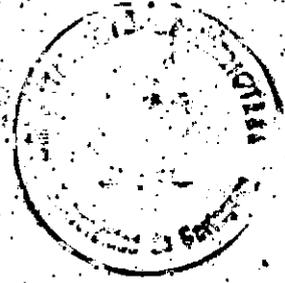


340.1
P116

1
6

SCIB ①

SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURIDICO PENAL EN LA ANTIGUE
DAD EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS
DIAS



MARTHA CECILIA PACHECO RICAURTE

SCIB
00018311

46951

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, 1984

2

SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURIDICO PENAL EN LA ANTIGUE
DAD EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS
DIAS.

MARTHA CECILIA PACHECO RICAURTE

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogado.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, 1984

3

SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURIDICO PENAL EN LA ANTI-
GUEZAD, EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS
DIAS.

RECTOR : Dr. LUIS H. ARRAUT E.
SECRETARIO GENERAL : Dr. CARLOS MENDIVIL C.
DECANO FACULTAD : Dr. FABIO MORON DIAZ
SECRETARIO ACADEMICO : Dr. PEDRO MACIA H.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, 1984

D E D I C A T O R I A

A MIS PADRES QUE, CON SUS ESFUERZOS,
HICIERON POSIBLE ALCANZAR ESTA META.

MARTHA CECILIA

Nota de Aceptación

Dr. ROBERTO BURGOS OJEDA
 Presidente de Tesis

Dr. ANTONIO BARROZA AVENDAÑO
 Primer Examinador

Dr. RODOLFO NIEVES GOMEZ
 Segundo Examinador

Dr. Tercer Examinador

Cartagena, 1984

6

Cartagena, Junio 5 de 1.954

Señor doctor.

GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones
Jurídicas Facultad de Derecho

E. S. D.
=====

En cumplimiento del encargo asignado como segundo examinador del trabajo de tesis denominado "SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURIDICO PENAL EN LA ANTIGUEDAD, EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS DIAS", elaborado por la estudiante MARTA C. PACHECO R., para optar al título de Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, he leído con detenida atención dicho trabajo y lo he encontrado meritorio p-

En efecto, enfoca el desarrollo histórico del Derecho Penal a la luz del humanismo como tendencia y compromiso de valorar por encima de cualesquiera otros conceptos o valores, al hombre como forjador y destinatario de toda cultura, como eterno protagonista del delito y sujeto pasivo de la sanción penal.- Si bien es cierto que dentro de las concepciones primitivas se valoraba fundamentalmente el daño objetivo, el resultado dañoso de la conducta humana sin elevarse a consideraciones subjetivas que iluminaran la génesis o los móviles de la acción, ya los romanos contemplaban el elemento subjetivo de la conducta en la consideración de los delitos.-

Pero la consideración del hombre sigue predominando en el proceso de desarrollo del derecho penal; y así vemos como de los extravíos de la Edad Media, tanto en cuanto a la valoración de las pruebas como en relación con el régimen punitivo, surge el período de humanización del Derecho Penal como la luminosa contribución de Beccaria, cuya obra es el breviario y resumen de una nueva concepción del hombre, y cuya doctrina sigue resplandeciendo con el vigor de sus principios tutelares en el espíritu del Derecho Penal moderno.

Y dentro de la evolución y desarrollo progresivo del derecho penal, sigue imperando el viejo criterio del hombre como medida de todas las cosas, que en mi sentir constituye la concepción mas amplia y noble del humanismo. Y es la Escuela Positiva del Derecho Penal la encargada de combatir la estructura jurídica de la Escuela Clásica y abrir enormes brechas en esa arquitectura armoniosa e imponente - que constituye su doctrina penal, desplazando el centro de gravedad del derecho penal hacia la prioritaria y fundamental consideración de la personalidad humana que infringe la ley, realizando una revolucionaria rectificación de los conceptos imperantes que comprometen la misma noción clásica de delito, cuyas flaquezas evidencia al enfocarlo como fenómeno biológico social. Y si bien es cierto que algunas de sus exageraciones han sido a su vez rectificadas, la médula de sus concepciones aún supervive en la doctrina jurídica actual, así se quiera recubrirla con innovaciones nominales como pretende el nuevo Código Penal en algunas de sus disposiciones, estatuto de marcada orientación culpabilista.-

Estos aspectos, que acompaña la señorita Marta C. Pacheco con la exposición del proceso evolutivo del derecho penal desde los preblos orientales, Grecia y Roma, para introducirse en el derecho medioeval, la legislación española, las leyes de Indias, las de los Chibchas, para ubicarse luego en nuestra república independiente y presentar sistemáticamente el desenvolvimiento del derecho penal desde el código de 1.837 hasta el Decreto 100 de 1.980, además del interés científico que evidentemente contienen, representan un valioso esfuerzo investigativo realizado no con la recortada visión de satisfacer un requisito reglamentario sino con la mas amplia y elevada perspectiva de llevara a cabo una tarea realmente meritoria que amerita su esfuerzo y lo califica como digno para aspirar a alcanzar el galardón que pretende de nuestra Universidad.- - - -

De usted, atentamente,

Rodolfo Nieves Gómez
 RODOLFO NIEVES GOMEZ

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURIDICO PENAL EN LA ANTIGUEDAD, EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS DIAS.	3
2. LAS HUMANIDADES EN EL TIEMPO Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL.	9
3. DERECHO Y HUMANIDADES	16
3.1 LAS HUMANIDADES Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL.	16
3.1.1 Derecho Penal: Rama del Derecho Público.	16
3.1.2 Concepto Humanistico del Derecho Penal.	23
3.1.3 El Sueño y el Sonambulismo.	26
3.1.4 La Coacción.	26
3.1.5 El Caso Fortuito.	29
3.1.6 La Demencia	30
3.1.7 El Alcoolismo.	32

9

	Pág.
3.1.8 Intoxicación con Drogas Alucinógenas.	33
3.1.9 El Sordomudo.	34
4. EL DERECHO PENAL. HISTORIA Y DESARROLLO	36
4.1 LA PENALIDAD EN LOS PUEBLOS ORIENTALES.	37
4.1.1 El Código de Manú	42
4.2 EL APORTE CULTURAL DE GRECIA	45
4.3 ROMA EN EL DERECHO PENAL	47
4.4 EL DERECHO PENAL Y CANONICO	54
4.5 EL DERECHO PENAL GERMANICO.	57
4.6 PERIODO HUMANITARIO	50
4.7 PERIODO CIENTIFICO	62
4.8 ORIGEN DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA	65
4.8.1 El Fuero Juzgo.	68
4.8.2 El Fuero Real y las Partidas	73
4.8.3 Las Recopilaciones y el Código de 1822	75
4.8.4 Legislación Especial para las Indias	78
4.8.5 La Verdadera Práctica de las Leyes de Indias.	83
4.8.6 Aspectos de la Organización Penológica en el Período Colonial.	93
4.8.7 Primeras Reacciones Contra la Arbitrariedad del Coloniaje.	97
4.9 PRACTICAS PENALES DE LOS ABORIGENES PRECOLOMBINOS.	101

	Pág.
4.9.1. Costumbres Barbaras de Algunas Tribus	101
4.9.2 La Represión Penal Entre los Chibchas.	105
4.9.3 El Sistema Jurídico de los Pubenenses.	108
4.9.4 Algunos Tabues, Ordalias y Formas de Com posición en la Sociedad Chibcha.	111
4.9.5 Usos Penales Primitivos que todavia exis ten.	113
5. LA LEGISLACION PENAL DE 1810 A 1837.	116
5.1 PRIMERAS CONSTITUCIONES	116
5.1.1. La De Cundinamarca	116
5.1.2 Las De Tunja y Antioquia	122
5.2 EL REGIMEN DE LAS PROVINCIAS Y LA PACIFICA CION ESPAÑOLA.	124
5.3 PRIMEROS ATISBOS DE LEGISLACION UNIFICADA.	127
5.4 LA CONSTITUCION DE CUCUTA (1821) Y EL PRI MER PROYECTO DE CODIGO PENAL (1823)	128
5.5 EL REGIMEN PENAL BAJO LA DICTADURA BOLIVA RIANA.	131
5.6 LEGISLACION PENAL DESDE 1837 HASTA LA CAR TA DE 1886	135
5.6.1 Antecedentes del Código de 1837: El Pro yecto de 1833.	135
5.6.2 Criterio sobre la Penalidad en los Autores del Proyecto de 1833.	137

	Pág.
5.6.3 Código de 1837.	140
5.6.4 Código de 1837 y la Pena de Muerte.	142
5.6.5 Permanencia del Código Penal de 1837.	144
5.7. BASES ECONOMICO-SOCIALES DE LOS CAMBIOS PE NOLOGICOS AL PROMEDIAR EL SIGLO XIX:	147
5.8 CODIGO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE CO LOMBIA (1873).	154
5.9 NORMAS PROVISIONALES DE LA "REGENERACION"	157
6. LA LEGISLACION PENAL DE 1890 Y EL CODIGO DE 1936.	159
6.1 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1890.	159
6.1.1 El Proyecto del Doctor Demetrio Porrás	159
6.1.2 Bases Doctrinarias del Proyecto de Porrás	160
6.2 CRITERIO QUE INSPIRO EL CODIGO DE 1890.	164
6.2.1 Código de 1890.	166
6.3 LEY 109 DE 1922 Y EL PROYECTO DE CONCHA DE 1912.	168
6.4 ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL CODIGO DE 1836.	170
6.4.1 Principios del Código de 1936, según los Redactores y las Comisiones del Congreso.	172
6.5 PRINCIPIOS DEL CODIGO PENAL DE 1980.	179
7. CONCLUSIONES	183
BIBLIOGRAFIA	189



I N T R O D U C C I O N .

I

Es indudable que la reorganización de la vida social, la cual se ha venido modificando a fuerza de los diversos procesos evolutivos que ha vivido el hombre en busca de un equilibrio colectivo, de un reajuste de la economía en su tránsito progresivo a la utilización de sistemas modernos, encaminados a obtener su propia dignificación y a establecer para él y para la comunidad en que vive mejores formas de bienestar y progreso y teniendo en cuenta los desajustes que tiene la convivencia de tantas personas, sus intereses a veces egoístas, por razones de ambición personal o colectiva y la mayoría de las veces anárquica en medio de la gran lucha por la existencia y que no todos los métodos utilizados han sido los mejores, porque el correr del tiempo nos ha dado la razón, en el sentido de que los sistemas de pensar no han sido los más justos de acuerdo a lo que se verá en el análisis que se hace dentro del presente trabajo.

73

Es por las razones antes expuestas, que este trabajo tiene por objeto presentar un estudio amplio, dentro de mis posibilidades, de lo que ha sido el Derecho Penal, a través de todos los siglos, de las necesidades y errores que ha tenido que vivir el hombre, para poder elaborar una argamasa sólida con la cual construir normas de orden social y jurídico que vayan acordes a sus necesidades y a sus sentimientos, ya que como se verá las normas sobre Derecho Penal, no han brotado en forma espontánea sino que son el fruto de los sudores y padecimientos que ha pasado el hombre a través de los siglos.



1. SIGNIFICADO DEL HUMANISMO JURÍDICO PENAL EN LA ANTIGÜEDAD, EN LA EDAD MEDIA, EN LA EDAD MODERNA Y EN NUESTROS DIAS.

Del concepto de Humanismo Jurídico Penal es poco, o casi nada, lo que se puede decir, ya que las comunidades, en la antigüedad, especialmente en las épocas hordálica, clánica y tribal, en donde el concepto que hay es que quien comete una falta, de cualquier tipo, debe pagar por ella; y es así como vemos que las comunidades antiguas, en su forma más primitiva, tienen establecida la venganza, la cual está definida como la facultad que tenía el ofendido con un delito, para castigar al agresor con un hecho igual o mayor. Esto implica un verdadero estado de guerra, en razón de que el delito se considera como ofensa a la colectividad, reaccionando ésta contra el grupo al cual pertenece el delincuente.

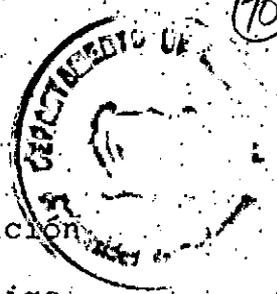
Como reacción a la venganza y como muestra de evolución

y de humanización de los sistemas de penar, surge la Ley del Talión, practicada por la comunidad civilizada, como es la de los primeros cristianos dirigidos por un gran legislador, como era MOISES, expresada en la fórmula de "Ojo por Ojo y Diente Por Diente". Esto, como ya se dijo antes, supone una mayor cultura en el sistema punitivo, y es una sistematización de la venganza, en lo referente a la individualización de las penas. La sanción es aquí equivalente al daño inferido.

Tenemos después la pena consistente en la expulsión de la paz, que era similar al destierro; consistente en la separación del individuo del grupo social. Esta era una de las penas más graves, pues implicaba la esclavitud o la muerte, ya que el delincuente perdía la protección del grupo social al cual pertenecía. Estas penas tienden más a la individualización.

La composición que representa un mayor avance cultural y económico, era un verdadero sistema de pagos que hacía el responsable de un delito para sustraerse de la sanción punitiva; es casi como lo que llamamos ahora el pago de las indemnizaciones civiles por el daño causado con el delito.

(76)



En los pueblos Orientales, ya hay una mayor organización en materia punitiva y vemos cómo se establece el Código de Hammurabi, el Código de Manú y la Ley Mosaica. De estos documentos es muy poco lo que puede decirse, por haberse perdido, pero se puede afirmar, en términos generales, que el sistema de penas es bárbaro en esta legislación, por la desproporción entre ellas y la culpa.

Sobre este tema de los Códigos de Hammurabi y de Manú se hablará más ampliamente en la parte histórica del Derecho Penal.

En contraposición a los sistemas ya mencionados para penar, surge la cultura Griega con sus principios filosóficos, partiendo de la naturaleza física, y es así cómo la Escuela Jónica trata de explicar los fenómenos del mundo sensible mediante la reducción de todos ellos a la voluntad de las deidades y al querer del hombre; pero partiendo siempre del mundo externo.

La Escuela que primero se decidió a afrontar los problemas de espíritu humano, el problema del conocimiento y el problema ético, fue la de los Sofistas, en el Siglo V antes de Cristo. Se basaban en que cada hombre tiene un modo muy propio de ver y conocer las cosas, de manera

que no puede existir una verdadera ciencia objetiva y universalmente válida. Sosteniendo que el Derecho es relativo y constituye una opinión mudable, la expresión del arbitrio y de la fuerza. Como se ve, los sofistas eran escépticos en moral y más bien destructores que constructores. Pero a pesar de todo esto tuvieron el gran mérito de haber atraído la atención sobre los datos y sobre los problemas inherentes al hombre y al pensamiento.

El Derecho Penal, en Roma, es inferior al auge que dicha metrópoli adquirió en otras disciplinas; su mayor aporte es la formulación de un sistema técnico jurídico referente a la creación de figuras delictivas y a la exclusión de la responsabilidad simplemente objetiva.

Las formas de pensar en el pueblo Romano son en términos generales, las vistas anteriormente. El primer documento importante, en el campo jurídico penal, es la Ley de las XII Tabas. Pero lo más importante del Derecho Penal, en Roma, es su afirmación pública del delito que, si bien no aparece en forma rotunda desde el comienzo, adquiere con el tiempo su desarrollo mediante la distinción entre criminal pública y delictiva privada, y con el aumento progresivo de las infracciones como problemas de orden público.

Con el surgimiento del Cristianismo, vemos que ya el hombre no tiene por encima de sí mismo, el Estado, sino que están sus conceptos religiosos; ya no es importante sólo ser buen ciudadano sino que hay que ser un buen Cristiano; la meta última ya no es la vida civil sino la adquisición de la vida celeste, y ya surge en él principios de fraternidad y el sentimiento de ayuda a las personas que se encuentren en circunstancias difíciles; ya no es el sentido de la unión por más dinero, sino la unión por ser más fuerte en la fé.

En el campo Penal, el Cristianismo ayuda a que se suavice el trato que se le da al delincuente porque, a pesar de que son conscientes de que se ha cometido un pecado por haber faltado a la Ley, la pena que se le impone es como expiación de la culpa para que Dios los perdone, y ya es el Juez quien impone la pena de acuerdo a la falta cometida.

El período moderno se cuenta desde el momento en que se comienza a estudiar la personalidad del delincuente, y comienza a tenerse en cuenta otras ciencias que al Derecho le son auxiliares, y se estudia al delincuente, no sólo como persona que ha infringido la Ley, sino como ser que vive de acuerdo con su problema y sus necesidades.

des. Se mira su personalidad y su nivel de cultura.

De todo cuanto se ha dicho resulta claro que el tema pre dominante en el mundo moderno y contemporáneo es el Humanismo; pero no ya como ideal de cultura o método de formación intelectual según la tradición Grecolatina.

La polémica actual del Humanismo, se refiere al problema del hombre y su naturaleza interna a su puesto dentro del mundo. Aún así, el tema tratado no está todavía bien definido como tema actual y contemporáneo, en efecto, en el interior del hombre, siempre ha existido la misma inquietud y la misma curiosidad de conocer el secreto de sí mismo y de resolver el enigma que es él, para sí mismo. El hombre ha tratado siempre de resolver los problemas de su comportamiento social, con el cual causa alteraciones de orden público. Esta inquietud no es sólo de los juristas de hoy; lo ha sido los de ayer y será de los del futuro.

Estas afirmaciones obedecen a que el hombre siempre tiene problemas, y lo importante es el modo de resolverlos; de lo cual nacen diversas y opuestas soluciones al problema del comportamiento del hombre.

2. LAS HUMANIDADES EN EL TIEMPO Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL.

Para hablar de las Humanidades en el tiempo y su relación con el Derecho Penal, hay que comenzar definiendo qué es Humanismo y por qué se relaciona con el Derecho Penal.

El Humanismo, sobre todo el Italiano, es un descubrimiento del Cristianismo, que afirma el valor irrevocable de la persona; la Escolástica Latina mantiene firme este punto y profundiza la esencia, el significado y el fin último de la existencia humana. Ciertamente la Escolástica decadente presenta caracteres negativos, como la preeminencia de las sutilezas silogísticas y del abstracto formalismo lógico; el excesivo abuso del principio de autoridad; la rígida separación de naturaleza y sobrenaturaleza, hasta volver extraña a la una con respecto a la otra, la preeminencia de un aristotelismo estéril y arrogante, no cívico al progreso del pensamiento y al mismo Cristianismo. Contra esta Escolástica reaccionan el Humanismo y el Rena

21

cimiento, por librar de los esquemas del formulismo lógico, del contenido vital y concreto del Cristianismo mismo, para dar nuevo y vigoroso impulso a la pesquisa sobre el hombre y el progreso de las múltiples formas de su actividad.

El Humanismo y el Renacimiento, que en el fondo son dos momentos de un solo movimiento, tienen en común, los caracteres fundamentales: afirmación del valor y de la dignidad humana, y la libre indagación de la naturaleza sin interferencias de autoridad religiosa en el campo de la razón y de la experiencia. En este sentido, muy bien puede decirse que el naturalismo constituye el alma del Humanismo y del Renacimiento. (Naturalismo del humanismo, que tiene como objeto la naturaleza espiritual humana; naturalismo del Renacimiento, que tiene como objeto la naturaleza física. Doble naturalismo, que en el fondo es uno solo, en cuanto a la naturaleza humana, exaltándose a sí misma, exalta todo lo creado y en cuanto en la indagación de la naturaleza y en el conocimiento del mundo se actúa la potencia de los medios cognoscitivos del hombre, la posesión que la razón humana adquieren de la realidad circundante).

El Humanismo es el rescate de la materia y el reconoci

22

nimiento de la dignidad y de la libertad de la persona.
Principios que son propios de la Institución Cristiana;
ya que el Cristianismo es la exaltación del hombre en su
integridad espiritual y corpórea.

En cuanto a por qué se relaciona con el Derecho Penal,
es fácil establecerlo, teniendo en cuenta la evolución
de esta disciplina desde sus orígenes, y la forma como
han ido variando los conceptos de delito, de delincuente
y de pena, en armonía con las ciencias auxiliares del De
recho. Estos conceptos modificados por el estudio, se
tienen en cuenta, al momento de la comisión de un hecho
delictuoso. Primordial ayuda viene a prestar aquí la So
ciología, ya que esta rama, más que las demás, tiene que
ver con el hombre y sus sentimientos de correlación e in
terdependencia, y por tener una relación íntima con el De
recho, encuentran su zona inicial de convergencia en la
moral. Siendo la Sociología la ciencia de los hábitos o
costumbres, tiene también un carácter normativo, y den
tro de sus fines se halla el estudio de la Ley o princi
pio ético que rige todos los actos humanos.

Podría observarse que la moral se refiere, únicamente, a
la norma ética como regidora de la conducta individual
del hombre. Ello puede ser cierto, en principio; mas,

23

como quiera que las Leyes morales constituyen un sistema que, a través de la actitud individual, configura el comportamiento social, se ha venido hablando de una moral social para indicar las acciones, reacciones y estímulos de carácter colectivo en una sociedad determinada.

Por otra parte, es evidente que el Derecho es un concepto correlativo al de Ley y que éste, según la tripartición clásica y racional, debe distinguirse en las tres grandes categorías de Ley eterna, Ley natural y Ley positiva; de donde también existe una correlativa distinción del Derecho natural y del Derecho positivo.

Pero es evidente que, cualquiera que sea la concepción del Derecho, bien sea de considerarlo como fruto de hechos variables a través de los tiempos, o como una expresión humana de normas morales, el hecho es que cuando el sistema positivo se analiza en sus aspectos causales y en el campo de los factores sociales condicionados, se realiza un estudio sociológico y jurídico.

De cuanto hemos dicho resulta evidente cómo la polémica sobre el Humanismo es el tema predominante del mundo moderno, y argumento apasionante y preponderante del mundo contemporáneo. Es claro que no se trata del Humanismo

24

literario, que señala un ideal de cultura, un programa y un método de formación intelectual según la tradición de la antigüedad Greco-Latina. La polémica se refiere al Humanismo Filosófico, que está caracterizado por el interés que suscita el problema del hombre, de su naturaleza y de su origen, de su destino y de su puesto en el mundo. Aún así el tema en discusión no está todavía bien definido como tema actual y contemporáneo. En efecto, el corazón del hombre, ha sufrido siempre la misma inquietud y la misma curiosidad, la de conocer el secreto de sí mismo y resolver el enigma qué es él para sí mismo.

Los problemas esenciales del hombre no son sólo de los filósofos de hoy; son del hombre de ayer y de siempre. La discusión o el desacuerdo no se refiere a los problemas que hay que debatir, sino el modo de ponerlos y de resolverlos, de lo cual nacen diversas formas de Humanismo o sea que llegamos a muchas y a veces opuestas soluciones del hombre.

Por consiguiente no se puede volver a poner el problema del Humanismo Cristiano en la relación entre Cristianismo y antigüedad, en la función de la Filosofía antigua con la Teología Cristiana; entre el puro Humanismo y el antihumanismo Teológico. Por el contrario, en el plano

25

filosófico existen varios humanismos Cristianos y no Cristianos. De aquí que el conflicto actual estudiado profundamente, como lo han hecho tantos autores da pie para afirmar que hay especies y subespecies de humanismos que pueden distinguirse claramente, como son el Humanismo racionalista y el Humanismo existencialista, el Humanismo marxista y el Humanismo Cristiano. Todas estas son formas de Humanismo, enfrentadas, pero que tienen un solo fin.

En cuanto a la técnica jurídica que antes se utilizaba, y la que en la actualidad se aplica, hay grandes diferencias, consistentes en que ayer se seguían los principios de una Escuela determinada y hoy se seleccionan las enseñanzas de los diversos maestros que han enriquecido el Derecho Penal a través de los tiempos.

La Ley, apoyada en tres (3) disciplinas que son: La Exigesis, La Dogmática y la Crítica, estudia hasta dónde es responsable el sindicado, o no, de los hechos que se investigan. Como de ordinario, todo proceso se desarrolla en dos (2) instancias, primera y segunda, y las funciones de acusar, de defender y de decidir, están desempeñadas por personas diferentes, vemos, entonces, cómo el Estado, representado a través del Ministerio Públi

co, se encarga de defender o de acusar al sindicado, en lo que cabe, dentro de cada situación concreta, la Ley obliga a que haya un Abogado defensor, pagado por el sindicado, o nombrado de oficio, para contribuir al estudio de las responsabilidades que puedan caberle o no al acusado. La acusación corre a cargo del Abogado de la parte civil, profesional que estudia y debe exponer los aspectos de aquellas actuaciones conformadoras del delito. La acción decisoria, ejercida por el Juez de la causa, se efectúa con base en las pruebas aportadas por las partes en litigio, más aquellas pruebas ordenadas de oficio por el Juez del conocimiento.

Todo este arreglo prolijo de vueltas y de instancias es un esfuerzo de la técnica Penal moderna para realizar se-
 veras justicias para el sindicado dentro de los regímenes democráticos.



3. DERECHO Y HUMANIDADES

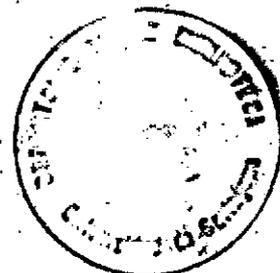
3.1. LAS HUMANIDADES Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL.

Teniendo en cuenta que las instituciones de Derecho Penal son creadas por el hombre, y que las Humanidades son el estudio del hombre, no sólo en su parte externa, sino también en su parte interior, de acuerdo con su querer y sentir, se comenzará definiendo cada uno de ellos así:

3.1.1 Derecho Penal: Rama del Derecho Público.

Constituida por el conjunto de principios que definen las infracciones de las normas contenidas en las Leyes Penales, la responsabilidad de los infractores, y las penas u otras sanciones que se rijan teniendo en cuenta la naturaleza del delito y las características del delincuente. No se habla de la división del Derecho Penal en sus ciclos, pues ya se hablará de ello en la parte Histórica...

El concepto de Humanidades se define como la sensibilidad que podemos sentir por los problemas de nuestros semejantes. En este sentido también puede decirse que las Humanidades alcanzan su apogeo en el Siglo XV, pero hay que reconocer que los momentos de su iniciación no se dejan precisar, ni en su propia cuna, Italia, ni en ninguna otra Nación. Obra el Humanismo, entendido en la forma arriba anotada, como incitación previa al movimiento renacentista, y al igual que el Renacimiento y la Reforma, es una tendencia que se gesta con imprecisión y entre tanteos, durante la Edad Media, para manifestarse en todo su vigor, como se ha dicho antes, en la decimaquinta centuria. Las Humanidades hacen al hombre más civilizado, con mayor sensibilidad, y así lo entendían las buenas familias Romanas que enviaban a sus hijos a Grecia, o los ponían en manos de preceptores Griegos. En la época de su mayor florecimiento, el Humanismo perseguía, con el descubrimiento de las obras literarias y artísticas de la antigüedad Grecolatina, alcanzar aquel perfecto desarrollo de la personalidad humana, basado en la armonía del pensamiento libre, con la acción de la belleza con la moralidad y la ciencia, de que tantos ejemplos nos han dejado los antiguos. Las investigaciones modernas relacionan este importante momento de la historia de la humanidad con factores de orden jurídico, social y religioso.



29

determinantes de una nueva concepción de la vida en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, cuando el hombre inicia reivindicación justa en lo jurídico y moral, y abandona su teocentrismo medieval, y renuncia a su postura de incondicional sumisión a los dogmas.

Así el concepto tradicional de humanismo se ensancha considerablemente, y un pensador de nuestros días ha podido definirlo "Como un producto consciente, deliberado e históricamente maduro, del injerto de la conciencia cristiana en la conciencia estoica, heredera de toda la tradición universalista y clásica humana". Las crisis de la cultura occidental en nuestro tiempo han suscitado una nueva corriente humanista, defensora de un ideal humano para superar y salvar al hombre, tratando de valorar éste como tal, excluyendo todo lo que lo enajena, es decir, todo lo que le hace perder su propio y auténtico ser o lo desfigura, sea por sujetarlo a verdades y poderes sobrehumanos, sea por hacerle objeto de una utilización infrahumana; no se trata ya de un culto a la humanidad, en abstracto, sino de colocar al hombre por encima de todas las cosas y hacer, de él, principio y fin de todas las cosas.

Con base en los dos conceptos anteriores se puede decir

que el Derecho Penal y las Humanidades tienen una íntima relación, ya que, como lo vemos mas adelante, en la parte histórica, el período humanitario se basa fundamentalmente en la obra de CESAR BONESANA, Marqués de Beccaria, con su célebre libro titulado "De los Delitos y de las Penas", ya que critica la arbitrariedad en los procedimientos criminales, en donde sólo el Estado dice si el reo es o no culpable, sin ninguna investigación de los hechos que motivaron la acción de la persona y de este aspecto vale anotar el comentario del Dr. CARLOS LOZANO y LOZANO, acerca de la obra de Beccaria. "Beccaria defiende el criterio del interes social, como medida de la represión, fustiga el concepto de la expiación de los culpables, demuestra la suprema eficacia de la prevención. Pero el mérito verdadero de su libro es el de haber demostrado que, cualquiera que sea el fin que se considere propio de las Leyes Penales, ya sea el castigo o la enmienda, la utilidad o el imperativo moral, la justicia absoluta o la tutela social, es preciso abandonar el sistema de la crueldad que hiere a ciegos, y encaminarse por las vías de la medida proporcionada, de la ordinaria moderación, que hace inútil el empleo de excepciones gracias de la administración de justicia alejada del odio y la arbitrariedad. Una nueva conciencia jurídica se afirma, contraponiendo el capricho judicial, entonces

predominante, la existencia decidida y firme de un Estado de Derecho. Sostiene Beccaria que sólo las leyes pueden decretar las penas que se deben imponer a los delitos; que la sociedad soberana, por el órgano Legislador debe formular leyes generales, y no contemplar actos particulares, lo cual corresponde al Magistrado; que debe repudiarse la atrocidad de la pena, la cual lejos de coadyuvar a la represión de los delitos, los estimula; que ni el Legislador debe convertirse en Juez, ni el Juez en Legislador, so pretexto de interpretar la Ley, y que ella debe ser clara y precisa, conocida de todos, de tal manera, que todos sepan lo que es lícito y lo que no lo es.

Semejante demostración y el concepto de que los delitos no se previenen multiplicando prohibiciones y amenazas, sino bajo la norma de un sereno y adecuado estudio de la naturaleza humana, y de los medios más eficaces de encaminarlos al bien, constituyen el motivo de la difusión triunfal de la obra Beccaria. Pero ella contiene además un principio de altísima importancia jurídica que es preciso tener en cuenta en todos los momentos de la represión: en el momento de erigir un hecho humano en delito, en el de conminar una pena para este hecho, en el de imponérsela en concreto a un ciudadano, y en el de aplicarse la administrativamente, y es el principio de la necesidad

límite, que Beccaria expone a propósito de la pena de muerte, contra la cual se pronuncia airadamente, y cuyo valor quizás no supo apreciar él mismo".

Con posterioridad a la publicación de la obra de Beccaria surge la Escuela Clásica como una continuación del espíritu iluminista de este ilustre pensador. Los más destacados exponentes de esta Escuela son: FRANCISCO CARRARA, GIOVANI CARMIGNANI y ENRRICO PESSINA. Esta corriente encuentra su máximo exponente en CARRARA; pero falla por partir del libre albedrío, tomando, como punto de apoyo, la imputabilidad moral, fundamento mismo de la represión penal. Para esta Escuela el delincuente es un ser normal que actúa de manera consciente, inteligente y libre, como que el hombre está provisto de un libre albedrío que le permite elegir entre el bien y el mal, y la pena es una medida que sirve para que el delincuente pague por su delito la deuda contraída con la sociedad, por haber ocasionado con su acción un desequilibrio jurídico.

Como reacción a ese concepto restringido del delincuente aparece también en Italia la Escuela Positiva. Junto con esta Escuela surgen, casi simultáneamente, tres (3) obras de gran importancia que son: "L'uomo Delinquente"

escrita por el médico, antropólogo y profesor de medicina legal CESAR LOMBROSO, "De un criterio positivo de la penalidad", escrita por el eminente abogado y profesor Napolitano RAFAEL GAROFALO, y "La negación del libre albedrío", que fué la tesis de grado del doctor ENRICO FERRI. A partir de este momento en que estos pilares fundamentales de la nueva tendencia se unen cada uno con su aporte intelectual, se marca un rumbo distinto a la ciencia Penal. LOMBROSO con sus estudios antropológicos abre un horizonte nuevo a la ciencia señalando una nueva meta científica: La Antropología Criminal, FERRI, que es el verdadero padre de la Escuela, aporta su bagaje sociológico señalando también un nuevo sendero a la ciencia Penal, abriendo el camino de la Sociología Criminal, rama desmembrada de la Sociología. Garofalo, jurista antes que todo, hace la elaboración doctrinaria de los nuevos principios científicos.

Es a LOMBROSO a quien se debe el estudio del delincuente, en forma humanizada y concreta, de acuerdo con las circunstancias que lo llevaron a la comisión del hecho, olvidándose que procede por su libre albedrío, y teniendo en cuenta el estudio de su integridad biológica y síquica, como ser tangible, que no siempre es normal. porque acusa también anomalías y trastornos.

En cuanto a la pena, la Escuela Positiva no piensa que es una expiación del delito, tal como lo sostienen los seguidores de la Escuela Clásica; al contrario, la pena tiene como fin la resocialización del delincuente para que se integre de nuevo a la sociedad.

Estos principios de la Escuela Positiva neutralizados en sus excesos, sin desechar el gran legado de la Escuela Clásica, han regido el panorama jurídico universal con algunas otras tendencias.

3.1.2 Concepto Humanístico del Derecho Penal.

Para dar un concepto claro de lo que es el Humanismo aplicado al Derecho Penal, hay que tomar muy en cuenta el concepto tratado con anterioridad y analizar todas las ciencias que sean auxiliares del Derecho Penal, para darnos cuenta que el avance obtenido por esta disciplina ha sido, más que todo, acorde a la evolución del pensamiento humano, y a muchos años de ardua lucha para cambiar conceptos como el delito en sí mismo, el delincuente, y la pena.

Gracias a todo esto, hoy, en materia penal, el Juez, antes de dictar una providencia, utiliza una serie de conceptos científicos que tienen mucho que ver con la individualidad



del reo, pues no solamente el juzgador mira al hombre que ha causado un desorden social, sino que analiza los motivos que lo llevaron a la comisión del hecho; y teniendo esto muy en cuenta ordena que se le practiquen los exámenes médicos, no sólo físicos, sino psiquiátricos, para establecer si actuó en estado normal, si lo que llevó a la comisión del hecho fue el miedo, y analiza los hechos no sólo en aquello que lo perjudica, sino que toma muy en cuenta los detalles que lo favorecen, para no perjudicar los intereses de éste ni los de la sociedad.

Esto lo vemos más claro cuando analizamos los principios que se refieren al delito y a la pena, a la jurisdicción y al procedimiento. "No hay delito si no está previamente señalado en la Ley", "no hay pena si la Ley previamente no la ha señalado", "a nadie se puede imponer pena sino como consecuencia de un delito". "Nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, adelantado conforme a las previsiones legales", "y no hay Juez sino el que la Ley crea y faculta para juzgar en cada caso".

Estos principios que son emanación del Estado de Derecho, constituyen una preciosa conquista del ser humano en su lucha por la libertad. La Ley Penal viene a ser así la que marca la pauta entre lo permitido y lo prohibido, en

36

tre lo lícito y lo ilícito, constituyéndose en el máximo garante de la seguridad de los asociados. El hombre, antes sujeto a la voluntad del monarca, encuentra en la Ley su garantía, porque ella viene a ser como una valla para la arbitrariedad del gobernante, el cual, en todo estado de derecho, tiene que someterse también al imperio de la Ley.

Otro aspecto importante para analizar en este capítulo son los medios probatorios. En la actualidad hay amplitud para pedir pruebas, cosa que en otras épocas era imposible hacer.

Otra cosa importante de entrar a analizar en este capítulo y que nos dá una idea más clara del concepto humanístico del Derecho Penal, es el concepto de inimputabilidad que ha surgido después de muchos años de profundo estudio de la personalidad humana, y así tenemos que, en materia de administración de justicia, el Juez debe tener en cuenta, obligatoriamente, todos estos conceptos al momento de tomar el conocimiento de la causa, así:

- El sueño y el sonambulismo,
- La coacción
- El caso fortuito

- La demencia
- La drogadicción
- El sordo mudo.

3.1.3 El Sueño y el Sonambulismo.

En estos dos (2) casos no existe conducta, desde el punto de vista Penal, ni el comportamiento de quien duerme se le puede atribuir como de su pertenencia, puesto que, en estado de sueño, no se tiene conciencia ni voluntad en el obrar. En efecto, ha dicho el maestro de Pisa, que los actos cometidos durante el sueño y en los individuos que están sujetos al fenómeno misterioso del sonambulismo, aun que presentan a primera vista un aspecto de inteligencia, son puramente, maquinales y no estan dirigidos por una voluntad racional ni por la conciencia de las propias operaciones.

3.1.4 La Coacción.

Tampoco existe conducta en el sentido del rechazo Penal, y no se considera delictuoso, en la actualidad, un comportamiento humano, cuando el sujeto actúa en virtud de una coacción ajena. En otras palabras, no hay hecho punible por ausencia de conducta, cuando el hombre (SER HUMANO)

es instrumento de una fuerza extraña e irresistible, y es obligado por ella a realizar un tipo Penal y a comportarse en desacuerdo con los mandatos o prohibiciones de una norma criminal.

En efecto, sobre el agente pueden influir circunstancias naturales, subhumanas, o hechos de otros hombres, sin los cuales la transformación del mundo no se hubiera verificado. Es lo que en nuestro Código Penal se designa como insuperable coacción ajena, cuya noción puede concretarse en la siguiente forma: Es la fuerza ajena que determina el sujeto a obrar. Es una fuerza ajena que invade y avasalla su esfera volitiva, siendo imposible resistir y vencerla.

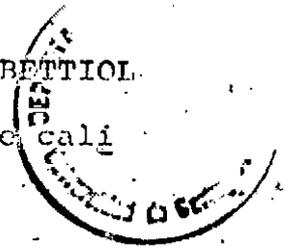
Estas son fuerzas ajenas o coacción es, que pueden ser físicas o morales. Mediante las primeras, el sujeto sufre la fuerza muscular de un tercero y le sirve a este de instrumento. En este caso el sujeto ha sido obligado a actuar mediante la violencia corporal, la cual debe ser insuperable, en el sentido de que la persona sobre la cual recae, no puede sustraerse a ella ni vencerla. En este caso, aunque la Ley no lo diga, quien ejerció la violencia y la fuerza física es la persona que responde ante la Ley, ya que el coaccionamiento es una especie de longa ma

nus del coaccionador. Igualmente, la coacción puede ser moral cuando consiste en la amenaza de un mal grave y futuro para el agente, quien obra determinado por tal amenaza, para evitar el mal irreparable que le sobrevendría, en caso de abstenerse de cumplir la acción impuesta por el amenazador. Es entendido que el miedo del agente debe ser provocado por el autor de la amenaza, puesto, que si es espontáneo, así sea por un estado emotivo, entonces no se podría hablar de coacción moral.

En ambos casos, como ya se dijo, responde el que ha ejercido la coacción física o moral, con tal que haya sido objetivamente insuperable, en el sentido de que el sujeto no podía dejar de sufrirla. Pero es entendido que solamente se configura la ausencia de actos, en la coacción física, porque, en moral, siempre subsiste cierta capacidad de elección, entre sufrir el mal futuro y realizar el delito.

En este evento viene menos el tipo de la culpabilidad, y se presenta la coacción moral como una causa de inculpabilidad.

Pero en la hipótesis de la coacción, como ha dicho BETTIOL es claro que falta la acción, puesto que no se puede cali



ficar como tal el movimiento de un sujeto físicamente constreñido y dirigido por otro, sin que exista la posibilidad de resistir, o sin que el individuo coartado pueda sustraerse a ella.

3.1.5 El Caso Fortuito.

Este caso excluye el nexo de causalidad, y por lo tanto, la conducta consiste en que, en la actividad del sujeto, interviene una serie causal no conocida, que preexiste y es simultánea a la conducta humana.

Efectivamente, el resultado (antijurídico) viene a ser producido por una causa desconocida, preponderante, que se suma a la actividad del sujeto, quien solamente ha puesto un antecedente no necesario en la producción de ese resultado. Tal causal sería concomitante a la conducta, o posterior a ella, e implica que el nexo es causalidad, factor fundamental en la formación del Tipo Objetivo del hecho punible, se rompe por cuanto ya no se puede considerar existente una relación entre lo hecho por el actor y el resultado; y no se puede decir que éste ha sido producido por el agente, precisamente, porque la acción sería causal externa imprevista, que invade e impulsa su comportamiento.

Al respecto dice el profesor Italiano MANUEL SANTORO:
 "Es necesario partir de un concepto objetivo del caso fortuito, contrariamente a la opinión corriente que lo concibe como una causa de exclusión de culpabilidad. En el caso fortuito existe una serie causal inconocible, que se inserta en el decurso productivo del resultado determinado de manera preponderante. El caso fortuito es el tributo que el derecho paga a la limitación del conocimiento humano".

3.1.6 La Demencia.

Definida ésta como el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa de las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad.

De acuerdo con la definición que antecede puede destacarse, como características esenciales de la enajenación mental, las siguientes:

- Trastorno general de las funciones síquicas.
- Persistencia en la alteración integral del siquismo, pues es "fugaz o transitorio. Aunque sea general no se

podría considerarse como un "estado de enajenación mental".

- Inconsciencia, de quien padece la enfermedad, ya sea por ignorancia, de sus causas, o por errada interpretación de las mismas.
- Conducta notoriamente anormal y contraria a las normas éticas legales y lógicas de la vida social.
- Ausencia de beneficio social e individual de esa anormal conducta, que resulta, de ordinario, nociva por ambos aspectos.

En el lenguaje corriente se llama a los alienados o enajenados mentales, locos o dementes; lo cual quiere decir privados de la razón o de juicio.

Estas palabras no son técnicas, pero sí sirven para dar una idea clara de lo que es enajenación mental y de lo que la diferencia de otras anomalías síquicas.

Sobre el fondo mismo de la enajenación mental, sus causas, clasificación, manifestaciones externas, etc., me remito a las numerosas obras de siquiatria que se han escrito y que, de momento, escapan a la índole de estos comentarios.

3.1.7 El Alcoholismo.

Sobre el alcoholismo se puede decir, siguiendo a URIBE CUALLA, que cuando es crónico, conduce a perturbaciones somáticas y síquicas, siendo más frecuente la forma de delirio de persecución, de naturaleza alucinatoria, y en estos enfermos se observa:

- Alucinaciones, principalmente visuales y a veces auditivas, de carácter terrorífico, que ocasionan reacciones normales de carácter criminal.

- Interpretaciones delirantes con fundamentos en gestos, palabras, actitudes que, debido a una falsa apreciación, principalmente por celos, conducen a la comisión de absurdos crímenes pasionales "Los delirantes celosos que se han recluido, pueden fácilmente engañar a los médicos, dice el autor citado porque han de caído intelectualmente y parece que se ha atenuado la observación contra determinadas personas. Muchas de las tragedias y escándalos resultan de haberles dado de alta prematuramente a individuos alcohólicos curados en apariencia".

- Debilitamiento progresivo de las facultades intelectuales y de la memoria; relajamiento de la actividad general o irritabilidad.
- Confusión mental y mitomanía.
- Amnesia anterogada. (De hechos recientes).
- Tendencia al juego y otros desórdenes que hacen aconsejable la interdicción judicial.
- Enajenación mental definitiva.

3.1.8. Intoxicación con Drogas Alucinógenas.

La sustancia que más comúnmente provoca estados de intoxicación crónica es el alcohol. Pero no es la única también la morfina, y la cocaína, la escopolamina, el éter, el opio, la marihuana etc., pueden conducir a estados de intoxicación crónica.

La intoxicación crónica producida por el alcohol, o por cualquier otra droga, debe ser acreditada con la prueba pericial. Pero no basta demostrar que el sindicado es un intoxicado crónico para concluir que es un enfermo.

mental. El Juez sí debe tomar en cuenta el dictamen pericial para el análisis de los hechos, porque individuos, así, resultan personas tan dependientes de la droga, que el no tenerla por falta de dinero o por cualquier otra razón, los puede llevar a cometer cualquier tipo de delito, ya que las personas, en estos estados, pierden el control de sus actos.

3.1.9 El Sordomudo.

Si legalmente es inimputable quien, en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, se procedió bien al no incluir a los sordomudos porque ellos, en algunos casos, pueden ser inimputables y otras veces pueden tener toda la responsabilidad de el hecho delictuoso. Es importante, al respecto, traer el comentario del Doctor SEBASTIAN SOLER, cuando dice: "Nuestra Ley no prevee en forma específica, como otras, el caso de la sordomudez, desde el punto de vista de la imputabilidad penal".

Esa previsión específica es innecesaria cuando una fórmula, como la del inciso primero del Artículo 34, tiene amplitud suficiente, ya que ella se refiere, no solamente

a las alteraciones morbosas de las facultades mentales, sino también a la insuficiencia de ellas. Ahora bien, no es dudoso, para la ciencia psiquiátrica, que el sordo mudo no educado es asimilable al idiota, y que aún poseyendo cierta educación, en él pueden subsistir graves deficiencias mentales, pues con frecuencia la sordera, de la cual deriva la mudez, es síntoma de enfermedad cerebral que produce, correlativamente, una disminución anormal de las facultades mentales. En consecuencia, la sordomudez no presenta un problema específico de inimputabilidad sino que, en cada caso concreto, deberá investigarse si existe, o no, una insuficiencia mental, que conduzca a la aplicación de la causal genérica de inimputabilidad, pues constituye una hipótesis posible y típica de insuficiencia mental. Pero, como se dijo antes, es el médico Forense quien debe decir si hay, o no, insuficiencias de orden mental en cada caso concreto.

4. EL DERECHO PENAL. HISTORIA Y DESARROLLO.

Del estudio comparado de las diversas instituciones del Derecho primitivo, pueden destacarse como las más importantes, entre las diversas formas de peñar, las siguientes: La venganza, el talión, la expulsión de la paz y la compositio.

La venganza es la más primitiva forma de castigar e implica un verdadero estado de guerra, en razón de que el delito es considerado como ofensa a la colectividad, la cual reacciona contra el clan al cual pertenece el delincuente.

El talión, que se expresa en la conocida fórmula "ojo por ojo y diente por diente", constituye una de las más célebres modalidades del castigo y se le encuentra entre los principales documentos legales de la antigüedad, como el Código de Hammurabi, las Leyes de Manú, las Leyes mosaicas, y la Ley de las XII Tablas.



El sistema talional supone una mayor cultura en el sistema punitivo, y es una limitación de la venganza en cuanto se individualiza la sanción, que es equivalente al daño inferido.

La expulsión de la paz es algo semejante al destierro; consiste en la separación del individuo del grupo social. Esta pena gravísima implicaba la esclavitud o la muerte, puesto que al ser excluido el delincuente, del grupo, perdía la protección social. Esta pena tiende, aún más, a la individualización.

La composición aparece con relación a culturas de mayor avance económico. Es un verdadero sistema de pago.

4.1 LA PENALIDAD EN LOS PUEBLOS ORIENTALES

Los documentos más importantes para conocer la cultura jurídico-penal de los pueblos orientales son el Código de Hammurabi, las Leyes mosaicas y el Código de Manú.

El Código de Hammurabi. Data de aproximadamente 1950 años antes de Cristo y es el más antiguo documento conocido.

49

"Hammurabi (2123-2081) parece haber sido considerado, al principio, como vasallo de Rim-sin de Larsa; pero en 2117 le quitó a Erel a Isin, y estableció una larga paz que consagró a la restauración de su Estado. En 2094 emprendió una campaña contra Elam y su aliado, Rim-sin de Larsa, al cual hace prisionero, logrando anexar todo el país del Sur al Reino de Babilonia. En 1089 en otra campaña, destruyó la ciudad de Maer, y venció a los Sirios, tomando el título de Rey de Amurru. Entre sus tributarios o vasallos contó a Shamsi, Addad de Assur y a Dudkalia, Rey de los Heteos.

"Entre el gran número de documentos que se han conservado de la época de Hammurabi, tiene principalísima importancia su Código, que grabó en una estela de diorita, la cual fue llevada a Susa por Chudur-Nakunte en 1120 como pieza de botín, y no fue descubierta hasta 1901-1902 por la delegación Francesa que exploró las ruinas de la capital de Elam. En la parte superior hay un relieve con la imagen de Hammurabi que escucha las Leyes que le dicta el Dios del Sol, Schamas.

"En general, el Derecho Penal es lo más bárbaro de esta Legislación, no sólo por la clase de penas, sino por la desproporción entre ellas y las culpas.

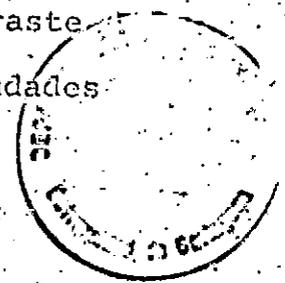
"Se conocen las ordalías o juicios de Dios que, por lo general, se hacen echando al río al acusado, para que pruebe su inocencia flotando, o su culpabilidad, sumergiéndose (números 2 y 132)

"El falso testimonio, el sacrilegio y el hurto, tienen pena de muerte (números 3, 6 y 8).

"Entre personas de una misma dignidad, se establece la pena del talión (números 196, 197 etc.) Pero si el damnificado es inferior, se le compensa con dinero (números 198 y siguientes)"

La Ley mosaica, contenida en el Pentateuco, o sea el conjunto de los libros escritos por Moisés (Génesis, Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio), es de sentido eminentemente religioso. La pena tiene una finalidad expiatoria, y el delito es la violación de la Ley de Dios.

"En cuanto a las ciudades que habéis de señalar, tendréis seis ciudades de asilo. Fijaréis tres ciudades de allende el Jordán y otras tres en la tierra de Canaán. Serán ciudades de asilo. Para los hijos de Israel, el forastero y el que mora en medio de vosotros, esas seis ciudades



servirán de asilo para que se refugie allá el que mate a una persona sin premeditación.

"Mas si lo hirió con instrumento de hierro y ha muerto, es un homicida; el matador morirá sin remisión. Si lo hiere de una pedrada de que pueda morir y muere, es un homicida; el matador morirá sin remisión. O si le da un palo de que pueda morir y muere, es un homicida; el matador morirá sin remedio."

"El vengador de la sangre matará por sí mismo al homicida; cuando lo encuentra, lo matará. Y si por odio le da un empujón o le arroja algo deliberadamente y muere, o si por enemistad lo hiere con la mano y muere, el agresor morirá sin remisión; es un homicida. El vengador de la sangre matará al homicida cuando lo encuentre."

"Mas si casualmente, sin enemistad, le da un empujón, o le arroja cualquier objeto sin premeditación, o sin verle dejó caer sobre él una piedra que pueda causar la muerte y muere, no siendo él entonces su enemigo ni buscando su daño, la comunidad juzgará entre el que ha mata

¹ JUAN Bta. Weiss. T" I. Historia Universal. Págs. 401 a 405.

do y el vengador de la sangre, según estas leyes". "La comunidad librerá al homicida de mano del vengador de la sangre y le tornará a la ciudad de asilo, donde se había refugiado, y allí permanecerá hasta la muerte del sumo sacerdote a quien se ungió con el óleo sagrado. Más si el homicida saliera del límite de su ciudad de asilo donde se había refugiado, y el vengador de la sangre lo hallare fuera del límite de su ciudad de asilo, donde se refugiara, y matare al homicida, no será responsable de esta sangre, porque el homicida debe permanecer en su ciudad de asilo hasta la muerte del sumo sacerdote. Sólo después de morir éste el matador regresará a la tierra de su propiedad. Estas disposiciones constituirán para vosotros normas de Derecho en vuestras sucesivas generaciones por doquiera habitéis!

"A todo aquel que mataré a una persona se le condenará a muerte por declaración de testigos; mas un solo testigo no será testimonio suficiente contra una persona para que muera. No aceptaréis rescate por la vida de un homicida que es reo de muerte, pues ha de ser muerto sin remisión. Tampoco aceptaréis rescate por quien se ha refugiado en su ciudad de asilo, para que vuelva a habitar en el país, hasta la muerte del sumo sacerdote. Pues no habéis de profanar el país en que vivis, ya que la sangre profana la tierra y no puede hacerse expiación por és

ta respecto a la sangre que en ella ha sido derramada sino mediante la sangre de quien la vertió. No habéis de contaminar la tierra en que habitáis, en medio de la cual yo también moro, pues yo, Yahveh, moro en medio de los hijos de Israel".²

No deja de verse pues el sentido talional de la pena y la forma de la venganza privada para el homicidio premeditado; en cuanto al homicidio culposo se sigue el procedimiento de confinar al homicida a la ciudad de asilo y únicamente si quebranta el confinamiento puede ser muerto por el vengador de la sangre, que no es otro que el pariente de la víctima.

Esta distinción entre dolo y culpa es nota característica de la legislación mosaica, así como la individualización de la pena.

4.1.1 El Código de Manú

"Manú es para los Indios el primer hombre, el primer rey, el primer sacerdote, sabio y santo".

² S.B. BOVER, Sacerdote J. Ed. Cantera XXXV Págs 13 a 34.



"Sobre este sistema teológico (panteísmo) estriba el libro de las Leyes de Manú, Código sacerdotal que determina los castigos ultraterrenos, lo propio que los castigos de la tierra; ordena las expiaciones de los pecados, lo mismo que las penas corporales y pecuniarias; dice de qué manera se ha de hacer la guerra, y cómo hay que conducirse en sociedad. Naturalmente, no es más que un ideal formado sobre la base de aquella teoría panteísta, al cual resistió siempre la vida práctica. Nació en el Valle del Ganges; pero ni siquiera logró imponerse del todo, y hasta mucho después no prevaleció en el Pundohab; ni se formó de una vez, sino gradualmente, aunque parece hallarse ya completo entre los años 800 a 700 A.C. Puede distinguirse, en el Código de Manú, entre el fondo y la envoltura; lo que constituye su fondo es, en gran parte, seguramente muy antiguo; pues se halla ya citado a la letra en los escritos védicos; pero en el decurso de los siglos recibió nuevas redacciones y aumentos. La redacción que actualmente poseemos, pertenece ciertamente a la era cristiana".

"En proceso de importancia se apelaba también a la prueba del agua y el fuego".

"El rey confirma las sentencias y tiene derecho de indul"

to, y las penas son rigurosas. La pena de muerte se ejecuta cortando la cabeza, empalando, o haciendo pisotear por elefantes", pero los Brahmanes están exentos de penas corporales.

"El rey no debe mandar ejecutar a un Brahman, dice la Ley aun cuando sea convicto de todos los delitos posibles; sólo puede expulsarle de su reino, pero asegurándole todas sus propiedades, pues no hay crimen mayor que matar a un sacerdote. La Ley prescribe con frecuencia, como castigo, las mutilaciones, y así mismo, las penas pecuniarias y la cárcel.

La desobediencia al Rey y el adulterio son castigados con la muerte. La ley es así mismo muy severa con los robos, pudiendo el rey hacer ejecutar a cualquier ladrón cogido in fraganti y todo ladrón que hubiere robado más de diez medidas de trigo, tiene pena de la vida, el que roba con fractura es empalado".³

³ HISTORIA UNIVERSAL. Ed. Weiss. Tomo II, Págs. 31, 33

4.2 EL APORTE CULTURAL DE GRECIA.

El aporte cultural de Grecia al Derecho Penal está re presentado, fundamentalmente, en la obra de sus filóso fos, quienes formularon las primeras nociones sobre la razón de ser de la pena. Es así como aparecen las doc trinas de la expiación, la retribución y la intimidación.

Pitágoras (559 - 470 A.C.), considera el delito como una ruptura de la armonía (en función del número), y la pena como una simple retribución,

Para Protágoras (490 420 A.C.) la pena tiene apenas un sentido intimidativo.

Platón (419 - 347 A.C.), encuentra en la pena dos fina lidades, que son: la expiación y la intimidación, o lo que es lo mismo, medicina del alma y defensa social.

3

Ed. Weiss, Tomo II págs 31, 33.

Aristóteles (384 - 322 A.C.) afirma el aspecto principal de la pena en la intimidación, y el secundario en la expiación.

La pena, según Aristóteles, es necesaria para la sociedad y el orden jurídico.



Pero si de una parte Grecia aporta su filosofía, de otra sus Leyes revelan una tremenda barbarie y un notorio atraso. Llegaron a castigarse las cosas y los seres inanimados. Las Leyes de Dracón (Siglo VII A.C.), nos muestran cómo la culpabilidad en Grecia podía atribuirse al hombre, a las bestias, o a las cosas que por accidente hubiesen ocasionado la muerte. Y Pausanias dice que si una estatua o una columna al caer causan una muerte o unas lesiones, debe procesarse a la estatua o a la columna y, de ser condenadas, serán destruidas.

El cadáver del suicida es responsable. Según las Leyes de Dracón, debe sufrir las penas respectivas.

"... en Atenas se mataba al que de un bosque sagrado cortase un retoño, y el Areópago castigó con la muerte a un niño que había arrancado una rama de la guirnalda

de Diana".⁴

4.3 ROMA EN EL DERECHO PENAL.

La importancia de la cultura Romana en el Derecho Penal es muy inferior a la que tiene en otras disciplinas; su mayor aporte se encuentra en la formulación de un sistema técnico jurídico en cuanto a la creación de figuras delictivas y en cuanto a la exclusión de la responsabilidad simplemente objetiva.

Las formas más primitivas de la penalidad en el pueblo Romano participan de las características generales ya vistas, y el primer documento de importancia histórica en el campo jurídico, La Ley de las XII Tablas, no es otra cosa que la expresión de los sistemas talionales y compositivos.

Pero la más sobresaliente característica del Derecho Penal en Roma, es su afirmación pública del delito, que si bien no aparece en forma rotunda desde el comienzo,

⁴ CARRERA, Francisco. Opusculo. Ed. Arayú, Tomo I, Pág. 115.

va adquiriendo, poco a poco, su desarrollo mediante la distinción entre crímina pública y delictiva privada, y con el aumento progresivo de las infracciones como atentados de carácter público.

El estudio de las instituciones del Derecho Penal Romano, se hace, generalmente, con fundamento en las etapas históricas de su desarrollo político: La Monarquía, la República y el Imperio.

"Los Romanos, no obstante haberse elevado a las máximas cimas en el estudio del Derecho Privado, sobresalieron escasamente en Derecho Penal.

"Sin embargo, tuvieron profundísimas intuiciones en orden a la penalidad, que no puede sustraerse a la investigación jurídica; repudiando lo que interesa más a nuestra observación, las formas más objetivas de la responsabilidad penal prevista en la Legislación Griega, y progresaron inmensamente en la técnica jurídica.

"De conformidad con su espíritu práctico, permanecieron, sin embargo, absolutamente indiferentes, en contraste con los Griegos, a la especulación filosófica, y no elaboraron una teoría del Derecho de Pena, por lo que vere

60

mos que los juristas Romanos confiaron a la pena diversos fines, sin una orientación bien determinada.

"En las épocas más remotas se alude a la 'venganza' para los delitos privados más graves; de modo que puede admitirse que a ella se informó en Roma el más antiguo Derecho punitivo, lo que además parece probar la atrocidad de las penas.

"El texto más reciente, empero, a la palabra vindicta parece atribuíse también un significado de retribución, que se obtenía devolviendo con la pena el mal causado por el delito.

"Otras veces, por el contrario, se asigna a la pena un fin de enmienda. Así PAULO (Siglo III de J.C) dice todavía: *Pœna constituitur in emendationem hominum.*

"Pero la noción de la pena que ha prevalecido entre los juristas Romanos, es la de la intimidación y corrección, completada con el premio, con lo cual el hombre era atraído a la vida honesta.

"En los últimos tiempos, los varios fines de la pena

61

fueron resumiéndose en el supremo principio de la pública disciplina, que llegó así a ser el fundamento de la Ley Penal, desconociéndose el absoluto predominio de la función intimidativa.

"Pero si los Romanos, en la indagación Doctrinal y Filosófica de la Pena, fueron, sin duda alguna, inferiores a los Griegos, superaron a éstos --como ya hemos dicho--, a gran distancia, en la aplicación práctica de las Leyes Penales.

"Un término preciso para significar que un hecho determinado se debe poner a cargo del agente, por haber en él actuado suficientemente el elemento subjetivo del delito, no se encuentra aún en el Derecho Romano.

"Nuestra impuntabilidad no tiene correspondencia en el Derecho Romano. Ellos tenían la voz imputare; pero casi siempre era usada en su significado originario, que implica un 'sentar en cuenta' y, por lo tanto, un resultado de responsabilidad civil y no todavía penal.

"También se discute sobre el valor y el exacto significado del término dolus.

"El Dolus, en realidad, es un instituto principalmente de Derecho Civil. Y la famosa definición de Labeón, *dolum malum esse omnem calliditatem. fallaciam, machinationem, ad circumviniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*". Este principio no expresaba en el fondo más que la malicia, el designio mal intencionado y la intención de insidia, pero no la conciencia y la voluntad propia del elemento psicológico del delito; tan ciertamente, que al *dolus malus*, oponían los Romanos, el *dolus bonus*, que era casi prudencia o, por lo menos, astucia in bono; es decir, astucia en sentido honesto.

"Y aun tuvo el dolus una particularísima referencia al Derecho Penal. Costa observa que la hipótesis del dolo malo abrió camino 'a las mas complejas indagaciones subjetivas'.

"BINDING llega incluso a sostener que en el dolo romano no sólo era necesaria la voluntad de cometer lo ilícito, sino que necesitaba también un impulso depravado y malvado.

"NICOLINI dice textualmente que la voz dolo expresa la malicia y el mal designio.



"FERRANI, a su vez, observa que en el dolo romano esta ha insita la consciencia del mal obrar; por lo que se puede distinguir la mera infracción de la infracción dolosa.

"En efecto el Derecho Romano tiene en cuenta si el sujeto ha querido o no ocasionar el daño determinado en el cual se materializa el delito, precisamente a través de la noción de animus, a que, aún hoy, se recurre habitualmente en las oraciones forenses. Así teníamos el animus occidendi, el animus forandi; el animus violandi, el animus supulcri, el animus injuriae faciendae, etc., aunque se sostenga que la teoría del animus ha sido introducida en el Derecho Penal por la época bizantina.

"Al final de nuestra investigación es, por lo demás, interesante hacer notar que la muerte involuntaria, en el Derecho más posterior y avanzado, no fue punible. Dice PAULO: ad huius legis (Cornelia de Sicariis) coertio nem non pertinet.

"La culpa, en efecto, todo lo más que podía producir era una castigatio o prevención disciplinaria. Solamente desde ADRIANO, y después, con la extraordinaria cognitio, se infligía una pena moderada a los casos más gra



ves de homicidio culposo.

"Los Romanos, por otra parte, si no conocieron la actual significación de la imputabilidad, hallaron, sin embargo, como ya hemos dicho, el elemento subjetivo del delito en el individuo humano, jamás en la cosa, como los Griegos y los Orientales.

"La misma imputación al cadáver del suicida fue con el tiempo limitada al caso en que el suicida se hubiese substraído con la muerte a la expiación de la pena ex conscientia patratí criminis.

"Con todo, y sólo excepcionalmente, había en Derecho Romano algunos casos de responsabilidad por el hecho de otro. Pero todas estas hipótesis, más que ser debidas a aquella intromisión y confusión de los conceptos civiles en el ámbito penal, que en tiempos debió lamentarse y que incluso se consolidó cada vez más, respondían principalmente a un criterio de prevención y de defensa social".⁵

⁵ FILIPPO. Principios de Derecho Penal Subjetivo. Ed. Neus, 1941 Págs. 44 a 49.

4.4 EL DERECHO PENAL Y CANONICO.

- "La represión canónica se ejerce en nombre de la Divinidad. Esto tuvo muchas y graves consecuencias desde el punto de vista civil, especialmente por la circunstancia de que este Derecho, lo mismo que el Derecho Romano, desconocía el principio nullum crimen sine lege. El poder de los juzgadores adquirió una extensión extraordinaria y una intensidad poco común.

- "Aun cuando doctrinariamente no puede afirmarse que se confundiesen las nociones de delito y pecado, pues se distingue el fuero penal del forum internum, no es dudoso que el Derecho de considerar crimen la herejía y otros delitos que afectan a la religión pero no a la vida civil, tuvo como consecuencia que el Derecho Penal Canónico, desde el punto de vista civil, fuese la expresión más acabada de esa confusión entre lo in-moral y lo ilícito, tan característica del Derecho anterior al Siglo XVIII. Fue sobre todo en este aspecto en el que los tribunales de la Iglesia ejercieron su potestad más crítica.

- "En general, debe afirmarse como un valor del Derecho Canónico, haber mantenido y aún desarrollado los prin

ciplios Romanos sobre imputabilidad y culpabilidad frente al rudo objetivismo de algunos pueblos bárbaros; especialmente de los germanos (In maleficiis voluntas spectatur, non exitus). Desgraciadamente, sin embargo, no puede afirmarse que la construcción fuese totalmente subjetivista, pues, en ese derecho, se encuentra la extensión de la pena a terceros inocentes, como la infamia de los hijos incestuosos, las interdicciones que por los delitos de herejía y apostasía recaían sobre hijos y descendientes; la responsabilidad de corporaciones, etc.

- Una institución ampliamente reconocida en el Derecho Canónico tuvo una influencia francamente favorable: la tregua de Dios. Recogiendo tal vez una antigua tradición que hacia del templo de Diana un lugar de asilo, la Iglesia consagró ese derecho de modo que su violación constituía sacrilegio, y por ese medio vino a imponerse un límite real y eficaz a la faida germánica, sacando al perseguidor por la venganza del poder exclusivo del vengador, el cual se veía por tal procedimiento compelido a aceptar la composición. La venganza privada, contraria al espíritu cristiano primitivo, tuvo en el Derecho Canónico una limitación real y definitiva en la historia de Occidente.



- "Otra característica del Derecho Canónico, consiste en su particular relación con el poder civil, pues existiendo límites a la aplicación de la pena, especialmente la de muerte, que la Iglesia en ningún caso ejecuta (*Ecclesia non sinit sanguinem*), los reos eran entregados al poder secular. El abandono del reo al poder secular importaba, sin embargo, la segunda imposición del máximo castigo, pues este poder no podía usar de la facultad de gracia, 'sin incurrir en las penas conminadas por el Derecho Canónico'.

- "El Derecho Canónico, ejercido, como hemos dicho, en nombre de la Divinidad, afirmó, dentro de ciertos límites, el principio de igualdad, a base de la igualdad de todos ante Dios".⁶

El sistema Penal Canónico, alcanzó su completo desarrollo a fines del Siglo XIV. Su formación comienza en el propio seno del Imperio Romano. Sus principales fuentes son el Decreto de Graciano, las Decretales de Gregorio IX y Bonifacio VIII, las Clementinas, las Extravagantes

6 SOLEA, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Ed. Tea, Tomo I, 1951. Págs 65 y siguientes.

de Juan XXIII y las Comunes. El Derecho Penal Canónico, se compone en la actualidad en el libro 5º del Codez Juris Canonici, en la Constitución "Vacante Sede Apostólica", de Pio X, y en la promulgada por Benedicto XIV, "Sacramentum Poenitentiae". Su ámbito de aplicación se limita a las cuestiones meramente eclesiásticas.



4.5 EL DERECHO PENAL GERMANICO.

"Entre los pueblos Germánicos reinaban costumbres jurídicas profundamente distintas en las que hemos visto rigiendo en Roma a la época de las invasiones. El Derecho Penal Romano había llegado a su máximo desarrollo y logró una recopilación en el Corpus Juris de JUSTINIANO, especialmente en los libros 47 y 48 del Digesto, y el libro 9 del Código. La Iglesia, según hemos visto, en su Derecho Penal, comenzó viviendo dentro del Derecho Romano: Ecclesia vivit lege romana; de manera que ese Derecho siguió rigiendo ya directamente, ya por inspirar al Canónico.

"El conflicto, pues, se produjo entre ese Derecho evolucionado y las costumbres bárbaras, que conservaban muchas características de Derecho Penal Primitivo.

"En los pueblos germanos encontramos, en efecto, instituciones típicas:

- "La venganza de la sangre (Blútrache) es la institución contra la cual, según hemos visto, más influyó el Derecho Canónico. Contra el principio talional, el derecho de asilo fué la forma por la cual la costumbre germánica fue modificada.
- "El estado de faida como extensión de la venganza a toda la estirpe del transgresor (Sippe) sufre la misma restricción por la tregua de Dios. La venganza de la sangre era un derecho y un deber de la estirpe.
- "Aun cuando algunos autores lo niegan, en las formas germánicas primitivas encontramos la estrecha relación entre las prohibiciones penales y las de naturaleza religiosa.
- "Ya, como evolución de esos principios, y en la medida en que se va ampliando y consolidando un poder público, se manifiesta una forma de reacción social muy característica de los pueblos germanos: la pérdida de la paz (Friedenslosigkeit), que importaba pri

var al reo de la protección de la Ley colectiva y, en consecuencia, su abandono a una muerte segura.

- "El sistema compositivo está injertado en esas instituciones como una evolución ulterior. Consistía en un sistema de pago por los cuales se satisfacía no solamente el daño, sino que se pagaba un plus de carácter retributivo. Se distinguen en esos pagos el Wergeld, suma pagada para substraerse a la venganza, y que era una satisfacción a la parte lesionada o a los herederos; el Friedensgeld o Fredum, precio de la paz, por el cual el delincuente hacía composición con el Estado sobre el Friedenslosigkeit, recuperando así la protección. La composición pagada por los delitos menos graves era la Busse.

- "Una de las más destacadas características del Derecho Penal germano consistía en su objetividad. En el Derecho Romano y en el Canónico, hemos visto progresar una concepción del Derecho cada vez más vinculada a lo subjetivo. En oposición con esos, el Derecho germánico se caracteriza no solamente por la apreciación objetiva de los hechos causados por el hombre, sino por su indistinción, o su confusión con respecto al concepto de ilicitud. Lo que importaba era el

91

daño causado, y no la situación subjetiva de quien lo causó. De ahí que la tentativa no fuese punible. La supervivencia de las formas de responsabilidad por el evento, (Erfolgshaftung) es generalmente criticada entre los Alemanes como de estas ideas primitivas de responsabilidad objetiva, independiente de la intención del autor".⁷

4.6 PERIODO HUMANITARIO.

En el año de 1764 César Bonesana, Marqués de Beccaria, publica su célebre libro titulado de Los Delitos y de las Penas, escrito cuando apenas contaba con 26 años de edad, y que causó una inmensa conmoción en su época, no sólo por el valor que presentaba como reacción a los sistemas punitivos que regían la vida de los pueblos Europeos, sino por el contenido humano y equitativo que impone al mundo, el cual iba a tomar aquel manual como un especie de Código de normas humanitarias.

Filosóficamente la obra de Beccaria es la propagación de los principios liberales, desenvueltos por los enci

7 SOLER

clopedistas; él mismo está inficionado de estas ideas.

Propicia Beccaria una reacción contra la arbitrariedad del Soberano: clama por la dulcificación de las penas, la abolición de las torturas y la creación de normas que regulen el delito, las penas y el procedimiento.

La obra de Beccaria es un tremendo reproche contra los abusos del poder en los procedimientos criminales. Sus efectos son demoleedores. En Toscana es abolida la pena de muerte. En Austria se reduce a los delitos militares. En España se intenta la reforma penal, y Catalina de Rusia instruye a una comisión de reformas inspirándose en la obra de Beccaria.

Simultáneamente con la obra de Beccaria, apareció en Inglaterra el libro denominado State of Prisons, cuyo autor, el Barón de Howard, escribió después de haber recorrido casi todas las cárceles de Europa. Su influencia fue definitiva; la tesis de una cárcel más humanitaria coincide con el pensamiento de Beccaria, y fue la base de la gran reforma penitenciaria del Siglo XVIII, como ya se vio antes.



4.7 PERIODO CIENTIFICO.

El período Científico correspondió a la moderna concepción del Derecho Penal, y está constituido por la transformación producida en los métodos de la sanción, la cual es determinada según la personalidad del delincente, las circunstancias de orden endógeno y exógeno que hayan acompañado al delito, y se aplica no sólo con finalidad represiva, sino, además, como medio de corrección y rehabilitación. La irrupción de las Ciencias Auxiliares en el Derecho Penal se debe los aportes de la escuela Penal positivista, cuyos más eminentes representantes son: Lombroso, Garófalo y Ferri.

Cesar Lombroso (1836-1909), médico de las cárceles de Turin, al practicar la necropsia de un célebre bandido calabrés llamado Vilella, "encuentra en su cráneo lo que él denominó foseta occipital media, y que es rarísimo encontrar en el hombre, siendo en cambio frecuente en los animales inferiores como los peces".⁸ Según este descubrimiento, Lombroso formula su teoría del Hom

⁸ JIMENEZ De Asúa. La Ley y el Delito. Ed. Andrés Bello. Pág. 54

74

bre delincuente; y cuyo aspecto fundamental consiste en afirmar que todo criminal es un ser atávico, que reproduce los estigmas del hombre primitivo y en quien hay una predisposición innata al delito. Sostiene, además, el influjo de los factores de orden social en la etiología del reato. Con ello funda la denominada antropología criminal.

ENRICO FERRI, Padre de la Escuela Positiva y eminente sociólogo, es el creador de la Sociología Criminal. Influído por las teorías lombrosianas clasifica los delinquentes en natos, locos, pasionales, habituales, y ocasionales. Niega el libre albedrío, y explica la etiología del delito en causas individuales, físicas, económicas, sociales y psíquicas. Predica la llamada responsabilidad legal porque "Todo hombre por el solo hecho de vivir en sociedad y, por tanto, de poseer todas las ventajas, protecciones y garantías del consorcio civil, debe responder ante la sociedad por su modo de conducirse (responsabilidad social) cuando ofenda, en los otros hombres o en la colectividad, las condiciones de existencia y los consiguientes derechos". Reemplazada así la teoría de la imputabilidad moral, y se establece, como fundamento de la sanción, la peligrosidad del delin-

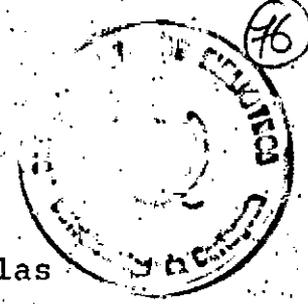
cuenta. La imputabilidad conlleva el estudio de la responsabilidad del sujeto activo del delito.⁹

Rafael Garófalo es el jurista de la Escuela. Queriendo armonizar los principios o fundamentos antropológicos y sociológicos con los jurídicos, formula la definición del delito natural, que para Garófalo es el ataque a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, por contraposición a los delitos artificiales que ofenden los sentimientos religiosos, de pudor, etc.

El período científico es el producto de la influencia de las ciencias naturales en el pensamiento filosófico. Es notoria la preponderancia de las teorías de Charles Darwin y de Herbert Spencer, sobre la Evolución. Ferri había sido discípulo de Ardigó, quien fue el divulgador del Positivismo Filosófico en Italia. Ardigó a su turno se había inspirado en Etienne Bonnat de Condillac, quien sigue la línea de Spencer.

El período científico ha sido toda una revolución en las

⁹ FERRI, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Ed. Reus 1933, Pág. 592.



Ciencias Penales, y representa el aporte de todas las ciencias al fenómeno del delito, para investigarlo y reprimirlo en la medida que más convenga a los intereses sociales. Prescindiendo de los excesos originales en cuanto a la explicación del delito, no hay duda que dentro de este período han alcanzado notorio progreso las Ciencias Penales; y ha sido posible que las viejas Doctrinas (Las Clásicas) adquieran nuevos y más claros horizontes aclarando sus errores.

4.8. ORIGEN DEL DERECHO PENAL EN ESPAÑA.

El Derecho Penal, en la España Goda, es una resultante de la práctica individualista que caracterizó el Derecho germánico, en fusión con los vigorosos principios Romanos, inspirados en la fórmula social de la intimidación.

La conquista de los visigodos (godos occidentales, distintos de los ostrogodos) en la Península, como la de los longobardos en Italia, determinaron la introducción del elemento germano, para realizar una obra legislativa superior a las contemporáneas y aún a las posteriores durante varios siglos.

77

Joaquín Pacheco y Gutierrez Calderón, la exalta diciendo que nada hay comparable en la Europa del Siglo VII a las Leyes Visigodas. Las normas ripuarias y borgoñonas "le son tan inferiores, como que aún no han salido del carácter de Leyes personales; los capitulares de Carlomagno, redactados dos siglos después, no pueden tampoco sufrir la comparación. Para hallar algo que pueda oponérsele es necesario atravesar, nada menos, que seis Siglos y fijarse en el gran libro de las Partidas. Aún así, no siempre es el cotejo favorable a la obra más moderna. No es todo progreso en semejante salto; a veces encontramos retrogradación, y el instituto de Ulrico o de Chindasvinto nos parece más humano y más justo que la erudición romancesca de Don Alfonso".¹⁰

La institución penal más antigua que se conoce en el suelo Español, es la Lex Romana Visigothorum, o Breviario de Alarico, compilada en el Siglo V de nuestra era.

Doscientos (200) años después, el Derecho Primigenio se cambia, en gran parte, con la invasión germana, y na

¹⁰ QUINTILLANO, Saldaña. Adiciones al Trabajo de Derecho Penal. Ed. VonLiszt, Tomo I, Pág. 155.

ce la Ley personal, o de razas, representada en dos (2) Códigos: El de Ulrico, para los vencedores, y el de Alarico, para los vencidos. Se establecen, pues, dos (2) sistemas represores: Uno para los invasores y otro para la población dominada". 11



A pesar de que es difícil saber con precisión la forma como surgieron los distintos sistemas normativos en la tierra Hispánica, SALDAÑA, asegura que "el Código de Ulrico es la primera compilación conocida de Derecho Visigodo, como las Doce Tablas en Roma, y análoga a las que hicieron más tarde los demás Reyes Bárbaros de Europa, conservadas en las colecciones de Lindebrogio y Canciano. Ulrico o Eutico hizo en España lo que Gundobaldo en Borgoña". Este conjunto se conoce también con los nombres de Lex Antigua y Statuta Legum, de la cual se conservan solamente fragmentos románticos. Sin embargo, se aprecia en ellos algún desarrollo de ciertas figuras como el rapto, la violación, el aborto, el estupro, el homicidio, el tormento de los siervos, el secuestro y la falsedad. Pero lo que indica un alto grado evolutivo es la aceptación del principio de que las penas debían ser per

11 HENRICO, Pesina Elementos del Derecho Penal. Pág. 119.

sonales.

El primer impulso para implantar una Legislación Territorial se da en el Siglo VII con el Fuero Juzgo, que, aunque elaborado bajo la influencia de las costumbres germanas, especialmente las que se habían concretado en el Código de Ulrico, contienen serias restricciones al duelo judicial. Todavía sus disposiciones confunden el delito con el pecado.

El Derecho autóctono continúa afirmándose con la Legislación foral, que siguió a la invasión musulmana. Aunque la palabra forum (foro) da idea del lugar donde se ventilan los asuntos judiciales, el término se aplicó en la Península para designar los privilegios -fueros- que los Reyes concedían a las ciudades recién emancipadas de los moros.

4.8.1 El "Fuero Juzgo"

Vertido al Castellano, restaurado por Alfonso V (año de 1003) con Leyes copiadas de los Códigos de TEODOSIO y JUSTINIANO, a través del Breviario, el elemento latino no tiene un influjo notable en el conjunto de Leyes conocidas bajo la denominación de Fuero Juzgo, y que para mu

chos pasa como los institutos jurídicos más perfectos logrados en Europa por los germanos "No es, pues, una Ley Bárbara aunque la hiciesen los bárbaros, sino Latina, o mejor, Romano-bárbara", que demostró habilidad en la reglamentación del Derecho de Vida y Muerte que tenía el propietario sobre los esclavos.

En ella la pena no es pacto entre particulares para vengarse de las parentelas enemigas, pues más bien se observa en sus textos el lenguaje de un Rey que se dirige a los súbditos de un País, entre quienes existe ya una gran unidad. Es el comienzo de un verdadero Derecho Penal Público, según dice Rossebfeld". 12

A pesar de estos reconocimientos, Carlos de Secondat, Baron de Montesquieu, califica el estudio y, en general, las Leyes de los visigodos como "faltas de lógica, pueriles, idiotas", y de ninguna manera alcanzan el objetivo propuesto; llenas de retórica y vacías de sentido, frías en el fondo y gigantescas en el estilo".

12 BARON, De Montesquieu. El Espíritu de las Leyes. Ed. Libertad, 1944, Tomo 28 Capítulo I.

Es verdad que los libros 6, 7, 8 y 9 del Fuero Juzgo contenían disposiciones crueles en materia penal, como correspondía a las necesidades de la época y a las opiniones, entonces en boga. No obstante, esos libros marcaron también un avance por otros aspectos, pues establecieron estos principios:

- La igualdad de los hombres ante la Ley, pero una igualdad como la entendía la sociedad fundada sobre las relaciones de servidumbre: quedaban perpetuadas las diferencias entre siervos y hombres libres. Con todo, dulcificó el tratamiento para los primeros.
- Reconoció el elemento intencional en el delito, infundiendo a la pena sentido de intimidación, a fin de que los malos tuvieran escarmiento y los buenos pudieran gozar de seguridad.
- Restringió la pena de muerte por motivos religiosos, lo mismo que el duelo judicial y el tormento, y quitó al castigo el carácter transferible que había con

82



servado en algunas instituciones antiguas, de tal manera que los padres respondían por sus allegados, yendo, inclusive, al pátibulo como responsables de crímenes cometidos por éstos.

- Clasificó el homicidio en voluntario, provocado y premeditado; y la confesión arrancada por medio del tormento no la consideró como prueba principal, sino que le dió carácter de prueba complementaria.

La Pena, no definida en el Fuero Juzgo, tiene el sentido de prevención general e intimidación, como en las Leyes de los Francos. No existió la Faida. Pero permitió medidas equivalentes, sobre todo para los delitos sexuales, en los cuales el culpable quedaba al arbitrio ilimitado del ofendido y su familia.

No podía tener el Fuero Juzgo o Fuero de los Jueces, como lo denominó el Concilio de Coyanza, la perfección que echa de menos, el Sr. Baron de Montesquieu, ni el humanismo inexistente entre las dispersiones Europeas, y ausente casi por completo de las relaciones colectivas en la antigua España. Pero sí se nota en sus textos un poderoso esfuerzo de codificación, lo cual

significa un avance para el conocimiento de la Ley en tiempos en que esta era una emanación de los caprichos monárquicos. Es claro que se aplicó a medias, y que gran parte de sus disposiciones cayeron en el silencio y en el abandono. Pero no otro es el destino de los Códigos, máxime cuando las gentes no estaban acostumbradas a embozarse con sus mandamientos, pues la autoridad se ejercía discrecionalmente, y de ella no se esperaban las limitaciones que muy tarde en la historia conquistó la ideología liberal. ¹⁴

Además, el Fuero Juzgo, debe conocerse por su influencia determinante en la formación del idioma Castellano. En sus previsiones, discursos y raciocinios se ve "cómo el latín ya corrompido y bárbaro en que había degenerado el que hallaron los godos en la Península, cuando la invadieron en el Siglo V, se iba trasformando rápidamente en idioma distinto a principios del Siglo XIII; cómo se iban dejando las terminaciones antiguas y tomando las nuevas; cómo se mudaban unas letras en otras; cómo se disminuía y a veces se aumentaba la concurrencia de

14 MONTESQUIEU

las consonantes; cómo titubeaba la escritura antes que se fijaran las palabras; cómo prevalecía en algunas provincias el uso de ciertas letras e idiotismo según la diversa pronunciación de sus habitantes; cómo, por el contrario, desaparecían los casos de los nombres y la mayor parte de los participios que los latinos usaron; y cómo se iba estableciendo y consagrando, por el uso, el modo de suplir esta falta de variedad y gala, que da tanta ventaja a la lengua matriz sobre las modernas que de ellas nacieron". 15

4.8.2 El "Fuero Real" y "las Partidas".

El Fuero Real, dictado por Alfonso X. el Sabio (Siglo XII), acentúa la naturaleza vernácula del Derecho Español, aunque no se desprende, del todo, de los influjos antecedentes.

Publicados sus cuatro (4) libros en 1250, el Fuero Real es, fundamentalmente, una conquista de la Monarquía, en cuanto limita las atribuciones de la nobleza. No

15 LARDAZABAL, Manuel y Uribe. Versión Castellana del Fuero de los Jueces.

85

abandona la compositio germánica en las lesiones personales, pero disminuye el alcance de las indemnizaciones.

Si los castigos que autoriza respiran crueldad y venganza, también es cierto que busca proporcionar las penas al delito, regular la acción de los jueces y, sobre todo, responsabilizar sólo a la persona infractora. La influencia canónica resalta, especialmente, en el establecimiento del derecho de asilo.

El mismo Alfonso X publicó un digesto del Derecho Español, llamado las Partidas, que se conservó íntegramente hasta 1263. La partida VII se refiere a las instituciones Penales; y, asunto que contrasta con el Fuero Real, sus disposiciones aparecen influenciadas por el Código de JUSTINIANO, notándose en ellas, además una unión más estrecha con las doctrinas eclesiásticas.

Sin embargo, "no tomó del Derecho Canónico su espíritu benéfico y saludable, sino las normas que menos favorecen la clasificación del hecho punible, el señalamiento de la pena justa y la adopción de los medios más conducentes a un juicio racional".

4.8.3 Las Recopilaciones y el Código de 1822.

En 1488 se abrió la época de las recopilaciones, con las Ordenanzas reales de Montalvo. Las otras dos (2) recopilaciones datan de 1567 (Nueva recopilación) y 1805 (Novísima recopilación).

Las recopilaciones fueron, apenas, remembranzas de los sistemas anteriores. La nueva recopilación la elaboraron tres (3) peritos designados por Felipe II; pero rápidamente fué abandonada. El 15 de julio de 1805, el jurisconsulto Juan de la Reguera Baldelomar presentó a Carlos IV, por encargo de este, el proyecto de Novísima recopilación, ordenamiento que estaba vigente cuando las Colonias americanas se lanzaron a la Guerra de Independencia.¹⁶

Como anota PESSINA, no se trataba de un Código, sino de una promiscuidad de normas y prohibiciones de todo género, civil, y penal. De manera que al comenzar el Siglo XIX, último de la dominación Española, no existía para

¹⁶ MARSOL, Jose Maria y Marcé. Síntesis Histórica del Derecho Español y del Indiano. Ed. Bibliográfica Colombia 1959, Pág. 46.

la metrópoli (y, desde luego, para las Colonias, donde regía el Derecho de Castilla conjuntamente con el Derecho Indiano) más que recopilaciones de Leyes, sin unidad. 17

En pleno Siglo XIX -dice CUELLO CALON-, cuando otros países ya encaminaban su Derecho Penal hacia los nuevos derroteros marcados por BECCARIA, y en sus Legislaciones la humanidad se hermanaba con la justicia, nosotros continuábamos regidos por un sistema represivo enteramente bárbaro y medieval. Aquí pueden repetirse las citadas palabras de PACHECO, que forman un acabado cuadro sintético de las Leyes Penales de aquel tiempo:

"Todos los absurdos, todas las crueldades que distinguan nuestra legislación criminal de hace seis Siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Cortes de 1812 y por el Rey Fernando, en 1817. La confiscación también se ha abolido por las mismas Cortes. Los azotes, la marca, la mutilación, estaban aún vigentes

17 MARSOL



Y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres (3) penas; si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas Leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada a los que roban, en cualquier parte del reino, cinco (5) ovejas, o valor de una peseta en Madrid; y en este punto, no solo estaba la aplicación de las Leyes, sino que diez (10) años ha se ejecutaban estas con una severidad draconiana.

La sodomía y la herejía eran también crimines mortales, y las hogueras se han encendido, más de una vez, para los judaizantes y los hechiceros". 18

En el Código de 1822, se nota que España quería vincularse al movimiento general que había iniciado el liberalismo Francés. Pero tampoco está ausente de este Código la dureza penológica. No menos de treinta (30) hechos eran sancionados con la muerte, incluyendo los delitos políticos.

18 PACHECO, Joaquín. Comentario a los Elementos de Penología. Pág. 179.

4.8.4 Legislación Especial para las Indias.

Si los habitantes de la Península estaban bajo la amenaza de penas infamantes y crueles; los pueblos conquistados de América no tuvieron mejor suerte. El Gobierno Español ordenó recoger las providencias tomadas en relación con los Americanos, en un infolio recopilación de las Leyes de los reinos de las Indias, trabajo que fué agrandándose hasta formar un voluminoso fárrago de preceptos cuando se concluyó, en 1680.

El Libro VII trataba de los delitos y de las penas; pero, con ser tan detallista, resultó insuficiente para organizar la represión. Por eso se ordenó aplicar, concurrentemente con ese estatuto, el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas reales de Castilla y la Nueva Recopilación. Sobre todo, en las provincias que luego formaron la Nueva Granada, se tuvo muy en cuenta esta última, cuya autoridad se extendió, por voluntad expresa del Legislador Colombiano, hasta la promulgación del Código de 1837.

Al lado de estas dos grandes fuentes jurídicas -dice JIMENEZ DE ASUA-, en el Derecho Indiano y en el de España,

90

se aceptaron las antiguas costumbres de los Indios, en cuanto no contrariaran los principios básicos del Estado conquistador. La jurisdicción que los caciques han de tener en los indios de sus pueblos, no se ha de entender en las causas criminales en que hubiere pena de muerte, mutilación de miembro u otro castigo atroz; que dando siempre, reservada para Nos, y nuestras Audiencias y Gobernadores, la jurisdicción suprema, así en lo civil como en lo criminal, y el hacer justicia donde ellos no la hicieren. ¹⁹

El mencionado autor discurre, extensamente, para demostrar cómo las Leyes de Indias "merecen calurosos elogios por su prudencia y por contener preceptos que hoy pueden citarse como modelo de política criminal y social, según afirma VINAS MEY, "Tomando seriamente la frase de una pragmática de 1621, de acuerdo con la cual "el mejor Gobierno consiste en impedir que se cometan delitos, y no en castigarlos después de cometidos", y las prohibiciones del juego, de la vagancia y de la gitane ría. También excitan el sentimiento hispanista de JIME

¹⁹ LEY 28, Título III, Libro VI de las Leyes de Indias.

91

NEZ DE ASUA, las prescripciones sobre multas, según el caudal del indígena, las que regulan el perdón para los negros cimarrones alzados en el delito por primera vez; y las que disponen que sólo sean amonestados los indios bñgamos y los autores de heridas, cuando no fueren rein cidentes..

LUIS JIMENEZ DE ASUA, no escatima citar otras muestras de la magnanimidad realista, entre ellas, esta ordenanza de Felipe II: "Mandamos que sean castigados con mayor rigor los Españoles que injurien u ofendan o maltra ten a los indios, que sí los mismos delitos se cometie ron contra Españoles, y los declaramos por delitos pú blicos." 20

Por lo demás, es ya común el deseo de justificar la conducta del Rey de España y de sus cortesanos, en todos los órdenes de la existencia colonial americana. El hispanismo o "hispanidad", fea palabra que sugiere ideas gelatinosas sobre las relaciones lingüísticas, raciales y religiosas, gana terreno favorecida por una política internacional imperialista opuesta a la supera

20 LEY 28.

92

ción popular de las reservas culturales propias. Con ese término se encubre el espíritu tradicional de explotación que implantó España en nuestro Continente, comenzando por absolver a la Corona, al presentarla traicionada en sus designios durante la Conquista y la Colonia. Ahora resulta que la Corte pensó bien, que tuvo muy buenas intenciones para establecer, en estas tierras, una justicia total; pero que sus órdenes y pragmáticas se desobedecieron, dándole a la empresa de dominación una ca- rriz que no tuvo.

Esta es una de las fallas de que adolece el importante trabajo de INDALECIO LIEVANO AGUIRRE".²¹ Y que, por fortuna para la contribución que representa en el entendimiento del auténtico acontecer Americano, oculto entre la mentira de escribas e historiadores oficiales, no alcanza a demeritarlo del todo. LIEVANO, atribuye gran parte de las desgracias de la política realista al cambio de una dinastía por otra.

"Mientras el Estado Español, se mantuvo fiel a las Doctrinas que legitimaban la autoridad por la fiel adhesión de

²¹ LIEVANO, Aguirre Indalecio. Los Grandes Conflictos Sociales y Económicos de Nuestra Historia. Ed. III Mundo, 1966, Tomo I. Págs. 11, 12.

los mandatarios a los principios que los obligaban a la defensa permanente de los humildes y de los oprimidos, -como ocurrió en el Siglo XVI, el Siglo de Oro, y en parte del XVII-, sus actos de gobierno fueron a la manera de grandes anclas que calaron profundamente en el suelo americano, estableciendo entre el Estado Castellano y los pueblos nativos, los indígenas del Nuevo Mundo, la formidable solidaridad de la justicia, más recia que la solidaridad derivada del idioma, las costumbres o la religión. Pero el día en que influencias extrañas, llegadas a España con el despotismo ilustrado de los Reyes de la Casa de Borbón, variaron las metas históricas de la monarquía y ella dejó de representar la causa de los humildes para convertirse en una maquinaria burocrática sin alma, empeñada en hacer del Nuevo Mundo una mera factoría productora de utilidades para la metrópoli, ese día los pueblos se rebelaron y el viejo espíritu de justicia alumbró de optimismo y de fé los caminos que conducirían al grandioso movimiento de la Independencia".

Deplorando cómo la teología castellana fue sustituida por el arbitrista Francés, agrega: "Infortunadamente los monarcas de la dinastía de Borbón juzgaron indeseable el planteamiento de una política colonial fundada en aspiraciones distintas de las de producir pingües rendi

mientos a la metrópoli, y a sus ministros, formados en el ámbito de las ideas y de las prácticas coloniales' Francesas, consideraron inconveniente que las autoridades Españolas dedicaran tan considerable proporción de sus esfuerzos a proteger a los indios, en cambio de emplear esos mismos esfuerzos en aumentar los beneficios de la metrópoli". 22

4.8.5 La Verdadera Práctica de las Leyes de Indias.

Un estudio real sobre la verdadera práctica de las Leyes de Indias, la referentes a los resguardos, a la tenencia de la tierra, a los conflictos sociales y al régimen punitivo, permite encontrar explicaciones distintas de las expuestas, sobre la culpabilidad exclusiva de los Borbones y la tendencia humanista de los Austrias de España. Tanto aquéllos, como éstos, estaban formados en el rigor del medioevo, en la desigualdad de las normas romano-germanas, unos y otros tenían el ancestro de violencia generalizado en toda Europa. Ya hemos visto cómo las Leyes visigóticas recibieron este legado de barbarie, que se mantuvo bajo los monarcas propios y la di

22 LIEVANO

95
nastía foránea.

La Casa de Austria gobernó desde el descubrimiento de América hasta 1714, cuando se produce el cambio, de modo que cuando vinieron los Borbones, encontraron en América un escenario de temor y sumisión. En los dos (2) primeros Siglos de dominio, apenas se dictaron normas favorecidas por el fervor individual de los sacerdotes MONTESINOS, ORTIZ, y LAS CASAS, pero sólo, excepcionalmente, se cumplieron. Fueron, precisamente, los Austrias quienes entregaron los indios al encomendero, con tierras, aguas y bosques, creando bases feudatarias que desmembraron la autoridad en detrimento de la propia Corona y de las intenciones pías que quiso practicar, según los magnánimos hispanistas de hoy. También fueron los Austrias quienes auspiciaron ese ánimo de exterminio y rapiña, que movilizó al Nuevo Continente millares de convictos de los calabozos de Castilla".²³

Es el propio LIEVANO, quien hace esta transcripción de IRVING, sobre la labor que tomó sobre sí el padre LAS CASAS: "Estos miserables (los conquistadores), que

²³ LEY I, Título IX, Libro VI de la Recopilación de Indias.

96

eran en su país lo más viles, tomaron el tono de principales caballeros. Decían que necesitaban los servicios y acompañabanse de grandes comitivas de criados. Se apoderaban de las hijas y parientas de los caciques, haciéndolas sus criadas, o más bien sus concubinas, sin contar el número de estas. Cuando viajaban, en vez de usar de sus caballos y mulas, hacían que los naturales los trasportasen en hombros en literas o hamacas, y que fuesen otros con parasoles de palma quitándoles el sol, y otros abanicándoles con plumas". Y LAS CASAS añade que vió "las espaldas y hombros de los desventurados indios. chorreando sangre después de aquel vil e impropio trabajo. Cuando estos arrogantes señores, de dos en dos, llegaban a un lugar indio, consumían las provisiones de los habitantes, tomando cuanto agradaba a su capricho, obligando a los caciques y a sus súbditos a bailar delante de ellos para divertirlos. Hasta sus placeres eran crueles. Hablaban a los indios en los términos más degradantes; a la menor ofensa, a la menor falta de humildad que mostrasen, les daban golpes, azotes y hasta la muerte". 24

97

No es posible sublimizar la aventura hispánica, porque, antes que el deseo cristiano de pulir almas para el cielo, existió el designio trágico de encontrar brazos para la agricultura y las minas, y el de saquear las riquezas minerales, así estuvieran en el pecho de las doncellas, en el misterio de huacas y templos, o en la diadema de los caciques. La Conquista no fue empresa espiritual, sino guerrera y mercantil. Y la Colonia no se propuso sino mantener el Imperio sometido por las armas y los caballos,

Desde el Siglo XIX. lo observó MIGUEL SAMPER: " Los principios en que se apoyó la colonización en lo que hoy es Colombia, establecían: en industria y comercio, el monopolio, el privilegio y el provecho exclusivo de la madre patria. En política, la centralización absoluta y el predominio de la raza conquistadora; en ciencias y arte, la ignorancia; la filosofía, la abyección del espíritu, y en religión. la intolerancia y el fanatismo."²⁵

No menos comprensivo fue SALVADOR CAMACHO : "La Colo

²⁵ SAMPER, Miguel. Escritos Políticos Económicos. Imprenta Nacional, Bogotá, 1925.

nia era la privación de todo derecho, la restricción de toda libertad, la represión de todo impulso noble de independencia, la traba para todas las empresas, el desaliento para toda aspiración generosa".²⁶ Y JOSE MARIA SAMPER dijo: "El Gobierno del Virreinato era la encarnación de todo un sistema político, que podía condensarse en estas ideas cardinales: exclusión absoluta de los criollos, de intervención en el gobierno; concentración completa de la autoridad pública, conforme a la lógica del despotismo; régimen feudal respecto de la propiedad raíz y de las muchedumbres, mantenido por medio de los mayorazgos, los restos de encomiendas, las manos muertas, los conventos, la esclavitud y los resguardos de indígenas; íntima alianza del Estado y la Iglesia, con absoluta prohibición de otros cultos distintos del católico.

Por otra parte, la administración de justicia se basaba, según SAMPER, "en el monopolio de las profesiones forenses, en el secreto de los procedimientos, en el carácter político de poder judicial, y en una excesiva y formidable severidad de penas; régimen fiscal basado en todo linaje de monopolios y restricciones, y en innumerables

²⁶ SALVADOR, Camacho. Escritos Varios, Ed: Librería Colombia 1892.

impuestos, tan vejatorios como mal distribuidos; y, en fin, secuestro intelectual de los pueblos, mediante un sistema de instruccin monacal, o muy limitada y calculada de cierto, y la prohibicin de libros y peridicos que no tuvieron el pase de la autoridad.

El texto de las Leyes no puede examinarse independiente mente de su actuacin en la vida social. Las ordenanzas, notablemente inspiradas; tuvieron a la vez ms de una causa sordida. La nobleza consista en impedir que los aborigenes se extinguieran, para utilizar ms largamente su trabajo. Los representantes de la Iglesia y de las milicias del Rey, que se dolan del sufrimiento de negros e indgenas, constituyen ejemplares que, en todo tiempo, han existido. Y no podan carecer de ellos las legiones conquistadoras. Estos temperamentos de excepcin, ms clidos, cuando ms envilecidas estaban las relaciones sociales, confirman con su resistencia y su dedicacin, enteramente personales, el trato dado a las nacionalidades autctonas.

Adems, la dureza parta generalmente de las mismas recopilaciones indianas. Entre las disposiciones referentes a los mulatos, negros, barberiscos e hijos de indios, las haba "cruelles e intimidatorias", como reconoce el

propio JIMENEZ DE ASUA: tributos al Rey, prohibición de llevar armas y transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas, y azote, y todo ello mediante procedimiento sumarísimo o, como decía la Ley, excusados tiempo y proceso. Sin embargo (es probable que este hecho afirme a JIMENEZ DE ASUA en su elogio a la Legislación Indiana), "en caso alguno se imponía la castración a los negros cimarrones". 27

La desigualdad, característica de los viejos estatutos Romano-Españoles se trasplantó a la Legislación Indiana: las personas de calidad serán puestas en cárceles públicas y no en galeras; los gentiles hombres no serán sancionados con penas infamantes; los indios podrán destinarse a servicio personal en los conventos; las penas contra los mancebos serán el doble que las de Castilla, y así en los demás órdenes". 28

27 SAMPER, Jose Maria. Ensayos sobre las Revoluciones Políticas y la Condición Social de la República Colombiana. Universidad Nacional 1969, Págs. 39, 57, 132.

28 GOMEZ, Hoyos Rafael. La Revolución Granadina de 1819 Ed. Temis 1962, Tomo II Págs. 366 y siguientes.

Por eso es mejor decir con ADALMIRO DE AVILA Y RICARDO LEVENE, que las verdaderas fuentes del Derecho Penal Indiano, son los autos de las audiencias y los bandos de Virreyes y Gobernadores, que contienen el régimen procesal penal, así como las ordenanzas de los cabildos, donde se encuentran las prescripciones de policía. 29

Los cabildos fueron organizaciones instituidas en la España medieval para dirigir la administración de los municipios o comunas, que inicialmente se eligieron en forma popular, sin intervención del Rey, quien abdicó así parte de su autoridad, como recompensa a las ciudades que habían ganado su independencia contra el poder morisco. En otros términos, representaron un avance democrático contra el absolutismo, que permitía la formación de un régimen local relativamente autónomo. Después, Carlos V, desinteresado por la naturaleza de institutos que afectaban su soberanía, debilitó los derechos ciudadanos, hasta el extremo de obligar a los cabildantes (comuneros) a luchar en defensa de los viejos fueros. Juan de Padilla, en 1521, murió ajusticiado como prisionero de los distritos, en un postrer epi

29 JIMENEZ De Asúa



sodio, después del cual siguió la abolición de aquellos cuerpos y su reemplazo por corregidores perpetuos y otras clases de oficiales.

En las Indias Americanas se conservó aún la autonomía de los cabildos, que casi nunca se opusieron a la voluntad del Rey, constituidos como estaban por los propios Españoles y, andando mucho tiempo, por los nacidos de éstos y por los nobles criollos, confundidos en la aspiración de oponerse a todo movimiento que subvirtiera el poder peninsular. Los cabildos elegían alcaldes ordinarios, encargados de administrar justicia civil y penal; y también nombraban regidores que hacían cumplir las ordenanzas de dicha corporación. Estas ordenanzas regulaban la vida económica del pueblo, los aranceles y tarifas, el precio de las subsistencias, buena parte de la organización militar, y autorizaban expediciones colonizadoras. ¡Cuán distante se encontraba este aparato que manejaba los pueblos en nombre de las castas gobernantes del control monárquico que a veces fue más blando! Por que cuando se dice que eran cuerpos populares, debe entenderse que, en su designación, no tenían ningún derecho los indios encomendados, ni los negros esclavos, ni los menesterosos, ni los legítimos trabajadores de la artesanía.



Sin embargo, los grandes suplicios no se aplicaron bajo la responsabilidad exclusiva de audiencias y Virreyes, sino que fueron autorizados y, más aún, atizados desde la metrópoli, como ocurrió con el de Túpac Amará y con los de los comuneros del Socorro, en el Virreinato de Nueva Granada.

Los procesos contra JOSE ANTONIO GALAN, ISIDRO MOLINA, LORENZO ALCANTUZ y MANUEL ORTIZ, fueron instigados desde España".³⁰ "Los delitos cometidos por éstos eran de los conocidos como de lesa Majestad, ajusticiables, según el rigorismo penológico de la metrópoli..

Precisamente, para calmar los escrúpulos de conciencia de CABALLERO y GONGORA (como si necesitara de ello el arzobispo que traicionó a los comuneros, y que puso el peso de su doble autoridad al servicio de la represión), se emitió una real orden el 3 de agosto de 1784, que lo exhortaba a "deponer todo el recelo y ejecutar las reales órdenes que se le han comunicado para el castigo de los delinquentes en las pasadas alteraciones (las de los comuneros), pues se ha pedido la dispensa y, además,

³⁰ ARCHIVO Histórico Nacional. Reales Cédulas y Ordenes Tomo 26, Pág. 337.

su majestad tiene bulas para confiar a eclesiásticos iguales encargos".

Reos de especial sanción fueron declarados los que, en estos territorios de América, resultaran comprometidos en connexiones populares y motines contra el orden público, como lo expresa una real Pragmática del 17 de abril de 1774.³¹

4.8.6 Aspectos de la Organización Penológica en el Período Colonial.

La organización Penológica tuvo patrones superpuestos en el período Colonial, siendo como era, obra del casuismo y de la arbitrariedad de la Corona y de sus agentes en estos territorios.

Lo primero que se destacó fue el órgano fundamental de la justicia: La Real Audiencia (instalada en Santa Fé en 1550); puso en manos de los Alcaldes Justicias Ordinarios, y de los cabildos de las ciudades, villas y pueblos la facultad de aplicar penas por delitos y faltas de me

³¹ ARCHIVO Historico Nacional

nor entidad.

Al lado de la Real Audiencia y de los Alcaldes Ordinarios, tuvieron también facultades especiales, en el ramo penal, los Virreyes y Presidentes, los Capitanes Generales y los Gobernadores políticos, los Corregidores y los Alcaldes Mayores.

Además, conjuntamente con lo que podríamos llamar jurisdicción común, existieron la eclesiástica, la militar, la mercantil, la fiscal, la de correo y otras de carácter gremial. "Se comprende que toda esta complejidad burocrática del ramo judicial originase frecuentes conflictos de competencia y otras dificultades no menores, que derivaban de la diversidad de fueros personales que amparaban a los individuos encuadrados en las distintas profesiones".

Muestra de esta confusión de jurisdicción es una Real Cédula del 23 de abril de 1784, que ordenaba al Virrey dejar en suspenso una multa contra los oidores que habían sentenciado un caso de bigamia, "hasta que se recibieran informes, pedidos a los Virreyes del Perú y Nueva España, sobre las práctica observada a este respecto, a fin de saber si el conocimiento de estos delitos corría

a cargo del Tribunal de la Inquisición de los Jueces Reales.

Aunque otra Real Cédula, fechada el 19 de marzo de 1754, parecía entregar a los bigamos a la jurisdicción Real, el 8 de septiembre de 1766, se decretó que los Tribunales del Santo Oficio conocieran del delito de poligamia, y que las Justicias Reales puedan hacer sumarias, prender a los delincuentes y remitir uno y otro a los mismos tribunales o a sus comisarios. 32

El oficio de verdugo estaba bien reglamentado: podía cobrar ocho reales por cada reo que azotaba o que sometiera a la vergüenza pública; igual suma le correspondía por aplicarle el tormento, y la mitad por la sola conminación a la vista del potro. Por ejecutar la pena de muerte tenía derecho a llevarse las ropas del reo y los seis pesos asignados en los propios de este Cabildo. Por esta razón no debe haber más retribución, aunque la pena sea cualificada, y haya repartimientos de quartos.

El Derecho de Asilo, como todas las instituciones Coloniales, tuvo reglamentos ocasionales y contradictorios.

Así, mientras el 17 de octubre de 1750 ordenó que, cuando

los reos se ampararan en lugar sagrado para asegurar la impunidad de sus delitos, fueran sacados de allí con una licencia de los eclesiásticos; pero en caso de negarla, fueran sacados también, mediante allanamiento. Cédulas posteriores, ratificadas por el papa Clemente XIV, ordenaban que, en cada localidad, se escogiesen dos Iglesias para el Asilo, siempre que no estuvieran situadas cerca de las cárceles. 32

La diversidad de disposiciones Españolas rebasó el número de Leyes, para extender el concepto a muchos otros ordenamientos. La propia Ley se distinguió de la Orden Regia, por cuanto la primera se comunicaba a todos los súbditos, y la otra se concedía, particularmente, pero luego la Orden Regia se entendió como mandato imperativo. En este sentido, observa GUILLERMO HERNENDEZ PEÑALOZA, el ordenamiento venía a comprender la Ley, pragmática u orden del Superior para la observancia de algo; aunque, específicamente, el ordenamiento real significaba la colección de Leyes Municipales de Castilla puesta en orden.

32 HERNANDEZ, Peñaloza Guillermo. El Derecho en Indias y en su Metropoli. Editorial Temis 1969, Pág. 199.

La Pragmática tenía el significado de la Ley o de Estatuto promulgado para remediar excesos, abusos o daños en la República, no como forma de Gobierno. El Estatuto era el establecimiento, como acción y efecto de establecer, o regla con fuerza de Ley para el Gobierno de algún cuerpo.

La ordenanza era la Ley o Estatuto, regulador de las milicias y tropas, extendidas después a la comunidad. El rescripto era el mandato o la orden, dada después a la comunidad, ya motupropio, o en respuesta a súplica o requerimiento dirigido por escrito al Monarca.

La Cédula Real era un despacho o Resolución del Rey, expedido por Tribunal Superior, para tomar alguna providencia a conceder una merced. 33

4.8.7 Primeras Reacciones Contra la Arbitrariedad del Coloniaje.

Aunque el movimiento de los Comuneros es conocido como la rebelión de mayores proporciones contra los abusos del régimen Español en materia fiscal, también actualiza la que

33. HERNANDEZ



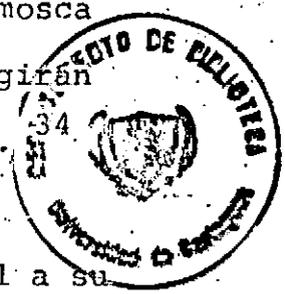
ja contra la arbitrariedad judicial y el despotismo de las penas aplicables a los defraudadores del tesoro público.

El primer planteamiento contra los sistemas económicos, políticos y penales, implantados por la metrópoli, se debe al precursor de la libertad neogranadina, Don ANTONIO NARIÑO. En un escrito dirigido al Rey de España por medio de sus representantes en el Virreinato, fechado el 16 de noviembre de 1797, NARIÑO, criticó la estructura del coloniaje y las rudas manifestaciones seculares contra la población. Criticó los tributos desiguales y odiosos y los estancos de tabaco y de aguardiente que entrababan la agricultura.

Las alcabalas internas, enemigas de la prosperidad y de las relaciones mercantiles, no escaparon a la fustigación del precursor, que, desde entonces, habló en lenguaje neto de productividad.

Nos interesa, especialmente, la preocupación de NARIÑO por dotar de un Código Penal a los países Americanos; pero sin limitarse a recordarlos, sino formulando previsiones como éstas, que con facilidad enraizamos en el pensamiento de MONTESQUIEU: "No sé si será fuera de pro

pósito el apuntar aquí, que sería conveniente la formación de un pequeño Código Penal Americano. ¿Por qué los distintos climas que producen la palma y la mosca tel, no producirán variedad en los delitos y exigirán un método distinto de castigarlos y precaverlos?



El mundo se transformaba, pero España seguía fiel a su política conservadora, escudriñando las conciencias para descubrir infieles o rebeldes y aplicarles, después de trámites lentos pero implacables, la dura Ley templada en su seno. Contra ese criterio también estaba dirigida la representación del cabildo de Santa Fé a la Suprema Junta Central de España, mejor conocida con el nombre de Memorial de Agravios, redactada por el prócer Don CAMILO TORRES, y suscrita el 20 de noviembre de 1809.

Muchas de las propuestas contenidas en dicha pieza, son fruto del apartamiento que el Gobierno Peninsular hacia de los criollos ilustrados, para impedirles el acceso al manejo de los asuntos públicos.

34 ANTONIO Nariño. Ensayo de un Nuevo Plan de Administración de la Nueva Granada. Ed. Vergara y Vergara, 1866. Págs. 35 y siguientes.

111

Aunque el célebre Memorial de Agravios, no propuso medidas radicales, sino que se limitó a tocar las puertas de la Corte para pedir reformas dentro del sistema puso de presente en algunos sectores influyentes de la Colonia el hecho fastidioso de nuestra injusta dependencia de la Metrópoli.

"La América -dijo el Memorial no existía en tiempo de FLAVIO EJICA, ni de ALFONSO EL SABIO. Ella ha mudado necesariamente todas las relaciones y el sistema de la antigua Monarquía, así como ha mudado la política de todos los gabinetes de Europa. Es preciso, pues, que se hagan las Leyes acomodadas a estas circunstancias, con relación principalmente a América; y estas Leyes deben ser la expresión de su voluntad, conciliada con el bien general de la monarquía".

El movimiento emancipador no suspendió totalmente las normas coloniales, puesto que muchas de ellas continúan rigiendo durante las primeras tres décadas de vida Republicana, pero sí abrió el campo para que la Legislación y la Jurisprudencia fueran implantando el verdadero respeto por la dignidad y la libertad humana.

112



4.9 PRACTICAS PENALES DE LOS ABORIGENES PRECOLOMBINOS.

4.9.1 Costumbres Barbaras de Algunas Tribus.

El copioso acervo de cédulas, pragmáticas y demás disposiciones, expedidas "para el mejor Gobierno de las Indias" y para organizar la represión contra sus pobladores, se superpone a las prácticas punitivas de los aborígenes, fundadas todavía sobre el animismo mágico y los tabúes.

Al extremismo primario con que muchas tribus indígenas sancionaban los delitos, se impuso la severidad de las normas hispanas, dictadas en nombre de "principios superiores, de origen divino". La represión tuvo un nuevo motivo con los Españoles, que no amortiguaron el ritual espantoso de los indios, sino que en gran parte lo completaron con la barbarie penológica peninsular. Y no es extraño encontrar una concordancia bastante próxima entre las normas Castellanas y la prácticas de los nativos precolombinos a que se refiere, entre otros investigadores, ERNESTO RESTREPO TIRADO.

Recogieron los conquistadores -dice MIGUEL AGUILERA- especialmente de sus cronistas, "informaciones precio

sas sobre el ramo de la justicia terrígena, que llaman la atención y solicitan del estudioso un análisis, superficial por lo hipotético, de las cuestiones allí incluidas. Los mazos, tribu colindante por el Noreste con la Nación Chibcha, copiaban varios usos de esta en lo relativo al mecanismo social.

Empero, se apartaban rotundamente de las más delicadas funciones de relación. Ejemplo: ellos no aceptaban en tiempo de paz la autoridad de cacique ni árbitro de sus destinos.

Eran ácratas. Pero cuando iban a la guerra, elegían popularmente al caudillo que asumiría la defensa de su causa y la dirección de las operaciones. A semejanza de los germanos primitivos, conocieron y practicaron la venganza de la sangre como forma de perseguir y castigar a los delinquentes. La violación del derecho con caracteres de crimen, se tenía como negocio privado. Este se confiaba al rigor o la magnanimidad del padre de familia. Una indemnización equitativa era título suficiente para conseguir el perdón familiar". 35

35 AGUILERA, Miguel. El Derecho Colombiano en la Prehistoria. Ed. Universidad Libre 1961. Pág. 69.

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

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

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

El rigor de los caciques era proporcionado a su grado de cultura, sigue diciendo AGUILERA. "El caribe, que era impetuoso y susceptible, ofreció al conquistador Español un impresionante ejemplo de severidad por la par

te de respeto de parte de un súbdito. No importaba que este fuera de campanilla. Aconteció que habiendo reunido el cacique Bajaire, de los contornos que luego se llamarían Cartagena, el consejo de ancianos y guerreros, para resolver si se recibían en son de guerra a los hombres de barbas que acababan de desembarcar, o si, por el contrario, se les toleraría sin demostraciones hostiles, el consejo adhirió al parecer autorizado de Bajaire. Este expuso la razones que le inclinaban a la solución pacífica.

Uno de los caudillos guerreros que allí se encontraban, objetó el parecer de Bajaire, lo que incomodó al cacique. Pero cuando el súbdito alzó la voz un poco más de lo tolerado por el uso de la pequeña corte aborigen, levantó Bajaire el brazo vengador que empuñaba gruesa macana, y la tiró contra la cabeza del osado guerrero. Instantáneamente muerto quedó en el mismo aposento de la reunión".

Por lo común, el culpable de homicidio sufría la pena capital. Algunas veces correspondía al capitán perseguir al asesino. ³⁶

³⁶ LOPEZ, De Mesa Luis. Escrutinio Sociológico de Historia Colombiana. Ed. Academia Nacional de Historia. 1956.

Los guaches flechaban al ladrón, y el tirador que con su flecha le hiriera en un ojo o en la boca, recibía una rica manta de manos del cacique, como recompensa. Casi todas las penas que imponía el cacique de Guatavita terminaban con la muerte del culpable.

4.9.2 La Represión Penal Entre Los Chibchas.

Los Chibchas del altiplano se encontraban ya en un grado superior de evolución, comparado con el de las tribus mencionadas antes, y sus mitos y Leyes ostentaban un limpio ascendiente, pero el régimen penal no fué más blando.

El Gran Bochica, mezcla de Dios y de hombre cuya aparición en la tierra se reputa contemporánea de los últimos profetas cristianos, si es que en realidad existió, impuso las primeras Leyes a los Chibchas.

Luego Mompanín o Nompanen completó la obra iniciada; pero fué Nemequene, quien empuñó el cetro Real hacia 1490, el autor o recopilador de las normas vigentes al iniciarse la conquista.

A pesar del carácter humanitario reconocido a la misión de Bochica, las penas que estableció no fueron suaves,

si hemos de atenernos a las que se ejecutaban todavía en la época de Nemequene y Tisquesusa. El homicidio, por ejemplo, se castigaba con la muerte, lo mismo que el rapto y la violencia carnal. "El incesto y el adulterio en que era parte un célibe, según QUIJANO, se castigaba enterrando a éste en un hoyo lleno de agua, reptiles y sabandijas, y tapándolo con una gran piedra para extinguir su memoria. Si el incesto, el rapto, la violencia o el adulterio eran cometidos por casados, debían sufrir la pena de deshonor pública por el talión, o la de que dos (2) jóvenes disfrutasen la esposa del reo".

LPEZ DE MEZA, ve una Legislación embrionaria, ciertamente, pero ya estatal y comprensiva de normas constitucionales, Derecho Civil, Militar y Penal, diferenciado, aunque no tuvieran los Chibchas calendario, ni escritura ni matemáticas de cálculo eficiente.³⁷

Al pederasta lo empalaban, castigo que también se aplicó al adulterio. Al que se negaba a defender el territorio amenazado lo vestían de mujer, obligándolo a desempeñar labores domésticas, y al desertor en un combate se le ha

37 LOPEZ



cía sufrir una muerte afrentosa.

Al ratero se le azotaba y a la ratera le cortaban el cabello. No era rara la mutilación de manos, nariz y orejas. Al ladrón de mayor cuantía y al ratero reincidente los cegaban con candela o con espinas. 38

No hay pruebas, sin embargo, de que estos castigos hayan sido ejecutados con la frecuencia con que los aplicó la justicia Española, según datos del cronista PEDRO M. IBÁÑEZ, hablando sólo de Santa Fé: "Alfonso Pérez de Salazar, Juez severo, ahorcaba con frecuencia indígenas en la plaza mayor, y azotaba todas las semanas, en la de mercado, que tenía lugar cada cuatro días, a los ladrones.

Desorejó y desnarió a dos mil (2.000) personas, dice un testigo presencial, don PEDRO ORDONEZ CABALLERO, e hizo otras justicias grandísimas sin reparar en nadie.

38 VERGARA, Gerón Carlos. Los Pubenences. Talleres Editoriales del Departamento del Cauca, 1958.



4.9. El Sistema Jurídico de los Pubenenses.

Los Pubenenses, de origen polinésico como casi todos los indígenas que poblarón nuestro territorio, fueron uno de los pueblos mejor organizados y más altamente civilizados, segun relatan los cronistas peninsulares. De facciones finas; proporcionadas y agradables no practicaron el canibalismo ni siquiera como rito guerre-ro: "Pueblos exageradamente amigo del ornato, escrupu-losamente aseado en sus personas y viviendas, lo mismo que sus antepasados de Oceanía, no usaban la pintura pa-ra deformar sus faces bizarras; y las mujeres se preocu-paban por aparecer radiantes de belleza, lo cual dejó pasmados a los Europeos" 39

La justicia estaba fundada en el tabú. Estas prohibicio-nes de los caciques pubenenses "no forman un todo seme-jante a lo que es un Código en nuestros días, pues su contenido encierra preceptos referentes a relaciones hi-potéticas y las sanciones aparecen influidas de un ca-rácter marcadamente expiatorio, religioso y fatal, pues la violación del tabú traía necesariamente una determinada

39 VERGARA

desgracia sólo evitable mediante el cumplimiento de la
ordalía, que era el sistema purificador, o de la pena.

La expiación debía ser cumplida por la persona objetivi-
zada como autora de la falta, sin tener en cuenta nin-
gún elemento interno radicado en la impresión o la volun-
tariidad. Es verdad, observa VERGARA CERON, que no
siempre la responsabilidad era humana, pues no consis-
tía forzosamente en relación de causalidad entre el su-
jeto y su acción, sino en una situación de hecho, en un
estado de cosas, en algo indebido atribuible tanto a un
hombre como a un animal o como a una cosa cualquiera.

Las penas no tenían sentido de vindicta, salvo cuando el
Imperio se veía obligado a guerrear, caso en el cual la
ordalía ejercida por la entidad agraviada era extremada-
mente severa.

Los caciques se rodeaban de gran pompa, como para dar
a sus decisiones una mágica solemnidad. "Sentado el je-
fe en su chacana, sobre alfombras y tapices de variados
colores, oía primeramente la información del caschú o
gobernador, quien a su vez había sido informado previa-
mente por el caribe o alcalde; luego oía a las partes y
daba a conocer el fallo. El Tuipán especie de policía,

con facultad para resolver las querellas de poca significación, era encargado de hacer ejecutar las decisiones. Los Tuipán eran numerosos en ciudades y campos.

El Abogado Pascual de Andagoya, Gobernador del Río San Juan, al descubrir este aparato en la administración de justicia, anotó además que "en estas provincias no tenían los señores rentas ni tributos de sus súbditos, salvo el servicio personal que todas las veces que el señor tenía necesidad de hacer casas o sementeras, o pesquerías o guerra, todos habían de ir a hacerlo, sin que por ello les diese cosa alguna más que las que por fiestas les daba a beber y a comer, y así los señores no tenían nada de los vasallos ni les faltaba nada: eran temidos y queridos, y el oro que ellos tenían era de rescates o el que en las minas se le cavaba; tenían Leyes y Constituciones, de modo que el mismo que matase muriese por ello, y el que hurtase lo mismo; otras fuerzas ni agravios entre ellos no osaban hacer"

No hay duda de que la cultura Pubenense, digna de mayores investigaciones que los hasta hoy realizadas, fue una de las más sorprendentes antes de su exterminio por las hordas seguidoras de Sebastián de Belalcázar.

4.9.4 Algunos Tabues, Ordalias y Formas de Composición en la Sociedad Chibcha.

No solo subsistían en el Siglo XV algunos tabúes en la sociedad chibcha, sino también ordalias y formas de composición para varios delitos. "Cuando el ladrón reincidía por tercera vez era conducido delante del Zipa, diciéndole que si se había portado con indiferencia ante las amonestaciones anteriores, ello obedecería probablemente a que se consideraba un gran señor, que por lo tanto debería levantar la cara y mirar el rostro del Gran Bacatá.

Mirar al Zipa era, por tanto, tabú. El hombre que osaba hacerlo, sucumbiría hechizado por los ojos que irradiaban fuerza electrizante, misteriosa y terrible".

Este pasaje, que GUILLERMO HERNANDEZ RODRIGUEZ, extracta de PEDRO SIMON, acredita, tanto como la fuerza de la prohibición, la lenidad con que se castigaban las dos (2) primeras infracciones contra la propiedad, en contraste con la versión anterior.

A no ser que, como parece probable, hubiera existido la amonestación del Zipa o de sus representantes, conjunta



mente con la pena de azotes para el ratero ocasional.

Un medio para investigar el adulterio consistía en hacer comer mucho ají a la mujer sospechosa. Si resistía el dolor, la declaraban inocente, En caso contrario, o si admitía la culpabilidad, "le permitían beber hasta mitigar el dolor para luego condenarla a sufrir la muerte, como disponía las costumbres morales. Antes de ejecutar la sentencia, el amante fortuito podía eludirla pagando una indemnización al marido".

De esta indemnización correspondía una parte al cacique del Clan. "Menos interesado en recompensar, pero más celoso cuando se trataba de sus mujeres, el cacique se negaba a toda transacción, y el amante y la amada recibían una muerte cruel seguida del abandono de sus cadáveres en el campo, para escarmiento ejemplarizante". 40

Una de las más importantes disposiciones de Nemequene fué el establecimiento de una especie de consejo superior de justicia que velaba por la aplicación de las Leyes. El cacique de Suba presidía este organismo.

⁴⁰ HERNANDEZ, Rodriguez Guillermo. De Los Chibchas a la Colonia y a la República. Ed. Universidad Nacional, 1949. Pág. 141.

4.9.5 Usos Penales Primitivos que Todavía Existen.

En algunos grupos indígenas subsistentes en territorio Colombiano se practican aún formas primitivas de administrar justicia y obtener el castigo del delito con el resarcimiento del daño, finalidad ésta que se tiene como la más importante, como sucede entre los Guajiros. Estudios especiales sobre dichas tribus han demostrado el funcionamiento de viejos institutos, como estos:

- La responsabilidad es compartida por toda la casta. Si bien existen formas individuales de culpabilidad, responden también los consanguíneos del infractor. Hay, pues, solidaridad familiar y clanil.
- La pena es de carácter económico como tributo en especie, graduado en su cuantía según la gravedad del delito y el status del ofendido, sin que el Guajiro renuncie la vendetta o guerra interclanil cuando fracasa el arreglo pacífico. "Este sistema es una extraña mezcla de composición y talión, propio de un pueblo en proceso de cambio social acelerado". 41

41 CAMACHO, Alvaro y NORMA, Segura. La Institución Jurídica en la Guajira en Indios y Blancos. Ed. Universidad Nacional, 1963. Pág. 125.

- Los delitos se clasifican en "Mayores" y "Menores. Los primeros son el asesinato, la violencia carnal, la ruptura de la promesa matrimonial, la venta injustificada de una esposa, la referencia a los ascendientes muertos. En su juzgamiento interviene el consejo de los caciques ancianos, que representan a la comunidad, y que falla teniendo en cuenta reglas consuetudinarias. Los delitos menores son transigibles en todo caso a través de personas designadas por las partes, y se refieren específicamente al daño patrimonial.

El tabú de sangre y la composición. El derramamiento de sangre es uno de los crímenes más fuertemente castigados, pues ese precioso elemento es parte indestructible del ser, tanto como el hombre. "El que la derrama voluntaria o involuntariamente, en otra persona, queda contaminado, se margina de la sociedad, se convierte en un impuro, y tiene por tanto que hacer la reparación correspondiente, que en la actualidad se cumple pagando al ofendido o a su familia una cantidad determinada en objetos preciosos y animales".

- La magia adivinatoria. Los espíritus juegan un papel singular en la investigación delictiva. El adivino se desdobla y va en busca de los objetos robados, si

guiendo la ruta del ladrón hasta dar con el paradero de uno y otros. Luego regresa el espíritu para comunicar al adivino sus descubrimientos.

- La expiación por el homicidio. La muerte del semejante se convierte para el asesino en una obsesión: El espíritu del sacrificado le sigue a todas partes. Aunque los parientes de este hayan aceptado las compensaciones, la familia del responsable le auspicia ritos de purificación y lo que denominan cambio de personalidad. Consiste esta operación, fundamentalmente, en el alejamiento del homicida y en impedirle tomar alimentos sólidos y tratar a los demás durante el tiempo de su relegación. Así mismo, debe disfrazarse y dormir en el suelo sin acostarse boca arriba, "porque el alma de la víctima se le treparía y le presionaría el pecho hasta provocarle la muerte por asfixia".

En fin, se trata de que el infractor cambie lo más profundamente posible, con objeto de hacerse irreconocible para el espíritu del sacrificado.

CAPITULO V

5. LA LEGISLACION PENAL DE 1810 A 1837

5.1 PRIMERAS CONSTITUCIONES.

5.1.1 La De Cundinamarca.

Es cuestión acreditada históricamente la de que las revoluciones triunfantes no se preocupan de inmediato por estudiar Estatutos Penales ni Procesales, ya que lo primero que deben hacer es consolidarse a sí mismas. Y en este empeño se echa mano de las normas viejas, que solo más tarde comienzan a ser abolidas.

Los delitos inicialmente más graves son los que atacan la organización naciente, y muchas veces las sanciones tienen que aplicarse masivamente a sus enemigos, fundados en el principio del estado de necesidad. Los delitos comunes siguen juzgándose con arreglo al orden anterior, hasta que se implanta una justicia inspirada por



Las fuerzas sociales y vencedoras.

Así ocurrió después del 20 de julio de 1810, con la advertencia de que entonces no hubo sino un cambio político, habiendo quedado en pie la estructura colonial. Los patricios criollos, vasilantes con el éxito logrado por el pueblo en los tumultos callejeros, no pensaron si no en que había llegado para ellos la hora del gobierno, sin admitir la urgencia de socabar el sistema en crisis. Antes bien, se convirtieron en defensores del mismo, y de allí el que la revolución fuera quedando sin respaldo entre las masas artesanal y campesina, para no hablar de los esclavos, a quienes nadie pensó redimir por entonces.

Las únicas figuras dispuestas a transformar en forma básica lo existente, fueron ANTONIO NARIÑO Y JOSE MARIA CARBONELL, a quienes se le opuso una tenaz resistencia desde el momento en que se constituyó la famosa junta de Gobierno, encabezada por los "nobles patriotas" JOSE MIGUE PEY Y CAMILO TORRES.

Si no se sentían directores de una revolución, en el sentido pleno del concepto, sino aspirantes a los empleos

y títulos que debían dejar los realistas, los próceres del 20 de julio y de la llamada Patria Boba, que duró hasta la llegada del exterminador PABLO MORILLO, no iba a prever la expedición de Leyes distintas, civiles o penales, porque las Españolas servían mejor a sus intereses, porque la Recopilación de Indias contenía previsiones idóneas en favor de la propiedad, la vida, la religión, y contra los conspiradores y esclavos. Esa fue la índole del régimen inestable durante ese período, que LIEVANO AGUIRRE, confirma así:

"El calificativo de Patria Boba, que suele emplearse para designar la época comprendida entre 1810 y 1816, se ha prestado para que se identifique dicha época con el supuesto predominio de personalidades generosas y tan apegadas a ideales altruistas y románticos, que sus errores se juzgan, por anticipado, limpios de todo interés mezquino y se les explica como el producto involuntario de un noble idealismo, que no les permitió percibir a tiempo la realidad. Así se urdió la leyenda de una edad dorada, de una Patria Boba que, a la manera de Atenas, tuvo la fortuna de ser Gobernada por un areopago de próceres, cuya conducta desprendida y romántica les ganó el derecho de personificar las grandes virtudes de la Nacionalidad".

130
BIBLIOTECA

"Estas premisas benévolas y optimistas sirvieron para revestir, con una fachada brillante y engañadora, el conflicto entre la oligarquía y el pueblo, conflicto sobre el cual se tendió, desde 1810, un velo de silencio deliberado. Se quiso así desfigurar una inexistente armonía social, que no pudo alcanzarse entonces porque los notables criollos fueron hallados faltos de la grandeza humana y de la generosidad de miras que hubieran sido indispensables para plasmar una temprana unidad Nacional. El visible contraste entre la destreza de que dieron muestras cuando se trató de realizar el Gobierno para sus propios y egoístas fines, y la lamentable ceguera e insensibilidad que los distinguió en todos los momentos en que se requería una auténtica comprensión de las necesidades y esperanzas de nuestro pueblo, fue el origen de su rápido desprestigio y la causa de esa atmósfera de mediocridad que le imprimieron indeleblemente a su época.

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

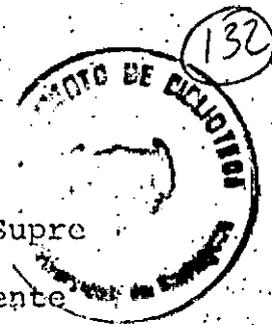
La primera Constitución dictada en territorio Colombiano fue la del Estado de Cundinamarca (30 de marzo de 1811), la cual, aunque políticamente admitió a FERNANDO VII como soberano, reconoció el sistema de ideas que en su grandes lineamientos se iba a conservar hasta nuestros días, pues si fueron expedidas muchas Leyes fundamentales, "sustancialmente, la doctrina que las inspira es una sola".

Ese sistema no fué creado por los constituyentes cundinamarqueses, sino que tradujo importantes innovaciones de estirpe calvinista, como lo demostró ALFONSO LOPEZ MICHELSEN, entre ellas "la voluntad popular como fundamento del Gobierno, el consentimiento de los ciudadanos como origen del poder público, el pueblo como dispensador de la autoridad, y no ya el Papa y la Iglesia", de donde nacieron declaraciones esenciales en favor de la libertad y la dignidad del hombre. ⁴²

El Artículo 35, por ejemplo, "confirma y ratifica la

⁴² LOPEZ, Michelsen Alfonso. La Estirpe Calvinista de Nuestras Instituciones. Ed. Universidad Nacional, 1947. Págs 35, 36.

abolición de la tortura, ya decretada por la Junta Suprema de esta provincia, y ninguna autoridad, por eminente que sea, podrá jamás hacer uso de la cuestión del tormento, aunque el delito sea de los más atroces".



El Artículo 36, autoriza coartar la libertad del ciudadano no solo en estos casos: para hacerlo cumplir la pena impuesta por la justicia ordinaria por arresto, "previniendo a la persona se mantenga en su domicilio a disposición del juzgado o tribunal que dicta la providencia"; y por arraigo, "mandando se mantenga la persona en el poblado de su residencia" o en otro lugar escogido por la justicia.

La Constitución, reconocía, además, la inviolabilidad del domicilio, y establecía la prohibición de detener "sin mandato formal de juez competente, dado por escrito" (Artículo 37), así como la de recibir en las cárceles a quien no fuera legalmente conducido a ellas (Artículo 43). El Artículo 44, limitaba la incomunicación de los presos, y el Artículo 48 prohibía a los jueces y magistrados "oir demandas fuera de su juzgado o tribunal", hecho que no se oponía para "ejercitar en todas partes justicia a efecto de contener el delito o aprehender de

lincentes", dentro de las normas prescritas para el registro domiciliario, cuando fuere el caso de allanar una habitación.

En defecto de un estatuto que definiera los delitos y señalara las penas, siguieron cumpliéndose las normas españolas, pero atemperadas en lo tocante a garantías y procesos declarados por la Constitución. 43

5.1.2 Las de Tunja y Antioquia.

El 9 de diciembre de 1811, el Colegio Electoral y Constituyente de la provincia de Tunja, expidió la Constitución de la República del mismo nombre, semejante a la de Cundinamarca, pero más radical en su inspiración, ya que se elaboró pensando no tanto en los derechos de FERNANDO VII, como en los de la Patria: "Obra ilena de ingenuidad muy imperfecta en su estructura y escasez de precisión, pero admirablemente inspirada por los más elevados sentimientos, y de seguro más francamente democrática y más sincera que la de Cundinamarca".

43 PONBO y Guerra. Constituciones de Colombia. Ed. Ministerio de Educación 1951 págs. 166 y siguientes.

El serenisimo Colegio Constituyente prohibio "todo género de tormento para la inquisición de los delitos" (Artículo 1°); dispuso que "ningún delito infamará jamás ni por él se podrá castigar sino al individuo que lo cometa" (Artículo 2°); limitó las penas confiscatorias (Artículos 3°, 4°, y 5°); ordenó que "a ninguno se reducirá a prisión, a no ser que halla semiplena prueba de su delito, o sospechas muy fundadas de fuga" (Artículo 6°); reglamentó la libertad provisional con fianza (Artículos 7°, 8°, y 9°); prohibió "la pesquisa indeterminada, y sin que se individualice el delito o delitos sobre que se debe versar" (Artículo 10°); estableció que "en ningún caso se podrá abrir, leer ni presentar en juicio las cartas selladas que se hallen dentro o fuera del correo, sin expreso consentimiento de los interesados" (Artículo 11°); y dió normas para el registro de la correspondencia (Artículo 12°).

El Artículo 13 estableció que "ningún juez, con pretexto de ronda, puede entrar a la casa de cualquier ciudadano, ni mucho menos forzarla o quebrantarla, sin que haya alguna prueba, indicio o denuncia fundada de que dentro se perpetra un delito, o se oculta un delincuente"; y el Artículo 14 prohibió a los funcionarios oír deman-

das fuera del juzgado o practicar rondas "sin acompañarse al menos de los sujetos", bajo pena de destitución.

La Constitución del efímero Estado Soberano de Antioquia, más liberal que las anteriores, fue también más clara y más enérgica en la defensa de los derechos ciudadanos. El Artículo 1º, señalaba con marca de execreción pública "la bárbara cuestión del tormento"; el Artículo 2º, reconocía la igualdad ante la Ley, en virtud de la cual "ningún Juez o tribunal, por un mismo delito, impondrá diversa pena al noble de la que impone al plebeyo, escogiendo siempre la más benigna"; y los artículos 3º y siguientes, proclamaban otras fórmulas del Habeas Corpus.

Los Artículos 9º, 10º y 11º abrieron el campo para que el Legislador estrechara los términos y plazos judiciales, reprimiera las pesquisas y prisiones arbitrarias, e impusiera el juicio por jurados.

5.2 EL REGIMEN DE LAS PROVINCIAS Y LA PACIFICACION ES PAÑOLA.

Tal fue, más o menos, el régimen establecido en las provincias que constituían el Virreinato de la Nueva Grana

da, entre 1811 y 1815. Como Antioquia, Cundinamarca y Tunja, cuyas normas constitucionales en materia penal hemos citado, se erigieron las provincias de Chocó, Mariquita, Neiva, Pamplona, Socorro y Popayán. Cada una de ellas acarició sus sueños de autonomía, hasta que España situó en nuestro suelo grandes contingentes armados para pacificarlas.

Las constituciones provinciales quedaron sin vigor en cuanto entró a funcionar en Cundinamarca, el Consejo permanente de guerra, obra de Don PABLO MORILLO, compuesto - dice POMBO Y GUERRA -, de militares realistas, tan ignorantes como depravados, que disponían a su arbitrio de las propiedades, de la vida y de la honra de los insurgentes traidores al Rey. Para cohonestar sus bárbaras sentencias, invocaban las Leyes de las Partidas, las de la Recopilación de Indias y las ordenanzas Españolas, ya abolidas, que más cuadraran a sus designios.

"Como si no bastaran estos instrumentos de venganza, creó MORILLO el Tribunal de Purificación, donde se juzgaba a los patriotas sin derecho a defensa, y se les condenaba a servir como soldados en las filas realistas, o a pagar fuertes sumas en provecho de sus jueces. Y pa



ra que no faltara ningún medio de reducirlo a la miseria, la Junta de Secuestros incautaba, sin fórmula de juicio, los bienes de cuantos rebeldes hubieran tenido mínima parte en el movimiento de Independencia o en el Gobierno de la Patria vencida.

"En Consejos verbales, tan rápidos como desprovistos de toda formalidad jurídica, fueron sentenciados al último suplicio los más ilustres y beneméritos granadinos. Los que no pagaron en el patíbulo sus servicios a la noble causa, se vieron sujetos al martirio del grillete, marchando al destierro o trabajando como ínfimos jornaleros en las obras públicas.

"Finalmente, el odiado Tribunal de la Inquisición, reinstalado en la Capital y en las provincias, completó la destrucción general, en tanto que los Jefes Militares tomaban para sí cuantas alhajas sagradas y objetos de valor pudieron atrapar.

"Los Cabildos, Las Cámaras Legislativas, Los Juzgados de primera instancia, los Tribunales, las Cortes de apelación, todas aquellas corporaciones con que un día soñaron los patriotas para reclamar la administración de Justicia, organizar el Gobierno y dar garantías al ciuda



dano, quedaron sustituidas por el Consejo Permanente, el Tribunal de Purificación, la Junta de Secuestros, la Inquisición y demás entidades cuyos crímenes ocupan varias páginas".

5.3. PRIMEROS ATISEOS DE LEGISLACION UNIFICADA.

Perseguidas las fuerzas independientes, se vieron obligadas a concentrar su dirección en Angostura. Desde el cuartel general, instalado en esta ciudad Venezolana, BOLIVAR promulgó un Decreto, fechado el 6 de octubre de 1817, para regular la administración de Justicia entre la población libertada, creando Tribunales de Instancia y Una Corte de Apelación. Además, el Congreso reunido en la misma ciudad, en 1819, facultó al presidente de la República para 'en favor de la humanidad, mitigar, conmutar y aun perdonar las penas aflictivas, aunque sean capitales; pero antes consultará al poder judicial, y no decretará el perdón o modificación, sino cuando su dictamen fuere favorable.

El mismo Congreso, el 25 de febrero de 1819 dictó un Reglamento Provisional para el establecimiento de la administración de justicia, y acordó los trámites sobre los

juicios criminales en última instancia.

Sin embargo, el caos fue la situación predominante en estos años, hasta el extremo de que todavía en 1826, el Congreso debía expedir una Ley especial (8 de abril), en la cual declaraba "válidas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes, en la primera época de la transformación política".

La Ley se expidió "considerando que después de la transformación política de la República, han existido juzgados y tribunales, nombrados unos por las autoridades republicanas y otros por el Rey de España, en unas mismas y en diversas provincias de todo el territorio que hoy forma el de Colombia, de donde han resultado dudas sobre la legitimidad y subsistencia de los fallos".

5.4 LA CONSTITUCION DE CUCUTA (1821) Y EL PRIMER PROYECTO DE CODIGO PENAL (1823).

La Constitución de la Villa del Rosario de Cúcuta, expedida el 30 de agosto de 1821, selló la unidad política-administrativa de Venezuela, Nueva Granada y Quito, y Estatuyó el centralismo, pues las experiencias del inme

140
diato pasado demostraron que, únicamente, en esa forma, podían defenderse y progresar.

El Artículo 188 declaró: "en su fuerza y vigor las Leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los Decretos y a las Leyes que expidiere el Congreso", precepto que incorporó las Leyes de Indias y demás pragmáticas, cédulas y mandatos de la Corona Española, para reprimir los delitos. Prueba de esto es el fallo del 2 de mayo de 1824, en que la Corte Suprema reconoció la vigencia de las Partidas y la Novísima Recopilación, las cuales deben observarse, escrupulosamente, aunque se diga y alégue que no están en uso.

Sin embargo, las prescripciones Españolas debían entenderse modificadas por los principios liberales establecidos en los Artículos 156 y ss. de la Carta de 1821, que reconocían las libertades de imprenta y de reclamo a las autoridades, la presunción de inocencia, el derecho de no ser detenido sin mandato expreso, la legalidad de los delitos y de las penas, la inviolabilidad del domicilio, la obligación de fundar, en Derecho, las decisiones judiciales, la limitación de la pena de infamia, de modo que no trascendiera a la familia del delincuente, la autori



zación para establecer el jurado, y, en fin, todas las medidas que antes habían aceptado, contra la arbitrariedad oficial, las Constituciones Provinciales.

El Tribunal de la Inquisición fue abolido, definitivamente, por la Ley del 3 de septiembre de 1821.

En 1823, fue propuesto al Congreso el primer proyecto de Código Penal, tomado -como decía su encabezamiento- con las variaciones necesarias, del que se presentó a la Corte Española, por una Comisión, en el año de 1821, es decir, del proyecto que luego se convirtió en el Código de 1822. No podía ser de otro modo, pues el proyecto Colombiano fijaba penas duras, como la de trabajos forzados; y marca con una "D" en la espalda, venganza, infamia, y muerte civil para los delitos que estuvieran reprimidos con penas perpetuas, más la pena capital en los casos de máxima gravedad.

El proyecto no fue considerado, ignorándose quién o quienes fueron sus autores.

5.5 EL REGIMEN PENAL BAJO LA DICTADURA BOLIVARIANA.

La no adopción del Proyecto de 1823 se debió, seguramente, a las resistencias que despertaban todas las iniciativas de origen Español. El cansancio y la repugnancia hacia todos los mandatos de la Corona, de un lado, y el reconocimiento de los derechos del hombre por las Leyes Francesas, de otro, determinaron la conversión hacia éstas, mirándolas no solo por su aspecto novedoso, sino por su conveniencia para las Naciones recién libertadas.

A fin de evitar confusiones, provocadas por la concurrencia de normas distintas, la Ley del 13 de mayo de 1825, Orgánica del Procedimiento Civil, tuvo que establecer expresamente:

Artículo 1°. El orden con que deben observarse las Leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos o militares, así en materias civiles como criminales, será el siguiente:

- Las decretadas o que en lo sucesivo decrete el Poder Legislativo.

- Las Pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos u ordenanzas del Gobierno Español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia del mismo Gobierno Español en territorio de la República.
- Las Leyes de la Recopilación de Indias.
- Las de Nueva Recopilación de Castilla.
- Las de las Siete Partidas".

El Artículo 5º , no reconocía las Leyes Españolas dictadas después de 1808.

La legalidad unificada que inició el Congreso de Angostura (1819), que tenía ya diez (10) años de elaboración constante, se rompió en 1819 con la dictadura de Bolívar.

La Gran Colombia estuvo regida entonces, especialmente en cuestiones penales, por Decreto y circulares del ejecutivo. Como era necesario un procedimiento sumario para juzgar a los enemigos del despotismo, el Decreto del 20 de febrero de 1828 lo impuso, considerando ser de absoluta necesidad prescribir fórmulas breves y seguras

para que sean castigados todos los traidores y conspiradores contra el Gobierno de la República, lo que no se puede conseguir, si los procesos siguen el curso ordinario de las Leyes, conforme lo acredita la experiencia.

El Decreto autorizó la pena de muerte contra los conspiradores, confundiendo la traición a la Patria con los delitos políticos, y ordenó, igualmente, confiscarles sus bienes, exceptuando la dote y la porción de la mujer y de los herederos forzosos (Artículo 2°). El Artículo 1° otorgó la competencia, para conocer de estos casos, a los comandantes generales de los Departamentos, a los comandantes de armas, y donde no los hubiera, a los Gobernadores de provincia. La sentencia se pronunciaba con dictámenes del auditor, y la falta de éste, con la de un asesor; y era ejecutada inmediatamente. Esto era todo el trámite requerido. Es decir, se prescindía de todas las normas y garantías procesales.

El Artículo 3°, declaró traidores a quienes, residiendo en Colombia, tomaran armas en favor de otra potencia e hicieran la guerra a las autoridades nacionales. así como a los que fomentaran la rebelión, y a los que tuvieran correspondencia con los enemigos y difundieran papeles de éstos.



Los Artículos 4° y 5° definían, como conspiradores de primera clase, a quienes secretamente se coligaran en favor del enemigo o contra las autoridades Nacionales; a los que fomentaran la conspiración; a los que no denunciaran una conspiración ya tramada. Estos últimos sufrían presidio hasta por ocho (8) años y destierro de la República hasta diez (10) años.

También sufrían pena de destierro los que, para seducir a los pueblos, esparcieran noticias falsas; los que, abusando de su ministerio, inspiraren desaliento o espíritu rebelde; y los que resistieren las órdenes del gobierno para salvar al país". (Artículo 6°).

El Decreto del 27 de agosto de 1828, "Orgánico de la Dictadura", ordenaba: "Ninguno será preso, sino por orden de autoridad competente, y en los casos determinados por la Ley, salvo en las penas correccionales que ordena la policía, o cuando lo exija el orden por delitos de Estado", precepto que desquiciaba toda la juridicidad perseguida a través de las Constituciones Provinciales de la Carta de Cúcuta, y que negaba toda una larga historia de lucha por la libertad.

El 13 de abril de 1829 se expidió, en Quito, otro Decreto que autorizaba a la Corte plena militar, "para consultar al Gobierno sobre delitos que no tengan pena señalada", lo cual -como dice QUIJANO- socavaba un principio eterno de justicia y de jurisprudencia".

Suplantada la Dictadura, el Presidente JOAQUIN MOSQUERA, derogó estos Decretos el 28 de julio de 1830, y declaró en vigor la Ley del 11 de agosto de 1824.

5.6 LEGISLACION PENAL DESDE 1837 HASTA LA CARTA DE 1886.

5.6.1 Antecedentes del Código de 1837: El Proyecto de 1833.

Tratando de reiniciar el camino de la legalidad, el general SANTANDER, desde que asumió el mando, el 7 de octubre de 1832, luego de la disolución de la Gran Colombia, y apoyándose en la facultad reconocida constitucionalmente al Consejo de Estado, impuso, y más aún, exigió, la elaboración del proyecto de Código Penal. Este proyecto fue presentado por los Consejeros en 1833; y sometido a la consideración del Congreso en 1834. ⁴⁴

44 CONSTITUCION del Estado de Nueva Granada 1832.

La exposición de motivos, hecha por el Consejo, resume las corrientes doctrinarias que influyeron en su elaboración. Comúnmente se admite que el proyecto se modeló sobre el Código Francés de 1810; pero justo es reconocer que, en muchas materias, de las tratadas en sus cuatro libros, se aparta de dicho texto, principiando por el rechazo de la división tripartita de crímenes, delitos y contravenciones.

Esta división -dijo el Consejo- seduce a primera vista y parece útil. Sin embargo, sus ventajas son efímeras y sus inconvenientes, positivos, porque tal delito con una circunstancia agravante será un crimen; y un crimen, con una circunstancia menos, vendrá a ser un delito. Además, la palabra delito se aplica a todas las infracciones maliciosas de la Ley, y por lo mismo en el proyecto se usa indistintamente de ella, sin hacer distinciones carentes de objeto.

De allí que el Consejo prefiera, inclinándose hacia la clasificación Romana, establecer, en los libros 3º y 4º, estos dos (2) grupos: Delitos y culpas contra la sociedad (es decir, contra la religión, contra la seguridad exterior del Estado, contra la tranquilidad social y el orden público, contra los funcionarios, contra la salud,

contra la moral, contra la hacienda Nacional, contra la fé pública); y delitos y culpas contra los particulares (homicidio envenenamiento, castración, aborto, incendio para matar, heridas, golpes y otros daños dirigidos contra las personas, exposición u ocultamiento y cambio de niños, ultraje, calumnias, injurias, libelos infamatorios, piratería, robo hurto, quiebra, estafas, engaños, abusos de confianza, despojos, etc.).

El libro 1º trata de las penas, la conspiración, la tentativa, etc., después de definir el delito como voluntaria y maliciosa violación de la Ley. El libro 2º trata de los delincuentes: Autores, cómplices, auxiliadores, encubridores, personas excusables, y las circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad.

5.6.2 Criterio sobre la Penalidad en los Autores del Proyecto de 1833.

El proyecto no aceptó la división entre penas represivas y correctivas, sino entre corporales y no corporales para estar de acuerdo con los Artículos 9º, 183 y 195 de la Constitución de 1832. Además, tales sanciones son divisibles, commensurables, ciertas, análogas, económicas y simples, porque son las más populares, ya que han si

do las que se han acostumbrado aquí.

El Consejo ha procurado determinar con exactitud y precisión en qué consiste cada una de las penas, para que ellas, en su aplicación, sean iguales, y para evitar la arbitrariedad que está, muchas veces, más bien en la ejecución de las sentencias que en las sentencias mismas.

En la pena de muerte ha querido el Consejo que, un aparato imponente, aumente su horror, para que, sin hacerla más gravosa a quien la sufre, produzca en la sociedad mejores efectos.

En los trabajos forzados, presidio, prisión y reclusión, ha querido que los reos trabajen continuamente, a fin de que sean más provechosas, ya porque los reos, de esta manera, se acostumbran a una labor, ya por la utilidad que de ella resulta en las dos (2) primeras para el Estado; y en las dos (2) últimas para los propios penados.

La exposición expresa inconformidad hacia las penas atroces por delitos que no quebrantan las bases de la socialidad, distanciándose una vez más del Legislador Francés.

Es verdad que, en Francia, la Asamblea Constituyente estableció la pena de prisión contra los falsificadores de moneda, delito castigado, hasta entonces, con la pena de muerte; y que, después del Código de 1810, restableció la pena capital. Puede mirarse como extraño que el proyecto Colombiano no pida la pena de muerte para castigar este crimen que las Leyes Romanas denominaban de Lesa Majestad, como lo hacen casi todos los Códigos del mundo. Nuestro sistema punitivo es inclinado a la moderación en este caso, acorde con el comentario que copiamos a continuación.

"En un siglo en que la dulzura de las costumbres ha hecho que reclame tanto contra la pena capital, y en un país en que todo reclama la conservación de los individuos y la economía de la sangre humana, parece que un delito que no arguye ferocidad de carácter, ni depravación de corazón, sino únicamente avaricia, debe ser castigado con las penas más análogas, a saber, la de trabajos y una multa proporcionada a los bienes del delincuente.

El falsificador no trata de turbar el orden público, ni usurpa la autoridad suprema. El deseo de la ganancia es el móvil de sus operaciones".

151

El Consejo no decidió incluir en el proyecto normas referentes a las transgresiones de policía, debido a la imposibilidad de unificar el tratamiento para hechos que tienen distinta resonancia, según la localidad donde se ejecuten.

5.6.3 Código de 1837.



El Gobierno del General SANTANDER, presentó a la consideración del Senado, en las sesiones de 1834, el Proyecto que preparó el Consejo de Estado. Durante más de cuarenta (40) sesiones, lo discutió la alta Cámara, que le introdujo modificaciones poco sustanciales, pero que demostraban, en todo caso, el deseo de expedir un Estatuto que respondiera, lo mejor posible, a las exigencias Nacionales.

El Proyecto quedó pendiente hasta que la Cámara de Representantes, en 1836, lo discutió también durante más de treinta (30) sesiones, en el curso de las cuales modificó más de cincuenta Artículos.

Pasó al Senado, en el mismo año, y esta Corporación introdujo más de ciento veinte (120) modificaciones a

ctros tantos Artículos, sin que terminaran así los debates, pues no hubo acuerdo entre las dos (2) Cámaras respecto a la adopción,

Después el poder ejecutivo los objetó. sólo en 1837 el proyecto se convirtió en la Ley del 27 de junio, con la cual se dictó el primer Código Penal Colombiano, cuyas normas fundamentales se mantuvieron, a pesar de los vaivenes administrativos, hasta que se implantó el Código de 1936, ya derogado. ⁴⁵

El Código de 1837, siguió la distribución del proyecto del consejo de Estado, sus definiciones sobre el delito, la conjuración, la tentativa, la adopción de las penas de muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión en una casa de trabajo, vergüenza pública, prisión, expulsión del territorio Nacional y confinamiento (Artículo 19). Aceptó igualmente, las penas no corporales; declaración expresa de infamia, privación de los derechos políticos y civiles, suspensión de los mismos, sujeción a la vigilancia de las autoridades, inhabilitación para ejercer algún oficio, privación y suspensión de empleos, arrestos, apercibimiento judicial, caución de buena conducta

⁴⁵ ARCHIVOS DEL CONGRESO.

y multa (Artículo 20).

La pena de vergüenza pública acarreaba la de infamia, la cual hacía parte de casi todos los derechos civiles y que imposibilitaba para ejercer toda suerte de cargos (Artículo 58). La vergüenza pública consistía en exhibir al delincuente sobre un asno, guiado del diestro, por el ejecutor de la justicia; quien pregonaba el nombre del infractor, su patria, el delito cometido etc.

El reo permanecía dos (2) horas sobre un tablado en la plaza pública, con la indicación de sus fechorias (Artículo 51).

5.6.4 Código de 1837 y la Pena de Muerte.



A pesar de que el Consejo de Estado y el Legislador se esmeraron por individualizar la pena, por definir bien los delitos, por establecer grados perfectos en la participación criminal, por clasificar las circunstancias modificadoras, cuestiones que marcan un avance considerable en la tecnificación de nuestro derecho, las penas incluidas en el Código reproducen tradiciones aberrantes, que hubieran podido superarse.

134

Expresamente, se propuso el Consejo atemorizar con el espectáculo del patíbulo; y el Código recogió esa proposición. Los Artículos 32 y ss. tratan del modo cómo ha de ejecutarse la pena del garrote en los condenados a muerte: Sobre un cadalso o tablado sencillo, pintado o forrado de negro, se colocará un banquillo para el reo, y en la parte superior, de modo que quede sobre la cabeza de éste, se pondrá un cartelón que, con letras grandes y visibles, anuncie su nombre, patria, vecindad, delito cometido y pena que se le impone.

El Artículo 34 dice: Los reos condenados a muerte serán conducidos al suplicio con túnica y gorro negro, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo llevará el ejecutor de la justicia, vestido de negro. Si el delincuente fuere asesino, llevará la túnica blanca y ensangrentada; si traidor, irá descalzo la túnica hecha pedazos, y las manos atadas a la espalda; si parricida, irá igualmente descalzo, con la túnica blanca y ensangrentada y desgarrada, con una cadena al cuello y con las manos atadas a la espalda.

En todo caso, los reos irán acompañados de los ministros de la religión, del subalterno de justicia que presida

la ejecución, del escribano y alguaciles, en traje de luto, y de la escolta correspondiente.

Además, desde que el reo salía de la prisión, hasta el momento de la ejecución, se tocaba a plegaria en todos los templos de la parroquia (Artículo 36), y se pregona el delito cometido. Ejecutada la sentencia, el cádaver debía permanecer expuesto al público durante dos (2) horas (Artículo 37). Quedaba prohibido poner cualquier señal en las sepulturas de los parricidas.

Los delitos políticos originaban la declaratoria de traición e infamia; y los autores, cuando estaban armados, sufrían la pena de muerte, y una multa igual a la quinta parte del valor de sus bienes (Artículo 146), equiparando esa acción con la de los asesinos y parricidas (Artículos 611 y 615), y la de los salteadores y ladrones (Artículo 612), en los peores casos.



5.6.5 Permanencia del Código Penal de 1837.

A pesar de las mudanzas políticas, especialmente las que dieron origen a la Constitución de 1853, y a la consiguiente erección de Estados independientes dentro del territorio neogranadino, la Ley del 27 de junio de 1837, se

bre Código Penal, continuó vigente, y en veinte (20) años sólo sufrió algunas modificaciones, de poca importancia en su mayoría.

La Ley 22 de mayo de 1843, estableció un procedimiento especial y penas distintas para las cuadrillas de malhechores; la del 25 de junio del mismo año impuso penas a los empleados que abandonaran sus destinos; la del 11 de julio de 1844 introdujo unas reformas judiciales; la del 26 de abril de 1845 reformó el Artículo 64 del Código Penal; la del 2 de junio de 1846 modificó la pena para el abigeato; la del 27 de mayo de 1847 cambió penas para los empleados de correo, colectores de rentas, etc., que se alzaran con los fondos públicos; la del 31 de mayo de 1849 fijó nuevas penas para los delitos de heridos y la del 27 de mayo de 1853, adicionó las Leyes Procesales.

Sin embargo, dos (2) disposiciones nuevas vinieron a revolucionar parcialmente los sistemas de penalidad y, en general, el tratamiento dado a los delincuentes políticos y a las infracciones de imprenta:

- La Ley del 26 de mayo de 1849, dictada durante la administración del General JOSÉ HILARIO LOPEZ, que supri

mió la pena de muerte para los delitos políticos, lo mismo que la de trabajos forzados, presidio, reclusión, prisión e infamia, y las reemplazó por la de expulsión del territorio de la República, El Artículo 5° de dicha Ley dice, además: Queda abolida la pena de vergüenza pública (para todos los delitos).

- La del 31 de mayo de 1851, compuesta por sólo dos Artículos. El Primero declaraba completamente libre la expresión del pensamiento por medio de la prensa, y el segundo derogó todas las disposiciones sustantivas y adjetivas sobre la materia. Esta Ley fué también obra de la administración de LOPEZ.

Con las dos (2) últimas medidas citadas, la libertad y la dignidad del hombre adquirieron un reconocimiento más amplio.

El 7 de abril de 1851, la Cámara de Representantes negó un proyecto sobre abolición de la pena de muerte para todos los delitos, presentado por ANTONIO MARIA PRADILLA, y tres (3) días después el Senado rechazó uno análogo presentado por SALVADOR CANACHO.



El General JOSE MARIA OBANDO, anunció, al tomar posesión de la Presidencia, en 1853, la abolición de esta pena y la fundación de una casa nacional de penitencia.

Por vez primera, la Ley del 4 de junio de 1851, estableció el jurado en los juicios criminales.

5.7 BASES ECONOMICO-SOCIALES DE LOS CAMBIOS PENOLOGICOS AL PROMEDIAR EL SIGLO XIX.

Los cambios penológicos registrados al promediar el Siglo XIX, responden a modificaciones estructurales de la sociedad Colombiana, que al fin comenzaba a sacudir la herencia económica del Coloniaje. Además, concuerda este sacudimiento con la agitación proletaria Europea, sin que pueda decirse, como frecuentemente se ha hecho, que las organizaciones artesanales Colombianas respondieron a este único incentivo.

LOPEZ DE MESA, alude a tales cambios, que confluyeron en una obra liberalizante, pero sin aplicar sus fuentes nu

46 ARBOLEDA, Gustavo. Historia Contemporanea de Colombia. Popayan Imprenta del Departamento 1930, Tomo III, Págs. 212, 375.

tráncias.⁴⁷

Para este autor, entre 1850 y 1852, se consumó la emancipación económica, social y cultural, que completó la emancipación política de 1810 y cuyas formas principales fueron: "Libertad absoluta de los esclavos, libertad absoluta de pensamiento, libertad absoluta de iniciativa, libre cambio, libre comercio, libre portación de armas, desestanco de industrias, alivio de tributos y monopolios, regulaciones de la moneda, navegación fluvial, institución del jurado de conciencia, sufragio universal, reforma de Códigos, abolición de la pena de muerte, de la pena de oprobio y de la prisión por deudas; separación de la Iglesia y el Estado; aparición de textos lectivos autóctonos, de ciencias administrativas, entonces, o un poco antes de SANTIAGO ARROYO, LINO DE POMBO, CERBELEON PINZON, FLORENTINO GONZALEZ, y, por sobre todas las cosas la organización de la Comisión Corográfica, con AGUSTIN CODAZZI, MANUEL ANCIZAR, CARMELO FERNANDEZ, RAMON GUERRA AZUÓLA, ENRIQUE PRICE, JOSE JERONIMO TRIANA, SANTIAGO PEREZ y otros, como MANUEL MARIA PAZ, MANUEL PONCE DE LEON y... FELIPE PEREZ".

47
ARROYO

160

ANTONIO GARCIA, explicó la causa de la ruptura de estos resultados, diciendo cómo, desde 1845, marchaba aceleradamente el proceso de fortalecimiento de la economía artesanal, como piso de las manufacturas ciudadanas.

"Dentro del taller, libre de los vínculos que lo mantenían atado a los veedores del Cabildo y a las cofradías religiosas, se fragua una clase levantisca y batalladora, independiente y agresiva, que reclama para sí un puesto activo en la República. La independencia económica del taller artesano en el mercado interno y sus nuevos papeles frente a las débiles corrientes del mercado internacional, le empujan hacia la independencia política; esa presión social halla sus causas regulares en las sociedades democráticas y en el club revolucionario, antes que en el partido".⁴⁸

Los conflictos sociales de entonces buscaban en el socialismo las fórmulas salvadoras, pero no en un socialismo científico, sino en un vago y sentimental, tendiente a buscar la "armonía entre los hombres", como lo expresó

⁴⁸ GARCIA, ANTONIO. Gaitan y el Problema de la Revolución Colombiana. Ed. Imprenta Nacional, 1955, págs. 76, 77.

un documento de la época, en los siguientes términos:

"Entendemos por socialismo el conjunto de medios que de ben hacer cesar ese estado de languidez que postra y consume las Naciones, y la mala inteligencia que reina entre sus miembros, tanto por las equivocaciones arraigadas como por el choque de intereses.

Su fin mediato es la transfiguración de la humanidad por la justicia, la belleza, la salud, la riqueza, la armonía; su fin inmediato es la explicación del pauperismo, el aumento de la riqueza, la difusión de las luces, la abolición de la prostitución, la consolidación de la salud, y el bienestar.....Nadie niega el mal, y los mismos que se hallan al frente del gobierno reconocen que hay algo que hacer. Mas entretanto nada hacen, y cuando más, se ciñen a prometer reformas muy limitadas e importantes, expedientes sin resultados, apenas momentáneos puntales frágiles y apolillados para sostener un edificio que amenaza ruina".

Este socialismo romántico tuvo que ver con el auge del artesanado como clase activa, organizada ampliamente para la defensa de sus intereses. Antes de promediar el

el Siglo XIX, pero en todo caso después de haberse proclamado la independencia política de España, los artesanos habían logrado cierta preeminencia en la vida nacional, particularmente en la capital de la República, hasta el extremo de que JOSE EUSFRIO CARO en 1839, deploraba que los trajes y zapatos que antes confeccionaban para gentes acomodadas, los vestían y calzaban los propios sastres y zapateros.

La apertura de la aduana afectaba a esta clase, que rápidamente adquirió conciencia de Patria. Fue así como sintió una profunda ansiedad ante la decadencia de sus ingresos y ante la pérdida de libertad. Lo que explica, observa JAIME JARAMILLO URIBE. "El radicalismo de sus campañas y luchas políticas, y sobre todo, el encono con que combatían a los sectores sociales que iban tomando la vanguardia en la burguesía comerciante, y la tenacidad con que luchaban contra el liberalismo económico que favorecía los intereses de aquella". 49

49 MIGUEL ANTONIO CARO. Carta a Esequiel Rojas, sobre la Recopilación General de los Granadinos. Revista Antioquia 1951.



La suerte quiso, dice GERARDO MOLINA, que la generación rebelde de mitad de Siglo, recibiera simultáneamente dos mensajes contradictorios en muchos aspectos. "Si el de 1879 era individualista, si partía de la base de que el hombre es titular de derechos imprescriptibles y de que en la sociedad rige un orden natural que deja el Estado sin tareas, si él estaba bañado en un optimo incurable, pues creía en el progreso indefinido, ahora, en 1849, llegaban ecos de acontecimientos rebosantes de esencias comunitarias, porque ya el viejo mundo conocía los rigores del capitalismo, con su séquito de crisis periódicas y de protestas de los desamparados. El dualismo Estado-individuo principiaba a romperse por la aparición de grupos intermedios -asociaciones de diversa naturaleza grupos que inspirándose en un socialismo impreso, pedían la presencia activa del Estado, para corregir los desniveles en el sentido de la justicia".

Sin embargo, los intérpretes de este período histórico no se llamaban todos socialistas. Decían que su misión era atacar el mal por raíz; y de allí el que prefieran la denominación de radicales, con lo cual designaban también una mística por el progreso industrial, un odio al truísta contra la pobreza y los medios de explotación colonial. JOSE MARIA SARRA, definió este movimiento como una

una mezcla extraña de las más adelantadas doctrinas liberales, de acuerdo con la Escuela Económica; y de algunas vagas concepciones, o más bien declaraciones de un socialismo democrático, mal comprendido y dirigido, consistente más en el lenguaje y el estilo que en las ideas y los hechos.

Los rasgos dominantes en el radicalismo eran: una gran sinceridad de convicciones y entusiasmo; una fé profunda y casi ciega en la justicia y la lógica de la libertad; un espíritu ardiente de reforma que a todo se atrevía; y un generoso sentimiento de filantropía y de probidad política, que hacía desear a los radicales libertad para todos, sin distinción de clase ni de partido".⁵⁰

Fue, pues, la transformación de la economía neogranadina hacia la mitad del Siglo XIX, el factor decisivo contra el atraso mental, lo que creó nuevas preocupaciones en todos los órdenes, incluyendo el penal. Se modificaron muchas sanciones atroces y se suprimieron otras, como la de la muerte. La imaginación desbordada de los dirigentes rechazó los suplicios y procedimientos rigurosos; mi

50
CARO



165

rando en ellos remanentes del pasado que era necesario exterminar para construir la República ideal., con ricos y pobres, pero no con miserables y hambrientos. Sin embargo, las medidas tomadas por el radicalismo, en nombre del progreso indefinido de los hombres, de la libre competencia y de la libre iniciativa, fueron la entrega de la industria autóctona, que quedó absorbida por los productos extranjeros. Con todo, en el campo Penal, permanecieron las Leyes benéficas a que nos hemos referido antes". 51

5.8 CODIGO PENAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA (1873).

La humanización de las normas Penales vino a ser completa con el Código Penal de 1873, dictado sobre las declaraciones de la Constitución de Rionegro (1863), que comprometió a las Repúblicas integrantes de los Estados Unidos de Colombia a respetar estos principios: La inviolabilidad de la vida humana (Artículo 15, número 1°)

51 OSPINA, Vasquez Luis. Industria y Protección en Colombia, 1810, 1930. Ed. Santa Fé, 1955.

166

no establece penas corporales por más de diez (10) años (Ibídem, número 2°); la libertad absoluta de imprenta, de locomoción, de industria, de instrucción, de religión, de profesión, de asociación, y hasta de comerciar con armas y municiones.

La Carta Rionegrina garantizó también la igualdad, el Derecho de propiedad y la seguridad personal, "de manera que no sea atacada, impunemente, por otro individuo o por la autoridad pública; ni ser presos o detenidos si no por motivo criminal, o por vía de pena correccional; ni juzgados por comisiones o tribunales extraordinarios; ni penados sin ser oídos y vencidos en juicio; y todo esto, en virtud de Leyes preexistentes". (Artículo 15).

Consecuentemente con estos principios, que se anticipaban en muchos años a los que iban a sostener la moderna política criminal, el Código de 1873, eliminó radicalmente la pena de muerte y todas las infamantes, y redujo las corporales, así; "La pena de presidio no podrá pasar de diez (10) años" (Artículo 38); "la pena de reclusión no podrá pasar de ocho (8) años (Artículo 41); "La pena de prisión no podrá pasar de cinco (5) años (Artículo 44); "La expulsión del territorio de la República nunca podrá pasar de diez (10) años" (Artículo 46)

107

"el confiamiento no podrá pasar de cinco (5) años" (Artículo 47), y otras medidas análogas.

El Código garantiza todos los derechos que tan liberalmente reconocía la Carta de 1863, especialmente los delitos contra la libertad de imprenta (Artículos 457 y 458) y contra la libertad de conciencia. El Artículo 550 declaró reos de delito de intolerancia a los que pretendieran hacer cambiar de creencias religiosas o de cultos a otras personas, o a los que perturbaran pública y privadamente a otro en el ejercicio de su culto.

Por lo demás, en la parte general y en la especial, el Código de 1873 (Ley 112 del 26 de junio de dicho año) siguió los lineamientos del Código de 1837. Sin embargo, dividió los delitos en políticos, de responsabilidad y comunes o privados (Artículos 22). Los primeros son "los que se cometen, sea por los empleados o funcionarios públicos, o por los particulares, contra el orden general de la Unión, su seguridad interior o exterior"; los segundos, "los que cometen los empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus destinos y en razón de que este ejercicio"; y los últimos, "los que cometen los particulares, en calidad de tales, contra otros particulares o en su perjuicio, aun cuando el que los perpetro

sea empleado público".



5.9 NORMAS PROVISIONALES DE LA "REGENERACION"

Sintiéndose dueño del país el movimiento llamado de Regeneración, y reunificada la República según la Carta del 4 de agosto de 1886, se pensó en la elaboración de nuevos Códigos que respondieran al espíritu reaccionario triunfante. Sin embargo, mientras esa tarea llegaba a su culminación, el Artículo H de las disposiciones transitorias, dispuso que "mientras el Poder Legislativo no resuelva otra cosa, continuará rigiendo, en cada Departamento, la Legislación del respectivo Estado"; y el Artículo J, ordenó que se aplicara el Código Penal del extinguido Estado de Cundinamarca, sancionado el 6 de octubre de 1858, "si antes de la expedición de la Ley a que se refiere el Artículo H, hubieren de ser juzgados algunos individuos como responsables de algún o de algunos de los delitos de que trata el Artículo 29".

El Artículo 29 se refería a los siguientes delitos: traición a la Patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las Leyes del ejército. Para todos éstos, el mismo Artículo

169

29 autorizaba la pena de muerte, la cual no podía aplicarse a los delitos no enumerados en él, ni a los políticos (Artículo 30).

De 1886 a 1890, en que se expidió la Ley 19, sobre Código Penal, rigieron las normas de los extinguidos Estados Soberanos; pero como estas no autorizaban la pena de muerte, cuando ocurriera el caso de aplicarla a los responsables de los delitos mencionados en el Artículo 29 de la Constitución, debía seguirse el viejo Estatuto Cundinamarqués, que sí la reconocía.

6. LA LEGISLACION PENAL DE 1890 Y EL CODIGO DE 1936

6.1 ANTECEDENTES DEL CODIGO DE 1890

6.1.1 El Proyecto del Doctor Demetrio Porras.

Al unificar la Legislación Civil y Penal de acuerdo con la Ley 57 de 1887, entró a regir en todo el país, y en forma completa, el mismo Código de Cundinamarca de 1858, modificado sustancialmente, por la Ley que lo adoptó y después por las Leyes 67 y 153 de 1887, y la 134 de 1888.

En este último año, el consejero de Estado DEMETRIO PORRAS, presentó a la corporación de que era miembro, un proyecto para la parte general que, junto con su exposición de motivos (249 páginas), fue publicado en Bogotá de 1889.

Si la Legislación Penal - decía PORRAS - debe ser la ex

(771)

presión exacta de las necesidades sociales, es indispensable sustituir el Código de Cundinamarca por insuficiente y porque no responde a los principios de la justicia combinados con los progresos del Derecho. La Ley 57 de 1887, sobre adopción de Códigos y unificación de la Legislación Patria, que conserva en vigor la pena de infamia, abolida en casi todos los países, es una Ley transitoria.

En tal situación, pensaba PORRAS que era preciso legislar aprovechando el proyecto de ZANARDELLI, Ministro de Justicia de Italia y el proyecto de PASCUAL ESTANISLAO MANZINI, los cuales, refundidos que sean, ejercerán influencia poderosa en la Legislación Penal de las demás Naciones, como la han ejercido MONTESQUIEU, BECCARIA, ROMAGNOSI, BENTHAM y ROSSI sobre las doctrinas".

6.1.2 Bases Doctrinarias del Proyecto de Porras.

Sí bien el proyecto de PORRAS tuvo la unidad sistemática que le comunicaron sus modelos, la exposición explicativa de los fundamentos doctrinarios es una pieza prolija, ampliamente informada; pero que refleja, indiscriminadamente, distintos criterios sobre el delito y la pena. De extracción clásica ortodoxa, el autor no sospechó la

existencia de las fuentes positivas. siquiera fuera para apartarse de ellas; pero tampoco reconoció a la persona, individualmente considerada, las garantías que habían constituido la razón de ser de la Escuela de CARRARA.

Las consideraciones de que fué objeto el ciudadano en el Código de 1873, se suprimieron en el Proyecto, tratando de revivir institutos anticuados, como la pena de muerte, y otros rigorismos abolidos por el constituyente rionegrino.

Al lado de los principios liberales de CARMIGNANI y CARRARA, fundados en oposición al absolutismo de las penas descúbrese en la exposición de PORRAS otros, como los de ROSSI, para quien el delito es el desconocimiento de un deber, y los de KANT. El autor es Kantiano cuando funda el Derecho Penal sobre un principio único, inmutable y eterno, cual es el de la razón misma del derecho de castigar. Pero se aparta del Kantianismo cuando reconoce a la sanción su objetivo más obvio, según la escala clásica: "no la venganza privada ni la vindicta pública, sino la enmienda y la corrección".

PORRAS es liberoarbitrista, a la manera de ROSSI, CARMIGNANI Y CARRARA. Con el primero, dice que las sanciones

penales son indispensables, ante la insuficiencia de las civiles, y que el objeto de aquellas como relación jurídica, es la infracción de la Ley, así como el sujeto es el hombre que, obrando libremente, las haya infringido.

Con el segundo, divide los delitos por su cualidad, su cantidad y su grado. Y con los tres autores citados, admite que:

- La calificación del delito procede de la Ley Penal.
- Es necesario que haya una Ley infringida para que exista delito.
- La infracción ha de realizarse libre y voluntariamente y con malicia.
- Debe descartarse la analogía.

También recoge la teoría de CARMIGNANI sobre las dos fuerzas concurrentes: la física y la moral "el delito principia por un fenómeno psicológico y abarca por esa relación que es perceptible a los sentidos. Malicia y acto: He aquí los dos polos sobre los cuales gira el concepto de criminalidad".

174

Como todos los clásicos, divide a los delincuentes en imputables y no imputables. Acepta la acción pública para los delitos y la privada para reclamar indemnización; discute sobre la tentativa, el delito frustrado, la Ley Penal, la extradición, lo mismo que sobre otras materias de la parte general; y enumera cada una de las penas: muerte, reclusión, prisión, arresto mayor, extrañamiento, relegación, destierro, inhabilitación absoluta y especial, multa, arresto menor ó interdicción civil (artículo 41 del proyecto).

Lo que entraña una novedad es la proporción de responsabilidad penal para las personas morales (artículo 29 ibidem), que el autor explicó así:

"La responsabilidad criminal por los delitos y faltas es individual."

"Pero cuando los delitos cometidos por individuos que constituyen una entidad o personalidad jurídica, o forman parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, sean ejecutados por medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que

corresponden a la administración, decretaran en la sentencia la suspensión de las funciones de la personalidad jurídica, sociedad, corporación ó empresa, ó su disolución o suspensión según proceda.

"Las empresas o publicaciones periódicas solo quedaran sujetas a suspensión o disolución por los delitos expresamente señalados en este Código."

6.2 CRITERIO QUE INSPIRO EL CODIGO DE 1890.

El Consejo de Estado estimó que el proyecto del magístra do PORRAS, no era adecuado a la situación nacional; y dispuso pasarlo en comisión a otro de sus miembros, JUAN PABLO RESTREPO, para que lo revisara y corrigiera antes de recomendarlo al gobierno. RESTREPO, fué adverso a la adopción de un nuevo estatuto, y en lugar de éste propuso refundir los preceptos vigentes y las Leyes modificadoras, empleando un casuismo infecundo que relegó las doctrinas sustentadas por PORRAS, quien debido a su formación clásica, ocupaba una posición definida con plena conciencia de sus repercusiones en todos los campos. Es por ello un jurista, al paso que RESTREPO es un simple recopilador, arbitrario, sin armazón filosófica. El primero es un científico; el segundo es un artesano de

las normas, sin sentido creador. Mientras aquel analiza los principios filosóficos del derecho de castigar y pese a la inestabilidad de que antes hemos hablado, es te mira las conveniencias del momento y va juntando trozos de legislación, para hacer el mosaico jurídico que fué tan del gusto del Congreso de 1890.

RESTREPO mismo lo advierte en la exposición de motivos con que acompañó su recopilación: "En lo Penal, como en las demás ramas de la legislación, me parece que nuestra más urgente necesidad consiste en revisar rápidamente lo que existe, y compilarlo en un solo cuerpo, armonizando sus diversas partes, llenando los vacíos que se noten, y haciendo las variaciones parciales o secundarias que se crean convenientes y que no alteren el plan general de lo que hoy existe.

Cuando tengamos eso, será la ocasión oportuna de estudiar minuciosa y prolijamente algunas de las reformas que se introduzcan en otros pueblos, para ver si conviene o no ensayarlas poco a poco en el nuestro. Tal es la base principal que he tenido en mira en la formación de este proyecto.

Lo fundamental a que alude RESTREPO, es el Código de 1837 cuyas severas normas penológicas, atenuadas por el

177

Código de 1873, volvían a reproducirse.

6.2.1 Código de 1890.

Casi sin discutirse en el Congreso, la recopilación de RESTREPO, elaborada - como dijo él - en "trabajo ejecutado por uno de nuestros más hábiles jurisconsultos, el doctor RAMON MARTINEZ BENITEZ, cuya temprana muerte nunca será suficientemente deplorada, se convirtió en la Ley 19 de 1890".⁵²

Con algunas modificaciones, especialmente la de la abolición de la pena de muerte, por el acto legislativo número 3 de 1910, el Código de 1890 tuvo validez hasta el 10. de julio de 1938, en que comenzó a regir el Código dictado en 1936 (Ley 95 de dicho año). Por su origen y por la forma como se expidió, el Código - a juicio de JOSE VICENTE CONCHA - no fue armónico, "de donde resultaron incongruencias y aun contradicciones graves que en la práctica judicial dan por resultado verdaderas injusticias, por la comparación de las diferentes penas

⁵² PROYECTO de Código Penal de Demetrio Porras. Ed. Imprenta Nacional.

señaladas a hechos criminosos de diversa gravedad.

Un ejemplo de los conceptos arcaicos que inspiraron la obra de RESTREPO, es el que trató de justificar las penas por delitos contra la religión.

"La Legislación mosaica -dijo, inspirada por Dios para el régimen del pueblo hebreo, castigaba con la supresión de la vida al blasfemo. Ni aún en los tiempos presentes podría tacharse de injusta esa severidad, pues es claro que no merece disfrutar de la vida el que insulta al ser a quien se la debe. Pero las calamidades de los tiempos han sido tales, que ha llegado casi a dejarse en la impunidad completa, pues el Código vigente solo castiga la blasfemia pública, y eso con la insignificante pena de uno (1) a cuatro (4) meses de prisión.

El proyecto eleva la pena de reclusión por uno (1) a cuatro (4) años, y todavía es muy poco, pero si de un golpe se eleva más, se corre el peligro de fomentar la impunidad por la repugnancia de aplicar las penas que se creen demasiados severas, aunque esa creencia sea errónea e infundada.



6.3 LEY 109 DE 1922 Y EL PROYECTO DE CONCHA DE 1912.

La necesidad de cambiar el régimen existente se cristalizó en el proyecto presentado al Congreso de 1912 por JOSE VICENTE CONCHA, quien tomó, por modelo, el Código Italiano de 1890; pero introduciendo a la vez, en él, cuantas modificaciones se han creído necesarias, en lo referente al Derecho Penal General, en lo tocante al desarrollo de principios no aceptados aún universalmente, o que son materia de discusión entre juristas; así como en lo relativo a la parte especial en que se trata del señalamiento de penas para los diferentes delitos, materia en que por necesidad han de diferir las dos legislaciones, habida consideración a la circunstancia de los pueblos para los cuales se legisla, a sus disparidades de carácter, al grado de sus civilizaciones, y aún a ciertas condiciones etnográficas ⁵³.

Tal vez los estudios penales atravesaban en Colombia una época de decadencia, que no permitía formar un buen am

53 CONCHA, José Vicente. La Reforma Penal en Colombia. Imprenta Nacional 1924.

biente a semejante reforma, y quizás el temor a las innovaciones o el desvío por estas disposiciones, no permitieron que se llevara adelante. Es lo cierto que solo diez años después es decir, en 1922, se pensó seriamente en aprobar el proyecto de CONCHA, y, efectivamente, se aprobó por medio de la Ley 109, que debía entrar a regir el 1o. de enero de 1923.

"Pero para esa época había cambiado ya sustancialmente la situación en el mundo científico penal; entre 1900 y 1914 se había publicado los anteproyectos del Código Penal para Austria, Suiza y Alemania, fundados en principios y postulados totalmente diversos de los que informaban en el Código Italiano de 1890; y aunque durante la gran guerra se suspendieron en todas partes las actividades de la reforma penal, de 1918 en adelante se reanudaron con mayor ahínco".

En esta circunstancia, la Ley 81 de 1923 prorrogó, hasta el 1o. de enero de 1925, el término señalado para que entrara a regir la Ley 109 de 1922, y creó una Comisión revisora de la misma. La Comisión resolvió que era indispensable elaborar un nuevo Estatuto, pues, entonces, habían surgido corrientes como la positivista, que inspiró el proyecto Italiano de 1921.



6.4 ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL CODIGO DE 1936

Consecuente con este punto de vista, la Comisión entregó otros proyectos en 1925, que no fue considerado por el Congreso y que, aunque no era rigurosamente positivista, mereció los elogios de FERRI. Se tomó del proyecto italiano el reconocimiento de causas de imputabilidad y causas de justificación, así como la exclusión de responsabilidad para el demente, si bien autorizaba el tratamiento positivista de internarlo en un manicomio criminal.

Lo mismo que el Código de 1936, el proyecto de 1925 se apartaba del de FERRI, en la falta de unificación del concepto sobre sanciones, y estableció, de un lado, penas, y de otro, medidas de seguridad.

Inexplicablemente, el Gobierno no le dio curso a este proyecto, y en 1926 contrató una misión extranjera, compuesta de modestos funcionarios Italianos (presididos por ANTONIO CORDOBA, sustituto del procurador del Rey en Milán) que ignoraban totalmente las condiciones de nuestro ambiente, y que vinieron al país con el ánimo preconcebido de suprimir las modernas tendencias que tenía el

proyecto de 1925, y de regresar al de 1912, como, en efecto, lo hicieron en el proyecto presentado en agosto de 1927, que el mismo -ENRICO FERRI calificó de paleontología jurídica, comoquiera que eliminaba del Código Penal las medidas de seguridad, y todas aquellas innovaciones de que no carece ninguno de los proyectos de reforma presentados en los últimos veinte (20) años, en los diversos países del mundo civilizado.

El Jefe de la Comisión hizo somera exposición de motivos sobre el contenido de los preceptos, la cual se publicó en doble columna, al frente de cada uno de estos: El Artículo 9º definía el delito conforme al Código Italiano de 1890, así: "No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituye, a menos que la Ley disponga otra cosa como consecuencia de una acción u omisión, aunque no se demuestre que se quiso cometer un hecho contrario a la Ley".

Recomendando este texto, dijo CORDOBA en la exposición que: "La fórmula representa la última expresión jurídica de la responsabilidad penal, porque pone como fundamento de ella la voluntad de cometer el hecho, evitando los peligros de otras fórmulas, como aquella de la voluntad determinada o sea necesaria, que podría dar lugar a

muchas distinciones y a fáciles absoluciones".

Así se paralizaron los trabajos de reforma hasta la expedición de la Ley 20 de 1933, que organizó, a principios de 1934, la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, encargada de elaborar un nuevo proyecto, definitivamente aprobado por la Ley 95 de 1936.

6.4.1 Principios del Código de 1936, según los Redactores y las Comisiones del Congreso.

Al entrar el proyecto en 1935, los redactores explicaron así las bases teóricas de él:

"Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad sicofísica como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente.

"Por las mismas razones, y sin desconocer la importancia que tiene el estudio del delito como ente jurídico, propone la Comisión la adopción, de disposiciones que exijan el estudio del delincuente como personalidad antisocial y permitan la aplicación de las sanciones, teniendo en cuenta no solo la objetividad de los hechos, sino los motivos determinantes, que caracterizan al agente y la personalidad de éste.

"Adoptada la actividad sicofísica como base o fundamento de la imputabilidad penal y la peligrosidad social como medida de la responsabilidad, era consecuencia ineludible que el título de las sanciones no contuvieran sólo la reglamentación de lo que tradicionalmente se ha llamado pena y que exclusivamente se ha venido aplicando a los normales sanos de mente, con un contenido menos de simulado de explicación o sufrimiento, sino que comprendiera también la reglamentación de la llamada de seguridad, que deben aplicarse a los que en el momento de cometer el hecho sean menores de cierta edad, o se encuentren en estado de anajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia, o padezca de grave anomalía síquica".

Después de expedido el Código Penal de 1936, sobre las

bases doctrinarias expuestas por la Comisión redactora, los menores quedaron fuera del régimen punitivo común, en virtud de la Ley 83 de 1946, que creó una jurisdicción tutelar específica para ellos.

Sobre los errores y aciertos de estas concepciones frente a los casos concretos, informan los estudios de este Tratado. A medida que vayamos viendo las materias, iremos exponiendo nuestra opinión sobre las mismas, y trascribiendo el juicio que se formaron los redactores y que determinó la aprobación del Estatuto. Las modificaciones ulteriores son también objeto de interpretación especial. Las que se le hicieron por Decreto Extraordinario, fueron incorporadas ya al ordenamiento permanente de la República, en virtud de la Ley 141 de 1961.

La Comisión que estudio el proyecto en el Senado, lo encontró ampliamente satisfactorio, y declaró que convenía a los anhelos Nacionales, agregando que "es brillante por la armonía que guarda a través de todas sus disposiciones, y por la forma doctrinaria y científica en que se inspiran todas ellas".

Sobre el principio de la responsabilidad social, recalcó la Comisión del Senado: "Abandonando el antiguo cri

terio de la imputabilidad moral, como única base de la responsabilidad penal, y que traía por consecuencia el que los delincuentes más peligrosos, como los locos, se quedaran por fuera de toda acción penal, el proyecto adopta un criterio más real, más humano, más positivo, ó sea el de la responsabilidad, con lo cual se obtiene una eficaz represión de la delincuencia.

Con el mismo criterio el proyecto contiene una serie de disposiciones que facilitan el estudio del responsable como personalidad antisocial, de modo que la sanción se aplique teniendo en cuenta de preferencia, no tanto las circunstancias objetivas en que se haya cometido el hecho, cuanto los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que sirven para satisfacer su personalidad.

Si bien es cierto que el proyecto toma como base de la responsabilidad penal la actividad sicofísica y la peligrosidad, no por eso confunde a todos los delincuentes para aplicarles las mismas sanciones en su cantidad y naturaleza, sino que aplica a los delincuentes normales verdaderas penas, no con fin de persecución, venganza o expiación, sino de reforma y readaptación social, y para los delincuentes anormales establece medidas de segu

ridad, que reglamenta muy científica y adecuadamente".

Por su parte, la comisi6n de la C6mara de Representantes insistió en el mismo significado de la nueva Ley, en estos términos:

"El C6digo Penal que nos rigi6, obra de un Siglo de existencia, apenas retocada al fulgor tr6gico de la Regeneraci6n, se inspira, como que naci6 antes del nuevo Derecho Penal, en el viejo principio de la indefinida metafisica cl6sica, seg6n el cual el hombre, como ser ideal, era libre, esto es, due1o y se1or de sus actos, de los cuales, como ser inteligente, y solo en cuanto tal, debia responder".

"El proyecto que vamos a estudiar no podía ser eso: aquí el hombre no es el sér de los filósofos cl6sicos, sino el complejo de la filosofía positiva. Aquí el libre albedrío, la libertad de obrar, para tomar las palabras de un gran penalista, no sufre tan solo a veces eclipses momentáneos, si no oscuridad completa, noche tenebrosa por obra de agentes de naturaleza fisiológica, de fuerza que siente el hombre desencadenarse, súbita y repentinamente, y para cuyo dominio habrá de reconocer su importancia.

Por esa razón, el delito no es ya la libre voluntaria y maliciosa violación de la Ley. Ya el delito es una acción antisocial, y bajo el genérico nombre de delincuentes podremos encontrar los criminales natos, los pasionales, los de ocasión, los habituales y los locos.

Y es que a consecuencia de estos principios, ya el delito no puede tenerse como producto de la voluntad: es la manifestación de un estado antisocial peligroso en el hombre cuerdo como en el anormal, en el incorregible y en el que no lo es. 54

Como se ve, la inspiración que tuvo el proyecto fue positivista ortodoxa. Hasta las palabras usadas por los redactores y los miembros de las comisiones parlamentarias parecen sacadas de las mas vibrantes páginas de FERRI. La negación de la voluntad humana, la impunidad fundada en la peligrosidad, la clasificación de los criminales, admitiendo ciegamente entre ellos a los "natos" o "incorregibles, constituyen el legado del po

54 INFORME, Presentado por la Comisión Encargada de Estudiar el Proyecto de Código Penal de 1936. Archivo Congreso Nacional.



189

sitivismo, a su vez convertido en clasicismo, por la acción superadora social y por las nuevas ideologías que surgen de estas. Las exposiciones transcritas aceptan ese legado sin beneficio de inventario. Pero los criterios de interpretación, esencialmente dinámico y progresistas, llevan la jurisprudencia y doctrina de los tratadistas a conclusiones menos presurosas, como lo veremos en cada oportunidad.

Además el texto de las disposiciones penales no reflejó exactamente ese espíritu. La peligrosidad, por ejemplo, no quedó como medida de la responsabilidad, ni menos como base para imputar los delitos, sino como una simple circunstancia de atenuación agravación.

Se observaron, además, otros puntos, aunque de menos importancia, pero también deficientemente tratados, como, por ejemplo, al referirse a la pena no ordenó el Código, que fuera aplicada según las clases de infractores propuestas por el positivismo, sino con un criterio distinto, como es el que resulta del Artículo 36. La agrupación de los delincuentes está insinuada, más no toma en cuenta la doctrina de FERRI, sino la que resulta de una correcta observación penitenciaria.

6.5 PRINCIPIOS DEL CODIGO PENAL DE 1980.



El Código Penal Colombiano de 1936 fue, en cierta forma, como se dijo antes, reflejo de la lucha ideológica que, en Italia, libraban las escuelas clásicas y positivas esta última condensada en el proyecto de FERRI de 1921; por ese resulta fácil encontrar en el Código de 1936, normas textualmente tomadas de aquel proyecto, al lado de otras de orden eminentemente clásicas.

Si bien es cierto que el Código Penal de 1936, respondió a una realidad jurídica, no es menos cierto que, hoy, el derogado Código Penal está bien alejado de ella y que, ante las grandes innovaciones de la doctrina, la jurisprudencia y la Ley Penal contemporáneas, se imponía una actualización de nuestro Estatuto punitivo, como son la Dogmática Penal que ha sustituido la concepción positivista del delito y la declaración de los derechos humanos que han penetrado a nuestro acervo cultural, con una fuerza vinculante mediante la Ley 74 de 1968. Tales antecedentes impiden la aceptación de la responsabilidad objetiva y de la peligrosidad como fundamentos de la pena y asientan el delito sobre el supuesto de que es una conducta típica, antijurídica y culpable.

De allí que el concepto de la pena en el Código Penal derogado no señalaba en forma expresa, sino que se deducía de las orientaciones políticas, filosóficas y jurídicas provenientes de los institutos que lo componían, y de las características que, en general, le imprimían su carácter; y como el Código antiguo se informaba, fundamentalmente, por las tesis y criterios de la Escuela Positiva del Derecho Penal, los penalistas que los estudiaron, son uniformes en sostener que el objetivo de la sanción criminal era la prevención, la reeducación y la resocialización del delincuente, a quien se le aplicaba la pena en vista de su peligrosidad social. Esta condición funcionaba como fundamento y medida de ella, estando todo guiado hacia la llamada defensa de la sociedad y la readaptación del delincuente.

En cuanto a los anormales en el Código Penal derogado se perseguía su curación, pero se entendía que las medidas de seguridad tomadas, en cada caso concreto, eran una forma de sanción criminal y se aplicaban de acuerdo a la pena y al delito cometido.

Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el cambio en la orientación del Estatuto Punitivo ha sido favorable, ya que su columna vertebral es la culpabilidad, so

192
bre la cual se excluye todo concepto realmente anacrónico, como lo es la idea positivista de peligrosidad, abandonada ya en todo el mundo.

Es conveniente advertir, sin embargo, que no se trata de un imposible retorno al pensamiento clásico en el sentido Carrariano.

Tampoco el nuevo estatuto tiene raíces en el pensamiento Kantiano conforme al cual la pena se concibe como un imperativo categórico. Ni menos como la teoría de la nueva negación, de HEGEL, en la cual se concibe el delito como negación del derecho, y la pena como negación del delito.

Las normas penales no tienen ya sentido absoluto y excluyente; pero resulta claro que deben tener carácter expiatorio, aunque no sea esa la única finalidad.

La expiación, o la retribución al igual que la prevención, son criterios que deben conjugarse en la concepción contemporánea de la pena.

El estatuto punitivo actual se construyó sobre la tesis

de que no puede haber pena sin culpa, no se sanciona al individuo porque sea peligroso sino en cuanto es culpable y ha realizado una conducta socialmente reprochable; la culpabilidad adquiere la categoría de fundamento y medida de la pena; la cantidad del castigo se establece con base en el grado de culpabilidad. Por eso el actual estatuto punitivo en el artículo 12 dice que la pena tiene una función retributiva, preventiva, protectora y re-socializadora, y que la medida de seguridad sólo persigue fines de curación, protección y rehabilitación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior podemos concluir que el Código Penal actual no se matricula en ninguna escuela, si bien sigue, en términos generales y de manera definida, claras orientaciones modernas que permiten adoptar tesis, principios e institutos mas elaborados en el futuro.





7. CONCLUSIONES

De todo lo dicho en las páginas anteriores se puede concluir diciendo que la evolución del Derecho Penal ha ido acorde con la evolución del hombre, con los descubrimientos que ha hecho de si mismo, y del mundo que lo rodea.

El hombre adquiere conciencia de que debe utilizar un sistema para prevenir y castigar el delito, pero no ya con el sentimiento de venganza, sino tratando de entender las causas que llevaron a la persona a la comisión del hecho delictuoso. No es ya el hombre por sí mismo quien defiende sus intereses como ofendido con el hecho, sino que entra el Estado a proteger la tranquilidad colectiva. Esto se entiende más claramente a través de la historia del Derecho Penal y de los cambios que ha tenido esta disciplina con el paso del tiempo.

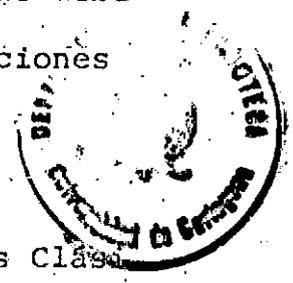
Por cuanto se puede decir que el Derecho Penal es una ciencia que ha ido evolucionando con el hombre, ya que

su creador ha sido éste. Como puede apreciarse, de mane-
 ra protuberante, el Derecho Penal se perfecciona con el
 surgimiento de las ciencias, las cuales han dado margen
 a que se humanice la aplicación de las penas, a que es-
 tas no tengan un carácter expiatorio sino correctivo,
 con el fin de que la persona se reeduce y pueda entrar
 dentro del engranaje social en forma normal.

Esto se entiende mejor cuando observamos las diferentes
 etapas que ha tenido el Derecho Penal, y vemos que en
 las épocas ordálica, clanica y tribal, el hombre vive
 casi en permanente estado de guerra, por no tener una
 forma organizada y humana de penar. Posteriormente a
 este estado de guerra, casi permanente, surge MOISES con
 su Ley del Tali6n; éste ya es un principio, pues es sabi-
 do ya que la venganza va de acuerdo con la ofensa; des-
 pués tenemos la expulsión de la paz, que individualiza
 más la aplicación de la pena; más tarde, la filosofía
 Griega, con su estudio del hombre y del mundo que lo ro-
 dea, aporta el sostenimiento de la idea de que el Dere-
 cho es mudable y por tanto, no puede tenerse de él una
 imagen rígida.

Posteriormente surge en Roma el Derecho Penal, ya como
 problema de orden público, y es el Legislador quien ela

hora una serie de preceptos que el buen ciudadano debe observar, so pena de que se le apliquen las sanciones estipuladas.



Más adelante, con el surgimiento de las Escuelas Clásica y Positiva el Derecho Penal cambia de rumbo, y es así, como vemos que la Escuela Clásica sistematiza la teoría del Derecho Penal como feudataria de la filosofía dominante en ese momento. Esta Escuela (la clásica), señala el libre albedrío como base para la imputabilidad moral, y de aquí arranca, o hace nacer el fundamento mismo de la represión penal.

Para dicha escuela el delito es un ente jurídico, y como tal su naturaleza está en la violación de la Ley Penal del Estado; el delincuente es un ser normal que actúa con voluntad consciente, inteligente y libre, que le permite elegir entre el bien y el mal, y la pena es la expiación de la falta que paga el delincuente a la sociedad; esta corriente del pensamiento jurídico, Escuela Clásica, no concebía al hombre con problemas de orden espiritual y mental, sino que lo ubicaba como ser que quebranta la Ley, por maldad con la sociedad que lo rodea, sin tener en cuenta cómo ha sido su vida dentro de ese núcleo social.

197

La Escuela Positiva, como ya se dijo antes, basada en las obras mencionadas en páginas anteriores, se dedica a efectuar un estudio detallado del hombre y sus problemas, y con el auxilio de las ciencias modernas, especialmente de la antropología criminal y de la sociología criminal, abre un amplio horizonte al Derecho para poder analizar mejor el proceder del hombre, como ser humano, sujeto a errores, ya sea por recibir estímulos externos o por problemas de orden genético o de carácter mental.

Se hace claro que el procedimiento seguido por la Escuela Positiva, es uno de los pilares más importantes para estudiar, en la actualidad, la personalidad del acusado, (su nivel de cultura, sus enfermedades etc), y con esta información, apreciar el grado de culpabilidad del acusado, lo cual le permitirá sancionar o aplicar medidas curativas y de seguridad.

Otra cosa importante dentro de la evolución del Derecho Penal, es la de las causales de justificación del hecho, ya que todas las veces los actos estipulados como delitos no son causal de sanción, este avance de la ciencia penal se aprecia en el Código Penal nuestro, cuando se habla de la justificación del hecho.

Por todo lo anterior, debe puntualizarse que el tratamiento del delincuente y la aplicación de la pena han de estar enmarcados dentro de una filosofía humanística, por ser su destinatario el hombre, y esa categoría no desaparece por execrables que sean las faltas que se le atribuyen, y bien puede afirmarse que la pena se ejecuta de manera personal, a través de su destinatario que es el hombre y se cumple, en cierta forma, su contenido expiatorio, pero no se agota allí su misión, porque, si bien es cierto que como expiación mira el pasado, como fenómeno social debe mirar el futuro teniendo en cuenta que el condenado, por el hecho de estarlo, no pierde su naturaleza y su derecho a un futuro mejor.

Por lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que la Ley Penal, como toda Ley, no surge por generación espontánea de la mente del Legislador. La Ley es producto del ambiente social.

DETTIEL, nos enseña que la Ley Penal no surge exabrupto de la mente del Legislador. Pues bien la Ley Penal, como criterio normativo, toma en cuenta el carácter social, económico y cultural de un pueblo en un momento dado de su historia. Ella debe ser un reflejo de las



necesidades y de los anhelos de los hombres en su respectivo núcleo social. Es decir, la Ley Penal debe atemperarse a la idiosincrasia del pueblo que ha de sentir su imperio. En este sentido la Ley debe ser producto del alma Nacional.

Lo anterior significa que la Ley Penal, como el Derecho General, va surgiendo como una concreción de las necesidades y anhelos de los hombres y que son las luchas del hombre, sus sudores y sus lágrimas, en vez, lo que va proporcionando la argamasa con la cual el Legislador ha de elaborar la norma, que es la cristalización del clamor, límite entre lo lícito y lo ilícito, encausadora y propulsora del orden social.

BIBLIOGRAFIA

ARCHIVO Historico Nacional. Reales Cédulas y Ordenes.
Tomo 26, pás. 337.

AGUILERA, Miguel. El Derecho Colombiano en la Prehisto-
ria. Ed. Universidad Libre, 1961. Pág. 69.

ARENAS, Bonilla Vicente. Comentarios al Nuevo Código Pe-
nal. Editorial Temis, 1981.

ARCHIVO del Congreso.

ARBOLEDA, Gustavo. Historia Contemporanea de Colombia.
Popayan, Imprenta del Departamento, 1930, Tomo III
pág. 212 y 375.

BARON De Montesquieu. El Espiritu de las Leyes. Edito-
rial Libertad, 1944, Tomo 28 Cap. I.

CARRARA, Francisco. Opusculo. Editorial Arayú, Tomo I.



201

CAPO, Miguel Antonio. Carta a Essequiel Rojas sobre la Recopilación General de los Granadinos. Revista Antioquia 1951.

CAMACHO, Alvaro. Y Norma Segura. La Institución Jurídica en la Guajira en Indios y Blancos. Universidad Nacional 1963, pág. 125.

CONSTITUCION del Estado de Nueva Granada, 1832.

FERRY, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus, 1933, Pág. 592.

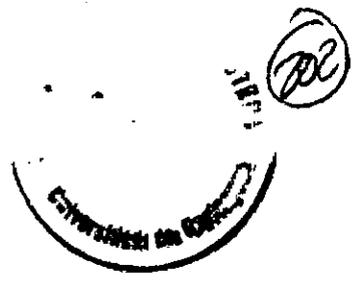
FILIPPO. Principios de Derecho Penal Subjetivo. Editorial Reus, Pág. 44 al 49.

GARCIA, Antonio. Gaitan y el Problema de la Revolución Colombiana. Editorial Imprenta Nacional, 1955.

HERNANDEZ, Rodriguez Guillermo. De los Chibchas a la Colonia y a la República. Editorial Universidad Nacional, 1949.

HERNANDEZ Peñalosa Guillermo. El Derecho en Indias y en su Metrópoli. Editorial Temis 1969.

JIMENEZ, De Asúa Luis. La Ley y el Delito. Editorial Andrés Bello.



LARDAZABAL, Manuel y Uribe. Versión Castellana del Fuego de los Jueces.

LEY 28 Titulo 3° Libro VI de las Leyes de Indias.

LEY 1° Titulo XIX, Libro VI de la Recopilación de Indias.

LIEVANO, Aguirre Indalecio. Los Grandes Conflictos Sociales y Económicos de Nuestra Historia. Editorial III Mundo 1966.

LOPEZ, Michelsen Alfonso. La Estirpe Calvinista de Nuestras Instituciones. Universidad Nacional 1947.

LOPEZ, De Mesa Luis. Escrutinio Sociológico de Historia Colombiana. Editorial Academia Nacional de la Historia, 1956.

MARSOL, Jose Maria y Marce. Síntesis Histórica del Derecho Español y del Indiano. Editorial Bibliográfica de Colombia, 1959.

NARIÑO, Antonio. Ensayo de un Nuevo Plan de Administración de la Nueva Granada. Editorial Vergara y Vergara, 1866.

OSPINA, Vasquez Luis. Industria y Protección en Colombia de 1810 a 1930. Editorial Santa Fé, 1955.

PACHECO, Joaquin. Comentario a los Elemento de Pessina.

PESSINA, Enrique. Elementos del Derecho Penal.

POMBO, y Guerra. Constituciones de Colombia. Editorial Ministerio de Educación Nacional, 1951.

PROYECTO de Código Penal de Demetrio Porras, Editorial Imprenta Nacional.

SALDAÑA, Quintillano. Adiciones al Trabajo de Derecho Penal. Editorial Vonliszt Tono I.

SCIACCA, Miguel Federico. Qué es el Humanismo.

SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Editorial Tea, Tomo I, 1951.

S.B. Bover, Sacerdote Jesuita. Editorial Cantera Tomo 35.

WEISS, Juan Bautista. Historia Universal, Tomo I.