

LA PENOLOGIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

LUIS JOSE ESCORCIA GOMEZ

GUILLERMO ALFONSO ROBLES RAMIREZ

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

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1992

DR #0195



Barranquilla, Julio 6 de 1992.

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ.

Decano Facultad de Derecho.

E. S. D.

Distinguido Doctor:

En mi condición de Director de la tesis titulada "LA PENOLOGIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA" presentada por los egresados LUIS JOSE ESCORCIA GOMEZ y GUILLERMO ALFONSO ROBLES RAMIREZ, me permito informarle que los egresados han realizado un trabajo de investigación serio en el cual han tenido en cuenta las técnicas metodológicas exigidas para este tipo de trabajo.

Por lo anterior me permito impartir aprobación al presente trabajo para que sea sometido al criterio del jurado.

Agradeciendo la atención prestada.

Atentamente,

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Julio de 1992.

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA BOLIVAR
VICERECTOR : DR. EUGENIO BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLAÑOS
DECANO : DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO : DR. PORFIRIO BAYUELO
DIRECTOR CONSULTORIO
JURIDICO : DR. ANTONIO SPIRKO CORTES.

BARRANQUILLA, 1992

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho.

A la Doctora MARLENI ESMERAL NORIEGA, profesora de la Facultad de Derecho por toda su colaboración.

Al cuerpo de profesores de la Universidad Simón Bolívar.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

DEDICATORIA

Hoy estando al frente de las puertas para mi grado debo dar las gracias a todas que personas que de una u otra forma colaboraron en él, principalmente está Dios nuestro Señor quien nos dió la luz, la voluntad y podría decirse que nos prolongó la vida para que esto pudiera suceder, a mis padres y familiares que creyeron en mi apoyándome en lo espiritual y material para que nada me faltare, lo mismo que recordándome los valores y seriedad que se debe tener en esta profesión y en la vida diaria.

También debe agradecer a todos aquellos profesores que con seriedad e idoneidad, lograron mi formación para ser un buen profesional.

Ya para finalizar pido a Dios que me siga iluminando y me prolongue la vida un buen rato más para llevar a cabo mis ideales y metas.

Guillermo.

DEDICATORIA

A Dios, mi luz, mi guía y mi fuente, quien siempre me guardo y nunca me falta; el que está siempre en mis ratos de angustia, para darme fuerza y alimentar mi fe.

Gracias Dios Mio, por ayudarme a salir adelante y triunfar en la vida.

Gracias por enseñarme a aceptar mis derrotas.

Hoy es un nuevo día y tú Señor mi padre serás mi amigo.

A mis padres, EDUARDO y CECILIA, esa pareja incansable, que me ha dado la vida, todo lo que soy, por sus sacrificios y apoyo.

A mis hermanos por su confianza y consejo,

A mi hijo, LUIS EDUARDO, que desde su inocencia es y será el motivo para seguir luchando y triunfar en la vida.

A mi compañera, GLORIA, esa mujer que entregó todo por mí y siempre estuvo ahí, en mis épocas buenas y malas.

A mis amigos de lucha...

Luis José.

TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION	1
1. GENERALIDADES DEL SISTEMA CARCELARIO	4
1.1. CONCEPTO DE LA PENA ENTRE LOS ANTIGUOS	9
1.2. EVOLUCION DE LA APLICACION DE LA PENA	12
2. REVOLUCION PENITENCIARIA	18
2.1. REVOLUCION PENITENCIARIA COMO BASE HISTORICA	18
3. RESEÑA HISTORICA DE LA PENALIDAD	27
3.1. LOS DISTINTOS PERIODOS	27
3.2. SISTEMAS PENALES ANTIGUOS	33
3.2.1. China	33
3.2.2. India	34
3.2.3. Japón	34
3.2.4. Egipto	35
3.2.5. Babilonia	35
3.2.6. Israel	36
3.2.7. Grecia	36
3.2.8. Roma	37
4. DE LAS SANCIONES	39
4.1. DEFINICION	40

4.2. CLASIFICACION	42
4.3. FUNCION DE LA SANCION	43
4.4. NOCION CLASICA DE LA PENA: ESCUELA CLASICA	44
4.5. NOCION POSITIVISTA DE LAS PENAS. ESCUELA POSITIVA	48
4.6. PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD	53
4.7. PENA PECUNIARIA	54
4.8. DURACION DE LA PENA	55
5. SANCIONES PENALES CONTRA LA VIDA	56
5.1. PENA DE MUERTE. RESEÑA HISTORICA	56
5.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE MATAR	60
5.3. LA PENA DE MUERTE ANTE LA SANCION PENAL	65
5.4. LA PENA DE MUERTE EN COLOMBIA	73
CONCLUSION	76
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUCCION

Este estudio detallado y crítico sobre la penología de las sanciones penales consagradas en nuestras normas penales se hace a través de un análisis de la justicia Colombiana como administradora de las sanciones a los delincuentes tanto en su calidad como en su cantidad.

Iniciaremos nuestra investigación con una reseña histórica de las sanciones a través de las distintas épocas o períodos por los que ha atravesado este régimen jurídico-social, partiendo de la etapa de la venganza individual, pasando por la de la venganza privada y la vindicta pública hasta llegar a los sistemas penales antiguos en los diferentes países.

A partir de aquí entramos ya en materia definiendo conceptos, fundamentos, características, principios, elementos y demás aspectos conexos con nuestro tema de fondo: las sanciones penales.

Concedo importancia en el tema tratado a la función de

la pena como elemento resocializador y rehabilitador y como las ideas de Beccaria siguen siendo importantes no obstante el transcurso del tiempo.

Podemos asegurar en nuestro trabajo sin temor a equivocarnos que en nuestros días el sistema penitenciario sigue siendo injusto e inhumano, motivo por el cual la obra del maestro Beccaria sigue siendo de una gran actualidad y que debe interesar no solo a los estudiosos del derecho, sino a aquellos que se preocupen por el respeto a la dignidad del ser humano.

1. GENERALIDADES DEL SISTEMA CARCELARIO

Las cárceles en la práctica, el poder último que el estado democrático ejerce sobre el ciudadano, que ha infringido las leyes penales: teniendo en cuenta, que el ser humano no podrá imponer a sus semejantes basado en su propio valer, una sanción.

La pena es considerada como la forma más característica del castigo, la cual conlleva a que el individuo o ciudadano que infringe las normas penales tipificadas en el estatuto sustantivo vigente, pierda su libertad.

Es por lo que la pena es considerada como el resultado de una defensa social, pero esa pena que se conoce desde tiempos inmemorables, no ha sido la misma y, aunque lentamente ha evolucionado según los tiempos y los pueblos, su aplicación ha pasado desde las formas de ejecución más crueles y horrorosas, hasta los métodos más humanos y científicos.

Paralelamente a las penas corporales mutilantes, existían

otras como lo es el destierro, la expulsión etcétera, a todo esto, tenemos que las primitivas penas fueron de carácter corporal, que iban en graduación, en lo que a su aplicación se refiere, hasta concluir con la muerte del reo.

Inicialmente el infractor era aprehendido y ejecutado en el acto mismo, claro que teniendo en cuenta, la modalidad de la infracción, ya que en el lugar donde había cometido un ilícito por así decirlo, era motivo para ejecutarlo, pues es ejecutada. Tal es el caso contemplado en el código más antiguo, como lo es el Hammurabi en su artículo 25, que señala: " si alguien en vez de ayudar a extinguir un incendio, roba objetos del dueño de la casa incendiada, será arrojado en el mismo incendio.

Todo esto se da en un principio porque en realidad no existía gran cantidad de reos, pero cuando ya estos aumentaron y no es posible su ejecución en el acto o momento mismo, fueron amarrados a un estacon o a un árbol, para su posterior sanción.

Hasta aquí es fácil, que en sí desde el principio no fué necesario ningún sistema que regulara lo atinente al trato de los reos; todo es manifiestación de lo que fué el primer rudimento carcelario.

Indudablemente las formas de represión van cambiándose y surgen otras muchas más progresistas, por eso la pena de muerte que es la más utilizada se va aplazando y cambiando por otras. Así se prevé que con posterioridad a las primeras formas de ejecución, se dió el caso, o mejor se tuvo en cuenta que el prisionero como esclavo era más útil como mano de obra, y es por ello que fueron sometidos a tareas de campo, construcciones y remo en las galeras; y su situación de encadenados y durmiendo a la interperie, asignados en espacios más olientes y el tener que hacer sus necesidades fisiológicas junto a los demás, hace que se les aloje en las canteras abandonadas, que son las distinguidas con el nombre de "latonias", donde estos desdichados con el calor sofocantes del verano o frío intenso de los inviernos, el olor de los excrementos, el ruido permanente y ensordecedor de las cadenas, la sed, el hambre y en muchos casos el azote, dieron como resultados que estos miserables terminaran por suicidarse o enloquecerse.

También existían sitios destinados para aquellos sujetos que no pagaban o cumplían con sus obligaciones; a éstos sitios todavía no se les puede llamar cárceles. Pero en el fondo esta forma de reclusión no era propiamente pena o sanción, sino medios transitorios de resguardos o aseguramiento para la aplicación de la pena que general-

mente era de mutilación o de muerte, a efectos de asegurar su ejecución. Sin embargo podemos afirmar, que en esta forma de aplicación de la pena se encuentran las semillas que han germinado o mejor que han dado como resultado lo que hoy se denomina cárcel propiamente dicha.

De estas formas bárbaras, en cuanto a la aplicación del castigo al reo, es como surgen los sitios o establecimientos carcelarios, con una reacción en contra de esos excesos. Por lo tanto en la antigüedad o en la edad media se nos demuestra que el carácter de sanción en sí, encerraba el principio de la inutilización o eliminación del delincuente.

Por eso la prisión constituyó una de las primeras formas de apartamiento de las sanciones criminales tradicionales en aquella época.

La reclusión del personaje caído en desgracia, junto a la selva monárquica para regir, y penitencia formaron parte del origen de las prisiones.

De todo lo anterior solo basta mencionar que todo esto es la resultante de una larga y penosa evolución de los sentimientos, creencias, costumbres, instituciones y

leyes de la sociedad frente al fenómeno del delito.

Ya en tiempos modernos las ideas de personajes como Beccaria y otros encontraron terrenos fértil e hicieron suyas esas ideas y las divulgaron por todo el mundo como bandera de lucha, hasta plasmarla por medio de la revolución francesa en los ya reconocidos derechos universales, de esta forma al igual que las escuelas penales, propiciar la restauración de instituciones en materia penitenciaria que conllevará un carácter mucho más humanitario. Pero todo esto está aparejado al desarrollo de las sociedades, en cuanto a sus estructuras y filosofía que son las que atan en forma indisoluble el derecho de castigo social, jurídico y políticamente.

Por eso en la antigüedad se pensó en la sanción penal vindicta; después, bajo el clasismo, se le consideró como justa en muchos aspectos, porque era la respuesta al hecho delictivo (teorías absolutas), o como independientes del delito, pretendiendo con ella una utilidad y finalidad social de enmienda y seguridad (teoría relativa), pero en todo caso aflictiva y ejemplarizante, pública y pronta; más tarde bajo el positivismo, se la tuvo como un medio de defensa social, y de readaptación, mediante la adecuación de los sistemas penales en las diversas categorías de delincuentes, a la indeterminación

de las penas, a la individualización de la sanción, según la peligrosidad del delincuente, etcétera.

1.1. CONCEPTO DE LA PENA ENTRE LOS ANTIGUOS

Hacen tantos siglos, que la historia de la pena entre nuestros antepasados, se manifestaba de diferentes maneras, pero sin ningún concepto o carácter de sanción propiamente dicha, ya que en muchos territorios la pena no tenía ese verdadero sentido penal, que hoy se aprecia en las diferentes legislaciones; prueba de ello, es en la antigüedad el incumplimiento de obligaciones de carácter civil, ya de orden religioso y sociales, conllevaban a las restricciones por así decirlo y que en resumidas cuentas, es lo que viene a denominarse "pena" en cuanto a este estado de desarrollo de la humanidad.

Igualmente el linaje o calidad de clase, era tomada en cuenta para el castigo, que se le debía imponer al personaje que había incumplido o violado un precepto moral, religioso o social.

También es cierto, que en esa forma de sancionar no era nada suave ya que se combatió hasta los juegos de azar, pasando hasta por prohibir o autorizar determinados actos. La forma de hacerse obedecer, o mejor el mecanismo ideal era el de la pena en sus diversas modalidades.

Así mismo esas sanciones que se aplicaban en un principio

tenían un sentido eminentemente secreto, pues la persona encargada de aplicarla era quizás lo más temido, por parte del infractor, quien disponía de menguados recursos defensivos, ya que sólo era la única persona que con el castigo conocía los desmanes de la justicia humana, al vivirla en carne propia.

Como es lógico, en algunos estados no existía los textos que determinar, oigáse bien, la pena o sanción aplicable a un caso concreto, la historia de los pueblos y de los hombres ha demostrado que las mutilaciones al ser humano como pena, ha sido comunes durante la antigüedad. En ese entonces, la pena no estaba legalmente reconocida y valorada, tal como sucede hoy en cualquier código penal, en la antigüedad las sanciones tenían un carácter de ejemplaridad, siendo esa su finalidad primordial y no el de pena misma.

Por eso, esas formas ejemplarizantes tienen su grado de aplicación más severas en algunos estados tales como: la antigua Roma, Egipto, China, Asiria y Babilonia. De esta última hay que decir que es, según las investigaciones los portadores de la lengua religiosa y jurídica, que era lo que predominaba en la antigüedad. Las Bárbaras huellas y las feroces ideas de nuestros antepasados se aplicaban a su antojo, y todos estos desórdenes evi-

dentes son lógicos, porque como lo manifestamos anteriormente no existía un texto que regulara todas esas situaciones y hechos. Razón por la cual, los hombres enmascaraban sus sentimientos hasta el extremo de impedir que se generalizaran tales situaciones o desactos, y así impedir o apartar a los demás de cometer actos semejantes.

Por eso es de estremecerse ante los bárbaros o inútiles tormentos que fueron inventados y aplicados, tal como lo deja entrever la historia de nuestros antepasados; pero lo más paradójico es pensar que aquellos la inventaron, y a quien se les llamó sabio, las aplicaba no sólo a unos pocos sino a hombres dotados de los mismos sentidos y por consiguiente de las mismas pasiones.

A los Babilonios, se les atribuye el hecho de que el código más antiguo, quizás el primero en la tierra, sea el que lleva el nombre de Hammurabi. Esta código condensa una variedad de sanciones por diferentes modalidades, que a las claras pone de manifiesto el desarrollo que para aquel entonces ese estado poseía, y en donde los aspectos religiosos, sociales y políticos son condenados en esta obra que lleva el nombre del rey, que corona con su obra, el código de Hammurabi, para elegirse no solo gobernante, sino como jurista.

1.2. EVOLUCION DE LA APLICACION DE LA PENA

Desde la antigüedad, el tratamiento por medio del cual se sancionaba a los infractores de la ley penal, en la mayoría de los estados, se ha reducido a tres aspectos.

- Penas extintivas del sujeto.
- Penas privativas o restrictivas de su libertad.
- Penas pecuniarias.

Las primeras siempre han sido consideradas como las graves y previstas, ya que ha sido sin lugar a dudas, las de mayor reproche, por su ejecución que ha atravesado por varias modalidades, pero constituyendo de todos modos por así decirlo una pena capital, teniendo en cuenta que se contemplaba las figuras del ahorcamiento, la mutilación, etcétera.

Las segundas, caracterizadas porque ya el objetivo perseguido no es propiamente la eliminación del delincuente o reo, pero lo que si es cierto con la implantación de esta forma de ejecución como sanción se da un paso muy importante para la humanización de la misma. Ante todo porque estas penas como reacción social institucional, contra las conductas consideradas como delitos, buscaban la privación o restricción de derechos legal-

mente reconocidos a las personas. Por ello la restricción de la libertad también ha sido una de las penas que ha caracterizado la historia penológica de la humanidad, tal como lo ha sido la pena de muerte, la confiscación y la multa.

Ha dicho PUELLO CALON, estas penas restrictivas o privativas, son el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

Esta se traduce en la pérdida del máspreciado de los derechos: la libertad y es tomada como una medida repressiva.

Las penas pecuniarias, denotan un desmedro patrimonial, tanto es así que al igual que las anteriores, ésta también ha caracterizado la historia penológica de la humanidad.

En la antigüedad fueron utilizadas estas penas entre los babilonios, los romanos, los griegos y los germanos. La forma consistía en que el ofensor pagaba por las infracciones, con especies animales o cosas muebles y en algunos estados los productos de esas penas, se dividía entre el estado y la víctima.

Pero también es que si esos pueblos castigaban y castigaron durante un largo período con penas pecuniarias

los delitos, también es cierto que nunca reconocieron esta sanción, como pena propiamente dicha, ya que lo que se entrega al ofendido, era como el precio de la paz. Es decir, la renuncia que el agraviado o su familia hacían del supuesto de vengarse.

Sin embargo a todo esto, se distinguen algunos períodos que se caracterizan la aplicación de la pena y que así mismo ha evolucionado hasta los momentos actuales.

La venganza privativa. Esta se ve limitada por el imperio de la ley del Talión y el de la composición.

La primera etapa de la venganza privada se caracteriza en que el ofendido reaccionaba en la misma forma contra el ofensor, y todo esto porque aún el estado no se había constituido en sí propiamente dicho, lo cual traía como consecuencia que las familias tribales se exterminaran, y la ley del talión, que es sí la proporcionalidad entre la ofensa recibida y que es una de las manifestaciones del hombre, donde ha comenzado a sentir por primera vez la diferencia que existe entre lo propio y lo ajeno para luego darle paso desde ese momento, a lo que se conoció con el nombre de composición.

El talión frente a la venganza indiscriminada se institu-

cionalizó para significar un avance considerable en la progresiva humanización de la pena. Pero en la ley del talión se observa una serie de modalidades, en lo que la concreción del castigo se refiere: ejemplo de ello al extremo de exterminar la familia, modalidad ésta que tomó el nombre de "Vindicta Traversa", lo cual quiere significar que la sanción no se aplicaba al culpable sino a un allegado suyo que guardara en él relación social o familiar.

De la composición o compositio, hay que decir, que esta especie de sanción se manifiesta más que todo, como de carácter comercial o mercantilista. Con el surgimiento de esta institución se reemplaza las antiguas, y así surge otras como las compositio simple y la múltiple, destacándose esta última porque tiene objeto, que por la infracción que se cometía se debía restituir mucho más por el valor del ilícito. Y aquí se tiene en cuenta la personalidad del ofendido o sus cosas, mientras que en la simple, solo se cancelaba la correspondiente a la infracción materia del ilícito.

Pero siguiendo con el tema mismo de la ley del Talión y el ejercicio de la venganza, donde primero existieron cárceles de ésta índole fué en Menfis, Siracusa y Babilonia.

La ley del Tali6n quedaba limitada a: inferior un da1o igual y a ser personal exclusivamente, que es lo que se conoce con la f6rmula del ojo y diente por diente; y por la composici6n, el victimario deba pagar con su patrimonio el da1o ocasionado.

Al final de estos tiempos y comienzos del per6odo teol6gico - pol6tico, surgi6 en Roma la c6rcel Mamertina, pero con respecto a 6ste antecedente carcelario de Roma, hay que considerar dos fases a saber: los tiempos del antiguo Derecho Romano, es decir, la 6poca de los reyes y la rep6blica y la otra 6poca, la de los emperadores.

Las c6rceles Romanas durante el antiguo derecho eran empleadas para recluir a los condenados que all6 cumplian sus condenas o penas. Una fue erigida en el centro de la ciudad, en el foro, por el rey ANCO MARCIO (siglo VII antes de Cristo). En la 6poca de la rep6blica existian tres c6rceles c6lebres. La c6rcel Juliana, a la que se denominaba Latonia, la c6rcel Claudiana y la Mamertina.

En la 6poca del Imperio, tambi6n se encuentran penas privativas de la libertad. En donde la esclavitud de por vida, el trabajo en las minas y la obligaci6n de luchar con las fuerzas en las arenas o circos, las caracterizaba.

Posteriormente Roma hizo su propia divisi6n de delitos constituyendo cuatro tipos de c6rceles: Las comunas, los calabozos, las canteras y las destinadas a los esclavos.

vos, éstas últimas tomaron la denominación de esgustulunas.

De ahí que las posteriores generaciones construyeron sus tipos de cárceles basándose en lo Romano.

En los años 320 de nuestra era, hallamos en el cuerpo del derecho Romano un texto preciso que es la constitución imperial de Constantino, dictada a consecuencia del edicto de Millán, que es el que marca con suave claridad la aurora del cristianismo sobre la adusta y dura frente al derecho antiguo, mediante el cual " durante mil años , las cárceles cumplieron su oficio de recibir y de tener la carne sucia humana, penetrándose bien en sus muros y su pavimento del sudor de la sangre , de las lágrimas de los presos, mientras que el eco de sus bóvedas repetían sus maldiciones y sus lamentos.

Esta constitución que sin lugar a dudas el primer programa que es una base muy fundamental.

2. REVOLUCION PENITENCIARIA

2.1. REVOLUCION PENITENCIARIA COMO BASE HISTORICA

La reclusión punitiva como parte de la mano de obra esclava se explotó ampliamente en la antigua Roma, Egipto, China, India, Asiria y Babilonia, y establecida principalmente en Europa hacia el Renacimiento.

Como sanción penal distinta de su antiguo y universal empleo para retener al acusado hasta su juicio, o al reo hasta su castigo.

Como ya antes lo había dicho, las cárceles para los criminales surgieron como reacción contra el carácter bárbaro y los excesos de las penas.

Anterior a lo que hoy llamamos prisión, se utilizaron el calabozo, los hospicios, los reformatorios e incluso hasta los buques de convictos.

La prisión constituye un invento norteamericano, un

invento de los cuáqueros de Pensilvania de la última década del siglo XVIII, quienes hallaron guía teórica para la penitenciaría, no sólo en sus propias convicciones teológicas y morales, sino también en la monografía de Beccaria sobre los delitos y las penas, publicaciones hechas en 1774, y todo porque para Beccaria la cárcel era la alternativa necesaria de la pena capital.

Los cuáqueros pensaban o proyectaban sustituir la brutalidad e inutilidad de los castigos capitales y corporales por las virtudes correctivas del aislamiento, el arrepentimiento, y los efectos edificantes de los preceptos de las escrituras y la lectura solitaria de las mismas. Las prisiones crecieron y florecieron por toda Norteamérica, y después por todo el mundo.

En 1790 se inauguró un conjunto de celdas en la cárcel de Walnut Street, en Filadelfia, como penitenciaría del Commonwealth de Pensilvania.

En 1796, Newgate comenzó a prestar servicio como penitenciaría del Estado de New York, siguiendo el modelo de Walnut Street.

De todas maneras los cuáqueros de Pensilvania, tienen

el mérito o la culpa de haber inventado o reinventado la prisión. Por eso su visión e iniciativa, son los que nos han dado nuestras voluminosas instituciones penales.

Fundamentalmente las características de la prisión son el internamiento del reo, y así mismo el sentido de la productividad y el desarrollo.

A todo esto hay que decir que los orígenes del internamiento, analizando a Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVI, nos encontramos que allá se recogen ociosos, vagos, ladrones y delincuentes menores para obligarlos a hacer trabajos forzados bajo una rígida disciplina. Por eso el eslabonamiento entre las formas de control social y el tipo de economía del período colonial, entre las primeras experiencias de internación del período post-revolucionario y su progresivo perfeccionamiento en función de las exigencias productivas del despegue industrial, están ampliamente documentadas y forman un esquema ejemplar de subordinación de la ideología punitiva y penitenciaria a las leyes del mercado de trabajo.

Porque la génesis y el desarrollo de las instituciones carcelarias están íntimamente ligadas a la producción y para no citar mucho, tenemos a Inglaterra, Holanda,

Italia, Francia como ejemplos.

De ahí que se observe, como las casas de corrección manufactureras, que inclusive hasta el mismo Marx llegó a determinar con bastante interés, por medio de lo que llamó la ley de la oferta y la demanda de trabajo, y todo esto en la etapa " originaria " del capitalismo, manifiestan que su intención no fue el de la reclusión sino el de la producción.

Esto es importante para la comprensión del tema en mención, en cuanto a la función que históricamente tuvo el trabajo forzoso en las instituciones segregantes, para demostrar en forma muy significativa que la detención en un principio no tenía fines de custodia.

Pues bien, la evolución penitenciaria indiscutiblemente se centra a Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Francia e Italia.

Precisamente lo que le dá vida a las instituciones o centros de reclusión son las casas correccionales, las casas de pobres, (mendigos, vagabundos) y las casas de trabajo, que en épocas anteriores existieron y se utilizaron para albergar a las personas pobres y desocupadas. La casa de trabajo construída en Amsterdam, es

la muestra significativa a manera de ejemplo: es más, esta casa fue el modelo para que se construyeran muchas en las ciudades Europeas, sobre todo las de lengua Alemana.

Y esto no se dió por casualidad, sino que en aquellas zonas en donde ya había un notable desarrollo mercantil capitalista fue donde más se presentó.

Luego surgieron casas de corrección en Lubeck y Bremenn (1613), Hamburgo (1622), Danzin (1630).

Otra zona donde también se difunde la experiencia Holandesa es Suiza, ya que allá también se construyeron estos centros en Berna (1614), Basilea en 1616, Briburgo en 1617, pero las características de estas instituciones era que ellos hospedaban mendigos, ociosos y vagabundos, prostitutas, ladrones, jóvenes criminales o que debía corregirse, locos, etcétera.

También aquí el trabajo consistía, principalmente para los hombres, en raspar la madera para los tintes, y para las mujeres, generalmente prostitutas o vagabundas, en tejer.

La razón inmediata del éxito de estas instituciones

fue sobre todo su capacidad de producción de ganancias, que resultaban cada días más excepcionales; ya esto le viene a dar una finalidad doble a estos centros o instituciones, y es que por un lado, el intento puramente disciplinar, que es el elemento que le dará continuidad a la institución, y por el otro lado la escasez de mano de obra en la primera mitad del siglo XVII.

Después, ya prácticamente a finales del siglo XVII y parte del XVIII, todas estas instituciones son las que le han dado origen, a esos centros de albergues de personas pobres y desocupadas, etcétera. Se van a deteriorar como consecuencia de una abundancia de fuerza de trabajo libre y voluntario, y ya por el trabajo forzado no se ejercía ninguna función, y todo esto se dá como consecuencia del nivel de inversión de capital, con la introducción de la máquina, para cualquier trabajo productivo. Esto trae como consecuencia que el trabajo en los centros de albergue lo que produce es pérdida.

Pero es aquí en este período, donde se viene a manifestar el carácter punitivo propiamente dicho en las cárceles.

Porque al ser la máquina en esos años, un aparato o invento complejo, que tiene una parte muerta, inorgánica,

fija y otra viva, orgánica, variable, en donde las ciencias de la naturaleza y las del espíritu, entran en relación con las técnicas de formación, de explotación, de "reeducción del capital fijo (la máquina propiamente dicho) y la fuerza de trabajo (el cuerpo, el hombre, el espíritu etcétera). La historia de estas instituciones y de la ideología que los dirige, se reconstruye a partir de esa necesidad fundamental de aumentar el valor del capital; por eso su carácter de subalterna de la fábrica, que no es más que la extensión de la organización del trabajo capitalista.

Esto trae como consecuencia lógica que el destino de estos centros sufran un cambio profundo en el momento de la Revolución Industrial.

Que son los que le dan las características de las casas de trabajo a la evolución carcelaria del mismo período, porque el trabajo de las casas de corrección comenzó a escasear y se comenzó nuevamente a castigar a los vagabundos con azote, con hierros candentes y con el internamiento; pues esto lleva a que cada vez más frecuentemente, el castigo fuera de tipo detentivo y fue así, como absorbió poco a poco la antigua casa de custodia y de trabajo.

Todos estos procesos se dan en los siglos pasados, principalmente en el XVII y XVIII, son los que crean la institución que primero el Iluminismo y después los reformadores del siglo XIX transformaron en la forma actual de la cárcel.

Es bueno señalar que la cárcel es una creación reciente, que está aparejada con la instauración, en la sociedad Europea, del modo de producción capitalista.

Dentro de la significación de la cárcel, pasando por todas esas formas de internamiento, han sobresalido personajes que por su dedicación y críticas contribuyeran a dar una explicación del surgimiento de los establecimientos carcelarios hoy existentes en todo el orbe. Marx por ejemplo, explica que la conversión del campesino a proletario, por parte de la influencia y las consecuencias que trae, que esta nueva clase se manifiesta en contra y además como el campesino es impulsado del campo a la ciudad, por la intervención o vinculación del capital a la tierra, que es lo que Marx llama "acumulación originaria". Esto trae consigo que estos se rebelen en forma colectiva, y es entonces esa rebelión asume un significado político que va mucho más allá de la respuesta inmediata del hurto o incluso del bandidaje.

Igualmente aparece Jhon Howard, reformador profundo, y tantos otros como el mismo Lutero, el francés Dom Jean Mabillon, quien es un defensor de la proporcionalidad de la pena al crimen cometido y la fuerza física y espiritual del reo.

3. RESEÑA HISTORICA DE LA PENALIDAD

La historia de la penalidad ha tenido a través de las distintas épocas cuatro etapas bien definidas y distintas: una etapa primitiva, donde se impuso el criterio de la venganza, una etapa de carácter religioso, una etapa que se caracterizó porque la administración de la justicia pasó a considerarse como función social de las entidades gobernantes, una etapa jurídico-social aquí se pasa a ser una función privativa del estado de derecho, investigar los delitos, juzgar a los delincuentes e imponerles las sanciones correspondientes.

A lo largo de estas diversas fases, han sido notorios varios períodos que han sido clasificados en este orden:

3.1. LOS DISTINTOS PERIODOS

Epoca de la venganza individual: Desde la antigüedad, antes de que tomaran fuerza los primeros grupos humanos, cada individuo tomaba venganza por su propia mano de las ofensas y los malos tratos recibidos.

Para comprender esta actitud basta con recordar las condiciones de vida de estos primeros hombres, y sin ningún tipo de principios, prejuicios o tradiciones. O sea que necesariamente egoístas, crueles e incultos, verdaderos animales que como animales reaccionaban.

Epoca de la venganza familiar. Más tarde, cuando surgió la primitiva y tosca estructura del grupo, la venganza era llevada a cabo por toda la colectividad, una ofensa que le fuera inferida al grupo significaba el primer eslabón de una cadena de represalias, que conllevaba casi siempre al fin de uno de los grupos rivales. Aparece así la venganza familiar.

En esta etapa los grupos no se preocuparon por darle verdadero fundamento a la justicia que ellos mismos se hicieron, esa era la típica reacción defensiva de quien se sienta atacado.

No se perseguía con ésta, fin distinto de tomar la rebancha dando rienda al impulso natural para eliminar de una vez al causante del disturbio. Se puede considerar pues a ésta el fundamento de esa justicia, una especie de legítima defensa en su más rudimentaria expresión.

Para estos pueblos era tan escaso el valor de la vida

humana que poco a poco se fué imponiendo con criterio práctico un nuevo sistema:

La composition indemnización pecuniaria, mediante la cual el grupo renunciaba a la venganza, todos los delitos podía reducirse a cifras según una ecuación: delito - composition, lo explicado hasta ahora se refería solo a los ofensores extraños al grupo o comunidad, pero la falta era de carácter interno, primero el padre y luego el jefe, asumieron la misión de castigar esa falta. De esa necesidad nació precisamente el Talión, con su principio de " ojo por ojo y diente por diente " y en forma matemática: así quien hería a otro con un cuchillo en el abdomen debía sufrir con la víctima igual herida, con igual cuchillo y en la misma parte, si alguien violaba a una mujer, la hija, la hermana o la parienta más próxima suya debía ser violada por el pariente de la víctima en igual grado de consanguinidad.

Esta institución primitiva continuó vigente entre distintas razas y estados por muchos siglos. Respecto a la compositium, también la encontramos en pueblos más civilizados, entre los mismos Germanos que la llamaron Wergeld y la hicieron estrictamente obligatoria. Pero más adelante la composition se convirtió en un pacto o contrato entre víctima y victimario o en parientes

más proxima suya debía ser violada por el pariente de la víctima en igual grado de consanguinidad.

Esta institución primitiva continuó vigente entre distintas razas y estados por muchos siglos. Respecto a la composition también la encontramos en pueblos más civilizados, entre los mismos Germanos que la llamaron Wergeld y la hicieron estrictamente obligatoria. Pero más adelante la Composition se convirtió en un pacto o contrato entre víctima y victimario o en parientes o familiares.

Actualmente la composition dejó su secuela y es la acción civil indemnizatoria de perjuicios dentro del proceso penal.

Epoca de la venganza divina: Muy pronto apareció la venganza divina en donde aparece el delito como un pecado, una ofensa a sus deidades y entonces se empezó a castigar con este nuevo criterio y el castigo se tornó más cruel, los jueces fueron sacerdotes y los juicios una complicada mezcla de ritos y ceremonias en que se buscaba la confesión de los reos como expiación de sus delitos.

Los juicios de Dios. Según la opinión de Ladislao Thtó tenían por objeto la revelación de la justicia divina

y la investigación de justicia humana. Con frecuencia se acudía al fuego y al agua.

En la prueba del fuego se hacía coger al sospecho un hierro al rojo vivo y el que se quemara o no, determinaba que fuera inocente o culpable; en el caso del agua, el procesado era obligado a meter sus manos en el agua hirviendo, en ambos casos se introducían sus manos en un saco y al cabo de tres días se comprobaba si había o no quemaduras.

Se aplica muy bien este período, con solo tener en cuenta el factor ya dicho de excesiva religiosidad de todas las sociedades, y se haya que el fundamento de la justicia en esa época era el afán, la necesidad de desagradar a los Dioses haciendo que se expiara el pecado (delito cometido).

Epoca de la vindicta pública. Lentamente la autoridad civil volvió a tomar predominio en este campo, ya para entonces se había mejorado notablemente la organización de las colectividades y se había impuesto una conclusión: el que atente contra un individuo, intenta contra los intereses de toda la sociedad. Se desecho entonces la idea de la pena como un desagravio a la divinidad, y se dió como fundamento al nuevo sistema la necesidad.

de defender los intereses de la comunidad. Fué larga esta época, las cosas marchaban pésimamente y nadie se preocupaba de poner medio a este estado de cosas. Las razones de esta indiferencia fueron más que todo la deficiente organización social, la indolencia colectiva y el despotismo, que pisoteo hasta los más elementales derechos humanos.

Resumiendo podríamos afirmar que en esta época la justicia dándole como verdadero fundamento, el afán de tiranizar, de amedrentar a los súbitos, disfrazaba estos aspectos con la necesidad de defenderse.

Epoca de la penalidad humanitaria. Hacia mediados del siglo XVII, en medio de ese caótico estado de cosas, se levanta la voz del varón Haward pidiendo un cambio en el régimen existentes, todos sus afanes pugnas en favor de advenimiento de la penalidad humanitaria.

Pronto se sumaron a esta campaña los literantes de esa época como Monstequiau, con el espíritu de las leyes y Rosseau con su pacto social.

Todas estas tendencias fermentaba los gérmenes de la Revolución Francesa, o un afán acaso desmedido de libertad y de seguridad agitaba al mundo.

De cada calzada se elevaba un grito o protesta contra las arbitrariedades y la tiranía de los regímenes existentes.

Pero la humanidad había vivido bajo la opresión y el terror por muchos años, y cualquier innovación parecía audacia desmedida.

Por eso Europa entera se estremeció de sorpresa cuando Cesar de Banasana, Marqués de Beccaria, un joven soñador Milanés, escribió su pequeño libro " de los delitos y las penas " con principios axiomáticos, hoy, pero verdaderamente sensacionales en su época.

3.2. SISTEMAS PENALES ANTIGUOS

Veremos ahora cuales han sido los diversos sistemas que en los distintos pueblos y tiempos han orientado la administración de justicia.

3.2.1. China. Se han hecho célebre los suplicios y torturas inventadas por los Chinos. Se trata de una raza en la cual el disimulo y la hipocresía han sido elevados siempre al rango de virtud.

El chino es filósofo por su naturaleza, impasible y lento

en el obrar, pero de una malignidad potentosa. Pueblo antiquísimo, encerrado dentro de sus fronteras, los chinos construyeron una regla moral furioso que fijaron en la obras de Confusio y sus otros grandes pensadores y a esta moral ciñeron sus instituciones penales.

3.2.2. India. Disponemos como fuente de información y estudios de las antiquísimas vedas y de los grandes poemas éticos. La India ha sido siempre un pueblo esencialmente religioso y sus instituciones penales tienen esa característica. Los antiguos indios que derivaban su religión de los principios del panteísmo, llegaron como es claro a crueldades y mostrocidades excesivas. Encontramos, pues en la historia de este pueblo las más bárbaras instituciones, auspicias todas en la idea de rendir homenaje a la divinidad ofensiva.

3.2.3. Japón. Tratándose del Japón hemos de distinguir dos períodos: el iniciado a raíz de la importación del budismo por los Coreanos y un período, semejante al feudal de Europa, probocado por el sistme a Shogun o Mayor-domo de Palacio.

En el primer período, las instituciones de la China se impusieron con todas sus características de fanatismo y de crueldad. En el segundo, se orientó la administra-

ción de justicia con base en el establecimiento de 8 clases hereditarias. Las primeras gozaban de una impugnación casi absolutas, y, las últimas quedaron en condiciones realmente aflictivas.

En el Japón, la justicia fué siempre inspirada en los criterios característicos del período teocrático.

3.2.4. Egipto. Esta antiquísima civilización presenta en su historia penal varios períodos caracterizados por la mayor o menor influencia sacerdotal. El primero preponderancia de la autoridad civil y hasta la quinta dinastía menfítica y durante él predominaron la venganza la composition y el talión. El segundo período, dominación sacerdotal, va hasta la época del Faraón Ikhunaton que expulsó a los sacerdotes. Se caracterizó porque reinaba el criterio de la venganza divina. De ahí a la época de Cristo recobró el estado de sus prerrogativas e impuso sus ideas, y después de Cristo volvió al régimen sacerdotal.

3.2.5. Babilonia. Los datos sobre la legislación Babilónica están en las leyes de Hammurabi, monarca anterior más de 2.000 años antes de Jesucristo. Esas leyes comienzan por hacer una distinción entre libres y esclavos y una enumeración de los delitos.

3.2.6. Israel. Fue el más completo que empleaba en todas las leyes era el viejo principio del Talión " ojo por ojo y diente por diente ".

El derecho mosaico dividió las penas en aflictivas y pecuniarias. Aflictivas eran la muerte y las otras penas corporales. Para los ejecutivos se usaron infinidad de procedimientos.

Los Hebreos tuvieron una pena característica: el Kerth, es decir, una especie de eliminación del delincuente, sin que sepamos en que consistía tal eliminación. Consideraron también para algunos delitos la posibilidad de purificarse por medio de una ceremonia religiosa, previa reparación del daño y entrega del sacrificio a los sacerdotes y al príncipe.

Se reconoció el derecho de asilo para el homicida voluntario, por ejemplo: siempre que conviniera en permanecer en su refugio, una cierta ciudad generalmente hasta la muerte del sumo sacerdote en la época del delito. Se admitió la indemnización en caso como el homicidio causal. Se dijo que cuando la víctima de lesiones era esclavo y el heridor, su dueño, no había sanción.

3.2.7. Grecia. La justicia en los griegos dista mucho

de ser reflejo del altísimo grado de cultura alcanzado por ese pueblo. Atenas, patria de guerreros, pero también de filósofos, de artistas y de letrados, tuvo una justicia no en mucho superior a la de los demás pueblos antiguos. La aristocracia disfrutó de especiales privilegios y el humilde continuó soportando los rigores de una justicia severísima y muchas arbitrarias.

El gran legislador de Atenas fué Dracón, célebre por su rigidez. Hizo más severo el ceremonial de los juicios, prestó mayor atención al testimonio y quiso dignificar a la justicia, honrar a los jueces y enaltecer las instituciones pero en la realidad no significaba ningún avance.

3.2.8. Roma. Roma, tan insigne en derecho civil, no pudo vanagloriarse tampoco de su derecho penal. Latino después de todo, revistieron juicios y sumarios de pompas, formalismos, frases sacramentales, ceremonias simbólicas etcétera. Pueblo con tendencia a la dominación-pueblo de castas, los Romanos oprimieron a los débiles encarnecieron a todos los que se oponían a la grandeza del Imperio, fueran o no Romanos.

La Roma severa y sobria de la gran época no tuvo sustraerse al ambiente de su tiempo y continuó la tradición

de crueldad de los pueblos antiguos. Su división en clases, dejó a la plebe en condiciones casi peores que de las mismas bestias y respecto a las clases altas, si bien es verdad que durante la gran época inicial les hizo sentir el peso de su justicia, luego, en la decadencia bastó ser grande para ser impune.

4. DE LAS SANCIONES

El código penal de 1936 estipulaba las sanciones para los que en virtud del principio de la responsabilidad legal criterio dejado de lado por el nuevo código, infringiera la ley penal. Este las clasificaba en penas para los mayores de 18 años y medidas de seguridad para los menores y enfermos mentales.

El nuevo código, siguiendo el proyecto de la segunda comisión redactora, no habla de sanciones y hace una distinción más profunda entre penas y medidas de seguridad, al excluir las segundas del título de la punibilidad. No así la primera comisión redactora de nuestro código penal que incluyó en el título de la punibilidad, dos capítulos, el primero para las penas y el segundo para las medidas de seguridad, y en el título de los principios rectores habló de sanción: " La sanción penal tiene una función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora.

El criterio de nuestro código al establecer las medidas

de seguridad se basó en el hecho de que éstas no tienen carácter punitivo, sino que se imponen como medidas de protección para el inimputable y la sociedad.

4.1. DEFINICION

Definir la pena, dice Manzini enunciando los caracteres que la distinguen de las sanciones civiles, es difícil pero no imposible. El concepto es variable según la finalidad que le asigne cada escuela. Para nosotros prosigue el autor, consiste siempre en la pérdida de un bien jurídico, dispuesta, no para reparar un daño económicamente apreciable, sino como retribución de la infracción de un precepto legal y para que ésta no se repita.

Tratándose ya de la pena establecida para los delitos de orden común, corresponde la finalidad de tranquilizar a la sociedad, alarmada por la infracción.

A juicio de todos los autores, la característica esencial de la pena es, la de ser exclusivamente personal, sus consecuencias solo la sufre el autor o partícipe de la infracción y se extingue con su muerte.

Ese principio de la personalidad de la pena es compatible con todas las doctrinas que se han elaborado sobre la

función de la misma (retribución, expiación, intimidación corrección, defensa social etcétera y se encuentra tan arraigado a la conciencia humana que ha llegado a eliminar de las leyes modernas algunas penas que, como la confiscación, se imponían en otros tiempos, precisamente, por carecer de esa personalidad.

Autores como Ricardo Núñez sostienen que respecto de la pena de multa rige también el principio de la personalidad de la misma, como que es una pena, la multa es un mal que debe sufrirse por el delincuente y no por otra persona, porque sólo aquél responde por el delito que fundamenta la retribución punitiva pecuniaria.

Para Savigny, la multa no difiere sustancialmente de las demás penas y por eso, si se hiciera efectiva contra los herederos del responsable, se desvirtuaría su verdadera naturaleza.

La multa es, por consiguiente, una sanción reparatoria del delito cometido y no debe confundirse con la indemnización de los perjuicios que si es consecuencia del delito en el campo extrapenal.

4.2. CLASIFICACION

El artículo 41 del C. P. denuncia con respecto a esta clasificación penas principales, los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales: prisión, arresto, multas.

De estas penas principales que enumera el código las dos primeras son privativas de la libertad (prisión y arresto) y la última es pecuniaria (multa).

En el código no figuran dos penas que están de hecho prohibidas en la constitución, como son la confiscación y la pena de muerte. Sobre ésta última haremos un breve recuento en el desarrollo de nuestra investigación, por tratarse de un tema de bastante actualidad en Colombia.

El artículo 42 del Código establece las penas accesorias así: Restricción domiciliarias, pérdida del empleo público judicial, interdicción de derecho y funciones públicas, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

Entre estas accesorias no hay ninguna privativa de la libertad.

4.3. FUNCION DE LA SANCION

De acuerdo con Kant (teorías absolutas) la pena se impone porque se ha delinquido, quia peccatum est. Siguiendo el pensamiento Hegeliano (teorías relativas) la pena se impone para que no se delinca en el futuro, Me peccetur.

Para los que siguen las corrientes absolutas la pena es una medida eminentemente represiva. En cambio para los que defienden las corrientes relativas es de índole predominante preventiva.

En realidad la pena tiene una doble función: preventiva y represiva, sancionar al individuo que ha delinquido, reparar el ~~daño~~ daño social originado con la acción, buscar la rehabilitación del reo para que no vuelva a delinquir, intimidar a quienes no han infringido la ley penal.

Realmente el carácter mixto de la función de la pena es el resultante del análisis de las diversas teorías. Así para unos, es una medida retributiva, moral y jurídicamente, pues se afirma que el mal debe pagarse con el mal. Para otros, es una medida intimidativa, pues su función es la de evitar que se cometan nuevos delitos, bien por parte del reo o de las personas que se encuentran potencialmente propensas a ellos. Para otros es una medida regeneradora, ya que la función principal de la sanción

es la regeneración o enmienda del delincuente, propiciand-
do su rehabilitación social y moral.

4.4. NOCION CLASICA DE LA PENA: ESCUELA CLASICA

Carrara definió la pena como " aquel mal que de confor-
midad con la ley del Estado, infringen los magistrados
a los que, con las formalidades debidas, son reconocidos
culpables de un delito. El fin de la pena es, para el
mismo autor, el restablecimiento del orden externo en
la sociedad."

La escuela clásica del derecho penal nació con el marqués
de Beccaria. Obra maestra de la inteligencia humana y
que marcó un hito en la historia del individualismo y
el progreso.

Para él existió un orden jurídico, creado por Dios y
cada hombre dentro de ese orden tiene una serie de dere-
chos y deberes correlativos. De la observancia de esos
deberes y el disfrute de esos derechos se derivan el
ambiente de pasiva convivencia entre los hombres, que
es lo que constituye el orden jurídico. El que delinque,
intenta romper ese orden, alterar el equilibrio y por
eso las sanciones que acarrear esa conducta viene a ser
el remedio necesario para que se restablezca el orden

y se recobre el equilibrio. Esa proporción entre el delito y las penas, es lo que constituye para los clásicos el fundamento de toda sanción. De acuerdo a este criterio se castiga según la menor o mayor gravedad moral de la falta cometida y según el mayor o menor grado de responsabilidad moral que le quepa al delincuente. Solo se centra en el hecho, intrínsecamente considerado, sin entrar a establecer la personalidad del individuo, poco estudia acerca de sus condiciones psicológicas y filosóficas, el medio ambiente que lo rodean, del aspecto subjetivo del hecho etcétera.

Todo esto se dió en esa época, porque era muy poco lo que se conocía del hombre. La sociología no estaba en condiciones de demostrar como pueden influir las condiciones del medio ambiente en la personalidad humana. La fisiología no daba explicación satisfactoria del complicadísimo funcionamiento del organismo. La siquiatria solo había llegado al punto de establecer que existían hombres locos y hombres cuerdos, pero se ignoraba toda esa inmensa clasificación de las enfermedades mentales.

Un código inspirado en el criterio clásico castiga el incendio, por ejemplo, con una determinada sanción - aquel que voluntariamente prenda fuego a su propiedad o a la ajena, tendrá como sanción tantos años de pre-

sidio. Se presentaban dos casos de incendio y se juzgaban a sus autores. Del estudio del primer caso resulta que el móvil fué un fin de lucro, pues la propiedad estaba asegurada. En el segundo caso el individuo no persiguió ningún fin, lo quemó porque sí. En consecuencia se plantea la pregunta es loco o cuerdo. Procedió libremente, voluntariamente y si resulta que no lo consideran loco y si se llega a establecer que aparentemente procedió libremente y por propia determinación le corresponderá igual sanción que al incendiario del primer ejemplo, cumplirá su pena en el mismo sitio y se le someterá a idéntico régimen.

Ya hoy los clásicos tienen en cuenta al individuo en su síquis, pero continúan dándole mayor importancia al hecho que al artífice de ese hecho. Continúan buscando con fin principal administrar justicia, sin que él presente mayor importancia al futuro del delincuente y mayor intereses de la sociedad.

El clasismo había aparecido como una reacción marcadamente individualista contra los absurdos sistemas de la antigüedad y en la segunda mitad del siglo pasado llegó a su cúspide Carrara, su máximo exponente.

Carrara definió la pena como " aquel mal de conformidad

con la ley del Estado, infringe los magistrados, a los que , con las formalidades de vida, son reconocidos culpables de un delito.

El fin de la pena para el mismo autor, es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, y para que pueda cumplir dicho fin debe reunir ciertas características o condiciones.

Debe ser aflictiva, ejemplar y cierta. Debe ser pronta, debe ser pública, debe respetar la dignidad humana, debe ser legal, debe ser personal, debe ser proporcionada al delito, debe ser igualitaria, debe ser divisible, debe ser reparable.

Para Carrara, entonces, el delito viene a ser el resultado de dos fuerzas: la fuerza moral y la fuerza física: Estas dos fuerzas deben considerarse en su causa, o sea subjetivamente, y en su efecto, o sea objetivamente, La fuerza moral inteligente del hombre que obró y en su efecto o resultado es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los ciudadanos, o sea el daño moral del delito.

Pero a pesar de ésta magnífica teoría con Carrara como pontífice máximo, los clásicos perdían terreno porque

habían fracasado en su lucha contra el delito, y habían fracasado porque a pesar de que en teoría, el sistema buscaba la enmienda, tal vez el camino estaba equivocado.

Aparece entonces en 1876 un médico y antropólogo de Turín, Cesar Lombroso, cuyo libro " el hombre delincuente preconiza la existencia de un tipo humano fatalmente predestinado a delinquir, libro que adquirió gran popularidad en esa época, ya que sus estudios acerca del hombre tenían plenos respaldos científicos. Aunque para Lombroso el delito continuaba siendo un ente jurídico, a partir de este momento comienza la escuela positivista.

Se avanzaba en forma tímida en este campo hasta cuando aparece Enrico Ferri, estudiante de Derecho Italiano que con su tesis la refutación del libre albedrío, creó una nueva doctrina sobre el derecho penal.

Como veremos más adelante el aporte Ferriano sobre la concepción de la pena alcanzó connotaciones sociales, humanas y síquicas.

4.5. NOCION POSITIVISTA DE LAS PENAS. ESCUELA POSITIVA

Contra la concepción clásica reaccionó la escuela funda-

da por Lombroso desarrolla por Ferri y demás maestros del positivismo penal Italiano, dice el autor al respecto:

" las sanciones deben ser ajenas a toda culpa moral, ningún juez humano puede medir la culpa moral de una criatura humana porque no puede conocer las infinitas condiciones de herencias fisio-síquicas, de vida familiar y social, de existencia económica, intelectual, moral, aparte de las restantes e infinitas condiciones de ambiente físico y social, de las que irreparablemente todo el delito es el inexorable resultado."

Con Ferri nació definitivamente la escuela positiva del Derecho Penal, y sus fundamentos están contenidos en los siguientes puntos:

- La responsabilidad.
- El delito.
- El delincuente
- La sanción
- Régimen carcelario.

Ferri y sus discípulos con su concepción del delito como fenómeno natural y social, en el que es preciso considerar factores endógenos y exógenos que obran en el individuo, fueron los arquitectos del nuevo edificio.

Los positivistas sostienen, que el delincuente atenta contra la tranquilidad social, altera las condiciones de vida pacífica y ordena convivencia de las sociedades humanas, por ese hecho solamente, es socialmente responsable. Esta responsabilidad social es suficiente para que la sociedad tenga derecho a juzgarla. Si se trata de un delincuente común esa defensa de la sociedad se ejercerá con una sanción propiamente dicha, pero si se trata de un enfermo mental o de un menor sólo se le aplicará medidas de inseguridad. En todo caso el individuo ha de hacerse responsable de sus actos ante la sociedad. Reconoce Ferri la sanción y preconiza la rehabilitación como finalidad de la misma. Lo grave de este punto de su doctrina es que justifica como causalidad de la sanción el perjuicio acarreado a la sociedad y por ello en su nombre la ley castiga al delincuente. De modo que admite en la sanción una doble paz: La sanción rehabilitación y la sanción - castigo, reconociendo el derecho que tiene la sociedad al ejercicio de esta faz, que entraña especialmente en la segunda, la pena de muerte, porque si la sociedad puede castigar al delincuente, este castigo ha de ser proporcional al daño infringido y siendo el mayor daño la muerte de otro hombre, es lógico deducir que este castigo debe ser el máximo, esto es la pena de muerte.

Cuando Ferri habla de rehabilitación su doctrina es también vaga por en caso como el del homicidio, la reparación no es posible y lo único dable es modificar el carácter del individuo, su *siquis* en general, para que no vuelva a incurrir en el delito, pero éste solo es posible cuando se estudian ante las causas, condiciones, inhibiciones etcétera que indujeron al individuo a cometer su crimen. De las conclusiones y consideraciones anotadas surja una nueva escuela penal la Terza Scuola.

En esta Terza Scuola o criminología crítica la concepción de la pena, difiere fundamentalmente de la que presentan la escuela clásica de Carrara y la positiva de Ferri:

Para Carrara la sanción o pena tiene el carácter de reparación de que debe hacer el delincuente a Dios en primer lugar y a la sociedad en segundo, y por ello se la llama sanción - reparación, donde por lo que Carrara siguiendo la dogmática del Concilio Tridentino, radica el delito en una violación de la ley penal, por medio del libre albedrío, o libertad que tiene el hombre para escoger entre el bien y el mal y que escogiendo el mal ofende directamente a Dios y a la sociedad cuyo orden está documentado en la disposición divina; al exigir la ley divina (los diez mandamientos) el delincuente

ofende a Dios y al mismo tiempo rompe el orden social establecido por Dios para la sociedad. De modo que la pena o sanción tiene esa finalidad : una penitencia o reparación presentaba a Dios, y un castigo con que se repara la sociedad por el quebrantamiento del orden.

Para Ferri la pena solo atiende al perjuicio que la infracción penal causa a la sociedad, el delito está connotado por el perjuicio social. Es verdad que Ferri reconoce el libre albedrío, pero solo para los efectos de la gradación del delito, no es consustancial con él. La sanción reviste el carácter único de castigo de represión, de escarmiento y por eso se le llama sanción - castigo. Por contemplar solo el aspecto práctico del delito y de su sanción se le llama positiva a esta escuela.

Ni Carrara, ni Ferri se adentran en la contemplación síquica del delincuente. No se preguntan porqué llegó el delincuente a su infracción, qué lo motivó, que lo impulsó, qué deterioro intrínseco tuvo su síquis, para infringir la ley penal. La criminología crítica sí lo hace: desconoce el libre albedrío, por cuanto que al penetrar en la síquis del hombre encuentra que ella actúa presionada por factores de índole diversa que oscurece el entendimiento y debilita su voluntad en tal forma

que sus actos son el resultado de esas tinieblas y de ese debilitamiento. Por ello la responsabilidad del delincuente, debe ser medida por los grados de anormalidad que presenta su siquis y por consiguiente su sanción es ajena al castigo y que la reparación de su delito está lógicamente en la rehabilitación de la siquis deteriorada y en la consecuente readaptación de su conducta al orden social.

Por ello admite la sanción - rehabilitación - readaptación (R-R) como la única lógica y justa.

En nuestro Estatuto Penal la política aparece ecléptica contiene un poco de cada una de estas escuelas, preferentemente normas clásicas, luego normas positivas y finalmente normas de criminología crítica. Es de desear la orientación a esta última escuela, por las altas concepciones humanísticas que ella contiene.

4.6. PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Estas penas son el actuar derecho positivo, las de prisión y arresto. El código penal de 1936 establecía en que forma, lugar y modo debían ejecutarse estas penas. El código remite su cumplimiento a lo que dispongan las leyes sobre el régimen carcelario.

Las penas privativas de la libertad, sobre todo cuando se cumplen y prolongan en establecimientos cerrados, con aislamiento celular continuo o discontinuos producen efectos perniciosos sobre la persona del reo.

La reclusión genéticamente observada no es más que un residuo de la pena capital. La cuestión dice Barnes citado por Cuello Calón, es saber si se quiere castigar a los penados o transformarlos. Las dos cosas no pueden hacerse al mismo tiempo. Castigo y reforma no pueden ser gemelos en ningún sistema.

Por todo lo dicho, agregando que los múltiples inconvenientes del sistema penitenciario, cualquiera que sea su inspiración, ha llevado a plantear la conveniencia de suprimirlos del ordenamiento jurídico penal.

4.7. PENA PECUNIARIA

El nuevo código penal reconoce especial importancia a la pena de multa, y la mencionada en sus artículos contemplados en el mismo.

Una multa no puede convertirse en arresto antes que se ejecutorie la resolución en que se impone la multa.

En el código penal se encuentra contemplado que implica lógicamente que cuando la multa no se haya impuesto como pena principal y única sino accesoria, no es convertirla en arresto.

La razón de este artículo es evitar que en el caso de que se impusiera la sanción pecuniaria, como accesoria de otra que entrañara privación de libertad, de ello resultaría la aplicación a un mismo tiempo de dos penas privativas de la libertad, a saber: la impuesta en la sentencia y la de arresto en que se convertiría la sanción pecuniaria al no ser satisfecha.

4.8. DURACION DE LA PENA

El nuevo código penal no sólo señala como máxima de la pena de prisión treinta años, sino que en el capítulo sobre concursos de hechos punibles dispone que en ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de 30 años.

5. SANCIONES PENALES CONTRA LA VIDA

En este capítulo iniciaremos el estudio de las diferentes modalidades punitivas, comenzando por aquellas que lesionan el interés jurídico primordial de todo ser humano, como son las sanciones contra la vida. A través de todo el capítulo haremos un planteamiento de los fundamentos de éstas sanciones, sus características, su eficacia y los argumentos en favor y en contra, sus ventajas y desventajas, su evolución en la legislación Colombiana y de algunos otros aspectos que nos permitan una correcta apreciación de ellas.

5.1. PENA DE MUERTE. RESEÑA HISTORICA

La pena de muerte viene del latín " Poena Capitis", de la forma de ejecutar la pena capital, la decapitación para lo cual se utilizaba el hacha, se le atacaba al condenado las manos a la espalda, se le azotaba y luego tendido en el suelo se le decapitaba. El hacha fué más tarde sustituida por la espada y es precisamente del

nombre en latín de esta pena, de donde proviene el nombre de pena capital con que comúnmente se denomina la pena de muerte.

En la historia de la pena de muerte cabe diferenciar dos etapas: una que abarca desde los comienzos de la historia hasta principios del siglo XVIII en que nadie ponía en duda la eficacia y la justicia de la pena capital y otra que partiendo del siglo XVIII llega hasta nuestros días, etapa en que se enfrentan dos corrientes las que creen en su utilidad y aquellos que niegan su eficacia y su justicia, es decir los abolicionistas.

En los comienzos de la primera etapa, la pena de muerte era aplicada con frecuencia por los familiares y amigos de la víctima. Más tarde cuando el poder público se consolidó, era éste el que ejercía el derecho a decretarla y en esa primera época se aplicaba casi siempre de manera bárbara y cruel, gran número de casos tenía como fin, más que el causar la muerte de la víctima, hacerle sufrir siendo así la causa de que se practicaran durante mucho tiempo un sin fin de torturas y tormentos.

Es en este momento concretamente, cuando apenas puede hablarse de pena, o sea cuando la medida cuando el autor de la conducta provenía de una organización, bien sea

esta social, política o religiosa.

En efecto, distintas fuentes de información señalan que las sanciones contra la vida fueron empleadas en un comienzo en el ámbito religioso, y que de éste pasó a la órbita jurídica.

La historia de la pena de muerte es una historia muy larga, probablemente comenzó dice Wertham:

" No como un castigo sino como exorcismo. Era una manera de purificar el lugar en el cual se había cometido un homicidio, como si el asesino fuera una infección, que afectara toda la comunidad, el espíritu de la víctima no solo perseguía al asesino sino que amenazaba a toda la gente. La sangre del asesino se vertía como en un sacrificio humano. Se trataba de una purificación, no de un castigo."

En el mundo occidental fué la iglesia católica la que difundió el uso de la pena de muerte, más que todo como hechos considerados como herejías, pero a pesar de ello es preciso firmar que la iglesia católica, solo fué asumida cuando tras haber superado el período de las persecuciones, obtuvo el reconocimiento y respaldo del poder

político, el que llegó a ejercer más tarde.

Empero la iglesia no ejecutaba directamente la pena de muerte. En virtud de que le fuera expresamente prohibido en los concilios de Toledo y de Letrán; de manera que se limitaba solamente a proferir dicha medida, y a entregar al condenado al poder civil, para que fuese éste quien se encargara de quitarle la vida. Fué así como apareció el Tribunal de la Santa Inquisición.

Toda esta estrecha vinculación entre la religión católica, de una parte, y el surgimiento de la pena capital de otra, ha sido sintetizado por Camus, cuando indica que " en realidad, el castigo supremo ha sido siempre a través de los siglos una pena religiosa. Inflingida el nombre del rey representante de Dios sobre la tierra, o en nombre de la sociedad, considerada como un cuerpo sagrado, no rompe la solidaridad humana, sino la pertenencia del culpable a la comunidad divina, que es la única que puede darle la vida."

Es bien conocido que durante las fases vindicativas y retribucionista de la sanción penal, la pena de muerte fué ampliamente utilizada, aunque en el último de los mencionados períodos no constituía institución adecuada para la obtención de la principal finalidad con fundamen-

to en la cual se legitimaba entonces las sanciones penales, saber: la explotación oficial del trabajo recluso.

Es sabido además, que en las etapas vindicativas y retribuciones, la ejecución de la pena de muerte se caracterizaba, primero por estar acompañado de un gran ensañamiento sobre el cuerpo del condenado, esto es la tortura, y segundo por efectuarse en medio de un amplio y espectacular despliegue público.

En síntesis, tenemos que la situación y tendencias actuales ante la pena de muerte se manifiestan en favor de su abolición o restricción en la mayoría de los países. Pero pese a esa actitud teórica, al mínimo número de ejecuciones que se efectúan y a la falsa impresión que proviene de la gran difusión dada las actitudes abolicionistas en países dominantes, la gran mayoría de los estados conservan la pena en sus codificaciones como un arma más en su lucha contra la criminalidad política que en las naciones occidentales suponen una radical oposición al sistema capitalista.

5.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE MATAR

Cuál puede ser el derecho, que se atribuyen los hombres

para matar cruelmente a sus semejantes. No ciertamente aquel de que resultan las soberanías y las leyes. Estas no son más que la suma de mínimas porciones de la libertad particular de cada uno. Quién ha querido dejar nunca a otros hombres el arbitrio de matarlo?. Cómo puede estar en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el de mayor de todos los bienes, la vida. Admitido esto, cómo se armoniza un tal principio con el de que el hombre no es dueño de matarse .

Y debía serlo, si tiene poder para conceder a otros, o a la sociedad entera ese derecho.

Analizado desde la perspectiva de una sociedad creada en virtud de un contrato social, varios autores sostienen que el Estado carece del derecho de matar, toda vez que los presuntos coasociados no pueden transmitirle tal facultad.

Por ello Trujillo sostiene que para que fuera lícita la pena habría que admitir que la facultad de aplicarla hubiera sido concedida al Estado por los ciudadanos en virtud de un pacto entre ambos; fundamentado en el derecho de cada ciudadano a disponer de su propia vida, lo cual es inaceptable.

Y López Rey expone un criterio análogo cuando dice: La función penal no es ilimitada, sino limitada, puede imponer restricciones y prohibiciones, pero no una total supresión.

Es por esto que la privación de libertad con carácter perpetuo no se justifica, tampoco la de confiscación total y todavía menos la supresión total de una persona mediante la aplicación de la pena de muerte.

Estas anteriores consideraciones han sido rebatidas por los partidarios de la pena capital, en el sentido de que mediante el contrato social el Estado recibió el derecho de matar. Así Villegas Angel argumenta que en el estado natural supuestamente anterior al establecimiento de la sociedad, cada hombre poseía el derecho de quitar la vida a los otros cuando éstos lo merecían por sus transgresiones a las leyes naturales y que tal derecho fué transmitido al poder político al crearse la sociedad.

El mismo autor acepta que el derecho a la vida es innato, inalienable, imprescriptible pero se pregunta es también imperdible? no es posible perderlo por el delito pero si el hombre aún cuando no haya cometido ningún delito, a cualquier edad, por cualquier circunstancia, por obra

de las leyes naturales, puede perder la vida, no nos demuestra esto que el derecho a la vida igual que otros derechos es relativo, condicionado, subordinado o sea es un derecho que puede perdurar. Y continúa razonando el autor, si este derecho a la vida puede perderse por cualquier causa natural, no puede perderlo aquél que le quitó a otro, que se colocó voluntariamente al margen de las normas legales es decir que se ha demostrado indigno de ese derecho.

Luego entonces el derecho a la vida es inviolable mientras existe; pero como todos también puede perderse, y es al Estado precisamente a quien corresponde determinar cuando se pierde.

Existen otras tendencias que podríamos considerar de fundamento jurídico aunque en un sentido amplio enfocan el asunto de la pena de muerte como el ejercicio del derecho de legítima defensa que la ley personal reconoce a los particulares, pero con la diferencia que lo pone en práctica el Estado directamente.

Dicen entonces los partidarios de esta tendencia, que basta con ubicar el problema dentro de la legítima defensa: si un individuo puede dar muerte a otro obrando en legítima defensa, como se le puede negar al Estado

el derecho de defenderse de sus enemigos interiores?.

En nuestro criterio este esfuerzo de equiparar la pena de muerte a la legítima defensa es inadmisibile, puesto que el mismo Estado estaría desconociendo dos requisitos que él mismo ha impuesto para que pueda admitirse el derecho de legítima defensa como son: Que la agresión contra la cual se reacciona sea actual y que no pueda evitarse de otra manera; y ninguno de los dos le dan la aplicación de la pena capital.

Reconocer como legítimo y legal un derecho semejante, el de quitar la vida al prójimo es un acto no punible, es tanto como sentar la base de cualquier otro tipo de violencia, tanto como reconocer que si se puede matar, con mayor razón de podría torturar, mutilar, violar, si es lícito matar, todo es lícito.

El sentido de venganza, de escarmiento y de desquite que tiene históricamente la pena de muerte parece justificar toda la serie de atrocidades que la víctima ha de sufrir antes de expirar y expiar. Los suplicios, las torturas y todas las penas corporales en que se mutila o se hace sufrir físicamente al hombre, se presenta generalmente a través de siglos como el preámbulo de la última pena, y por cierto mucho más terrible en la mayoría

de los casos que la muerte misma .

Beccaria en su famoso " tratado de los delitos y de las penas", escribió que la pena de muerte no se fundó en ningún derecho, no es más que una guerra declarada a un ciudadano.

Antes y después de Beccaria, hay toda una serie de hombres apasionados opuestos al derecho de matar, que van a influir también para que de este momento, se supriman al menos de un modo parcial sino totalmente, la pena de muerte para delitos que cada vez van siendo considerados como menos graves.

5.3. LA PENA DE MUERTE ANTE LA SANCION PENAL

Monstequie y Beccaria señalaban que las sanciones penales debían cumplir determinados requisitos. Pero ya en nuestros días y en el supuesto de que las diversas penas, satisfacen las características de la sanción penal, el planteamiento estriba sobre si la pena de muerte reúne o no tales requisitos o características; entonces entraremos a debatir los presupuestos prácticos o teóricos que señalan a la sanción capital como: necesaria, proporcional, reparable, resocializadora, humana y económica,.

Necesaria. La idea más antigua con respecto a este concepto proviene de Beccaria, quien señala que toda pena que no deriva de la absoluta necesidad es tiránica, esto es para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.

Pero concretando estas reflexiones de Beccaria con respecto a la pena de muerte expresa Cuello Calón: " para los penalista modenos, lo importante no es saber si la sociedad posee un derecho abstracto de castigar, si la pena capital es justa y lícita, si no llegara al conocimiento de si es necesaria o conveniente para la conservación de la ordenada vida de la comunidad. Por ello nuestros días, los argumentos con que se defiende o combate esta pena tiene su fundamento en consideraciones de conveniencia social.

En épocas pasada la eventual y necesidad de la pena de muerte seguramente era indispensable, pero ya en el presente siglo, dada la protección de los intereses jurídicos y la represión de los infractores que han experimentado avances importantes, es posible considerar el recurrir a otra clase de medidas.

En 1972 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos toma una determinación en cuanto a la forma como venía siendo aplicada la pena de muerte en ese país, se consideró que esa misma aplicación era una medida inconstitucional por violar la octava enmienda, en la cual se prohíbe los castigos crueles; esta determinación sirvió de base para difundirse en la creencia general de que el estado propugnaba por una abolición de la pena de muerte, y por ello el Tribunal Supremo ya que en 1976 modificó su opinión y determinó que la pena de muerte por asesinato no podía considerarse un castigo cruel y por lo tanto no podía decirse que fuera violatoria de la Constitución; y así vuelve a plantearse la posibilidad de imponer y ejecutar esta sanción.

En un principio se pensó que esta actitud del Tribunal Supremo de los Estados Unidos tendría como consecuencia la ejecución en masa de todas las personas que hasta fecha estaban condenadas a muerte, pero afortunadamente no fué así, y se sabe que de esas solo seis han sido ajusticiadas.

De toda forma esta transitoria suspensión de la pena de muerte en Estados Unidos llegó a pensar que esa sería la actitud asumida en todos los Estados, y por consiguiente en las otras naciones del mundo, pero no realidad

así y la pena de muerte sigue vigente por determinación Constitucional en los Estados Unidos.

Se estima que la necesidad de la pena de muerte es un asunto relativo, De ninguna pena puede decirse en forma absoluta que es necesaria o no, sino que la afirmación o negación debe responder a este planteamiento ¿ para que es necesaria la pena de muerte?.

Resulta entonces que el tema de la necesidad es secundario y accesorio, lo primero es establecer los posibles objetivos y luego ya los mecanismos para alcanzar esos objetivos.

Proporcional. Carrara anota: El precepto de que la pena debe ser proporcionada al delito se ha convertido en una fórmula nebulosa.

Reyes Echandía, fija su posición sobre este particular, argumentando que la pena debe ser proporcional al delito o contravención que se haya cometido y a la personalidad del responsable. Esta proporción puede ser cualitativa o cuantitativa. El aspecto cualitativo supone que las penas varíen en su calidad (prisión, presidio, arresto etc) de acuerdo con el tipo de infracción, mientras que el aspecto cuantitativo implica que el valor de las penas debe adecuarse a la mayor o menor gravedad del hecho

punible cometido.

En realidad si se entiende el asunto de la proporcionalidad como la relación entre el interés jurídico tutelado y la medida adoptada ante tal hecho punible, referido a la sanción capital, bastaría con entender que se pretende utilizar esta pena como "única pena posible", aplicable a varias conductas delictivas, no podría ser en ningún caso proporcional, ya que es imposible cuantificarla. Pero sí en cambio, se considera como la única posibilidad punitiva dentro de una lista de distintas penas, puede llegar a presentarse la proporcionalidad, ya que en esta hipótesis la graduación vendría dada por el aspecto cualitativo.

Reparable. Muñoz Pope expresa al respecto de esta exigencia " a nuestro juicio el más importante argumento abolicionista lo constituye la posibilidad de los errores judiciales. Toda vez que la pena de muerte es indivisible, una vez ejecutado el condenado ya nada puede hacerse".

La pena de muerte una vez ejecutada es irrevocable, y presenta las características de que destruida la parte más importante del proceso, corta las posibilidades de una consecuente investigación. Aun cuando el acusado

ya no es, como sucedió durante la inquisición, un medio secundario, como medio de prueba, es de todas maneras el portador de aclaraciones fácticas de gran importancia.

Ahora respecto de la factibilidad, (característica propia del género humano) de evitar las consecuencias negativas. en caso de hacerse efectivo el riesgo, ninguna pena es íntegra y efectivamente reparable. ¿ Cómo devolver los años vividos en prisión a quien equivocadamente fué condenado a ello?. Pero sólo tiene validez con respecto a los efectos pretéritos, porque con respecto a los efectos futuros con todas las penas distintas a la capital, es posible hacer desaparecer esos efectos, hasta con devolverle la libertad al individuo , para que por lo menos concluya el efecto principal.

Estas consideraciones no existen naturalmente tratándose de la pena de muerte. De modo que si utilizamos el argumento de los abolicionistas en el sentido de que la pena de muerte es la única pena irreparable, podemos deducir, en base a los anteriores planteamientos que no es válido como tampoco lo es el razonamiento contrario de que ninguna sanción es reparable.

Sencillamente podemos concluir que la responsabilidad de la máxima pena no existe, mientras que la de las

demás sólo es parcial.

Resocializadora. Cuando analizamos la etapa contemporánea de la evolución de la sanción penal, sosteníamos que la principal aunque no única función de la pena debe ser la resocialización, de quien ha sido sentenciado, ahora si la resocialización o rehabilitación es un propósito con mira hacia el comportamiento futuro del condenado, particularmente si este ya ha cumplido la sanción impuesta, es fácil comprender porqué los opositores a la pena capital encuentran un sólido apoyo en estos razonamientos, toda vez que dicha sanción elimina radicalmente la posibilidad de adecuarle al sancionado comportamientos futuros.

En este orden de ideas Alfonsno Reyes aduce: Esta pena elimina toda posibilidad de enmienda y de rehabilitación del sancionado, y aunque se afirme que hay delincuentes en los cuales esa enmienda y esa rehabilitación son imposibles, lo que ocurre es que esos casos no se ha profundizado suficientemente sobre los factores que contribuyeron al delito.

Entonces si la misión fundamental del Estado es examinar los factores o causas endógenas que llevaron a un individuo a delinquir, y habiéndolos hallados, someterlo

tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico y cultural más adecuado para reintegrarlo a la sociedad y evitar que reincida, la pena de muerte no está cumpliendo esta función, sino que hace suponer que el Estado renuncia a rehabilitar al delincuente.

Humana. La preocupación porque la pena de muerte sea humana, la han esbozado hasta los partidarios de esta medida, en el sentido no de su naturaleza mismo sino de la forma de su aplicación, en este sentido ya conocemos una de las tres exigencias de Carrara hizo con relación a la pena de muerte del modo que haga sufrir menos al sentenciado.

En nuestra opinión el asunto de la humanización de la pena es fundamental, aunque impreciso, pero de hecho es dable afirmar que ninguna pena es ni puede llegar a convertirse en humana, dada su naturaleza, porque ¿qué de humano tiene privar la libertad o otro, de su vida, de sus intereses jurídicos?.

En relación con la pena de muerte se han empleado estas expresiones de humano e inhumano pero como simples calificativos en sentido positivo o negativo, carentes de un contenido.

Económica. Dentro de la concepción del derecho penal, encontramos esta consideración de tipo económico, orientado a establecer que la aplicación de una pena debe significar la menor erogación posible del Estado.

Este asunto destinado a encontrar las penas menos costosas para el Estado, dá lugar a un sinnúmero de argumentos, como aquel que afirma que la sanción privativa de la libertad resultaría menos onerosa que la muerte, puesto que los sentenciados podrían trabajar y sostener no solo a su familia sino ayudar a su manutención y relevar de esta carga al Estado, pero este argumento es demasiado fantástico como para que corresponda a la realidad.

Nuestro concepto acerca de este aspecto económico, de qué penas resultan más o menos onerosas al Estado, es realmente un aspecto inconducente, parcial y nada determinante.

5.4. LA PENA DE MUERTE EN COLOMBIA

La pena de muerte la estableció en Colombia, en forma legal el código de la Nueva Granada en 1837 mediante la ley primera de junio 27 de 1887 y la reglamentó en sus artículos 33 y 39 donde el ceremonial, que precedía

este acto el artículo 34 del código en mención en el cual se consagraba lo siguiente.

Los reos condenados a muerte serán conducidos al público con túnicas o gorros negros, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo llevará el ejecutor de la justicia vestido de negro...

El artículo 37 ordenaba que después de ejecutada la sentencia el cadáver del reo debía permanecer expuesto al público por dos horas.

Los artículos 32 y s.s. de este código de 1937 , trataban del modo como habían de ejecutarse la pena del garrote para los condenados a la pena de muerte. Los artículos 146, 611, 612 y 615 se referían a los delitos políticos, equiparando esa acción con la de los asesinos y parricidas, los salteadores y ladrones en los peores casos. Afortunadamente nuestro país se encuentra entre los abolicionistas de la pena de muerte, haciéndole honor a la vida, al derecho y a la democracia.

El derecho penal moderno y las orientaciones más avanzadas del mundo en lo que a sistemas penológicos se refiere, combaten la pena máxima porque se considera que el hombre, por criminal, por espantoso y repudiable que

parezca su delito y en general su conducta social, dejan una posibilidad de corrección.

La tendencia moderna es la de abolir la pena máxima en los países en donde aún subsisten. Hay organismos internacionales dedicados a ese fin, y hoy día la Organización de las Naciones Unidas busca afanosamente que en el mundo entero se imponga la concepción de que la justicia humana no está en los patíbulos, ni en los fusilamientos, ni en las cámaras de gas; sino en las penitenciarias que recuerden más al hombre que al delincuente, en las colonias agrícolas, en donde se pueda mantener el hábito del trabajo, en los sanitarios y en las clínicas donde se les pueda someter a tratamientos adecuados.

CONCLUSION

Hemos analizado el panorama de las sanciones, que comienza con la historia del hombre, pasado por todas las etapas o secuencias que en una o en otra forma han dejado secuelas positivas o negativas, pero que de todas maneras han marcado un hito en la historia penal de nuestra legislación.

Creemos haber realizado un análisis crítico y detallado, sustentado por responsables conceptos de eminentes tratadistas nacionales y extranjeros y tomando como base las normas establecidas por el código penal colombiano y su criterio dogmático.

Presentamos pues esta investigación dirigida como un aporte a la nueva política criminal, próxima a establecerse en Colombia, según el cariz que toman los estudios que se están llevando a cabo en la Universidad Nacional como en la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Y como el inicio de una labor que con el devenir de los años y la experiencia necesaria podrá llegarse

a convertir en una mejor obra.

En Colombia el reflejo de la inseguridad es explicativo, de que la ley penal solo se ha extendido más allá de su competencia, invadiendo las esferas de la moralidad privada y el bienestar social.

Hay que decir que la poca oportunidad de trabajo y el alto costo de vida, son los que generan el caos existentes, por la cual las instituciones del Estado se vean amenazadas por las gentes que en su desespero, no tiene otra alternativa que crear el desespero, por la lucha que integra.

El empleo de las cárceles, responde a diversas presiones de la sociedad. La reclusión de presos en una medida desproporcionada, como grupo social teniendo en cuenta que unos son desocupados, sin preparación vocacional, otros con falta de educación y por consiguiente aislados socialmente y perturbados psicológicamente, hace necesario que les preste auxilio para remediar esas diferencias.

BIBLIOGRAFIA

- BERNARDO DE QUIROZ, Constantino. Lecciones de derecho penitenciario. 1958.
- CASTRO MARTINEZ, Alfonso. Planteamiento de la cuestión penitenciaria. Bogotá, 1968.
- GOMEZ DUQUE, Fernando. Colección La Salle. Historia de Colombia. 2ª edición.
- MORALES LOPEZ, Jairo. Nuevo Código Penal Colombiano Lex Limitada. 1980.
- MORRIS, Norval. El futuro de las prisiones. Nueva criminología. 2ª edición. siglo 21. 1981.
- OMEBA, Enciclopedia jurídica. Argentina. Bibliográfica. Tomo II.
- RAMIREZ GRONDA, Juan. Diccionario jurídico. Claridad, Buenos Aires, 7ª edición, 1974.