, con sujeción al tratamiento terapéutico que corresponda".

Es claro que estas son las medidas que se aplican al-

inimputable.- Pero éstas y nada más que éstas,- No, absolu-  
tamente.- Deseo que en la actual legislación se pro-  
blema de índole muyúsculo sobre la posibilidad de incu-  
rrir el inimputable, o mejor responder civilmente por los  
daños causados. A mi juicio el problema se obvia para los  
sordudos, los que sufren trastornos mentales permanentes  
o transitorios, pero para los menores el problema sigue la-  
tente; esto porque los menores de acuerdo con nuestra legi-  
lación no tienen capacidad para obligarse.-

Para finalizar el comentario de este artículo voy a  
transcribir un comentario que al respecto hace el Dr. ENRI-  
QUE GALTAN MAHECA, dice así: "La medida de seguridad es  
sin embargo un fenómeno del derecho contemporáneo que sigue  
al daño causado por un sujeto anormal; ello comporta la reac-  
ción del Estado teniente a la defensa social y a la seguri-  
dad personal del inimputable.- Si este es dueño de un patri-  
monio, podrá sobre él hacerse resar la acción del Estado pa-  
ra indemnizar a la víctima, no ya a título de responsabilidad  
civil, que supone capacidad en el obrar, sino de justicia en  
cuanto que nadie está obligado a aportar las consecuencias  
dadas de la manera de ser de los demás.-

He aquí las dos hipótesis más respetables que se pueden presentar en la interpretación aludida, personalmente me inclino por la segunda, esto es, que el señor si responde pecuniariamente por los daños causados, no a título de obligación civil, sino a estricta justicia en cuanto que nadie está obligado a soportar las consecuencias dañinas de la manera de ser de los demás, y es así como debe entenderse el art. 39 en su inciso segundo "...no se aplicará medida alguna, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad civil", obvio que se refiere al art. del anteproyecto.-

#### ARTICULO 71.- MEDIDAS DE INTERNACION.

"las medidas de internación se cumplirán en colonias agrícolas o en casas de trabajo agrícolas o industriales, con sometimiento a régimen de trabajo y educación.

La dirección de estas medidas se especificaron más adelante en los arts. correspondientes, por lo pronto es importante señalar que estas prescritas para los menores de edad,-

#### ARTICULO 72.- MEDIDAS DE VIGILANCIA.

"Las medidas de vigilancia podrán imponerse como accesorios a las dos anteriores y después de que aquellas se hayan cumplido y consisten

- A) En la obligación de residir en determinado lugar por término no mayor de dos años.
- B) En la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos;
- C) En la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de la vigilancia.

En el siguiente artículo hablaremos sobre la duración de cada una de las respectivas medidas de seguridad.-

#### ARTICULO 73.- DURACION DE LAS MEDIDAS CURATIVAS/

“Estas medidas de seguridad curativas se aplicarán por un mínimo de dos años y por un máximo indeterminado.- Estas medidas serán suspendidas por resolución judicial y previo dictamen pericial que establezca que el sujeto ha regresado a la normalidad física y que ha dejado de constituir un peligro para él o para tercero”.

El tiempo de internación preventiva se aplicará como parte cumplida del mínimo previsto que en esta norma, si el sujeto ha estado sometido al tratamiento terapéutico que corresponda.”

ARTICULO 74.- DURACION DE MEDIDAS DE INTERNACION Y DE VIGILANCIA.GIL

"Las medidas de internación tendrán una duración de tres años. Las medidas de vigilancia tendrán una duración máxima de tres años".

La claridad de las normas establecidas reflejan la sencillez y la utilidad práctica que prestan por la difusión de su redacción, que no dan lugar para sutiles y malintencionadas interpretaciones.

ARTICULO 75.- TRATAMIENTO ESPECIAL DE INIMPUTABLES CON SUCURSALES TRASTORNO MENTAL.

"Cuando el juez considere que un inimputable que padece de trastorno mental no debe ser enviado a uno cualquiera de los establecimientos señalados en el art. 70, podrá cuidarlo al cuidado de su familia, o bajo la responsabilidad de ella, remitirlo a clínica hospital, o casa de salud no oficiales, para el tratamiento terapéutico que corresponda. El establecimiento clínico informa periódicamente al juez sobre el estado de salud y rehabilitación del paciente".

En estos casos, se aplicará lo dispuesto por el art. 75º

ARTICULO 76.- MEDIDAS DE INTERNACION PARA SORDOMUDOS E  
INDIGENAS.-

"A los sordomudos e indígenas que sean declarados inimputables se les aplicará medida de internación no menor de dos años ni mayor de diez, en establecimientos a -decurados".

ARTICULO 77.- MEDIDAS DE INTERNACION PARA MENORES DE DIESCIOCHO  
ANOS Y MAYOR S DE DODCE.-

"A los menores de dieciocho años y mayores de doce, se les imporá medidas de internación en casa de trabajo y situación adecuadas por término no inferior a seis ni mayor de diez años".

ARTICULO 78.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD.-

"El quebrantamiento de la medida de internación faculta al juez para prolongar la que había impuesto, durante un tiempo prudencial para cumplir sus fines."

El quebrantamiento de las medidas de vigilancia autorizará al juez para prolongarlas o sustituirlas por una de internación.- En ninguno de estos casos las medidas prolongadas podrán sobrepasar los términos previstos en el art. 76.-

El presente art. claramente señala la prohibición que tiene el juez de prolongar la medida por quebrantamiento del sindicato en un término mayor del establecido en el Art. 74 o sea, el máximo establecido para las medidas aludidas.-

#### ARTICULO 79. SUSTITUCION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.

"El juez podrá sustituir una medida de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada o prolongarla si así lo estimare conveniente, de acuerdo con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida, sin exceder los límites previstos en los artículos 73 y 74.-"

Como se observa el anteproyecto prevé la sustitución del sujeto de una medida por otra atendiendo las circunstancias y la eficacia de la de la medida, sin exceder como lógico del límite mínimo previsto en los arts. 73 y 74.-

#### ARTICULO 80.- EXPIACION Y PRESCRIPCION DE LAS MEDIDAS.

"Las medidas de seguridad no se extinguirán por amnistía o indulto. Las medidas de internación y vigilancia prescribirán en los términos máximos previstos en el art. 76.- Las curativas son imprescriptibles mientras la persona a quien se haya impuesto requiera tratamiento psiquiátrico a juicio de peritos.-

### C O N C L U S I O N E S ;

Una vez estudiados los lineamientos más generales sobre el delito y la pena en nuestra legislación y comparándola con los establecidos en el anteproyecto del Código Penal no resulta difícil colegir lo saludable que va ser para nuestras institución jurídica poseer un Código como el contenido en el anteproyecto aludido. En efecto, ya era tiempo que los postulados de la espuria positiva origen del criterio de la penalidad que gobierna el Código vigente fueran remplazado por otros ya más científicos, como los de la DIGNITATIS JURIDICAE, teniendo en cuenta la jurisprudencia diaria, el criterio de los jueces y estadísticos.

Xa no es posible seguir aceptando "la peligrosidad criminal" como fundamento de la pena, ignorando el trámite que sobre el delito da la dignitatis penal, siendo como es, una conducta juríca, antijurídica y culpable.

Fundamentar la acción criminal en el peregrino principio de la "peligrosidad criminal" ha sido uno de los muchos factores de lo que diariamente se comete en los círculos judiciales sobre la bondad del Código penal. Pergue el positivismo

nuestro comienza allí donde se enjuicia la comisión de un delito como una relación típica de causa a efecto entre la actividad del delincuente y el resultado de la acción - criminosa.- La falta de elementos técnicos y tantos otros - fastidiosos de enumerar, establecen la imposibilidad de a - veriguar el índice de peligrosidad del delincuente. Para o - llo se requiere un estudio exhaustivo, profundo y cuidadoso - desde la infancia hasta el momento de la comisión del deli - to, del ambiente en que vivió, de sus antecedentes perso - nales y de familia, de su salud, de sus tareas genéticas etc. etc. lo cual muy lejos está de lograrse mediante las conse - bidas preguntas del instructor al incauto.- Por otra parte, es necesario destacar la técnica empleada para reanudar el - antiproyecto, virtuosa en todo su sentido al actual ante - proyecto sino ha llegado al límite del equilibrio de que - hablara NARCO ALBERTO RISOLIA, está por llegar: "Las leyes - con la garantía de la libertad y seguridad; que han de ser - generales impersonales e irretroactivas, pascas en su nú - mero, breve en su articulado, directas y precisas en su len - guaje; libres de sutileza maliciosa, delimitaciones y ex - cepciones complicadas, de vagazos imprudentes al alcance - de la razón vulgar y del sentido común; trasunto en fin,

UNIVERSIDAD DE CANTACUCHU

de un pensamiento claro, de una verdad objetiva, de una pro-  
piedad superior.-

Personalmente y mediante el testimonio que rindo en  
presente tesis angulo saludable y provechosos frutos, al CG  
digo que si Dios quiere, afortunadamente entrará a regir los  
destinos jurídicos penales de nuestro país.-

**BIBLIOGRAFIA**

**LUIS O PEREZ.** ..... TRATADO DE D.R. PENAL  
TOMO 6. EDIC. TERCERA -  
PAG. 647 pag.

**FAUSTO COSTA** ..... EL DELITO Y LA PENA EN LA  
HISTORIA DE LA FILOSOFIA  
TRADUCCION DE MARIANO RUIZ

**JOSÉ INGENIEROS** ..... EL HOMBRE MEDICO.

**BERNARDO GAITAN MALECHA** ..... CURSO DE D.R. PENAL GRAL  
PRIMERA EDIC.

**EL CODIGO PENAL COL.** COMENTADO, edic. TERCERA

**VICTOR LEON MONDEZA** CONFERENCIAS DE D.R. PENAL

**FILIPPO CRISPIGLI** 2a Edic. vol I pág. 67 DERECHO  
PENAL ITALIANO.

**BENIGNO DITULIO,** PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGIA  
CLINICA Y PSIQUIATRIA PRACTICA  
3a. EDIC. TRADUCCION DE DOMINGO  
TSUBUE.

**FRANCISCO CARRARA** PROGRAMA DE D.R. CRIMINAL 3a.  
Edic.

Bo. 93.-

EDGAR BODENHEIMER, .....SISTEMA DEL DERECHO 2a. Edic.

ENRICO PIZZI ...../DIFENSIS PIBALSKA. TESIS.  
1.967, 517 pags.

HANS VELZEL, .....EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO  
PENAL edic. 4RIEL.-

LUV Y DOMINGO, .....TRATADO DE LA CULPABILIDAD DE LA  
CULPA.

LUIS F. GOMEZ .....INTERPRETACION DEL DERECHO.

EXPOSICION DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL Y EL AN-  
PROY. CTO DEL MISMO.

JEN 75 de 1.958 Edic. TESIS.

UNIVERSIDAD DE CABAÑAS

I N D I C E

<b>INTRODUCCION.</b>	Pág No. 1 a 3
<b>CAPITULO I. ORIGENES DE LA FUNCION PENALOGICA</b>	" " 4 a 19
<b>CAPITULO II. DEL DELITO EN LA LEGISLACION COLON</b>	" " 20 a 27
<b>CAPITULO III. LAS ESCUELAS</b>	" " 28 a 33
<b>CAPITULO IV. NOCIONES DEL DELITO Y LA PENA EN DOCTRINA JURIDICA.</b>	Pág. No. 34 a 42
<b>CAPITULO V. DEL DELITO Y LA PENA EN EL ANTEPRO- YECTO EN CODIGO PENAL.</b>	Pág. 43 a 49
<b>CAPITULO VI. ANALISIS DE LAS NORMAS ESTIPULADAS EN EL ANTEPROYECTO.</b>	Pág 50 a 58
<b>CAPITULO VII CLASIFICACION Y FORMA DEL HECHO PU- NIBLE</b>	Pág. 59 a 73
<b>CAPITULO VIII LAS PENAS</b>	" 74 a 88
<b>CONCLUSIONES.</b>	" 89 a 91
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	" 92 a 93
<b>INDICE</b>	" 94