



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD:

**S C I B**  
00018374

Dr. JUAN C. ARAIGO

SECRETARIO GENERAL:

Dr. JORGE VILLALBA BUSTILLO

DECANO DE LA FACULTAD:

Dr. CARLOS PACIO-LINCE ROSCA

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

Dr. EDUARDO BOSSA DANIEL

DELEGADO DE ESTUDIOS:

Dr. PEDRO VARGAS VARGAS

PROFESOR HONORARIO:

Dr. MIGUEL SCHAFFNER

EXAMINADORES:

Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

Dr. ALFREDO BARROSA AVENDAÑO

Dr. 22610

364.1  
P39

FANOR PEYNADO

2

CONSIDERACIONES

PRACTICAS SOBRE

E.L.

DELINCUENTE

DEPARTAMENTO DE  
BIBLIOTECA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

P A R T E   P R I M E R A

E L   D E L I N C U E N T E

## PARTE PRIMERA

### EL DELINCUENTE

#### GENERALIDADES.

Al dar una explicación sobre el alcance, contenido y propósito perseguido en este trabajo de tesis, manifiesto que no obstante su título comprender, un fenómeno que es el Derecho Penal es de tanta monta, estudiado profundamente por filósofos, antropólogos, criminólogos, sociólogos, psiquiatras y hasta historiadores; no propongo, luego de repetir algo de lo mucho por ellos creado, mirar al delincuente y a la delincuencia en el presente de la realidad colombiana, acogiéndome a la práctica del problema con la ayuda de la poca experiencia que la observación constante me ha reportado.

En la etapa embrionaria del Derecho Penal, no solamente el hombre -ser racional- era considerado como sujeto activo del delito o del mal o del pecado y sujeto pasivo de la acción, sino, que también lo eran otros seres no racionales e inclusive seres inertes como las piedras. Como prueba de esta verdad, recordaremos las leyes draconianas que fueron dictadas para un pueblo ya civilizado dentro de su época, pero guerrero. El Magistrado Dracón, nos cuenta Oscar Sozzo Ellauri en su Compendio de Historia Universal, dictó un código en el que la casi totalidad de los delitos eran castigados con la muerte, y tan severo era ese código que por ejemplo, si un hombre tropezaba con una piedra y al caer se producía una herida, o la muerte, o si caía y se golpeaba con una piedra causándose daño, esa piedra era objeto de un

castigo, pues era arrancada del lugar y arrojada al mar.

No es parte de mi trabajo recorrer el lento y largo desarrollo en cada una de las etapas del derecho punitivo, para poder indicar de qué manera se ha operado la evolución relacionada con la concepción del sujeto activo del delito que a la vez es el mismo sujeto pasivo de la acción. Lo cierto es que ya hoy no se discute siquiera el hecho de que el hombre es por esencia el sujeto activo del delito. Digo por esencia, por que solo el hombre, sea directa e indirectamente es sujeto de derechos y objeto del derecho.

La naturaleza racional del hombre; la dualidad en la composición de su ser: materia y espíritu, es lo que le ha colocado como superior en la escala animal, siendo capaz de distinguir entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto, entre lo ético y lo ilícito y poder obrar así de una o de otra manera.

Ahora bien, como dentro de la especie humana el ser de sexo masculino es el hombre, y como no solamente el hombre es el delincuente, usemos la expresión "persona" como lo hace el derecho civil, quedando comprendidas las mujeres que también delinquen; diciendo ahora sí, que el sujeto activo del delito y pasivo de la acción lo son las personas hombres, mujeres, jóvenes, este es, todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estado o condición en la sociedad. Siendo que las personas son el sujeto activo del delito y a la vez pasivo de la acción, es una verdad que para comprenderla basta recordar que solamente las personas al ejecutar un acto o actos que inciden en la ley penal ge -

nerando el hecho delictuoso, lo hacen con intención o lo producen por negligencia, es decir, con dolo o por culpa; conceptos o fenómenos éstos que tienen su esfera en el ser racional y no en los animales de la escala inferior.

El anterior es el mismo fundamento, a mi juicio, que existe para considerar que las personas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado, puedan ser sujetos activos del delito. Como seres entes abstractos, meras ficciones cuyo fin primordial es el orden jurídico o el interés patrimonial o material, y como su voluntad y capacidad existe merced a la voluntad y capacidad de las personas naturales que las gobiernan, administran o dirigen, es lógico comprender que los actos del gobernante en su calidad de tal, del administrador o director que infrinjan la ley penal no pierdan su naturaleza de punibles so pretexto de provenir de una persona jurídica.

Este es un tema bastante discutido en la actualidad por los juristas. Al respecto dos corrientes se han formado; la de los que niegan la posibilidad de considerar a las personas jurídicas como sujeto activo del delito y por ende lo imposible de poder aplicársele sanciones y la de los que afirman ya categóricamente, que al igual que una persona natural, las personas jurídicas cometen delitos, tienen capacidad para violar la ley penal, siendo por lo tanto factible aplicarles sanciones o penas que convengan a su naturaleza, tales las pecuniarias y aún la pena capital como sería la cancelación de la personalidad jurídica en forma definitiva.

### CONCEPTOS.

Habiendo expresado ya quien es e puede ser el sujeto activo del delito, y hasta donde se extiende, anotaré ahora algunos conceptos e definiciones sobre el delincuente.

Delincuente es la persona que delinque. El sujeto activo de un delito, bien que lo sea como autor e ya como cómplice en cualquiera de sus categorías en ambos casos.

Delincuente es también el individuo condenado e penado por un delito.

Entrando un poco en los componentes del delito, el Diccionario de Derecho Usual de Cabanillas dice que: "Delincuente es el que, con intención dolosa, hace lo que la ley ordinaria prohíbe u omite lo que en ella está mandado, siempre que tales acción y omisión se encuentren penados en la ley".

El legislador al establecer la norma sustantiva en materia penal, traza más que todo una serie de prohibiciones, las cuales llevan de inmediato su respectiva sanción para el que a ellas ajuste su conducta. De ahí, que hoy la técnica penal enseña que el delincuente al ejecutar su hecho recibe lo que hace es cumplir la ley de la criminalidad.

Se ha sostenido que dar definiciones es un tanto difícil y hasta cierto punto inútil, ya que unas veces se peca por exceso y otras por defecto. Pero tener un concepto sobre el delincuente es de un alto valor en esta materia, debido a la influencia que ejercen las llamadas escuelas de derecho penal.

Así vemos que para la Escuela Clásica, el delincuente es un hombre normal, del tipo medio, que actúa dentro de una esfera de acción en la cual goza de absoluta libre albedrío, y que pudiendo escoger con toda libertad y en forma espontánea entre lo bueno y lo malo entre el bien y el mal, ha escogido lo malo, o sea el delito.

Para la Escuela Positivista del derecho penal, el delincuente es un ser semidemente, anómalo, que obra habitualmente por impulsos irrefrenables de origen atávico.

Estas dos concepciones sobre el delincuente tan contrapuestas, recogidas en nuestros códigos, y siendo la positivista la que domina en la legislación penal colombiana, son constante preocupación para el Juez que cotidianamente debe aplicar la ley a sujetos distintos, por delitos de naturaleza distinta con modalidades también distintas y de distintas capacidades para el delito.

Preocupación asimismo para el abogado que al tomar la defensa pueda dirigir su labor conociendo la clase de sujeto que ha transgredido la ley. Lo mismo, lo es para el apoderado representante de la parte civil y para el Ministerio Público a quien corresponde la



la tarea de defender a la sociedad a la cual pertenece el mismo delincuente quien con su hecho antijurídico y antisocial queda marginado de ella rompiendo la armonía y tranquilidad, tanto más cuanto mayor sea su peligrosidad.

### ORIGEN DEL DELITO.

En el punto anterior hice algunas anotaciones sobre el delincuente, manifestando la importancia de esos conceptos desde el punto de vista de la práctica; como luego he de referirme a la delincuencia, creo oportuno hacer una rápida incursión en el delito, más que todo en su génesis histórica en el tiempo ya que la palabra delincuente y delincuencia llevan consigo el signo de delito e crimen.

Como el delito es tan viejo como la humanidad, es un proverbio popular que encierra una gran verdad, El delito es el mal; es lo inhumano aunque no todo lo inhumano sea delito; es el quebrantamiento de todos los principios que gobiernan lo justo, el bien, lo humano, es como dice el Génesis "la maldad de los hombres". Es verdad que como hijo del mal, el delito corre parejo con los milenios de años que lleva la humanidad. En fuerza de este proverbio es bueno recordar que la Biblia en el Génesis primer libro de Moisés nos cuenta que de los dos ofrendas dadas por Cain y Abel al Señor, la del último agradó más a los ojos del Señor, no así la de Cain, por lo que éste se enojó con su hermano hasta llevarlo al campo y darle muerte. Y la expiación de éste mal fue vivir Cain errante y privado del fruto de la tierra.

Bernardino Alizana en su obra "Principios de Derecho Penal" al hacer la historia del derecho penal nos dice que: la ley hebraica, dictada por Jehová a Moisés en el Sinaí consideraba el derecho de castigar como una delegación del poder divino" Dios mismo -aunque él mismo - definía los delitos y determinaba las penas, y por consiguiente los jueces ejercían el juicio divino, con lo que ellos mismos llegaban a ser divinos también, y el imputado comparecía ante Dios".

El derecho canónico proclamaba que el delito es un mal en sí mismo, siendo esta concepción el fundamento que tuvo la época para suprimir la venganza privada, sustituyendo entonces las penas corporales por penas espirituales.

En la mayor parte de los países de la antigüedad el delito fue considerado como un mal e como un gran pecado, y en la Edad Media esta concepción tenía vigor debido a la influencia del derecho canónico. Por eso alguien ha dicho que la historia de la religión es la historia del delito.

Pero todas estas concepciones tienen ya una valoración jurídica puesto que remplazan la armonía de un orden jurídico que los pueblos guardaban como necesario para la convivencia social.

Pero se me preguntaría: Y la inobservancia de las reglas puramente morales también no quebrantaban el orden jurídico? . Cómo se van a distinguir entonces los quebrantamientos éticos de los que se han

considerado como delitos?

Se respondería así: En cuanto al primer interrogante la tarea es sencilla puesto que en los tiempos primitivos la distinción de lo que estrictamente se llama "prohibido" no era posible hacerla de lo que se denomina "inmoral" y que por eso encontramos que aún las legislaciones más antiguas confundían dentro de una ley única, una gran cantidad de normas que hoy se encuentran colocadas o se colocan en la primera o en la segunda de estas categorías.

Al avanzar el desarrollo científico del derecho penal, tampoco resulta difícil esta valoración porque no obstante tener las dos categorías esferas distintas, no ha sido posible llegar a concebir que se excluyen la una a la otra. Aún en la actualidad esa exclusión resulta difícil, y esa es la razón para que se originen en delitos, actos por ejemplo contra la religión y de que, lo que en algunas legislaciones se castiga en otras sean acciones puramente inmorales. Sobre este aspecto volveré cuando me refiera a la concurrencia y la imposibilidad de tener un patrón único para caracterizarle.

Pero la realidad es que hoy están diferenciadas las acciones que son delitos de las que apenas son inmorales. Digo que de las que apenas son inmorales porque cabido es que todo delito es inmoral pero no todo lo inmoral es delito. Lo dicho ahora va en fuerza del segundo interrogante.

Para el segundo interrogante la cuestión dice Alimena, resulta sencilla porque la moral a diferencia del derecho, no tiene código. Y nosotros agregamos que la esfera de lo moral es más amplia que la del derecho y además que en lo moral se valora el "ser" mientras que en el derecho la valoración es del "debe ser".

Es Bernardino Alimena el que responde el interrogante: " Si se plantea que en general el derecho no puede ser inmoral, y si debemos que la moral tiene, por su misma naturaleza, una órbita mucho más vasta que la órbita del derecho, hay que concluir que el derecho es parte de la moral y es aquella parte de la moral sin la cual no puede vivir, o cree no poder vivir, se presenta como un minimum (sic) ético que siendo necesario, si no es la fuerza específica del organismo social es por lo menos una de sus fuerzas específicas.

Para la noción no es aún ni completa ni segura. Y en efecto cómo se ha determinado y cómo se determina ese aspecto mínimo? Es probable que hayan sido dos los criterios directivos: la naturaleza íntima (tanto subjetiva como objetiva) del hecho prohibido, y la convicción de que éste no podía evitarse sin la sanción pública.

Luego el mismo autor al hablar de la ilegalidad penal, afirma: " Por alguna se ha dicho que si la ilegalidad es un minimum ético, la ilegalidad penal es el minimum del minimum ético ".

Para darle evidencia a su aserto el tratadista trae este ejemplo, el cual reproducimos textualmente para no ir a cambiar su sentido: "Claramente, nadie diría que es ilegal el querer cambiar la constitución política del Estado, y sin embargo un atentado de esta clase debe ser penado más que el más terrible de los homicidios por las mismas razones por las que los hoy día revolucionarios defenderán mañana (convertidos en conservadores) la nueva constitución"

Así se ha pasado en la valoración jurídica a especificar la acción denominada delito. Y esa valoración jurídica de las acciones humanas concebidas objetiva o subjetivamente es a su vez lo que ha dado origen a la concepción de un delito natural que según el Doctor Luis Carlos Pérez, consiste en la lesión producida a las opiniones o a los sentimientos morales existentes en cierto conglomerado humano. Y a la concepción de un delito legal que al decir del mismo tratadista, estriba en la lesión de bienes e intereses protegidos coactivamente por la norma jurídica.

Estos planteamientos llevaron a Vaggiore a la consideración de la noción formal y real del delito.

El delito -reato - dice el autor citado, puede definirse en sentido formal (jurídico-dogmático) y en sentido real (ético-histórico).

En la primera acepción se llama delito toda acción legalmente punible.

En el segundo significado, delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena. En otros términos, sigue diciendo, delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido.

Ahora resulta necesario concluir que una sanción en su valoración jurídica sale de lo meramente ético para trascender a lo prohibido ilegal-penal, cuando la misma naturaleza íntima de esa acción humana, bien objetiva y subjetiva, produce un daño, viola un derecho protegido; daño y violación que imponen la convicción de que la única razón de evitarse es mediante la acción pública.

Con estas nociones fundamentales ya entendidas me propongo ahora ir a la ubicación inicial del delito desde la época primitiva del derecho romano.

Se ha sostenido que Roma fue monumental en el derecho civil; nada más cierto, porque el derecho civil nuestro es el derecho civil romano o parte de él. Pero también se ha dicho que los romanos fueron pignos en el derecho penal, y nada tan inexacto, porque inclusive antes de la ley de las Doce Tablas, en Roma había ley penal considerada como una obligación ética prescrita por el Estado como obligatoria, donde su infracción daba lugar al delictum y la consecuencia de la violación era la pena. Algo más, desde esa época que ya es científica en el desarrollo del derecho penal, los romanos castigaban dos clases dis-

tintas de delitos: los delitos privados y los delitos públicos que daban lugar a una acción y a una magistratura específica y el proceso para reprimirlo se llamaba *crimina* o *judicia pública*.

¿Dónde se busca la explicación de este dualismo? Precisamente en las dos esferas en que los juristas romanos dividieron el derecho, es decir, su derecho, el derecho general.

En dos partes dividieron los romanos el derecho general: la esfera pública que comprendía la organización estatal así como las relaciones con otras comunidades políticas; y la esfera de lo privado que comprendía las relaciones de individuo a individuo. Este dualismo fue más profundo en la Roma primitiva hasta el punto de que el derecho penal no solamente se encontraba ubicado en el derecho público, sino, que también había un derecho penal privado.

Pero si bien es cierto que ese dualismo influyó poderosamente en el derecho penal en las épocas primitivas, también es verdad que la mencionada separación entre los elementos público y privado no pudo superarse nunca en el orden penal. Con todo, los romanos comprendieron que el carácter complementario de las dos esferas jurídicas era necesario para sintetizar el derecho y crear el sistema normativo con principios análogos.

Así fue como el derecho penal se fundaba en la noción de "delictum", subdividido en derecho penal público y privado, según que la conducta del sujeto lesionara derechos de una u otra esfera. La base ontológica del derecho penal para esta época de Roma era el "deber moral" y la ley penal era una obligación ética, como ya dijimos, prescrita por el Estado como obligatoria.

Pero al paso del tiempo la conceptualización única del delito se va acentuando hasta encontrar un término común para delito público y privado como es "delictum o crimen".

En la Enciclopedia Jurídica Ochoa tome VI se lee: "Lama ó Lomia era al comienzo una expresión común a delito público y privado. Significaba dolo, es decir, perjuicio que se infería, según el caso, a la comunidad o a otro individuo; progresivamente el segundo término se alejó por el uso al primero. Pero no resulta muy clara la función desempeñada por la Lama dentro del sistema del derecho romano: en realidad, su significado no alude directamente a lo que luego se llamó con más propiedad *folig-tum*".

Más adelante la misma obra dice: "Por eso, el *delictum* acabó por imponerse dentro del vocabulario jurídico, para mencionar la acción que infringe la obligación ética asumida por la ley del Estado. Significaba el delito como tal y su sentido fue claro desde el comienzo.



El significado corriente era el de resbalar, tropezar, cometer una falta; el derecho lo eligió para designar la acción delictual,.....".

Luis Jimenez de Asúa, en su tratado de derecho penal tomo III, citando a Lomason, Ribabaux y Albarterio, nos enseña que en cuanto al desarrollo de las palabras delictum y crimen, la última en un principio significó la materia misma de los juicios públicos, o sea el delito grave castigado por el Estado pero por causa de interés público, y que la primera indicaba el hecho que daba lugar a un simple juicio penal pretorio, es decir el delito privado.

El diverso empleo de delictum y crimen, dice el autor citado, se halla ligado a la evolución del concepto de delito y de pena, subsistiendo la diferencia entre pena privada y pena pública, por lo que el delictum como acto ilícito era fuente de obligaciones cayendo en la órbita de ius-civiles; pero que en cambio crimen era el acto ilícito castigado por el ius publicum con pena pública. Al observar el derecho penal público al derecho penal privado, lo que sucede en la época postclásica o justiniana, desaparece la distinción entre pena pública y privada.

Estas palabras fueron usadas en el derecho penal de la Edad Media técnicamente lo mismo que en la práctica forense. A la palabra crimen se le mira como significado de un delito grave y a la de delictum como un delito leve. Lo cierto es que a partir de los códigos modernos estos tér-

minos se emplean indistintamente para indicar la transgresión de la norma que acarrea una pena.

En el estudio del delito a partir de la aparición de las escuelas, ya el concepto de delito es unívoco como empleo gramatical del término. La discusión y las diferencias giran en torno de los diferentes métodos que emplean en su estudio o investigación de la verdad.

Para la Escuela Clásica que sigue el método de deductivo o especulativo, es decir que del principio universal pasa al hecho concreto, el delito es un ente jurídico, por lo que su esencia consiste necesariamente en la violación de un derecho; no es una acción sino, una infracción, o sea una relación contradictoria que surge de una fuerza moral es producto de la inteligencia y de la voluntad libres de la persona, y la fuerza física es ya el acto externo que viola el derecho tutelado.

✓ Para la Escuela Positivista, que fue una reacción contra los clásicos, que usó el método inductivo y de la observación práctica, del hecho concreto llegó a la regla universal, el delito es un fenómeno de origen complejo, biológico y físico-social, con modalidades y grados diferentes según las circunstancias diversas de personas y cosas, de tiempo y lugar Ferri, Sociología Criminal.

✓ Enrico Ferri considerado el sociólogo de esta escuela ha dicho que el delito es un producto de tres clases de factores.

1o.- Factores endógenos o antropológicos, o sean los que están en el mismo delincuente y que provienen de causas orgánicas, fisiológicas y psicológicas.

2o.- Factores físicos o sean las condiciones telúricas en que hace, vive y se desarrolla el delincuente; tales serían la temperatura, la latitud, la mayor o menor altura sobre el nivel del mar, etc. Esto es lo que se conoce con el nombre del mundo circundante natural.

3o.- Factores sociales, o sean las condiciones de civilización, el medio ambiente, las tradiciones, la legislación, las costumbres, los medios económicos, etc., o sea el llamado mundo circundante social.

Según Ferri para que se produzca el delito es necesario el concurso de todos estos factores, pues la intervención de una sola serie de esos factores no es suficiente. Así por ejemplo el individuo que por condiciones orgánicas ha nacido con predisposición al delito, que lo llevaría a delinquir en determinado medio físico y en determinadas condiciones sociales, no delinquirá si se coloca en un ambiente físico y social diferente. A esto Ferri lo llamó "ley de saturación".

La Tercera Escuela encabezada por Alimena, Carnevale y Silvola, recoge postulados de las dos escuelas anteriores. Considera el delito como determinado por factores sociales; rechaza el libre albedrío como fundamento de la responsabi-

lidad penal; niega la existencia del derecho de castigar y solo le otorga al Estado una defensa justa; proclama que la pena sea necesaria, suficiente, que ofrezca el máximo de defensa con el mismo sufrimiento y que obre como una coacción psicológica; desecha la pretensión de Ferri de considerar a la sociología criminal como principal y el derecho penal como una parte de ella; por último divide a los delincuentes en dirigibles y no dirigibles, o sea imputables y no imputables.

✓ La Escuela de la Unión Internacional de Derecho Penal, fundada por Frans Mats, Adolfo Prins y H. Van Harel considera que el delito y la pena son dos fenómenos sociales que se complementan; el primero como ataque a la sociedad y la segunda como defensa a esa misma sociedad.

Ortolán expresa que el delito es toda acción o inacción exterior, que hiere a la justicia absoluta y cuya represión interesa al bienestar y al orden de conservación sociales, prevista de antemano y sancionada por la ley a una pena.

Barenini concibe el delito como un acto punible determinado por motivos individuales y antisciales, que turba las condiciones de existencia y contraviene a la moral media de un pueblo dado.

Carrasquini dice que el cheque es un acto humano

exterior con la ley vigente constituye concretamente la infracción.

Sería prolijo seguir anotando conceptos y definiciones sobre el delito, sobre todo en esta etapa del derecho penal en que ya la mayor parte de los códigos no contienen definiciones.

Jirón de Anza dice que la definición del delito es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada descubre.

Nuestro código penal no define lo que es el delito como sí lo hacía el código de 1.880 cuando decía que el delito era la "voluntaria y maliciosa violación de la ley penal por la cual se incurre en una pena".

Decimos que el actual código no define el delito, y eso es así, por lo menos en forma positiva; porque cuando el artículo 11 dice que todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, no está consagrando más que una noción de lo que la ley colombiana considera delito y por cierto una noción notadamente legal en orden al principio "nullum crimen sine lege".

Para concluir este punto es necesario reconocer una gran verdad sobre nuestro código penal y es como lo dice el

doctor Carlos Lozano y Lozano: "un atento examen del conjunto del código obliga a concluir lógicamente que todos los elementos señalados al delito por la doctrina y la jurisprudencia, han sido incluidos y previstos por la ley colombiana".

### DELINCUENCIA.

Entendiendo que el delito como cualquier otro hecho, tiene sus causas propias que lo generan, causas en que si algunas veces no están determinadas, por lo menos son determinables; ha surgido entonces una verdadera historia que Alimena llama "natural" referente tanto al delito como al delincuente, estudiados, el primero por la sociología criminal y el segundo por la antropología criminal.

Ahora bien, como el trabajo se refiere o toca muy superficialmente el objeto de la antropología criminal -delincuente- y como de esta ciencia solo tengo algunas nociones por donde escasas diré, siguiendo a Ferri que "es la historia natural del hombre criminal". Pero claro que estos conocimientos científicos especializados a puntos tan neurdegicos en el derecho penal, como que explican su creación, no son en modo alguno ni podría ser, extraños al conocimiento del Juez o del abogado toda vez que desde cualquier punto de vista que se los conciba, ya social o natural, incidan en el orden jurídico establecido.

Lo anterior no permite creer que la delincuencia ante todo, es la expresión de un fundamento social relacionado con la conducta antisocial, reprimida por la ley penal. Solo de esta manera, es decir, como conducta antisocial es posible hablar de delincuencia, porque así el concepto entra en correlación con el artículo de los normos jurídicos-penales, los que no son otra cosa que la expresión de una serie de exigencias y limitaciones impuestas por el imperativo social en una comunidad y opuestas a la libertad individual.

Como hablar de delincuencia, de sus causas y efectos, se ha vuelto lugar común más que todo en los círculos profanos, hay sin embargo ya dentro del terreno jurídico-penal quienes prefieren no dilucidar el problema porque tropiezan con el obstáculo de que el artículo antisocial de la conducta humana no está determinado inequívocamente por su mera antijuricidad, esto es, que el acto o conducta antisocial además de su ilicitud debe integrarse la transgresión teleológica de los principios morales que ordenan la coexistencia social.

Para ellos este obstáculo es insuperable cuando piensan que la antijuricidad no es dable, por ejemplo en las acciones culposas, en los delitos políticos, en los delitos de prensa, etc., ya que estos conllevan un alto fundamento moral.

Esta tesis no nos parece aceptable porque no hay que partir de vista que hasta en las comunidades primitivas ha existido un ordenamiento jurídico, que en este momento pudiéramos calificar de rudimentario, ordenamiento que ha crecido o por lo menos ha tratado de crear, un estado socialmente deseable, estado que la delincuencia ha roto con sus diversas modalidades.

Los Chibchas por ejemplo, al advenimiento de la conquista, ya tenían una organización en casi todas las órdenes, habían, para esa época dictado normas punitivas. Pero los Chibchas no sabían o no distinguían, - y no podían hacerle cuando uno de sus miembros cometía un acto que según sus propias leyes merecía castigo, si ese acto era culposo o no. Sabían y entendían, eso sí, que ese miembro había quebrantado el orden establecido en su misma comunidad y por eso le imponían el castigo.

Cosa distinta es que no puedan trazarse principios inmutables para caracterizar a la delincuencia por medio de los actos delictuosos. Esto sí es difícil y más que difícil imposible si se lo considerara en relación con ordenamientos jurídicos distintos, pues la verdad es que la calificación legal del acto o de los actos que la generan y su represión, siempre fluctúan, se modifican y algunas desaparecen con el correr del tiempo, y lo que más, difieren en la misma época.

Para entender en mejor forma lo dicho tomemos algunos ejemplos del código penal nuestro: en los delitos cano-



minados " contra la propiedad ", uno es llama robo, otro hurto, otro estafa, otro abuso de confianza, etc.; tienen pues calificación distinta, no obstante que todos lesionan un derecho, el de propiedad, y en cada uno también la medida represiva fluctúa en cuanto a la dosimetría de la pena, así como entre el mínimo y el máximo establecido, que es el espacio en que se mueve el juzgador para imponer la sanción.

En el homicidio vemos que tiene distintas calificaciones establecidas en el artículo 369, comprendidas en el término genérico de asesinato, y distintas son las sanciones. Lo mismo se predica de las lesiones personales, en las cuales la fluctuación y modificación de la represión se origina de acuerdo a la calidad y consecuencias de las heridas.

Otro ejemplo de un acto antijurídico modificado, es la asociación para delinquir, pues el artículo 208 del código penal exigía como uno de sus elementos la " permanencia ", elementos este que suprimió el artículo 3o. del Decreto 2525 de 1.958.

Por último, actos delictuosos que desaparecen en el tiempo, tenemos en nuestro código, o en nuestra legislación el recuerdo del adulterio, que en el código de 1.800 era delito pero que a partir de 1.910 dejó de serlo. Entonces aquí es resulta imposible hoy hablar de la delincuencia de la mujer adúltera y del hombre anacabado como

resultado de ese acto o conducta.

✓ Se puede concluir diciendo que, concretamente delincuencia es calidad o condición de delincuentes. Comisión o ejecución del delito. Más claramente, la producción del delito como una resultante fundamental de la personalidad humana en la que inciden una variedad compleja de factores criminógenos.

Observamos que el legislador al dictar las normas que forman el código penal, ha erigido en delitos ciertas conductas que vulneran el orden moral y el jurídico desde luego; ha creado desde el punto de vista de la norma del delito, cumpliendo el principio "Nulla Crimine Sine Lege". Y como esto es así, es decir, como el delito en verdad tiene vida normativamente, no por eso necesariamente debe afirmarse que hay delincuencia. Por el contrario, esto no lleva a afirmar de que existe el delito o puede existir, pero no la delincuencia, y a contrario sensu, no puede existir la delincuencia sin el delito producido, porque como antes dije, el acto delictivo, es fundamentalmente la resultante de una personalidad humana en la que inciden complejos factores criminógenos.

La anterior disquisición sirve también para afirmar que de ahí el hecho de que las causas del uno y de la otra, es decir, del delito y de la delincuencia generalmente sean unas mismas, con matices distintos, claro -

está, como con las regiones, el tipo de delito, la magnitud del daño producido, etc.

En este trabajo no puedo ni debo entrar a estudiar las causas de la delincuencia. No puedo porque el tema demanda especialización si algo bueno se quiere aportar y no debo porque solo aspiro a tratar la cuestión en la manera de mis conocimientos y además porque resulta muy extenso y no podría cumplir lo que me he prometido.

#### CLASES DE DELINCUENCIA.

En mi modesto concepto, las clasificaciones en materia penal siempre son el resultado de una labor de estudio meritoria. Pero como mis conocimientos no alcanzan ese punto, me atrevo a plantear el tema desde su aspecto práctico y procedimental. Desde este punto de vista como es el de la competencia, más que todo encuentro la importancia de esta clasificación.

Como en definitiva el problema de la delincuencia y sus causas gira en torno a dos polos que parecen opuestos pero que no lo son, INDIVIDUO Y SOCIEDAD, es de mucha importancia la clasificación de los delincuentes ya que cada tipo por lo regular produce el delito, en determinada edad, solo o acompañado, de esta ó de aquella clase de delitos; para entrar a decir cuáles son esas clases de delincuencia.

Tenemos entonces las siguientes:

- a) Delincuencia común o general.
- b) Delincuencia individual.
- c) Delincuencia asociada.
- d) Delincuencia juvenil.
- e) Delincuencia especializada.

Delincuencia común llamaríamos a aquella que es el resultado de la ejecución o inexecución de cualquier acto delictivo cometido por cualquier persona, contra cualquier derecho protegido por la norma. Esta más que todo interesa a la Estadística Criminal.

Delincuencia individual, vendría a ser el resultado de la ejecución o inexecución del acto delictivo - por un solo sujeto, bien que lesione uno o varios de los bienes tutelados por la norma penal.

Delincuencia asociada, es la producción del acto delictivo como resultado de la ejecución o inexecución que de él hacen varias personas.

Esta clase de delincuencia encuentra en nuestro código el nombre de "Asociación para delinquir", partiendo de un número de tres o más sujetos activos que se unen o asocian precisamente con el único propósito de cometer delitos. Estas asociaciones de delincuentes que tienen autores intelectuales, autores materiales, cómplices, auxilia

ron y encubridores, y que además del producto delictivo para que se han asociado, persiguen otros fines, es lo que hoy en Colombia llamamos " la violencia " que momentáneamente amenaza y pone en peligro la estabilidad del orden jurídico del país.

Algunos autores, como también algunos códigos de algunos países no admiten la delincuencia asociada, porque sostienen que la agrupación en sí no delinque, sino que cada uno de los integrantes del grupo es el que delinque individualmente.

Con esto estamos de acuerdo; cada miembro de la agrupación delinque, ejecuta o deja de ejecutar su acto y los muchos actos ejecutados o dejados de ejecutar, ya integran el ora materialmente por todos los componentes, viéndose a dar un result de: el delito o delitos cometidos por la asociación.

Entonces, sostener que la asociación por ser un ser ante abstracto, que no tiene vida, que no ejecuta ni comete, que no piensa, que carece de personalidad jurídica, que su fin se define; no delinque, no deja de ser la asociación algo bíblica y sin objeto alguno.

Lo que sí vale la pena recordar para no discutir de si sí hay delincuencia asociada, son las enseñanzas de Ferri en su Sociología Criminal, que al estudiar al delin-

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

cuente habitual, lo caracteriza como "propenso y que tiende a actuar en forma asociada o colectiva".

Actualmente en nuestro medio, la delincuencia asociada - Asociación para Delinquir - tiene o revierte mucha importancia en la labor del Juez, pues el Ejecutivo por medio de decreto asignó su competencia a la justicia castrense.

La delincuencia juvenil, es concepto que está atravesando una transformación en la consideración del aspecto repressivo, de la actividad antisocial del menor hasta el punto de considerarse no tanto como una escueta transgresión de los ordenamientos jurídico-penales, sino como un problema pedagógico y de prevención.

En la Enciclopedia Jurídica Omba se lee "La delincuencia infantil ha perdido en la legislación moderna los viejos rasgos de la escuela clásica y es tan profunda la modificación, expresa Coler, que hasta se afirma la autonomía del Derecho Penal referido a los menores. Que- llo Calón destaca que los menores quedan fuera de él; -- mientras que Ripollés y Dorado que el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delin- cuentes".

Algunos autores y estudiosos del tema hacen la diferencia entre delincuencia infantil y delincuencia ju-

venil. Para ello se basan en la edad pero más que todo en que los actos o conducta de los menores hayan sido ó no como antisociales por un Tribunal.

El hermano Claudio Barcos rector del Liceo Departamental de JERICÓ, en un trabajo intitulado "Delincuencia Infantil y Juvenil", nos dice: "Se llaman delincuentes juveniles a los muchachos menores de cierta edad generalmente antes de los dieciocho años, cuyos actos antisociales los han puesto en conflictos con la sociedad, en tal magnitud que algún Tribunal de menores los ha declarado delincuentes.

En la delincuencia infantil, sigue diciendo el sacerdote, se trata del niño cuyas actividades sociales empiezan a mostrar síntomas de falta de respeto por la autoridad constituida y por la propiedad y derechos personales de los demás, pero cuya conducta no ha sido clasificada de delincuencia por un Tribunal de menores".

El delincuente infantil más que el juvenil, <sup>sufre</sup> siempre frecuentemente falta de afecto o de posición o de d<sup>o</sup>rito; y estos sentimientos no satisfechos, y siempre de rechazo lo hacen víctima fácil de un ambiente socialmente pobre o de individuos inescrupulosos. Así es como los más hábiles se convierten en capitanes de pandillas.

Por último el sacerdote vuelvo a decir que como la palabra delincuente lleva consigo el signo delito-

es preferible dar a los niños el de predelincuentes.

Vamos entonces como éste estudioso del problema deferencia con algún fundamento esta clase de delincuencia.

De otra parte se ha dicho que es una inpropiedad la expresión delincuencia infantil o delincuencia juvenil. Este argumento no tiene otro motivo distinto que el de considerar los actos del menor como un problema social y sustraerlo así de la norma penal, donde su quebrantamiento o bien por acción ya por omisión impone la valoración de esa conducta transgresora.

Este planteamiento del problema lo dilucidó el Seminario Latino Americano de Previsión del Crimen y Tratamiento del Delincuente reunido en Río de Janeiro en 1.953 y al IV Congreso de la Asociación Internacional de Jueces de Menores en 1.954, diciendo: " La evolución de las ideas que anteriormente procuraron sustraer al menor del Derecho Penal y del procedimiento ordinario, se continúa actualmente en mira a una acción general de protección de la infancia, que procura prevenir la delincuencia y la inadaptación de los menores ".

No podemos afirmar que la conducta de un menor no pueda encajar en la norma penal. Un menor puede causar y de hecho causa la muerte a otra persona; puede robar y



de hecho rebaja; es ostentador o puede serlo." Pero el problema no es eso todo ya que la realidad nos pone de presente que por lo general los desvalijadores de automóviles, los acaltantes de residencias, los quebradores de vidrios, en una palabra el raterismo es obra de pandillas juveniles. Lo que quiere decir que hay una verdadera delincuencia procoz. El problema creemos, es de una gravedad acambrosa y por eso deben ponerse de inmediato todos los medios necesarios para afrontarlo. Deben cooperar las entidades civiles y sociales con el Estado, no para dejar caer sobre el menor el peso de la pena, sino la manera de prevenirlo, considerando la conducta del menor delincuente en su doble de factores, de naturaleza biológica y social. Y esto se lograría considerando la vida del niño, en su proceso intelectual, afectivo y volitivo por una parte y por la otra empleando los medios adecuados para que el que haya transgredido la ley penal consiga la adaptación al medio social que lo rodea.

En Colombia la Ley 83 de 1.946 es la que consagra la defensa del niño. Ese estatuto está bastante impregnado de un espíritu social en relación con el menor delincuente, hasta el punto de que si se aplicara y si los medios para darle cumplimiento tuvieran realización, el resultado sería satisfactorio. Pero no es así; porque resulta que un Juez de menores se encuentra en una verdadera encrucijada porque no tiene donde colocar al delincuente -

de su competencia, debiendo entregar a sus padres o familiares de donde precisamente ha calido para cometer el delito,

Es cierto que existen algunas casas de menores ubicadas en la capital de la República y en algunas ciudades cabecera de Departamentos, y con todo no son suficiente para el índice de criminalidad (infantil) de nuestro país, ni está lo suficientemente acondicionadas para alcanzar el resultado de la labor social de que antes hablabamos. Y ¿quó decir para los Juces de menores radicados hoy en la cabecera de los tantos Distritos Judiciales que tiene la nación? Aquí si la labor social de infuuctuosa se está llevando en contravención, claro está involuntaria, con los nuevos postulados y con la ley 83 misma.

La Reforma Judicial por medio del Decreto 1818 de 1.904 creó el Consejo Colombiano de Protección Social del menor y de la familia y organizó la División de menores del Ministerio de Justicia. Esto sería un gran paso en la trata del problema; no ha comenzado, sin embargo, a dar sus resultados por la consabida fórmula de que "no hay partida para funcionar", y en la misma capital de la República, donde como ya dijimos, tienen estas instituciones su asiento,

es donde se observa más el desconocimiento de la delincuencia juvenil.

En Colombia, la verdad es que no se ha llegado a la etiología de la delincuencia infantil debido más que todo a una crisis del sistema y de un tratamiento profiláctico.

Esta crisis precisamente es la que debe impulsar a las fuerzas vivas del país para adoptar un nuevo y eficaz planteamiento de las causas de la conducta nociva del menor al estudiarlo y tratarlo no como un simple transgresor de la ley penal, sino como una personalidad indisolublemente vinculada al problema social.

Delincuencia especializada significaría el resultado de la conducta antiosocial de la producción del delito por sujetos preparados en su zona delictiva. Tal serían los que se dedican única y exclusivamente a la trata de blancas nacional o internacionalmente; el estrangulador; el homicida; el atracador, etc.

En los reincidentes delincuentes al gusto esta refinada a su especialidad, hasta el punto de demostrar gran coherencia cuando se ven envueltos en otra clase de infracciones distintas de su vocación.

Esta especie de sujetos revelan una carencia absoluta del sentido moral que es lo que los coloca en una especialidad refinada en el delito.

La personalidad del delincuente es de gran interés, con relación al derecho así como a la justicia penal; y es por eso por lo que en estudio de su conducta a establecer su mayor o menor peligrosidad social, respecto esto de considerable valor en la tarea del Jura que con criterio como aplique las normas de juzgamiento; la calidad de sujeto peligroso de más sobre todo de la manera de reaccionar ante los estímulos o motivos determinantes de la conducta en el ambiente social. Porque cuando la actividad de un individuo choca con las condiciones esenciales de la existencia común, perjudicando sobre todo la seguridad pública, dicho individuo tropezará también con una categoría de normas a las cuales el Estado ha dado una forma coercitiva.

PARTE SEGUNDA

CLASES DE DELINCUENTES

PARTE SEGUNDA

CLASIFICACION DE DELINCUENTES.

Antes de entrar en el fondo de esta segunda parte del trabajo, quiero anotar que la importancia de esta clasificación, que al parecer es notadamente doctrinaria, tiene su fundamento práctico para el jugador que no puede sustraerse a principios tan modulares como son la personalidad del delincuente, la poligresidad, la reincidencia, las modalidades del delito y en fin todos aquellos que informan nuestros códigos y que son de saber positivo. Si, porque al jugador le corresponde observar si determinado proccado o reo de nuestras de alguna anomalía psiquica y decidir enviarlo al facultativo para poder, mediante el dictamen, colocarlo en la cárcel o en un lugar adecuado a su estado patológico como lo disponen nuestras leyes penales. En esta forma el Juez o Registrador en su último pronunciamiento en el juicio criminal, consciente y seguro de haber aplicado la ley de acuerdo a las nuevas concepciones de la defensa social.

Justo es también reconocer que la importancia doctrinaria de la clasificación es producto de la concepción que sobre el delincuente y del delito tienen la Escuela Clásica y la Positivista.

Porque cuando los clásicos concebían el delito como un "hecho-jurídico" no tenían preocupación por la persona del delin-  
 cuento. Lo abandonaban como dice Ferri. Con esto no quiero  
 negar en forma alguna la trascendencia de las encuestas del  
 Marqués de Echaría, de Juan Domingo Martínez, de Juan Carri-  
 nani, de Francisco Carrara, de Enrique Faccinoli y del Gran-  
 maestro Rossi. Era una necesidad jurídica que equivaldría  
 tanto como sostener que en Colombia existe ley penal sólo  
 a partir del año 30.

Lo que sucede hoy y esto también es una  
 gran verdad que al concebir la escuela positivista el deli-  
 to como un "hecho", como "acción", la persona del delincuente  
 es preocupación no sólo del antropólogo, sino del sociol-  
 ogo criminalista y del jurista. Tener al criminólogo y al ju-  
 rista en el camino de la concepción científica de la per-  
 sona del delincuente, es reconocerle el mérito de letrado.

Tampoco pretendo negar el hecho de que  
 la escuela clásica no haya considerado al delincuente, y por  
 eso atrás dije que, no tenía preocupación por la persona del  
 delincuente; lo concebían como un hombre normal, más o menos  
 igual a todos los seres humanos, que por su libre y espontá-  
 nea voluntad se propuso y realizó un acto tipificado por la  
 ley penal como delito.

Pero con respecto a la forma absoluta-

y simple actualmente ha sido superado, no obstante tener vigencia y aplicación como sucede entre nosotros en los llamados delitos formales en los cuales no se produce daño material, o estructurándose la figura como la mera violación de la ley. Igual cosa sucede en la concepción del delito y por eso para las necesidades ordinarias de la vida, dice el doctor Carlos Lozano y Lozano, la mejor definición es "la violación de la ley penal", porque sirve, a los ciudadanos para saber lo que pueden y lo que no deben hacer; al Juez, al Registrado y al funcionario de la policía a quienes corresponde hacer respetar y cumplir los preceptos legales, y al jurista profesional ya que su labor está naturalmente circunscrita por el derecho positivo.

Además, como para la escuela clásica el libre albedrío es dignísimo así, el epicentro del delinciente, como que libre y espontáneamente ha elegido el delito, no en vano recordemos que en nuestro código penal hay delitos cuya antijuricidad la da un elemento llamado "a sabiendas" y así un sujeto "a sabiendas", y si en esa forma ejecuta el acto o los actos, o los deja de ejecutar, produciéndose la violación de la norma o el daño según el caso, es porque libremente ha obrado, ha querido el hecho; conocía la prohibición y sin embargo la cumplió. Luego esto nos está diciendo que gran parte de los postulados de la escuela clásica siguen, como ya dije, teniendo vigencia y aplicación.



En un texto denominado "El Dolo Penal y su Prueba" Carlos Arturo Cabal al sostener este mismo aspec- to de la cuestión, es decir la vigencia del libre albedrío en un nuevo código penal, entre otras cosas nos dice:

"Escapa a nuestra comprensión cómo pueda recibirse y utili- zarse la noción del dolo como elemento técnico en el dere- cho penal, sin partir de la base de que el hombre tiene li- bre albedrío.

Proscindir de afirmar o de negar la exis- tencia del libre albedrío en el hombre delincuente, con to- das las consecuencias que de la afirmación o de la negación se desprendan, e invale a aditarse cobardemente de hacer actos propios de jurista y contentarse con ser un mecánico del derecho.

Si no se acepta la libertad, no puede co- nstruirse la teoría del deber ni del derecho en forma dig- tita que como un juego falso y torpe de palabras. Si no - hay deberes y obligaciones no habrá hombres, y dondequiera- que se hable de hombre habría de llegar a leerse bestia y donde se hable de sociedad debería leerse rabaño.

Pero la libertad del hombre es un hecne- do conciencia universal que ha resistido indolible ante- todos los golpes de la tracternada fantasma, y a pesar de - do los filósofos positivistas y materialistas, y a pesar de - los escépticos y de los analistas contemporáneos, reducidos

apoyado en el buen sentido dogmático de la conducta de los hombres, tanto en su vida privada como en su vida de relación.

Los positivistas arguyen que si el derecho penal se ocupa tan solo en los delincuentes en quienes se reconoce el disfrute de la libertad, entonces se quedarían por fuera de la disciplina penal los delincuentes más peligrosos, como con los anormales.

Por último dice el doctor Cabal que nuestro legislador ha debido respetar las convicciones y sentimiento mayoritario del pueblo colombiano en relación con el problema del libre albedrío, que en este país es reconocido y que mantiene su influencia en la conducta social. La ley debe, digámoslo claro, ser aplicación de las convicciones y sentimientos del pueblo para el cual es factura, y es torpe y abusiva cuando se aparta de ellos. No es hallable autorizado al legislador colombiano para inspirar la ley penal en principios o técnicas que comportan la negación del libre albedrío como potencia primaria del espíritu humano, y si siquiera para prescindir de esa modalidad al elaborar la ley".

En los años de permanencia en los cursos de la facultad, en los momentos en que el profesor abordó el tema de la clasificación del delincuento, en los días en que el estudiante prepara la materia, en la la

profesión fuera de la zona penal y aún dentro de ella sin ningún contacto . oportunidad de observar al sindicado, - procesado o reo, esta materia no presenta más importancia - que la de complicar y alargar el examen, la providencia, el escrito o memorial sin ningún objeto práctico.

Bueno, pero qué interés tiene la distinción ante delincuente habitual y delincuente nato, entre - delincuente pasional y delincuente ocasional? Ninguna, -- nos respondemos, porque al fin y al cabo, según el código - todos son responsables. Pero esto es un criterio muy ruin - producto de la pereza y falta de interés por el estudio de los principios y métodos que orientan nuestra ley penal.

Apoyado en las enseñanzas de Ferri, algunas de las cuales he confrontado con la realidad de los hechos, hoy sí veo la importancia de la dicha clasificación.

El mismo Ferri en el tomo 11(2) de su - Sociología Criminal y luego de aceptar que la clasificación de los delincuentes ya había sido preocupación de los - romanos, es quien resalta la importancia cuando dice: "Se ha reconocido como elemento la necesidad de abandonar - el antiguo tipo único y abstracto del criminal para sustituirlo con una clasificación que responda mejor a la --

a la variedad de, una pocos, los hechos naturales.

Esta clasificación-sigue diciendo- que comenzó desde el punto de vista de los prisioneros, la trasladó competéndola en 1.880, al campo propio y verdadero de la sociología criminal, dando desde entonces gaza para el campo y de un modo completo, del derecho de ciudadanía y se impone con el carácter inexorable del hecho positivo. Es por lo que, mientras que ciertos criminalistas, que sin embargo no pueden alterar la verdad, afirman gratuitamente que esta división en varias categorías será a lo sumo útil a la administración penitenciaria, sostenemos por el contrario que esta distinción debe ser para la ciencia jurídica una de las normas supremas sobre las cuales debe regularse, respecto de las consideraciones de cualidad y de grado, la defensa social contra el crimen; es decir, que debe ser el dato fundamental de la sociología criminal".

Sea suficiente por ahora lo anotado para para demostrar la importancia de clasificar al delincuente, pues al referirnos al punto de vista práctico de la clasificación, resaltará una importancia en relación con la defensa judicial de la clase de sujeto de que se trate.

POR EL ASPECTO JURÍDICO.

Desde este punto de vista al delincuente, para los efectos de su clasificación, se puede considerar bajo estos dos aspectos:

- 1.) - Según su actuación delictiva; siendo entonces:
  - a)- Activa, cuando es autor directo del delito
  - b)- Simple, cuando es cómplice, cuando coopera en el hecho en forma más o menos secundaria.
  
- 2.) - Según el número de delitos cometidos a través del tiempo; siendo así:
  - a)- Delincuente primario, cuando solamente ha cometido un delito.
  - b)- Delincuente reincidente, cuando ha cometido más de un delito, y
  - c)- Delincuente habitual, cuando ha cometido muchos delitos y hace del crimen su actividad principal, es decir cuando su vida se desenvuelve dentro de esa tónica.

Este aspecto, insisto, es de suma importancia para el juzgador ya que al calificar el mérito del sumario debe bautizarlo como autor ó como cómplice; y en la oportunidad procesal de la sentencia debe sopesar la personalidad del sujeto en su mayor o menor peligrosidad.

POR EL ASPECTO ANTROPOLOGICO-CRIMINAL.

Bajo este punto de vista la cuestión es con-  
 tem la poca aguda, dabiendo limitarme a la clasificación -  
 Lombroso, la cual Ferri analiza y toma de ella lo que juz-  
 gó oportuno y necesario para dar la suya; a estas clasifi-  
 caciones les reservo su lugar adecuado en este trabajo.

DESDE EL PUNTO DE VISTA PRACTICO.

Reconociendo la importancia de ubicar al  
 delincuente, que para el juzgador tiene este punto de vis-  
 ta de la cuestión, quiero referirle en concreto a la defen-  
 sa judicial de lo que en muchos casos las defensas mal-  
 orientadas se deben a la ausencia de una previa determina-  
 ción del tipo delincuencia que se va a defender; o también  
 a que la defensa erróneamente lo ha ubicado; o que simple-  
 mente, y es lo más frecuente, la defensa no ha llevado  
 sin tener en consideración el tipo o categoría del delin-  
 cuente defendido.

Así por ejemplo; si se trata de un caso de  
 del tipo demente, la defensa ante todo debe orientarse en-  
 lo fundamental a probar ese carácter demente o embriaguez  
 no con el objeto de sustraerlo por completo de la justicia  
 penal, pero sí para someterlo a un tratamiento médico  
 adecuado. Pero si el defensor por el contrario ante este-  
 tipo de defendido, lo que trata de probar es la ausencia  
 de dolo, o demostrar los buenos antecedentes del

aspectos que puedan ser verdaderos, no son en el caso contemplado el fundamento del proceso, sino, medios secundarios.

Cuando de los hechos surge o se encuentra probado en autos el tipo incorregible, lo que no es nada probable en la práctica jurídica, tendríamos al menos típicamente un caso que no admite defensa, pero como en la realidad debe tener una defensa, la única posibilidad sería la no demostración de los elementos que exige la figura violada y que han dado base para la imputación, y esto si los hechos dan esa posibilidad.

En tratándose de delinquentes por costumbres adquiridas (habituales) una defensa que se dirige a atacar la prueba, pues en estos casos surgen con abundancia; o fundarla en los buenos antecedentes del sujeto, que no los tiene, o que no constan en el proceso, está en una mala defensa, decimos, a que imprevistamente se derrumba durante las variadas y complejas etapas del proceso. Lo correcto es basar la defensa en el intento de probar la carencia de intención o de instinto criminal, es decir, probar que un elemento humano en un principio honesto, fue luego pervertido debido a la influencia del medio social y de otros factores que no pueden serlo imputados.

En presencia del delincuente ocasional, habrá una defensa correcta, si se dirige a probar los buenos antecedentes; a probar asimismo que la pena sería contraproducente para quien ocasionalmente cayó en el delito. Pero si así no se plantea, sino que por el contrario se alega y se argumenta falta de prueba o la ausencia de la intención criminal, esa defensa es necesariamente errónea, porque la verdad es que cuando un tipo de delincuente de estos llega al juzgado, el caso existe y los recaudos de la prueba así lo evidencian. Y si esto no es seguro en la etapa sumaria, ya en el juicio es posible.

En el caso de delincuentes sexuales que también se llaman psicóticos, la defensa debe dirigirse para probar que en ellos el delito es un simple fenómeno producido por el trastorno de represión del instinto sexual, es decir es producto de los excitantes de la fuerza sexual. Es lo mismo que ocurre con los delincuentes mentales, con la diferencia de que aquí los hechos que deben probarse resultan más sutiles y la tarea más difícil.

Por último en caso de defensa de delincuentes pasionales, caso que ocurre bajo los efectos de una excitación extraordinaria, deberá entrar a probarse el hecho de que la mayoría de los seres humanos



ante semejantes circunstancias hubieran obrado lo mismo. En este caso probar los hechos y reales antecedentes del sujeto es de gran valor. Pero si lo que la defensa hace es tratar de probar que no hubo dolo, que su defendido posteriormente se ha arrepentido, con defensa va indodablemente al fracaso.

Claro que al anotar esto, no quiero decir que los otros aspectos sean inútil los . No, son secundarios pero no la base jurídica segura de la defensa.

#### LAIBROSO . . SU TIPO.

El médico italiano César Lombroso ocupaba la cátedra de medicina legal y psiquiatría en la Universidad de Turín, cuando tuvo conocimiento del proceso que contra un sujeto de apellido Vilolla se seguía en los tribunales; reclamó el cadáver de este sujeto y le practicó la necropsia; en el cráneo de este criminal encontró una fosa occipital media, que calificó como una anomalía que es característica de las especies zoológicas inferiores. Esta anomalía la consideró como producto de un fenómeno de atavismo por lo que llegó a concluir que Vilolla era un retracado en la evolución zoológica y de que era el atavismo la base de la criminalidad.

Las críticas hechas a esta teoría, dieron como resultado una profunda modificación en los conceptos que Lombroso atribuyó entonces a la criminalidad una causa patológica considerando el delito como un fenómeno de epilepsia. Por último Lombroso rectificó sus tesis y consideró que la delincuencia no es tanto un fenómeno atávico o patológico, sino también, un fenómeno de degeneración.

Lombroso en un comienzo presentó un solo tipo de delincuente nato. Posteriormente dio la clasificación de delincuentes natos y de ocasión, en los que quedaban comprendidos los criminaloides o criminales natos y los pseudo-criminales.

Así nació la Escuela Antropológica Criminal, con una unidad orgánica de materia, comparable al tronco de la antropología general y elevada a la dignidad de ciencia autónoma, contenida en sus principales obras que como son: El hombre delincuente; La Donna o la Prostituta delinquentes; Antropología Criminal; Medicina Legal y otras.

Esta escuela es la base de la Escuela positivista que tiene en Ferri carta de ciudadanía.

Lombroso concibe el delito como un hecho natural, tal como lo son los nacimientos, las muertes y los cambios de temperatura.

Por esa doctrina que ve el delito en un fracaso de la capacidad eficiente general, es por consiguiente el producto de las condiciones del organismo, de ahí que ciertos hombres nazcan criminales como ciertos animales nazcan rapaces y ciertas plantas nazcan parásitas.

Con esa concepción describía al tipo antropológico eugénico, así: es en general más corpulento que el hombre normal; la estatura es inferior a la media; tiene la frente ancha y hundida hacia atrás; las orejas grandes y mal contorneadas; los senos frontales con fuy débiles; las mandíbulas y los pámulos con muy voluminosos; las órbitas de los ojos grandes y alojadas entre sí; un poco barbado; tiene abundante cabello; renaturamente calvo; tiene la mirada dura, viciosa y fría; es vanidoso; incapaz moralmente; concupiscente y imprudente. Carlos Lozano y Lozano. - Elementos de Derecho Penal.

Atrás dijimos que Lombroso tuvo que cambiar la idea de este tipo de criminal único, porque al hacer Ferri el estudio del delincuente nato y de los delincuentes de ocasión, solamente los primeros presentan los rasgos del tipo Lombrosiano.

Realizada una síntesis del pensamiento de Lombroso describirnos lo siguiente:

El delirante es un tipo humano especial, de características anatómicas, fisiológicas, psicológicas y sociales propias, y el delito varía o por la carencia de o por las características especiales.

Ahora bien; pero cómo marcar cada una de estas características en el delirante, es decir, en el tipo latente? sencillo, así:

a)- Características anatómicas especiales; capacidad craneal, medidas de la circunferencia horizontal del cráneo; medidas de la semicircunferencia horizontal del cráneo; medidas de la semicircunferencia del cráneo horizontal, anterior y posterior; índices cefálicos; índices nasales; fosa occipital; altura de la cara; talla y peso.

b)- Características fisiológicas especiales; von Köster o de Mergo; insensibilidad relativa al calor y al frío; mayor sensibilidad a la electricidad y a las variaciones meteorológicas.

c)- Características psicológicas especiales; exaltabilidad variable sin límite; espíritu de venganza y de ferocidad; alterna cénica; acción por el juego; tendencia al alcoholismo, a la orgía; pérdida de las facultades racionales, lo que hace que carezca de...

dad, gusto o recordativo.

d) Características sociales especiales; el tataraje; la jerga criminal o vocabulario; el alias - características y las cicatrices.

En las cosas, un delincuente es acreedoría sólo al llamado tipo criminal perfecto, o se aleja del mismo según que reúna o no estas características o solamente algunas de ellas, y entonces ese delincuente sería un salvaje perdido en medio de la moderna civilización.

Esta teoría la justificaba Lombroso apoyado a su vez en la teoría de la evolución, no pudiendo entenderla como cíclica, por lo que luego dio a estos vestigios una significación distinta, esto que sería o sería un índice de degeneración o falta de desarrollo evolutivo que tiene sus causas en factores patológicos congénitos originados en los ascendientes.

Pero el mismo Lombroso concibió también que la degeneración no siempre produce el delito y que la degeneración no siempre produce el delito y que por el contrario se manifiesta en otras formas como con la esterilidad, la debilidad mental, la alienación, la corrupción racial, y que una de las causas más frecuen-

tes es la epifanía, por lo que llegó a afirmar que la epifanía, por seguro, significa aplicación al fenómeno de la delincuencia.

Cuál fue entonces el espíritu de Lombroso? Para responder a este interrogante, voy a transcribir algunos apartes de las páginas 17 y 18 del libro de Lombroso y Lozano

«Ha en Indico que el tercer momento culminante en la historia evolutiva del derecho penal - al través de los tiempos lo constituyó la formación de la Escuela Positiva Italiana, llamada en la primer época de su labor Escuela Antropológica Criminal.

La publicación de tres obras casi simultáneas profundamente originales y significativamente nacidas a occidente científico. En 1.876, Cesare Lombroso, nacido en Verona en 1.836, director del asilo de alienados de Ferrate, profesor de medicina-legal y psiquiatría en la Universidad de Turín, daba a conocer su libro llamado *El Crimen y el Delincuente*, al cual precedió en Europa una verdadera revolución: la incredulidad y la protesta de una parte, la convicción y el fervor de la otra, contribuyeron a difundir de una manera extraordinaria tal obra por todas partes del mundo y especialmente en los medios científicos europeos.

Luego que el autor expone su pensamiento sobre la obra de Ferri y de Gróssolo, dice entre-

otras cosas : la difusión de las ideas nuevas en el mundo de los juristas fué largamente favorecido por la incuficiencia práctica del derecho penal, tal como se la comprendía y se la aplicaba en la época en que la antropología criminal hizo su aparición. Es que una hipótesis nueva, un sistema nuevo, ejercen su influencia mucho más -- allá del campo de la ciencia para la cual ha sido elaborada.

Refiriéndose al aporte de estos sabios dice: "Era la primera tentativa de investigación sobre la personalidad del hombre delincuente.

Pero lo que es característico de todo el movimiento -- sigue diciendo nuestro penalista -- lo que bastaría para ser inmortal el nombre de César Lombroso, -- es el desplazamiento del centro de gravedad de los estudios de derecho hacia el hecho, del delito, más jurídico, hacia el delincuente, ser humano, célula del conglomerado social. Las investigaciones perdieron su acostumbrado carácter exclusivamente jurídico y el problema de la criminalidad comenzó a contemplarse desde un punto de vista más comprensivo. El cuidado y la preocupación preponderantes de los penalistas no era ya la interpretación y el comentario a la ley; es la persona viviente y activa del criminal la que atrae todas las miradas. El estudio de esa personalidad ha abierto a un turno horizontes nuevos.

FERRI - SU CLASIFICACION.

Enrico Ferri nacido en 1.858 hizo sus estudios de derecho en la Universidad de Bolonia; cuando llegaba a los 21 años de edad presento su tesis de grado titulada - "De la Negacion del Libro Albedrío", tesis que constituyó una doctrina totalmente revolucionaria la cual él debió sostener ante sus profesores que no mostraban escandalizada, toda vez que daba un mayor y decisivo impulso armónico a las teorías positivistas del Derecho Penal.

En la Sociología Criminal se dedica al estudio del delincuente, del delito y de la delincuencia dando un punto social ya que su preocupación constante es la búsqueda de los factores sociales de la criminalidad.

Para él, la obra de Lombroso nació con dos pecados originales:

1o.)- Haber dado demasiada preponderancia en el fondo, pero sobre todo en la forma, a los datos cronológicos y antropométricos en comparación con los datos psicológicos, y

2o.)- Haber confundido en las dos primeras ediciones, todos los criminales en un solo tipo, distinguiendo solamente como tipo especial en la segunda edición, los autores de crímenes pasionales, y poniendo aparte los locos -

DE LA CLASIFICACION DE

DE LA CLASIFICACION DE



por la descripción de los caracteres que los diferencian de los verdaderos criminales.

Por eso refutó la concepción que del delito tenía Lombroso - que es originado exclusivamente por factores antropológicos - y lo estudia como un fenómeno de origen complejo, biológico y físico-social. Por tanto ya el concepto delincuencia no es meramente antropológico, si no que es, antropológico-social. Es, pudiéramos decir, - un producto combinado dado por los caracteres naturales - del individuo al nacer mas la influencia producida en él por el medio social y los factores sociales a los que atribuye una importancia fundamental en el delito, y que pasaremos a resumir.

Dice Farri que los factores sociales que inciden directamente de una manera fundamental sobre el delito, son los siguientes:

a) - Factores de origen económico. Para fundar este factor Farri pone por ejemplo, el delito de contrabando, que existió durante largos siglos las penas más severas y la persecución más obstinada en la mayoría de los países, pero que en cambio tendió a disminuir cuando se bajaron las tarifas aduaneras. Lo mismo sucede con la falta de trabajo, que aumenta el índice de los delitos contra la propiedad. En este caso las institucio-

nes de crédito agrícola bien organizadas, por lo menos reducirían la usura. Por último los sueldos de los empleados públicos son un termómetro sobre el delito, que si son proporcionados y acordados con las necesidades, lo disminuyen y si por el contrario son insuficientes, aumentan en especial los delitos contra la administración.

b) - Factores de orden político. Ferri sostiene que estos delitos generalmente se originan por falta de libertad. Refiere el caso común que se produce en las manifestaciones públicas; si no interviene la policía el desahogo público suele reducirse a gritos, pero si interviene la policía, con el propósito claro está de guardar el orden hay peligro de que se produzcan hechos graves, ya que toda intervención estatal por esta vía termina casi siempre en una restricción de la libertad o de los derechos políticos. De suma importancia es entonces el buen ejemplo que los conductores dan a la masa, porque el factor político es de contenido esencialmente social.

c) - Factores de orden científico. Los descubrimientos científicos que también son eminentemente social, y así por ejemplo la pólvora y las armas de fuego han aumentado los delitos contra las personas, pero también los métodos científicos son una ayuda poderosa contra el crimen. Cita Ferri en este caso el adelanto de la ciencia contable

que ha disminuido los delitos de fraude y sustracciones; el establecimiento del ferrocarril que terminó con los bandidos en los caminos.

d) - Factores de origen legislativo. La legislación que evidentemente es un factor de carácter social tiene mucha influencia sobre el delito. Así por ejemplo si la administración de justicia estuviera bien organizada, con magistros idóneos y con funcionarios íntegros, se disminuirían los delitos contra el orden público, contra las personas y contra la propiedad. Si las leyes civiles en lo relativo a la organización familiar fueran benévolas, también se reducirían los delitos, sobre todo en cuanto a la infancia. Lo mismo se predica de las leyes comerciales, pues por lo menos se reduciría el problema de las quiebras.

e) - Factor de carácter religioso. Como los anteriores, este factor también es de carácter social, pero para Ferri no era más que un simple factor educativo, sin valores metafísicos ni sobrenaturales. Lo cierto es que la religión en nuestro modo de pensar tiene su incidencia sobre el delito, pues si se le dirige al bien general y se humanizan sus postulados, serían como un resido por lo menos un obstáculo a los delitos.

f) - Factor de carácter educativo. Con buen criterio opina Ferri que: "Muchísimas causas de los delitos se ahogarían en germen, teniendo cuidado de la educación de la

infancia. " Opinamos nosotros ahora, que la mera instrucción sin infundir a la vez enseñanzas morales, en la época actual no haría otra cosa que brindar nuevas armas al delito. Ferrí era de opinión de que los espectáculos atroces hacen mas feroces a los hombres y por tanto deben suprimirse; deben suprimirse asimismo las casas de juegos que son motivos de múltiples delitos, y por el contrario se deben programar espectáculos sanos, populares y a precios bajos como un antídoto del delito.

g) - Factor de origen familiar. Todo lo que ayuda y consolida la organización familiar es favorable en la lucha contra el crimen: así las leyes deberían prohibir ciertos matrimonios, a ciertas y determinadas personas, por determinadas causas, puesto que las relaciones de orden familiar también tienen como el factor educativo y los otros factores carácter social.

CLASIFICACION:

Ferrí después de analizar la suma entera de caracteres anormales que Lombroso había atribuido indistintamente a toda clase de delincuente, observa que por el contrario solo una parte de los delincuentes presenta este conjunto de anomalía y que por lo tanto es necesario hacer la distinción de varias categorías. Hizo la clasificación en cinco categorías, así:

- 10.) - Criminales locos.
- 20.) - Criminales natos.
- 30.) - Criminales habituales o por hábito adquirido.
- 40.) - Criminales por pasión, y
- 50.) - Criminales por ocasión.

En forma muy sintética paso a explicar cada una de estas categorías.

**LOCOS** - Son aquellos delincuentes en que el delito es el producto de perturbaciones intelectuales y de una atrofia del sentido moral.

**INATOS** - Aquellos en los que el delito depende de la estructura física del sujeto, es decir, de sus factores antropológicos. Es un ser pre dispuesto al delito por su nacimiento; tiene una irreflexible tendencia congénita, no siendo capaz de distinguir una acción delictiva de otra, en su fundamento moral.

**HABITUALES** - Son los que delinquen bajo el influjo de estímulos y circunstancias de carácter social. El mismo Ferri decía que éstos suelen delinquir en su juventud, habitualmente en delitos contra la propiedad, y luego al medio social, las compañías y el ambiente los arrastra hasta llegar a tener la costumbre crónica del delito.

POR PASION. - Con los que delinquen bajo el impetu de una pasión incontrolable, pero social, como el amor, el honor, la piedad etc. Este tipo de delincuentes, por lo general tiene buenos antecedentes, sus delitos suelen ser contra las personas o contra la honestidad; son de temperamento nervioso con una debilidad de los frenos inhibitorios de la voluntad frente a una situación que enciende en su espíritu una pasión sin la cual nunca hubiera delinquido.

POR OPORTUNIDAD. - Que son aquellos que delinquen por haberseles presentado una ocasión en extremo favorable; no tienen tendencia hacia el delito, pero carecen de voluntad para no dejarse arrastrar a la tentación de delinquir cuando estas en presencia de dicha ocasión. Tienen mucha similitud con el pasional, pues no son habituales, éstos también presentan una debilidad personal, debilidad que en el pasional lo controlado es el elemento pasional, en éstos, la falta de control es de un elemento, o de los frenos por una tentación de momento.

Antes de seguir adelante, no puedo pasar por alto algunas apreciaciones en lo que se refiere a los factores de orden social como agente del delito. Estudiando un poco, meditando estas verdades, trasladándolas a los ambientes actuales de la realidad colombiana y comparando las pocas, medias y las sociedades tan distintas; no puedo uno

mas que comprenderse de esa vision tan profunda y profética de Ferri. Estos factores que tanta importancia les otorgó sobre el delito, consideró sin embargo que no eran todos ni los únicos.

¿Cuánta razón tenía Ferri cuando decía que la falta de trabajo y la carencia de instituciones de crédito eran un factor de orden económico en la proliferación del delito. ¿Lo recuerda lo mismo en esta época actual y en este radio nuestro? ¿Acaso que el desempleo y la falta de fuentes de trabajo, no sean un buen tónico para que hombres con una inmensa carga de obligaciones lleguen al delito? La desproporción en los sueldos de los empleados con la costosa vida, mas la explosión demográfica que comienza a reflejarse en el hogar, como no sea el motivo de los abusos, afaires y de las hudas de empujados de manojo con altas sumas de dinero? Y así, todos estos factores son innegables como impulsores en la producción del delito.

Ahora; en Colombia la existencia del estado cantinero y la proliferación de las loterías - una por cada Departamento y las extraordinarias - fomentan el vicio y el vicio es un medio que franquiza el camino al delito. La producción oficial del alcohol es casi un mandato al ciudadano para que lo consuma bajo el anticientífico postulado

de que es una necesidad de orden fiscal.

CLASIFICACION DE GAITAN.

El doctor Jorge Eliecer Gaitán, alumno de Ferri, al hacer un estudio sobre la premeditación, clasifica los delincuentes premeditativos en dos grupos desde el punto de vista antropológico.

Apartándonos de la apreciación que de la teoría de Gaitán tiene el doctor Jorge U. Gutiérrez Inzola, como de ninguna utilidad práctica, vamos a resumirla muy brevemente ya que bastaría observar lo que ocurre en la realidad para concluir que la teoría del doctor Gaitán, corresponde a los hechos.

El doctor Gaitán dice que el proceso premeditativo y deliberado es diferente en todos los hombres y también lo es en cada caso, en un mismo individuo. A medida que algunos individuos pasan de la resolución de delinquir a un estado de ánimo que podría llamarse volición, de modo que lo que en un principio fue una resolución firme, va perdiendo su fuerza, va debilitándose paulatinamente hacia una volición en que el acto no se ejecuta. Otros individuos en cambio, principian por un estado de volición que va cobrando fuerza con el tiempo hasta convertirse en una resolución definitiva. Y otros, que son los que él llama premeditativos



circulares, pasan alternativamente del estado de validez estado que nos constituye premeditación, al estado de resolución. Hay impulso en una forma ascendente. Si no se presenta la coyuntura de cometer el delito en un momento dado, aquella resolución inicia un proceso descendente, que pasará a ser otra vez ascendente, y así en una cadena indefinida. Por eso los dió el nombre de circular. El propósito criminoso está describiendo una curva en ascenso y en descenso. De esto se deduce que no basta como equivocadamente se ha creído, el transcurso del tiempo entre la realización del estímulo que da motivo y el delito mismo, para que éste pueda tenerse como premeditado, sabiendo que la premeditación consiste en la perseverancia en el dolo y el frialdad del ánimo criminoso.

Los procesos humanos presentan tres etapas: intención, resolución y acto. Gaitán sostiene que psicológicamente no ocurre lo mismo en todos los hombres, porque los hay que comienzan por un período de resolución que se disintegra en el tiempo hasta formar una sola intención a una resolución y de ésta a aquella, todo sin que el acto aparezca en ningún momento.

Enfrió Gaitán que la premeditación como acto abstracto no existe y que, en cambio hay individuos que premeditan. A estos desde el punto de vista antropológico,

de como ya dijimos, los divide en dos grupos: en el primero atiende a la intención del premeditativo; en el segundo a los premeditativos propiamente dicho.

La primera clasificación resulta así:

- A) - Resolutive instantaneo con desintegración intencional en el tiempo. Son impulsivos y emotivos, al primer impulso quieren matar y matarían si tuvieran el enemigo a la vista, pero poco a poco vuelven sobre sí y llegan hasta abrazar a quien querían eliminar. Han pasado de la resolución a la intención.
- B) - Intencional con integración resolutive en el tiempo. Es el tipo común que va de la intención a la resolución y de ésta al acto. Madura lo que va a ejecutar y a veces se arroja de su intención.
- C) - Resolutive intencional circular. Son seres inestables que pasan de la intención a la resolución, de ésta a aquella y que indefinidamente están describiendo una curva.
- D) Resolutive temperamental. Es el individuo que accede de una idea y llevándola a la resolución, va a ella sin que nada ni nadie lo haga retroceder.

Gaitán clasificó a los premeditativos, así:

- A) - Premeditativo constitucional, en el que la premeditación es un producto endógeno. Todo lo premedita, lo que-

no y lo malo.

B) - Premeditativo punional, que va al delito después de una intensa lucha en que sale vencido. Pero actúa con pasiones nobles o sociales.

C) - Premeditativo egoísta o delinuentes que solo consultan su propio interés o que buscan su exclusivo fortalecimiento.

D) - Premeditativo condicional que subordina la ejecución de su propósito a alguna circunstancia anterior, aún a condición.

TEORIAS PSICOANALITICAS.

Las modernas teorías psicoanalíticas originadas o que por lo menos reconocen un origen en el psicoanalista de Freud como punto de partida de sus construcciones científicas, han aportado un nuevo concepto sobre el hombre delincuente.

Viktor Frankl continuador de Freud en su teoría llamada "Análisis Existencial", trata de liberar la fuerza del espíritu, aportando con eso un nuevo concepto sobre ciertos delinuentes que aunque difiere del de Freud, trata de demostrar que el delincuente es en algunos casos un enfermo psicológico, cuyo origen es la falta de

libertad de su espíritu. Mientras Freud opinaba que el instinto sexual al ser reprimido originaba las "neurosis", Frankl sostiene que es el espíritu humano el que reprimido, y siendo él mismo por esencia libre, origina la anormalidad que puede llegar a la "neurosis" y al delito.

Alfred Adler es quien ha aportado mas interesantes conceptos en el sentido de considerar al delincuente como un enfermo psicológico. Parte de una premisa fundamental que según él está aprobada, y según la cual los tres problemas fundamentales que se le plantean a todo ser humano son los siguientes: su actitud frente al prójimo o sea frente a lo social; su actitud frente a su medio de vida o sea su trabajo o profesión, y su actitud frente al amor. Según él estos tres problemas fundamentales del hombre serán resueltos adecuadamente o en forma incorrecta según que en cada caso concreto el ser humano de que se trate tenga o no tenga el llamado "espíritu de comunidad". Como ese espíritu de comunidad existirá más o menos en uno y mucho en otros, así también existen ilimitados términos medios, lo que produce a su vez una infinita gradación de seres humanos, desde el que ha resuelto satisfactoria y adecuadamente sus tres problemas hasta el que nada ha resuelto. Es decir, que el espíritu de comunidad sería como una especie de capacidad para identificarse con los otros seres humanos. Los problemas son resueltos por los llamados "movimientos", los cuales al tomar datos

minadas direcciones van formando poco a poco una costumbre o hábito que él llama "entrenamiento" y cada entrenamiento va a dar para cada ser humano el estilo de vida.

Si un sujeto tiene un sentimiento de comunidad deficiente o nulo, ello trae como consecuencia que el estilo de vida que se forja es erróneo, porque en la solución de los tres problemas, es decir, lo social, el trabajo y el amor, ese sentimiento de comunidad es absolutamente necesario. Tanta importancia da Adler a la correcta solución humana de los tres problemas fundamentales que en su incidencia directa sobre el crimen dice que la mitad de los sujetos que llegan a cometer un delito son trabajadores sin una profesión determinada que fracasaron ya en la escuela. Que un gran número de criminales detenidos por la Policía atacado de enfermedades venéreas es señal de la insuficiente solución del problema del amor. Los delincuentes - dice - no buscan a sus amigos sino única y exclusivamente de entre gente de su estofa, demostrando así lo reducido así lo reducido de sus sentimientos de amistad.

Adler en el hombre lombrosiano no veía más que "fealdad física" y esa fealdad física era una minusvalía orgánica que originaba la falta de sentimiento de comunidad. Para él un ambiente moral malo es la Egiptología, por ejemplo, no eran causa de la criminalidad sino simples condiciones ambientales donde se desarrolla el sentimiento de comunidad y éste va a dar causa del crimen más adelante.

P A R T E   T E R C E R A

LA ACTIVIDAD DEL ESTADO FRENTE

AL

DELINCUENTE

## PALTE TERCERA

### LA ACTIVIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DELINCUENTE

#### INTRODUCCION.

Para Ansini, la sociedad es, en sentido lato, la comunidad de los hombres, como organismo ético de formación histórica, que se manifiesta exteriormente mediante un conjunto de relaciones psicológicas entre los individuos. Mas, la sociedad en sentido restringido, decimos, es el conjunto de los grupos de personas que tienen entre sí un elemento común que los reúne, es decir, que la sociedad comprende todas las agrupaciones sociales menos al Estado que es su vaso de elección.

En la sociedad se encuentran de un lado intereses individuales y colectivos que son originados por los fines tendientes a alcanzarse. De otro lado se manifiesta poderosamente el sentimiento de justicia que surge de las mismas relaciones. Pero la sociedad por sí misma sería incapaz de regular y de tutelar aquellos intereses según el concepto de justicia. De ahí la necesidad de una organización político-jurídica, esto es del Estado, cuya principal razón de ser es la actuación de las disciplinas y de la tutela mediante el derecho, o sea mediante normas reguladoras coactivamente de las relaciones sociales y que constituyan

el ordenamiento jurídico general.

En ocasión pasada dije que ese ordenamiento jurídico, históricamente se encuentra establecido hasta en las comunidades primitivas y que precisamente ese ordenamiento es la razón ontológica de las normas penales. Anoté también, cómo se ha operado el tránsito de lo simplemente "prohibido" a lo "ilegal-penal" para tratar de entender el substratum de la norma positiva penal, que crea como antes dije, normativamente el delito. Ahora, pero como la norma sustantiva penal al establecer cada tipo de delito, no hace otra cosa con eso, que señalar prohibiciones por una parte, cuyo correlario es la tutela de los derechos por la otra, fuerza es decir que la fuerza del medio coercitivo, de la misma manera que reconoce los derechos, corresponde al Estado. Pero cómo lleva a cabo el Estado esta tarea, es decir, cómo actúa el Estado cuando a pesar de la tutela el Derecho ha sido violado por la acción o por la omisión de las personas? Lo hace por medio del procedimiento, es decir, por medio del Derecho Procesal, cuyo objeto está ligado y dirigido al estudio de las formas legales propias para realizar la función del Estado en cuanto a la represión de los delitos.

El procedimiento implica pues, el movimiento del poder repressivo del Estado hacia el delito, concretando en



objeto a la demostración de la existencia del hecho punible; a la determinación de la persona punible, mediante la relación de causalidad; a concretar esa relación de causalidad, por medio de la imputación, esto es, de la atribución de hecho nocivo a la persona; a investigar la causa en el sujeto activo del delito en relación con su misma persona, moral, psíquica, y hasta social y ambiental; a atribuirle a la persona las consecuencias penales, y por último a determinar los daños causados por el delito para obtener su reparación.

Superada la etapa histórica en que la represión penal estaba atribuida a la parte lesionada con el poder de perseguir y claro está, de reprimir el delito en sus varias formas de composición o reacción punitiva, ya ese ejercicio de represión corresponde solamente al Estado, pudiendo, como en nuestro sistema, never, en principio la acción, todas las personas, lo que es una acción popular, el lesionado o sus herederos; el Estado mismo por medio de sus Jueces y el Ministerio Público como representante de la sociedad, la primera y colectivamente alarmada con el delito.

El artículo 60. de nuestro esta tuto procesal penal establece que toda infracción a la ley penal origina:

- a) - Una acción penal.
- b) - Una acción civil.

El artículo 90. del mismo estatuto proscribó que esa acción originada con el delito, o como dice el artículo anterior, con la infracción, es pública y como tal debe iniciarse de oficio, esto es, en el Estado por medio de sus Jueces y Registrados a quien corresponde la declaración jurisdiccional, por medio de un procedimiento que se denomina PROCESO con las excepciones que el mismo código contempla.

El supuesto en nuestro trabajo es ya producida la infracción de la ley penal y como consecuencia inmediata y directa al brote de las dos clases de acciones, siendo la acción penal el motivo suceso para que el Estado por medio del proceso se ponga en movimiento frente a la conducta antijurídica y antisocial del delincuente.

La acción penal es la necesaria consecuencia de la infracción de la ley penal, dirigida por la declaración jurisdiccional a penar la conducta antijurídica y antisocial del sujeto.

#### DEFECTOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO.

Nuestro sistema de leyes penales ha reconocido y estatuido, que el delincuente no es ya el salvaje perdido en la moderna civilización (hombre lémbruciano), sino un antehumano; a nizado pues la persona del delincuente y como tal

lo confiere una serie de derechos y garantías durante el proceso y en su vida de reclusión.

De esos derechos y garantías, solamente voy a propongo enumerar los principales:

1o.- El principio de la inocencia del reo, traducido en que "toda persona es presunta inocente hasta tanto se la prueba lo contrario". Esto es un monumento de nuestro sistema democrático erigido por la Constitución a la libertad individual.

2o.- Nemo iudicio sine praevia lege. Este principio lo determina el artículo 26 de la Constitución Nacional y lo desarrolla el artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal. La norma constitucional dice: "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."

3o.- El principio de la ley permisiva o favorable, instituido por el inciso segundo del mismo artículo cuando dice: "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

4o.- El principio de no declarar un asunto cri

niñal contra sí mismo; artículo 25 de la Constitución Nacional y lo establecido por el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal de no dar denuncia contra sí mismo.

5o.- El Habeas Corpus.

6o.- El derecho a ser dejado en libertad al octavo día de capturado si no hay prueba para detenerlo legalmente.

7o.- El derecho a la defensa, hasta el punto de que si no nombra abogado se le nombrará de oficio, tanto en la etapa sumaria como en la etapa del Juicio. Este principio es la justificación de la existencia de la institución Abogados de Polvos, tan maltrata y mal entendida en nuestro medio.

8o.- La garantía de que rinda su declaración sin juramento.

9o.- El derecho de interponer recursos.

10.- El derecho de quedar en libertad si transcurridos ciento ochenta días y estando con auto de detención preventiva no hay prueba para llamarlo a juicio.

11.- La garantía de no ser maltratado por la policía, por los agentes carcelarios ni por el Juez a quien se trate del criminal más terrible.

12.- El derecho a la notificación personal de las providencias.

13.- El derecho de recusar legalmente a los funcionarios.

14.- El derecho de pedir pruebas en su favor.

15.- La libertad condicional.

16.- El perdón judicial.

17.- La condena condicional.

18.- El indulto.

19.- La amnistía.

20.- La rebaja de pena.

21.- El quedar exento de responsabilidad por las justificantes que establece el mismo Código De Procedimiento Penal.

En fin , todo lo ante

En fin todo, lo anterior no es otra cosa que el desarrollo del cuestionado artículo 26 de la Constitución nacional.

### LA PENA EN NUESTRA LEY .

Pena según el diccionario de Derecho Usual de Cabanellas es la acción, privamente establecida por la ley para quien comete un delito o falta, también especificados.

Significa también según el mismo diccionario dolor físico; pesar; esfuerzo; dificultad; trabajo; fatiga.

En la consideración estrictamente jurídico-penal y con el fin de demostrar la variedad de opiniones acerca de la pena, así como las distintas posiciones doctrinales, anotaremos algunas definiciones.

Para GROCIO la pena es un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción.

Según las PARTIDAS LA PENA ERA EL SACRAMENTO que se da a algunos por los yerros que hicieron.

Para CARRERA el vocablo pena tiene tres significados : la primera, en sentido general, expresa cualquiera o cualquier dolor o mal que o lo cause; la segunda, en sentido de especial, designa un mal que sufrimos por un hecho nuestro

doloso o imprudente; la cárcel, en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad impone a un reo por causa de su delito.

VON LICHT sostiene que la pena consiste en el mal que el Juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

En la generalidad de las definiciones precedentes y en otras muchas similares, sobresale la idea de que la pena constituye un mal. Por eso, Aramburu expresa que "tal principio o conclusión parece formulado por un congreso de ponados"; pero desde el punto de vista subjetivo o personal, es cierto que al delincuente, al experimentar el dolor o las privaciones relacionadas con la pena, la considera como un mal, para él; pero objetivamente, desde un punto de vista superior del derecho y de la sociedad, constituye un bien, y no solo para ésta, sino para el delincuente, por reconocer que la merece o porque pone punto final a sus extravíos y contribuye a su regeneración moral y a su reintegro a la vida socialmente útil.

La etimología de este vocablo da rasgos tanto a unos como a otros; procede del latín *DOLEO*, derivada a su vez del griego *DOLEO*, donde significa dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; pero esta genealogía parece que entronca con el sánscrito *DAHA*, cuya raíz

FU quiero decir purificación.

Uno de los aspectos mas discutidos de la pena, es su objetivo o fin. Así, para la Escuela Clásica, la pena cumple una función expiatoria; es causa de un mal al delincuente solo por que éste ha causado otro. Esta es la teoría denominada absoluta, jurídica o de la justicia; es entendida desde el Talión a medidas olépticas o simbólicas.

La Escuela positivista, poniendo de relieve la ineficacia de los tratamientos penales ordinarios y siempre en contraposición con los postulados clásicos, proclama la necesidad de la defensa social mediante las medidas de seguridad. Para los positivistas este concepto abarca desde los substitutivos penales propuestos por Ferrí, hasta la eliminación de los delincuentes de que habla Garófalo, desde la inadaptableidad de los mismos y su temibilidad.

Los olépticos sostienen que la pena tanto remedia al mal producido o que previene del delito, como también el mal que el delincuente causa a la sociedad. Para ellos es pena porque se ha cometido el delito, pero también, ya la vez para que no se cometa.

Como modalidades de la pena <sup>o</sup> tenemos:



a).- La Escuela Correccionalista, que concentra en la corrección o enmienda del delincuente la finalidad de la pena.

b).- La teoría de la ejemplaridad o intimidación, que pretende con la amenaza potencial que significa la inclusión de la pena en los códigos y la eficacia constructiva de la condena aplicada a los infractores, retraer a los hombres de la comisión de los delitos.

c).- La Doctrina de la reciprocidad, que funda la pena en la relación recíproca entre la conducta criminal y la reacción social.

d).- La posición vindicativa que destaca como fin principal de la pena la venganza o vindicta pública, en sustitución de la reacción individual, sin otros límites que los de la posibilidad y el honor. Esta teoría se encuentra por completo abandonada.

Entre los requisitos y condiciones de la pena tenemos:

1).- que se establezca por la autoridad competente.

2).- que determine la acción u omisión que se reprime.

3).- que se compare a la infracción que se in-

4).- La igualdad en principio, sin excluir modalidades de aplicación según los sujetos y su proceder.

5).- Variedad, al menos con relación a las distintas infracciones, y aún más, libertad judicial para imponerla con arreglo a las circunstancias individuales de los delincuentes.

6).- Que por la posibilidad de error, debe ser reparable y reformable, aún cuando algunas no lo admiten, como la de muerte y la desterrada de mutilación, y sin que por ello se viela la exactitud de la condena juzgada.

Las penas se clasifican:

a).- Por su naturaleza en relación con el mal causado el delincuente, en: Corporales, Pecunarias... o Incapacitantes.

b).- Por la duración, en Perpetuas y temporales.

c).- Por su gravedad, en Graves y Leves.

d).- Por su independencia y relación en Principales y accesorias.

e).- Por sus efectos, en Reparables o irreparables.

f).- Por la flexibilidad, en Divisibles y no Divisibles o Indivisibles.

También se habla de penas aflictivas, correccionales, infamantes, contra la vida, contra la libertad, contra los derechos políticos, contra el honor, contra la propiedad, etc., pero todas estas denominaciones no son más que literatura jurídica.

Como lo deja entender nuestro Código Penal en su libro I, título I, la gran división de las penas es la siguiente:

1).- Principales.

2).- Accesorias.

3).- Privativas de la libertad.

4).- De privativas de la libertad.

Entre las principales tenemos, todas las privativas de la libertad y algunas de las accesorias cuando se establezcan con ese carácter, es decir, cuando se impongan como principales.

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Con penas privativas de la libertad :

- 1).- La de pr. cidio.
- 2).- La de prisi6n.
- 3).- La de arr6sto.

De conformidad como en nuestro sistema carcelario , se esta llevando a cabo la Relegaci6n a Colonia Agric6la, 6sta es una pena privativa de la libertad.

Como penas principales est6n:

- a) la de pr6cidio.
- b) la de prisi6n.
- c) la de arr6sto.
- d) la relegaci6n a colonia agric6la.
- e) la de confinamiento, y
- f) La de multa.

Con penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, dice el articulo 43 del C6digo Penal , las siguientes:

- a) La prohibici6n de residir en determinado lugar.
- b) La publicaci6n especial de la sentencia.
- c) La interdicci6n de derechos y funciones - ciones p6blicas.
- d) La prohibici6n o suspensi6n del ej.ercicio de un arte o profesi6n.

cuando es retirado de carácter oficial.

- f).- la exención de buena conducta.
- g).- la reubicación a colonia agrícola.
- h).- la pérdida o suspensión de la patria potestad.
- i).- la expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

Estas penas solo pueden ser impuestas a personas mayores de dieciocho años, porque para los menores, en los casos mentados y para los que sufren anomalías psicológicas, están las medidas de seguridad, que son las siguientes:

- a).- Reclusión en manicomio criminal o en colonia agrícola especial.
- b).- La libertad vigilada.
- c).- El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.
- d).- La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.
- e).- La reclusión o una escuela de trabajo o en un reformatorio.

De acuerdo con lo que se acuerda con las disposiciones de nuestro código, todas y cada una de las penas son diferentes; unas las llamadas; tienen su jerarquía; así: el primero es superior en su gravedad a la prisión y esta lo es más que el arresto; se deben ser listados en el código en estableciendo estos términos para cada clase.

Pero en Colombia la verdad es otra. Esa diferencia nos parece sólo teórica, porque en la práctica, en el terreno de la realidad, a un mismo establecimiento va el condenado aprobado, el de prisión, el de arresto, el de colonia agrícola, los complementos suministrados, y lo que es peor, hasta los menores y mayores que han delinquido o que se presume que han violado la ley penal.

BIBLIOGRAFIA

LUIS CALLOS PEREZ	Derecho Penal Colombiano Vol. 4-Parte General.
ANTONIO VICENTE ARENAS	Derecho Penal Colombiano Parte General.
BALTAZAR R. LITERO S.	Elementos de D. Penal
CARLOS LOPEZ Y LOPEZ	Elementos de D. Penal
CARLOS ARTURO CALLE	El dolo penal y su prueba
ENRICO FERRI	Sociologia Criminal Tom. I y II
Bernardo Alimena	Derecho Penal- Vol 1
ESMERADO GAISSAN LAIBACHA	Tratado de Derecho Procesal Penal Colombiano.
LUIS JIMENEZ DE ASQUA	Derecho Penal Tom III
CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL.	
HEO CLAUDIO MARCOS	Delincuencia Infantil y Juvenil.