

T
345.04 861
Ch.485

LA PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

GABRIEL CHARRIS SANZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

" SIMON BOLIVAR "

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

4034432

DR 701
#0890

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

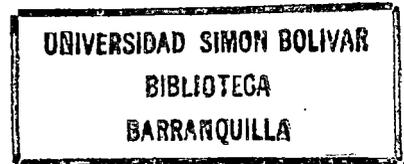
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

No. INVENTARIO 4034432
PRE. ID. 360
FECHA 25 FEB. 2008
CANJE DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, Noviembre 19 de 1986.



Doctor
CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD "SIMON BOLIVAR"
E. S. D.

Señor Decano:

Agradezco la distinción hecha por usted al encomendarme la di
rección del trabajo de investigación del egresado GABRIEL CHA
RRIS SANZ el cual versó sobre el aspecto punitivo del derecho
y que él tituló "LAPUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOM-
BIANA" y en mi calidad de directora rindo el concepto de rigor.

El estudio metódico que de la pena, su clasificación sus fun-
ciones y características hace el señor CHARRIS SANZ, revela --
un conocimiento fundamental de materia tan importante en el--
campo del Derecho, los cuales son tratados de manera clara y-
sencilla. Manejando con gran propiedad los conceptos jurídicos.

Por lo anteriormente expresado me permito comunicar a Ud. que
el trabajo "LA PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA"
del señor GABRIEL CHARRIS SANZ reúne los requisitos consagra-
dos en la Ley y en los Estatutos Universitarios y por lo tan-
to le imparto mi aprobación.

Del señor Decano.


SONIA MARIA SANCHEZ PEREZ
Director de Tesis.

LA PUNIBILIDAD EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

GABRIEL CHARRIS SANZ

Tesis de grado presentada
como requisito parcial pa-
ra optar al título de
Abogado.

Asesora: Dra. SONIA SANCHEZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

" SIMON BOLIVAR "

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1986

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

DEDICATORIA

A mis padres que con su desinteresado
esfuerzo, contribuyeron al logro de
mis aspiraciones.

Gabriel

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
0. INTRODUCCION	1
0.1 ESCOGENCIA DEL TEMA	1
0.2 JUSTIFICACION	1
0.3 OBJETIVOS	4
0.4 MARCO JURIDICO	5
0.5 MARCO HISTORICO	6
0.6 METODOLOGIA A APLICAR	7
0.7 TIEMPO DE DESARROLLO	7
1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PENA	8
1.1 ORIGEN DE LA PENA	8
1.2 ORIGEN HISTORICO	8
1.3 EVOLUCION DE LA PENA	12

1.3.1	Etapa de la Venganza Privada	13
1.3.2	Etapa de la Expiación Religiosa	13
1.3.3	Etapa de la Venganza Pública	15
1.3.4	Etapa Humanitaria de la Pena	16
1.3.5	Etapa científico - clínica	18
1.4	CLASIFICACION DE LAS PENAS ANTIGUAS	19
1.4.1	Penas Corporales	21
1.4.1.1	Penas Infamantes	22
1.4.1.2	Penas Infamantes en Colombia	24
1.4.1.3	Universalidad de la Pena de Muerte ..	25
1.5	CARACTER SOCIAL DE LA PENA EN GRECIA Y EN ROMA	27
1.6	HUMANIZACION DE LA PENA	29
1.6.1	Período de Moralización de la Pena	30
1.6.2	Período finalista o tutelar de la pena	31
1.7	TEORIAS ABSOLUTAS SOBRE LA PENA	32
1.8	TEORIAS RELATIVAS	37
1.8.1	Teorías Relativas	39
2.	LA PENA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA	41
2.1	CONCEPTO	41
2.2	CARACTERISTICAS DE LA PENA	43

2.2.1	Legalidad	43
2.2.2	Proporcionalidad	44
2.2.3	Individualidad	46
2.2.4	Irrevocabilidad	47
2.2.5	Aflictividad	47
2.2.6	Publicidad	46
2.3	FUNCIÓN DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL CO- LOMBIANO	48
2.3.1	Función Preventiva de la Pena	50
2.3.2	Función Protectora y Resocialización ..	51
2.4	POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO	52
2.4.1	Naturaleza de la Potestad Punitiva del Estado	52
2.5	CLASIFICACION DE LAS PENAS	54
2.5.1	En razón de su Importancia	54
2.5.2	En razón del Derecho Afectado	55
2.6	NATURALEZA DE LAS PENAS EN NUESTRO CODIGO PENAL	57
2.6.1	Penas Principales	57
2.6.1.1	Prisión Arresto	57
2.6.1.2	Multa	58
2.6.2	Penas Accesorias	60
2.6.2.1	Restricción Domiciliaria	60

2.6.2.2	Pérdida del empleo Público u Oficial.	61
2.6.2.3	Interdicción de Derechos y Funciones Públicas	62
2.6.2.4	Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio	62
2.6.2.5	Suspensión de la patria potestad	63
2.6.2.6	Expulsión de Territorio Nacional	64
2.6.2.7	Prohibición de consumir bebidas alcohólicas	65
2.7	MEDIDAS DE SEGURIDAD	66
2.7.1	Naturaleza Jurídica de las Medidas de Seguridad	67
2.7.2	Diferencia entre Pena y Medida de Seguridad	69
2.7.3	Las medidas de Seguridad en el Código Penal	71
2.7.4	Clasificación de las Medidas de Seguridad	71
2.7.5	Clasificación de las Medidas de Seguridad	72
2.7.5.1	Internamiento en Clínicas Siquiátrica	72
2.7.5.2	Internamiento en Casa de Estudio o de Trabajo	73
2.7.5.3	Libertad Vigilada	74
2.7.5.4	Reintegración a su ambiente natural .	75
2.7.6	Control por parte del juez para el cumplimiento de la Medida de Seguridad ...	75
2.7.7	Cómputo de la Detención Preventiva	76
2.7.8	Internamiento Siquiátrico o Provisional	77
2.7.9	Régimen Penal de Menores	77

3.	REGULACION DE LA PUNIBILIDAD	79
3.1	CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION O AGRAVACION PUNITIVA	81
3.1.1	Gravedad y modalidad del hecho punible.	82
3.1.2	Grado de Culpabilidad	84
3.1.3	Antecedentes, Conocimientos y Subsiguientes	85
3.1.4	Genéricas y Específicas	85
3.1.5	Personalidad del Agente	87
3.2	CAUSAS QUE DISMINUYEN LA PUNIBILIDAD	89
3.2.1	El delito emocional	89
3.2.2	El exceso en las justificantes	94
3.2.3	La tentativa	95
3.2.4	La Complicidad	96
3.2.5	Circunstancias de atenuación punitiva .	96
3.3	CAUSAS QUE AUMENTAN LA PUNIBILIDAD	103
3.4	DOSIMETRIA PUNITIVA	112
3.5	CAUSAS QUE EXCLUYEN LA PUNIBILIDAD	113
3.6	CAUSAS QUE EXTINGUEN LA PUNIBILIDAD	116
4.	CONSECUENCIAS CIVILES DEL DELITO	125
4.1	CONCEPTO	125

4.2	CLASES DE PERJUICIOS	126
4.3	SUJETOS DE INDEMNIZACION	128
4.4	TASACION DEL DAÑO	129
4.5	PRESCRIPCION	131
4.6	EL COMISO	132
	CONCLUSION	134
	BIBLIOGRAFIA	137

0. INTRODUCCION

Desde los inicios mismos de la humanidad y en todas las civilizaciones, se ha utilizado el castigo en diferentes formas que varían de acuerdo a cada estadio del desarrollo de la sociedad, como reacción social contra aquellas conductas reprochables del hombre que vulneran intereses ajenos; es así, como podríamos decir, en base a estas consideraciones, que el castigo en sus distintas manifestaciones es un mecanismo de defensa que la sociedad emplea para la conservación de sus intereses, y que le es aplicable a todo aquél que con su conducta los vulnera.

Las penas sancionatorias de conductas reprochables han sufrido una notable evolución que ha variado de acuerdo a cada etapa de la humanidad y al desarrollo de cada civilización; es así, como en épocas primitivas el castigo que se irrogaba al responsable de un hecho que se consideraba perjudicial al grupo social o a una persona en particular, podía conllevar a la muerte del delincuente y toda su familia, como también a la pérdida de todo el patrimonio que éste poseyera.

Las penas que se han empleado en todos los períodos de la sociedad, generalmente han constituido en la extinción, privación o restricción de derechos reconocidos a la persona de las cuales es necesario destacar la pena de muerte, considerada como la más severa de todas por sus repercusiones tanto en el que es víctima de ella como sobre sus familiares.

La potestad de crear el poder e imponer sanciones penales respecto de comportamientos que se consideran social y jurídicamente reprochables, es una facultad privativa del Estado. Este fenómeno jurídico que se conoce con el nombre de punibilidad, es el tema sobre el cual se vá a centrar el estudio de esta monografía.

0.1 ESCOGENCIA DEL TEMA

El tema a desarrollar en este trabajo de investigación dirigida le he dado por título "La Punibilidad en la Legislación Penal Colombiana", y los motivos que me inclinaron a escogerlo para la elaboración de esta monografía, los puedo acreditar a la gran importancia que tiene, en mi consideración, el pleno conocimiento que se debe tener, por parte de todas las personas, de todo ese contexto punitivo que nos rige; ya que de una u otra forma, cada uno de nosotros somos, en potencia, sujetos pasivos de sanción penal.

0.2 JUSTIFICACION

El conocimiento de las sanciones penales que acarrea todo comportamiento ilícito, se hace imprescindible para todo individuo que esté expuesto a ellas, en la medida en que, con base en ese conocimiento y por el temor que infunde la amenaza de la pena, podemos regular en mejor forma nuestros comportamientos para no hacernos vícti-

ma de esas sanciones.

Si tomamos en cuenta el principio de derecho que dice que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa al delito", y por ende a la sanción que conlleva, vemos que con mucha más razón se hace indispensable conocer las sanciones de que podemos ser víctimas si transgredimos la ley penal.

0.3 OBJETIVOS

Hacer en primer término, un estudio de las penas desde épocas remotas, para establecer el proceso de evolución que éstas han sufrido a lo largo del desarrollo de la humanidad hasta nuestros días y ubicarlas luego, dentro del sistema punitivo de nuestro país; en igual forma, dar una idea del desarrollo que éstas han tenido en nuestro medio, hasta llegar finalmente al sistema imperante actualmente.

De igual manera nos proponemos, como conclusión de este estudio, hacer un análisis de las incidencias de las sanciones penales y emitir nuestro concepto acerca de los fines que persigue la imposición de penas.

0.4 MARCO JURIDICO

Nuestro actual Estatuto Punitivo (Decreto 100 de 1980) consagra la punibilidad en los títulos IV, V, VI del libro primero y hace referencia, en primer término, a las penas principales, entre las cuales menciona la de prisión, arresto y multa; seguidamente en el artículo 42 habla de las penas accesorias y destaca entre otras: la restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas etc., en el artículo 44 habla de la duración máxima de la pena y dice : la prisión tiene un máximo de treinta años de duración.

En el capítulo segundo habla de las circunstancias de atenuación y agravación en los artículos 64 y 66, en el 61 se fijan los criterios para fijar la pena y dice al respecto "dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente, así como también el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, en la determinación de la pena en la tentativa; la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda en la complicidad; y en el concurso, el número de hechos punibles.

En los capítulos tercero y cuarto respectivamente, se refiere a los subrogados penales como son : la condena de ejecución condicional y la libertad condicional; en el capítulo quinto habla de la acción y de la pena y señala los términos de prescripción de cada una de ellas; en el título quinto hace mención de las medidas de seguridad entre las que señala; la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, la internación en caso de estudio o de trabajo y la libertad vigilada; en el título VI establece lo referente a la responsabilidad civil que se deriva del hecho punible.

0.5 MARCO HISTORICO

El marco histórico de la pena puede ubicarse en el origen mismo de la humanidad, desde cuando el hombre se vió en la necesidad de defenderse de todo aquél que con su conducta lesionara sus intereses.

El fenómeno de la punibilidad se podrá situar ya en su marco histórico un poco más avanzado, es decir, cuando surge la organización del grupo social y el concepto de Estado, quedando en poder de esta potestad de crear las sanciones penales.

En este aspecto enfocaremos los antecedentes históricos

de la pena, remontándonos a su origen y evolución, esbozando cada una de las etapas por las que ha atravesado, así como la forma en que estaban clasificadas antiguamente; de su carácter social en la antigua Grecia y Roma; expondremos también, algunas teorías acerca de la pena, emitidos por grandes maestros del derecho como Carrara, Beccaria, Bentham y Feuerbach.

0.6 METODOLOGIA A APLICAR

El método a utilizar para el desarrollo de este trabajo es, básicamente, el investigado, recurriendo por lo tanto a la consulta bibliográfica, para lo cual nos basaremos en obras de versados tratadistas del derecho.

0.7 TIEMPO DE DESARROLLO

Para el desarrollo de este trabajo investigativo tardé tres meses contados desde la aprobación del anteproyecto.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PENA

1.1 ORIGEN DE LA PENA

El origen histórico de la pena difiere de su origen jurídico, y por ello es necesario distinguir uno del otro. Al estudiar el origen histórico se indaga un hecho, y al estudiar el origen jurídico se busca la fuente de su derecho.

1.2 ORIGEN HISTORICO

Es preciso reconocer como una verdad demostrada de la pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de venganza. Y no puede despertar repugnancia el que los hombres, por una pasión culpable y feroz, se hayan visto llevados a un acto que hoy se conoce como ejercicio de la justicia.

La providencia, en sus altos designios, al querer imponerle a lo creado un sistema de armonía universal, empleó en relación con el mundo físico la fuerza enteramente

material de la atracción y de la repulsión, las cuales, como potencias primarias y portentosas ordenadoras de los cuerpos, actuaron la ley eterna del orden físico, e indefectiblemente la conservan. Asimismo, con respecto al orden del mundo moral, la providencia empleó otras tantas fuerzas de tendencia o aversión instintivas, las cuales, como fuerzas primarias y maravillosas directoras de la voluntad, realizaron la manifestación de la ley natural, reguladora del orden moral en la humanidad, con anterioridad a cualquier consideración racional y a cualquier disposición de los legisladores humanos. Atracción y repulsión : tal es, en su expresión más simple, el fundamento de todas las leyes que rigen el universo, mientras la ley de la naturaleza destinaba a la humanidad a encontrar su orden en la sociedad civil, los primeros hombres se vieron impelidos a la asociación mútua y permanente por la atracción de una necesidad moral indefinidamente sentida, necesidad que se precedió a la consideración y a la observación de los resultados benéficos, que luego demostraron de manera racional la vida dentro de un estado. Y así también los hombres primitivos fueron impulsados por el sentimiento de venganza a infligirle un mal al que le hubiera causado otro mal , y ello mucho antes que las especulaciones racionales demostraron que ese procedimiento estaba de acuerdo con la justicia y que era indispensable para la defensa de los derechos

humanos. De esa manera el creador omnipotente conduce a la criatura a la clara observancia de las leyes.

En las sociedades primitivas, el sentimiento congénito de la venganza privada fué elevado de su naturaleza de deseo, a la altura de un derecho; de un derecho exigible, hereditario, redimible a la voluntad del ofendido; de un derecho que por muchos siglos se consideró como exclusivo del ofendido y de sus parientes. Tal es el origen histórico, o sea el proceso histórico de las penas. Lo encontramos en los libros de Moisés, en los cantos de Homero, y los viajeros lo han encontrado en Asia, en Africa y en los pueblos del nuevo mundo.

Después, al civilizarse los hombres por obra de la religión, tomó ésta la dirección universal de sus sentimientos, de donde surgió la idea de que los sacerdotes debían ser los reguladores de la venganza privada. Por donde, una vez introducida la idea religiosa en la pena y sometidos los juicios a la forma teocrática o semiteocrática, el concepto de la venganza divina fué sustituyéndose al de la venganza privada. Fué ésta una idea utilísima y civilizadora en su origen porque los hombres de esas épocas, incultos en su fiereza y que consideraban la venganza como un derecho suyo, no se habrían resignado a dejar ese supuesto derecho en las manos de otros seres seme-

jantes a ellos. Fué fácil, por el contrario, llevarlos al sacrificio de este sentimiento, insinuándoles que el satisfacerlo era un derecho exclusivo de Dios. Pero, al desarrollarse la civilización, los pueblos adquirieron la idea del estado, y, personificada de esa manera la sociedad civil, sobre esta nueva idea asentaron las instituciones de gobierno, que poco a poco se fueron purgando de toda mezcla teocrática. Fué así como a la nueva idea le adaptaron el antiguo concepto de la venganza en las penas; y ya no se consideró el delito como ofensa a la persona particular o a la divinidad, sino como ofensa a toda la sociedad, y la pena no fué tenida como venganza privada o como venganza divina, pero sí como venganza de la sociedad ofendida.

De esta manera, el sacerdote, que le había arrebatado a los particulares la facultad de castigar, constituyéndose en el único regulador de ella, vió a su turno que esa función se la arrebatava la autoridad encargada de dirigir al estado, como representante de la nación ofendida. Y sustraídos los delitos a la jurisdicción sacerdotal, primero los políticos y por último los religiosos, todos tuvieron su represión con arreglo a lo dispuesto en las leyes del estado y por sentencia de los jueces. Sin embargo, en todo el curso de este proceso de ideas, siempre se persistió en considerar la venganza como fun-

damento principal del castigo de los delincuentes, y durante siglos se abrió paso la fórmula de la venganza, ora privada, ora divina, ora pública, sin preocuparnos mayormente de la legitimidad jurídica de los castigos.

Y tan natural parecía el llamado derecho de vengarse, que la divergencia nació sólo cuando se quiso establecer a quién le pertenecía ese derecho, y, consiguientemente, a nombre de quién debía ejercerse. Tal es el proceso histórico de las penas como lo demuestran las tradiciones de todos los pueblos. Por ello los filósofos antiguos, sin excluir a Cicerón, a menudo tuvieron como expresiones sinónimas las palabras Ultio, Defensio y Poema (Venganza, defensa y pena)¹.

1.3 EVOLUCION DE LA PENA

Pudiera decirse que la pena, entendida como castigo o como reacción violenta a una agresión, ha existido desde siempre, sin embargo, sus manifestaciones han variado con el desarrollo de las sociedades, veámoslo:

¹CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Bogotá, Capítulo 2, Artículo 1, p.35-43.

1.3.1 Etapa de la Venganza Privada

Es un estadio privado que corresponde al período en que los grupos humanos vivían exclusivamente de la pesca y de la caza, el castigo no tenía carácter distinto del de una reacción impulsiva, inmediata y vengativa, por instinto de conservación; era la retribución desproporcionada de un mal por un mal causado, la represalia indiscriminada que alcanzaba incluso a los parientes y a los miembros del grupo a que pertenecía el infractor.

Trátase, no obstante, de una "venganza defensiva", como la llama FERRI, porque no es solamente una reacción vindicativa del ofendido contra el ofensor sino, además, una forma más o menos consciente de precaverse contra hechos semejantes. Esta reacción ilimitada conducía generalmente a la muerte del responsable, a su expulsión del grupo o a la entrega que de él se hacía a la tribu del ofendido (abandono noxal). El castigo era impuesto por el jefe de la familia o por todo el grupo, según la naturaleza del delito.

1.3.2 Etapa de la Expiación Religiosa

En un segundo período, que corresponde al pastoreo (edad neolítica), el grupo está más desarrollado, aunque actúa

bajo el influjo de totem; las creencias religiosas regulan toda la vida social.

Las normas sociales, dice GRISPIGNI refiriéndose a esa época, son de carácter religioso; la infracción es considerada una ofensa a la divinidad misma. Se confundían así, los conceptos delito y pecado. Dios, en un principio, y los jefes de tribu y sacerdotes, después, en nombre de la divinidad, aplicaban la pena como expiación por la falta cometida.

La Biblia, el Código de manú y el Corán, son ejemplo de esta concepción mítica del delito y de la pena.

Fué la época del tabú, de la prohibición vinculada al objeto que lo representaba (una piedra, un árbol, un animal); su carácter distintivo, afirma Von HENTIG, consiste en que la prohibición no es razonada, y la sanción prevista en caso de violación no es una pena impuesta por la ley civil, sino una calamidad, tal como la muerte o la ceguera del responsable. Primero el tabú obró por sí mismo sobre la crédula conciencia del hombre primitivo, luego explotó el jefe de grupo, después, el sacerdote y finalmente, todo el grupo.

1.3.3 Etapa de la Venganza Pública

Es un tercer período que corresponde al de la agricultura, el poder político se consolida; ya no se vé en el delito una ofensa a la divinidad, sino al Estado, a la sociedad misma. La pena asume entonces el carácter de venganza pública del poder político contra el delincuente.

El castigo sigue siendo cuento, pero empieza a verse una proporcionalidad entre el delito y la sanción; dos instituciones surgieron entonces : el talión y la compositio.

La primera de ellas (el talión), a pesar de su rigor, representó un avance considerable en la evolución de la pena; en efecto la venganza indiscriminada ocasionó guerras entre familias y tribus, lo que puso en peligro la estabilidad biológica del grupo; se pensó entonces que la pena sólo debía golpear a la persona del responsable y únicamente en la medida que hubiese lesionado a otro; se estableció de esa manera una correlación estrecha entre la naturaleza del delito y la entidad del castigo; hasta el punto de que su lema fué "ojo por ojo y diente por diente". La compositio, en cambio, surge con concepto de propiedad privada; era la compra de la venganza; una contraprestación que el ofensor pagaba al ofendido o a su

familia por el daño ocasionado con su conducta ilícita. Tuvo origen entre los antiguos germanos y parece que también se practicó en algunas tribus americanas; se explica como una medida tendiente a conservar al individuo, a quien se consideraba elemento útil para la supervivencia del grupo.

1.3.4 Etapa Humanitaria de la Pena

Durante este período, que comenzó con el renacimiento y se prolongó hasta el siglo pasado, fué cediendo el rigorismo punitivo hasta ubicarse en precisos marcos normativos, la pena dejó de ser una venganza para convertirse paulatinamente en la consecuencia jurídica del delito.

Los paulatinos avances de la humanidad en busca de la dignidad humana encontraron en el siglo XVIII terreno fértil para su consolidación; fué esa época la del iluminismo que marcó un hito en la historia de la civilización.

La justicia penal salió de sus linderos metafísicos para tornarse humana; los conceptos de delito y pena dejaron de ser antes inaccesibles caprichosas veleidades del poder religioso o político para convertirse en concretas estructuras jurídicas; la crueldad en el castigo fué ce-

diendo el paso a la moderación, y por primera vez se habló de ofrecer garantías al reo en forma tal que tuviera oportunidad de defenderse.

Estas conquistas del pensamiento humanístico fueron posibles gracias a la tesonera labor de inteligencias iluminadas. Bástenos citar, entre ellas, a TOMAS MORO, autor de la famosa Utopía, obra en que combate la pena de muerte por delitos patrimoniales, critica las crueldades del tormento como medio para obtener la confesión y aboga por una efectiva proporcionalidad entre delito y pena; al monje MABILLON, en cuyas reflexiones sobre las cárceles consigna sanos principios penitenciarios y vigorosos razonamientos sobre la necesidad de humanizar la pena; a JOHN HOWARD, cuyo estudio sobre el estado de las prisiones en Inglaterra y país de Gales, es una implacable radiografía sobre las condiciones infrahumanas de la población carcelaria de casi todos los países europeos; y, por sobre todo, a BECCARIA con su obra "de los delitos de las penas" en la que repudia la tortura como instrumento procesal, predica que la sanción no es venganza sino mecanismo orientado a impedir que el reo delinca de nuevo y a evitar que los demás imiten su conducta viciada, sosteniendo que la sanción debe ser de tal naturaleza que produzca un sufrimiento no mayor del indispensable para que apenas exceda al placer que debió experi-

mentarse por el delito cometido, y enfatiza que la pena debe ser pública, pronta, necesaria y proporcionada al delito cometido.

Las ideas preconizadas por BECCARIA encontraron terreno abonado entre los enciclipedistas franceses; MARAT, MIRABEAU, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, las hicieron suyas y las divulgaron como banderas de lucha; con ella libraron la batalla por la igualdad jurídica ante la ley que habría de culminar en la revolución 1789.

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano consigna para el futuro esos mismos principios que hoy constituyen patrimonio indiscutible de la sociedad contemporánea; los hombres son iguales ante la ley; nadie puede ser castigado si no ha cometido un hecho previamente descrito en la ley como delito y conminado con una determinada pena; la pena sólo debe ser impuesta por juez competente como culminación de un proceso legalmente previsto.

1.3.5 Etapa científico - Clínica

Comenzó con el siglo y se extiende hasta nosotros; la sanción penal adquirió importancia trascendental hasta el punto de dar origen a dos disciplinas científicas: el

derecho penitenciario y la penología; instituciones tan importantes como el sistema progresivo, la cárcel abierta, la detención en fines de semanas, los días-multas, han sido el resultado de serias investigaciones, sobre el objetivo y finalidad de la pena en el mundo contemporáneo.

Esta etapa se caracteriza por la preocupación de tratar al delincuente como un paciente, cuyas alteraciones sicosomáticas de origen endógeno o exógeno ofrecen la clave de su criminalidad, con miras a lograr su resocialización. Es posible mencionar a LOMBROSO como precursor de esta fase evolutiva de la sanción penal, en razón de sus estudios experimentales sobre el hombre delincuente; hoy es criminología clínica, la que viene aplicando con mayor seriedad un tratamiento científico sobre el condenado, con intervención de médicos, siquiátras, sicólogos, pedagogos, sacerdotes y visitantes sociales.

1.4 CLASIFICACION DE LAS PENAS ANTIGUAS

La actividad represora contemporánea prescinde de las llamadas penas antiguas, que únicamente se aplican por alteraciones regresivas del sentido moral, cuando un país pierde impulso en su transformación política y tolera mandamientos antidemocráticos. Esas penas tienen apenas

un interés histórico en las obras del derecho. Es así como se estudian las tres clases de sanciones, que responden, más que a necesidades científicas y humanas, a la desmedida penetración de prácticas seculares integradas con prescindencia absoluta del valor que las tendencias progresistas quieren darle a la vida y a la dignidad personal.

Las penas antiguas eran infamantes, corporales y capitales. Las últimas se sintetizan en la muerte, en torno de la cual se libró en el pasado un árduo debate carente de base por las razones que van a ser expuestas adelante. Tratándose enseguida los dos primeros grupos y la pena de muerte inmediatamente después. Cada uno de esos grupos llena historias de horror, que levantaron la protesta de muchos hombres de pensamiento y dejaron ejemplo de cuánto puede lograr la ira de los señores, la inspiración religiosa, el sectarismo en cualquiera de sus variedades y, sobre todo, el apaciguamiento de los grupos sociales, mejor, la cobardía frente al rigor de los círculos gobernantes.

Cada una de las penas tenía subgrupos, que iban de más en más, buscando ya no el castigo como función o como imperativo de la naturaleza sino la destrucción del hombre.

1.4.1 Penas Corporales

Las penas corporales tenían por objeto producir dolor físico en el acusado, para hacerle expiar el mal producido. Estas penas diferían del tormento, que, aunque, en la práctica resultaba de iguales y aún de peores alcances, mantuvo un sentido procesal hasta bien entrada la civilización capitalista.

Todos los sistemas antiguos buscaron el dolor del reo, de muy distinta manera, desde la Fustigatio de los romanos, que se cumplía con azotes, báculos, correas y férulas, algunas con balas de plomo en las extremidades. La fustigación se cumplió en las ciudades medievales, herederas de los usos jurídicos latinos. En el artículo 158, la Carolina ordenaba castigar así a los malvados, pillos y vagos, que "no demostrarán ninguna esperanza de ser corregidos". Más tarde en los siglos XVII y XVIII se aplicó en Alemania para graves delitos, como los de homicidio e incendio.

La Fustigación fué aprobada por HUGO GROCIO como medida disciplinaria, doméstica y escolar, mientras que algunas corrientes posteriores la criticaron por anticristiana y otras la acogían en nombre del crucificado. Las facultades de derecho en Alemania, que mantuvieron largamente

autoridad judicial, sostuvieron la conveniencia de fustigar a los falsos mendigos y a las prostitutas.

Esta clase de penas corporales incluye las mutilantes, que consistían en cortar oficialmente uno más miembros del cuerpo del infractor : oreja y nariz, para expresar lo terrible del hecho realizado; labios y lengua, en represión de la blasfemia; ojos, como sanción contra los sublevados, y, conforme a la *lex visothorum*, contra sacrilegos y abortadores; manos para eliminar el adulterio femenino, según Moisés, pena considerada como la más conveniente, pues la mayor parte de las infracciones se cometen con esas extremidades.

Los egipcios aplicaron esta forma de mutilación del reo de falsedad monetaria. Los griegos, al plagio de mujeres y hombres. Los romanos, al traidor; y casi todas las legislaciones posteriores, al falsificador de moneda. Dentro de este grupo figuró la condenación a galeras, pues los galeotes no sólo perdían la libertad sino que quedaban sometidos al látigo para animarlos en el trabajo.

1.4.1.1 Penas Infamantes

Las penas infamantes consistían en la muerte civil,

la degradación de títulos, la condenación de la memoria, la admonición cuyo pronunciamiento disminuía las consideraciones de las personas honradas, la interdicción de oficios públicos y la prohibición de visitar ciertos lugares.

Los defensores de la infamia se basaron en ARISTOTELES, quien la reclamó para los responsables de adulterio.

Forma principal de este género de penas fué la muerte civil, tan eliminatoria como la muerte natural. Era de dos clases : voluntaria, que ocurría con el ingreso a algunas comunidades religiosas, o al convertirse el individuo herético; involuntaria, que, a su vez, tenía dos clases : La muerte civil impropia, que correspondía a los nacidos esclavos, y la propia, aplicable a aquéllos cuyo estado de libertad civil y familiar hubiera desaparecido por condenación.

La muerte civil se prodigaba con varios procedimientos, ya mediante la interdicción del agua y el fuego, que se mantuvo hasta que JUSTINIANO la sustituyó por la deportación; ora mediante el trabajo en las minas, la cárcel o relegación perpétua; ya arrojando al infractor a las fieras, como ocurría en el viejo derecho romano.

1.4.1.2 Penas Infamantes en Colombia

La vergüenza pública figuraba entre las penas corporales en el Código Granadino de 1837, pero lo cierto es que su contenido era infamante, como se deduce del Art. 51, cuyo texto describía el ritual de ejecución, con pregones y letreros que designaban el nombre del reo, el delito cometido y otras especificaciones.

"Artículo 51. El reo condenado a la pena de vergüenza pública, será sacado de la cárcel entre las nueve y doce del día, atadas las manos, descubierta la cabeza, y sobre un jumento guiado del diestro por el ejecutor de la justicia".

"Al salir de la cárcel y al llegar al sitio de ejecución, se dará un pregón en el que se exprese el nombre, patria, vecindad y delito del reo, y la pena que vá a sufrir. En la plaza o lugar público que haya designado la sentencia, sobre a un tablado se le atará un palo, en cuya extremidad superior se pondrá un cartelón con el nombre del reo, patria, domicilio, y delito por el que se le condenó. Allí permanecerá por el espacio de dos horas, sin permitirse que ninguno lo maltrate o injurie. Concluido ese tiempo se le volverá a conducir a la cárcel, en los mismos términos que se le había sa-

cado".

La pena de vergüenza pública llevaba consigo la de infamia, según el artículo 58 del mismo estatuto de 1837: "Los declarados infames perderán, hasta obtener rehabilitación, todos los derechos de ciudadanía, no podrán ser acusadores sino en causa propia, ni declarar en juicio sino para dar simples noticias, ni ser peritos, ni jurados, ni albaceas, ni tutores, ni curadores, ni árbitros, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejercicio ni armada, ni en la guardia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio ni cargo público, ni ser heredero ni legatario sino de sus ascendientes y descendientes, ni obtener el usufructo de los bienes de sus hijos" ..

Esta institución fué suprimida radicalmente por el Art. 5º de la ley del 26 de Mayo de 1849, expedida durante la administración de José Hilario López.

1.4.1.3 Universalidad de la Pena de Muerte

A pesar del rechazo que la pena de muerte o pena capital ha tenido en el pensamiento humanista, y de que casi todos sus defensores teóricos tratan de eludirla en la práctica, hay un hecho uniforme y es que la muerte judi-

cial se ha mantenido en todos los períodos históricos, hay un hecho uniforme y es que la muerte judicial se ha mantenido en todos los períodos históricos, muy poco preocupados por indagar su legitimidad o justicia.

"La historia enseña que la pena de muerte ha sido universal : se la encuentra en todos los pueblos y todas las épocas. Sólo en los últimos tiempos se ha pensado abolirla en algunos estados, pero la mayor parte de estas resoluciones no sobrevivieron a sus autores y otras se quedaron en proyectos.

La autoridad de tales actos ha sido adversa a los ojos del público europeo. No han faltado teóricos y filántropos que han visto en ellas la ostentosa confirmación de sus doctrinas y la legitimidad de sus anhelos. Por el contrario, los prácticos apenas han tenido en cuenta estos ejemplos, reconociendo en ellos una maniobra política o intespestivos brotes del mal entendido humanitario. Los pueblos, aún aquéllos en los cuales se operaba este cambio del sistema represor, no parecen haberse conmovido. La abolición y restablecimiento de la pena de muerte han pasado ante ellos como acontecimientos algo extraños a la vida nacional, como simples medidas de gabinete".

1.5 CARACTER SOCIAL DE LA PENA EN GRECIA Y EN ROMA

El carácter social de la pena se evidencia en Grecia y especialmente en Roma, inclusive respecto de las faltas reprimibles por el poder dominical en la organización latina. Sabido es que en este poder represor es donde se encuentra el germen del procedimiento penal con sus elementos constitutivos, como la comprobación de la falta, su injusticia, los fundamentos de lo criminoso y el señalamiento de las sanciones.

El hecho de que la justicia para la mujer y los hijos no pudiera ser administrada por la ciudad, sino por el marido y el padre, no niega sino que afirma el carácter público de ella. El pater era todo un juez, y como tal depositario del derecho social del castigo. TITO LIVIO refiere que el Senado dispuso acabar las bacanales y decretó la muerte de quienes tomaron parte en ellas, la orden se cumplió en lo tocante a los ciudadanos, más no en cuanto a las mujeres, justicias únicamente por el poder familiar.

El Senado no desconoció este principio y dejó a los maridos y los padres el encargo de dictar contra ellas la sentencia de muerte y nadie tenía derecho para impedir su ejercicio, según revela FUSTEL DE COULANGES.

Tal la costumbre jurídica, expuesta por CATON el viejo en la oración sobre las dotes, según AULO GELIO: "A menos de divorcio, el marido es juez en vez de censor. Sobre ella tiene imperio absoluto. Si ha hecho algo deshonesto o vergonzoso; si ha bebido vino, si ha faltado a la fé conyugal, él la condena y la castiga".

El mismo discurso dice a los maridos : "Si sorprendieras a tu esposa en adulterio, podrás matarla impunemente sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarse con el dedo. Así es la ley". Disposiciones éstas que revisten la severidad originaria y cuya exactitud es indudable, pues, como observa KOVALIOV, Marco Porcio Catón, fué el primer historiador en prosa latina, y como representante de las tradiciones más viejas, vivió interpretándola para exigir a sus compatriotas que amoldaran sus conductas a aquellos mandamientos del pasado.

Ese arbitrio absoluto, como el del padre sobre el hijo, a quien podía matar o vender, a pesar que hoy se miran como observaciones monstruosas, demuestra un principio de conservación social, prescrito por las más arcaicas normas consuetudinarias.

1.6 HUMANIZACION DE LA PENA

RUIZ FUNES encuentra tres períodos en la historia de la penología, aunque el primero es precisamente la negación de todo sistema, al menos según las concepciones modernas: Una de humanización, otro de moralización, y el tercero de índole finalista. Deben considerarse con la salvedad su generalización, pues no todos los pueblos han seguido la misma ruta, ni las agrupaciones humanas responden de igual modo a los estímulos, todo debido a las facilidades de que disponen para abastecerse y alcanzar grados más altos de desarrollo y técnica.

El período humanitario, cuya primera fase es el tránsito de la venganza de sangre inspirada pasionalmente en la cólera y el dolor, a la dosificación de ella con el concepto del talión.

Al comienzo, el grupo reacciona con ciega acometida, sin que se encuentren en ella conveniencias relacionadas con la proporción del castigo.

La permanencia de las prácticas talionales se infiltró en viejos dogmas de la proporcionalidad, que de otro lado, es difícil de obtener, como no sea con los métodos

de matar al homicida, cortar la mano a quien ha cortado una mano, quitarle cuatro ovejas a quien ha hurtado cuatro.

Con todo, el hombre ha buscado elementos equivalentes como precio del mal causado. Tal ocurre con el físico y el dolor moral, hasta llegar al que proviene de la privación de la libertad.

1.6.1 Período de Moralización de la Pena

Se distingue por la doctrina de que, tanto como violación del derecho, el delito es ofensa a las reglas éticas extendidas en los grupos sociales.

Hay, evidentemente, dice RUIZ FUNES, una porción de delitos que son a la vez actos contra la moral, aunque contengan una actividad indiferente a la moral, y, en casos excepcionales conformes con ella. Cuando se produce una desintegración de las normas morales, que son imperativo de los mandamientos en lucha contra la criminalidad, cuando se introducen en ellas motivos de conveniencias, impulsos coléricos o residuos de venganza, se provoca una crisis en el derecho represor.

Este período de moralización engendra teorías favorables

al infractor en quien algunos ven sólo un desgraciado, otros, un sujeto carente de oportunidades, y la desviación positivista, un enfermo de quien es forzoso precaverse. El criminal no es un enemigo, sino una persona en quien se reflejan la indefensión colectiva, el sojuzgamiento de clases y las contradicciones del ambiente laboral.

1.6.3 Período finalista o tutelar de la pena

Se inicia con el australiano JANKA, quien desde mediados del siglo XIX entendió la pena como instrumento de tutela jurídica que persigue objetivos determinados.

Las teorías anteriores asignaban a la pena un fin concreto; aplicándose porque se había delinquido, para que no se volviera a delinquir, o para satisfacer estos dos fines juntos. JANKA le confirió una dirección general: la seguridad, tratando de impedir infracciones futuras. La conveniencia de tal impedimento se refiere, en primer término, al aspecto físico, pues debe producir un constreñimiento externo, que actuará sobre el agente poniéndolo en condiciones de no dañar. Y en segundo lugar, el aspecto psicológico, produciendo una intimidación externa cuya influencia se reflejará en las inhibiciones personales.

Por los demás, la pena ha de actuar sobre las agrupaciones, por medio de la amenaza de su imposición y de la perspectiva de ser ejecutada. Complemento de esta noción es el concepto que ha de ser mal moral constituido por la disminución de los bienes jurídicos. En esta doctrina, quedan ya precisados los fines múltiples del castigo, en el orden social e individual, y no está ausente de ella una preocupación por el delincuente².

1.7 TEORIAS ABSOLUTAS SOBRE LA PENA

Se caracterizan porque consideran la pena como un fin en sí mismo, se castiga quia peccatum est, vale decir, porque se ha delinquido, como una reacción natural por el mal causado con el delito; en esa forma delito y pena están conectados causalmente, de tal manera que aquél es el origen de ésta; al imponer la pena no se buscan fines prácticos sino realizar la justicia.

Caben dentro este concepto absoluto de la pena, las tesis de la reparación y de la retribución.

- Teoría de la reparación : De conformidad con ella el delito ocasiona un daño al individuo y a la colecti-

²PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal general y especial, Tomo 2, Capítulo 1 y 3, p. 6-10-11-52,53,56.

vidad; la pena, por consiguiente, tiene como finalidad repararlo. Sólo puede darse plena satisfacción a la ley y al orden jurídico cuando se logra volver a su seno a las voluntades torcidas que lo han contrariado.

Considera también esta primitiva concepción, que el delito es un hecho inmoral que debe repararse con el dolor experimentado por el delincuente al sufrir el castigo.

Como se vé, hay en esta tesis una evidente confusión entre delito y pecado, entre la moral y el derecho; además, inescindiblemente la pena al dolor se propicia el tormento como algo connatural a la sanción penal.

- Teoría de la retribución : Los retribucionistas opinan que la pena es la respuesta justa al delito; dicha respuesta tiene para unos, carácter religioso, para otros, contenido ético y para los demás, fundamento jurídico. La retribución divina o religiosa postula como fuente suprema de justicia a Dios; es él quien cede parte de su poder punitivo al hombre-autoridad, para que en su nombre castigue a quien con el delito ofende a la divinidad, mediante el crisol de la pena se expía la falta cometida. Los filósofos católicos - Santo Tomás entre ellos defendieron esta tesis, que adolece de las mismas fallas que la precedente.

La tesis de la retribución moral, de la que KANT es máximo exponente, señala que la pena no es medio para lograr otros fines de carácter individual, social o jurídico, sino fin en sí misma. La ley penal, dice el filósofo alemán, es un imperativo categórico no susceptible de atenuación alguna, de tal manera que aunque la sociedad se disolviera aún con el asentimiento de todos sus integrantes, el último asesino debería ser ajusticiado para que nadie se quedara sin sufrir el castigo a un delito; la medida de la pena es la igualdad con el mal que el delito produce y debe entenderse no como venganza, ni como satisfacción a la divinidad, sino como negación del delito para la reintegración del orden moral.

Con la pena se pretende satisfacer el sentimiento de justicia del pueblo, conforme al cual el delito en cuanto al mal moral causa daño a la colectividad y por eso debe ser purgado mediante el castigo .

Como quiera que el derecho es disciplina instrumental, la pena como fenómeno integrante del derecho penal no debe ser considerada como fin en sí misma, sino como medio orientado hacia fines que tienen que ver con la disminución de la criminalidad y con la actitud futura del condenado frente al delito; tampoco ha de hablarse de reintegración del orden moral porque es amplio el volumen

de delitos que nada tienen que ver con la moral. Por lo que respecta a la teoría de la retribución jurídica, su exponente inicial fué HEGEL; su idea sobre la pena está sintetizada así por SOLER; "La conducta del delincuente es necesariamente contradictoria, pues el sujeto con su delito, afirma la propia libertad y niega la existencia de ella en los otros, como voluntad posible. El delincuente, al intentar la destrucción del derecho, mediante la violenta negación del derecho de otros, erige la violencia en ley, y á ella sucumbe; en lo que se vé cuán irracional, y con ello cuán irreal, es su conducta. La pena es una especie de retorción de la propia negación del derecho que el delincuente intentara; una voluntad racional, al querer la violación del derecho es como si quisiera la pena. Por eso, la pena aparece como la negación de la pretendida negación del derecho; es la demostración de su irrealidad y, con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad absoluta".

El concepto retribucionista de la pena sostiene que el delito es una rebelión del particular contra la ley, que exige como respuesta la sanción; sólo así se reafirma la autoridad del Estado.

Los retribucionistas señalan como características ven-

tajosas de su teoría las siguientes : 1) Constituye punto de contacto entre la justicia divina y la humana; 2) Dá al derecho punitivo una connotación ética, además de jurídica; 3) Se funda en el principio conforme al cual no hay pena sin culpabilidad; 4) Considera que la pena es reacción de la conciencia humana ante el delito, pero la diferencia de otras reacciones no penales de la sociedad frente al fenómeno a la criminalidad; 5) Comprende las formas de retribución divina y moral sin limitarse a ellas; 6) Permite solucionar adecuadamente los problemas relacionados con la proporcionalidad entre delito y pena.

A pesar de su indudable avance respecto de las otras teorías ya estudiadas, críticasele el hecho de considerar la pena solamente como retribución por delito cometido, sin percatarse de que a ella se ligan otras muy importantes finalidades. ROEDER dice a este respecto: "El enigma de cómo haya podido venirse, mediante esta concepción del derecho, a tener siquiera por admisible la pena por la pena, la retribución como propio fin en sí, se explica en cierto modo quizás, por el intento de elevar también la libertad exterior y su restricción proporcionada, sin más, a fin y contenido total del derecho; aunque, ni la libertad en general, ni la pena en particular, pueden tener valor alguno moral ni jurí-

dico, sino puramente como medios para el verdadero fin de vivir una vida dignamente humana.

ANTOLISEI, por su parte, observa que esta teoría parece olvidar que la pena antes de aplicarse es amenazada por el Estado y conocida por los destinatarios de la ley; si bien es cierto, agrega, que la pena cuando se impone restablece el orden turbado por el delito, no es posible afirmar que esa sea su finalidad legislativa, porque sería tanto como sostener que el Estado castiga para reafirmar su autoridad; la verdad es que, entendida esta tesis en su contenido natural, se reduce a reconocer que la pena no es más que una venganza legal³.

1.8 TEORIAS RELATIVAS

BECCARIA Y BENTHAM. Teniendo la pena un fin, el delito se estima como condición o supuesto de aquéllas, más no como su fundamento. La más veces el crimen indica apenas la existencia de una razón ulterior para castigar. Fueron relativistas:

³REYES ECHANDIA, Alfonso. La Punibilidad, Capítulo 2, p. 22,23,26,27,28 y 29.

- BECCARIA, en cuanto fundó la pena en el contrato social; "Fué, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia. Y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que le sea posible, aquella que baste a los hombres solamente para que la defiendan. El agregado de todas estas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar. Todo lo demás es abuso y no justicia : es hecho, no derecho".

- BENTHAM, según el cual los castigos públicos se establecieron para prevenir la repetición de los delitos y, en segundo término, como medios reparadores del mal ocasionado. El delito no es hecho aislado sino trascendente, por cuanto otros, en las mismas circunstancias y bajo iguales estímulos, podrían realizarlo. La pena ampara la sociedad, resguarda el interés general, siendo un sacrificio del individuo en aras del interés colectivo. Además, la prevención particular obra de tres modos : quitando al sujeto el poder físico de delinquir, haciéndole perder el deseo y eliminándole la osadía para ello.

"En el primer paso, el hombre ya no puede cometer el delito. En el segundo, ya no quiere, y en el tercero, puede quererlo todavía, pero ya no se atreve. En el

primer caso hay incapacidad física, en el segundo reforma moral y en el tercero temor".

"La prevención general es efecto de la denunciación de la pena y de su aplicación, la que, según el término justo, sirve de ejemplo, porque la pena padecida por el infractor ofrece a los demás un ejemplo de lo que sufrirían si cometieran el mismo delito.

1.8.1 Teorías Relativas

FEUERBACH Y CARRARA. Con su doctrina del constreñido psicológico, sintetizan al tratar la evolución histórica del derecho represor, FEUERBACH hace ver la importancia del castigo para que quienes no han delinquido sofrenen sus tendencias, porque de lo contrario sufrirán la represión consiguiente. Por eso es relativista. De esta concepción parte IMPALLOMENI y LISZT. El último le asigna varios fines a la sanción: intimidar, mejorar al delincuente e imposibilitarle la reincidencia.

CARRARA, estima que el derecho de castigar deriva de la ley eterna del orden, establecida por la mente suprema para que el hombre la cumpla: "Defino la pena como aquel mal que en conformidad con la ley del Estado, infringen los magistrados a los que, con las formas debi-

das, son reconocidos culpables de un delito". Luego: "El derecho de castigar emana de la ley eterna del orden aplicada a la humanidad, que es como decir de la naturaleza", pero la "ley de la naturaleza es tal cual la concebía ARISTOTELES: la ley del orden preestablecida a la humanidad por la inteligencia suprema".

El derecho de castigar descansa, a juicio de CARRARA, sobre tres supuestos : la utilidad, la justicia y la simpatía. La utilidad, porque la ley de la naturaleza está dirigida siempre al bien del género humano. La justicia, porque la ley de la naturaleza, como divina que es, tiene por norma lo justo absoluto, que exige el mal de quien hace mal. La simpatía, porque esa ley divina no puede dejar de tener eco en los corazones no pervertidos⁴.

⁴PEREZ, Luis. Derecho Penal, Parte General, led, tomo 2, Capítulo 1, p. 14-15.

2. LA PENA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

2.1 CONCEPTO

En sentido lato bien puede entenderse como pena el sufrimiento que se irroga a una persona por la violación de un mandato; también suele considerarse como la reacción del grupo social contra el individuo que con su conducta reprochable amenaza o lesiona intereses valiosos de la comunidad. Pero en un plano jurídico el concepto de pena es más concreto:

Para Carrara la pena es "el mal que, de conformidad con la ley del Estado, inflingen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, siempre que se hayan observado las debidas formalidades".

Grispigni considera que la pena "es la disminución de uno o más bienes jurídicos que los órganos jurisdiccionales competentes imponen al autor de un reato y mediante la cual se combate el peligro de nuevas infracciones".

Antolesei piensa que la pena, a la que dá el calificativo de criminal, "es el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un mandato de la misma ley".

Maurach también la llama "pena criminal" y cree que es la expresión de un juicio ético de disvalor, cuya razón de ser es el castigo del hecho culpable que se concreta en una merma jurídica con efectos perdurables, aunque le reconoce fines de carácter preventivo".

Soler la define como "un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, cuyo fin es evitar los delitos".

Alfonso Reyes por su parte, considera la pena en sentido jurídico como "la coartación o supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional a sujeto imputable que ha sido declarado responsable de infracción penal".⁵

⁵REYES ECHANDIA, op.cit., pp.13-15.

2.2 CARACTERISTICAS DE LA PENA

La doctrina señala como características fundamentales de la institución jurídica de la pena, las siguientes: legalidad, proporcionalidad, individualidad, irrevocabilidad, aflictividad y publicidad.

2.2.1 Legalidad

Esta esencial característica de la pena comprende cuatro aspectos fundamentales, a saber:

- Que nadie puede ser sometido a una pena si ella no está prevista cuantitativa y cualitativamente en una norma legal anterior a la fecha en que se cometió el delito o la contravención y vigente cuando el hecho se verificó.
- Que toda pena debe ser impuesta por funcionarios competentes a la rama jurisdiccional del poder público, de acuerdo con normas legales que señalen dicha competencia territorial.
- Que las penas han de imponerse como culminación de un proceso durante el cual se hayan cumplido a cabalidad todos los requisitos previamente fijados por la ley,

fundamentalmente los que se refieren a las garantías del sindicato, y

- Que el condenado tiene derecho a que se le aplique la sanción más favorable, aunque haya sido prevista en la ley posterior a la fecha en que se cometió la infracción.

2.2.2 Proporcionalidad

La pena debe ser proporcional al delito o contravención que se haya cometido y a la personalidad del responsable.

En cuanto a lo primero, ha de advertirse que la mayor o menor drasticidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción y ésta, a su vez, del grado de importancia del interés jurídico vulnerado y de la magnitud de la lesión ocasionada al sujeto pasivo. Esa proporcionalidad puede ser cualitativa o cuantitativa; aquélla supone que las penas varíen en su calidad o especie (presión, arresto, multa, etc.) de acuerdo con la naturaleza de la infracción, y ésta implica que el quantum de las penas se adecúe a la mayor o menor gravedad del reato. Por eso no se sanciona de la misma manera un delito contra la soberanía nacional que uno contra la libertad de locomoción, o un delito que una

contravención.

Respecto del segundo aspecto de este fenómeno, indiquemos que como la pena se impone a una persona determinada, su proporcionalidad ha de referirse a tal sujeto, en el sentido de que siendo el delito en gran medida reflejo y proyección de la personalidad de su autor, la pena ha de ajustarse a las características personales de su destinatario, dado que uno de sus fines es el de evitar la reincidencia mediante el empleo de mecanismos preventivos y represivos que tengan en cuenta la multiforme personalidad del ser humano.

Resulta así que respecto de la infracción objetivamente considerada, la proporcionalidad de la pena equivalera que unos mismos delitos o contravenciones tengan prevista en la ley penas cualitativa y cuantitativamente iguales en la medida en que las conductas que los integran se acomoden a unos mismos tipos penales; así, si en un lugar y tiempo determinados llegaren a cometerse 20 incestos por otras tantas personas, respecto de cada una de ellas, la pena no podría ser inferior a seis meses de prisión ni superior a cuatro años (art. 357 C.P.). Pero mirando el fenómeno con relación a la persona del responsable, la proporcionalidad exige penas en concreto distintas de acuerdo con la forma como el

delincuente haya proyectado su personalidad en el reato cometido.

2.2.3 Individualidad

La pena sólo puede afectar a la persona del responsable en cuanto no se impone directa e inmediatamente a sujeto distinto del condenado como autor o partícipe de una infracción penal.

El moderno principio de la individualización, se opone en cierto modo, a este dogma de la igualdad, no porque respete en los delincuentes categorías y privilegios, sino porque, partiendo de la base de la adaptación de la pena al delincuente, como estos varían hasta el infinito, la pena tiene que variar en cada caso para adaptarse a las diversas peculiaridades del penado.

Otra manifestación de la individualidad de la pena es la que se refiere a ciertas circunstancias de agravación o atenuación punitivas, según las condiciones personales del condenado; entre ellas, sus antecedentes personales, policiales o judiciales, su posición social, económica o cultural, o sus condiciones de inferioridad sico-somática.

2.2.4 Irrevocabilidad

El fenómeno de la irrevocabilidad o certeza de la pena significa que cuando el legislador amenaza con ella al responsable del delito o contravención legalmente tipificados, ha de imponerse ineludiblemente en la respectiva sentencia condenatoria, y que a partir de ese momento procesal, debe cumplirse en su integridad.

2.2.5 Aflictividad

La pena conlleva a un sufrimiento, puesto que se concreta en la pérdida o suspensión temporal de intereses jurídicamente importantes de los cuales es titular el condenado.

El sufrimiento no es el fin de la pena, sino una de sus características; no supone, ni siquiera, un método de tratamiento al condenado; pero no puede negarse que es un mal.

2.2.6 Publicidad

La pena se enuncia en la ley que describe las conductas punibles, de tal manera que todos sus destinatarios sepa lo que les espera si delinquen; y cuando se condena

a alguien, la opinión pública tiene el derecho de saber que la pena impuesta fué el resultado de un proceso en el que el sindicato tuvo la oportunidad de defenderse.

2.3 FUNCION DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

La concepción sincrética de la pena en la legislación penal colombiana gira en torno al artículo 12 del Código Penal. Sobre las diversas funciones de la pena y las medidas de seguridad se establece una tajante separación entre ellas. La norma dice: "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación". Sus fines son la protección de los bienes tanto sociales como de los particulares, la prevención de los delitos, la sanción del culpable y su reeducación para incorporarse a la sociedad.

Cuello Calón, dice que "la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, ésta es su esencia íntima. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir, que la realización de la justicia.

La retribución como paradigma de justicia es una idea universal arraigada firmemente en la conciencia colectiva que secularmente reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de justicia y dá a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece.

La pena es simple retribución. No importa que, aún sin pretenderlo conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene, como generalmente se admite, ni que aspire directamente a semejante función de prevención general, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estos benéficos resultados o laudables aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo.

No es la retribución, como algunos confirman con reproche, una venganza encubierta, no aspira como ésta a obtener satisfacción por el agravio sufrido. Sus fines son más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, que son fundamentos de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que no son, como ciertas doctrinas sostienen, ideales y abstractas, sino reales

y tangibles.

2.3.1 Función Preventiva de la Pena

El artículo 12, último texto contentivo de los principios rectores, declara que la pena tiene un segundo objetivo: la prevención, que actúa tanto sobre el infractor como sobre las comunidades de que forma parte. La primera es la prevención especial, la segunda es la prevención social.

La prevención particular consiste en el temor que siente el sujeto que se le aplique una pena, temor que llega a intimidarlo y aún persuadirlo, que no debe conducirse irregularmente. Esta intimidación es el primer paso a su reforma. Si no existiera la amenaza de la cárcel, o del escándalo o de pagar multas e indemnizaciones, el agente potencial pasaría sin obstáculos morales a la realización del hecho punible.

La prevención social obra sobre todos los demás hombres, mostrándoles las consecuencias de la ejena rebeldía contra las leyes y, en conclusión, fortaleciéndoles el respeto a las mismas y el ánimo del buen comportamiento.

2.3.2 Función Protectora y Resocializadora

La función protectora de la pena consiste en el efecto que produce para asegurar el ejercicio de los derechos o de los intereses ajenos. Hay una protección directa o inmediata. La primera opera mediante el apartamiento del infractor, en la reposición de las situaciones perturbadas, en el deber de resarcir el daño particular ocasionado. La segunda radica en la idea de que mediante las sanciones impuestas efectivamente al violador de la ley, se restaura el orden jurídico general lesionado tanto como el interés particular⁶.

La finalidad resocializadora consiste en situar al infractor en condiciones de vivir nuevamente en comunidad, una vez que los mecanismos culturales y de adaptación material hayan obrado sobre él en los lugares donde cumple la condena, ordinariamente la penitenciaría o la colonia de trabajo.

Resocializar es, pues, la pretensión de capacitar al sujeto para que regrese a las formas o condiciones que favorecieron su delito, inclusive a las circunstancias especiales que lo hicieron posible. Es una aspiración nada más⁷.

⁶Ibid, pp.316-318.

⁷ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal, Parte General, pp.356-362.

2.4 POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

La facultad de crear sanciones penales respecto de comportamientos que se consideran social y jurídicamente reprochables y de imponer concretamente la sanción que en cada caso corresponda mediante la acción de sus jueces, es potestad exclusiva del Estado.

Este fenómeno en virtud del cual el Estado es el único que puede crear sanciones penales, es lo que se conoce con el nombre de punibilidad.

La punibilidad es, pues, un fenómeno jurídico que emana del Estado como reacción a comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones y que se manifiesta en dos momentos: el legislativo, por medio del cual se crea la sanción y el judicial, que cumple la tarea de imponerla en concreto.

2.4.1 Naturaleza de la Potestad Punitiva del Estado

Para algunos autores entre ellos Bettiol, toda norma penal implica la existencia de un derecho subjetivo del Estado de ser obedecido y, consecuentemente, de que no se realice el hecho criminoso descrito en el precepto; a este derecho corresponde una obligación

del particular de abstenerse de cualquier comportamiento que lesione los intereses jurídicos protegidos por la ley.

Esta relación se establece antes de la transgresión de la norma; cuando la violación ocurre, el derecho subjetivo estatal se concerta en el de aplicar la pena al autor de la infracción, quien, a su vez, está en la obligación de la pena al autor de la infracción, quien, a su vez, está en la obligación de cumplirla.

Criticando esta posición señala Antolisei que cuando se habla de un derecho subjetivo del Estado de exigir a los particulares abstenerse de cometer delitos, se olvida que la obligación de observar los preceptos penales no es más que un aspecto de la sujeción general de los súbditos del Estado, y cuando se habla de la obediencia al Estado de parte de los súbditos y, particularmente de la obediencia a las leyes penales, no se tiene en cuenta que los poderes del Estado no pueden constituir derechos autónomos sino apenas simples facultades comprendidas dentro de un concepto amplio del ius imperium. El poder de imponer sanciones no constituye, pues, un derecho subjetivo del Estado, sino manifestación de su voluntad soberana.

Petrocelli señala, quien ha sido legalmente detenido

para que cumpla una pena que le fué impuesta, no tiene la obligación de dejarse conducir a la prisión, "sino que es privado del derecho de resistir, que es una cosa diversa".

Esta función punitiva constituye una de las manifestaciones más importantes de la potestad jurisdiccional del Estado. No pertenece, pues al Estado administración, sino a la autoridad judicial, es decir, al juez, quien es su verdadero titular.

2.5 CLASIFICACION DE LAS PENAS

En razón de su importancia, las penas son principales y accesorias; en cuanto a la naturaleza del derecho sobre el cual recae, son extintivas, privativas de la libertad, restrictivas, interdictivas y pecuniarias.

2.5.1 En razón de su Importancia

Son penas principales aquéllas que siempre se imponen en forma autónoma como consecuencia de una infracción penal; tales entre otras, el arresto y la prisión.

Llámase, en cambio, accesorias las que suponen aplicación de una pena principal y a ella acceden, ya sea que se

cumplan coetáneamente con ésta, o que se materialicen una vez descontada la pena principal; de esta clase son la interdicción de derechos y funciones públicas, o la suspensión de la patria potestad.

2.5.2 En razón del Derecho Afectado

Pena extintiva es la que suprime el derecho a la vida.

Con relación a nuestro derecho positivo, la pena de muerte fué incorporada en todos los códigos penales, a excepción del de 1873, hasta que por medio del acto legislativo número 3 de 1910 (artículo 29 de la C. N.) quedó totalmente abolida.

Pena privativa de la libertad es la que suspende temporalmente el ejercicio de un derecho personal. Como quiera que el delito constituye grave ofensa a la persona del sujeto pasivo y a la comunidad, el Estado lo reprime con sanción que coarta uno de los derechos fundamentales del delincuente, vinculado a su libertad de locomoción, de reunión, de comunicación, etc.

Pena restrictiva de la libertad es la que apenas disminuye el ejercicio de un derecho personal mediante la restricción de una cualquiera de sus manifestaciones; gene-

ralmente se concreta a prohibir la residencia del reo en determinado lugar o a obligarlo a vivir en otro distinto del habitual. La más conocida de estas penas es el confinamiento que tiene sus antecedentes en el derecho romano (deportatio).

La pena interdictiva se caracteriza porque priva al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos, o del ejercicio de un arte o profesión.

Este tipo de pena estuvo muy en boga en épocas pasadas con la llamada muerte civil que impedía al condenado el ejercicio de sus derechos ciudadanos, de tal manera que durante su imposición dejaba de ser persona en el plano jurídico. La interdicción de derechos y funciones públicas es pena de esta clase.

La pena pecuniaria afecta el patrimonio económico del condenado y se hace efectiva mediante el pago de una cantidad de dinero que hace el reo al tesoro nacional. Generalmente se aplica como consecuencia de infracciones menores y su monto puede destinarse, en parte a resarcir en la persona del ofendido o de su familia el daño causado por el ilícito y en parte a absorber los gastos que al propio Estado demanda la estructuración del proceso y la ejecución de la pena. La confiscación antiguamente

y la multa hoy, son penas pecuniarias.

2.6 NATURALEZA DE LAS PENAS EN NUESTRO CODIGO PENAL

El Código Penal de 1.980 divide las penas en principales y accesorias, así:

2.6.1 Penas Principales

De esta clase son las de prisión, arresto y multa fueron eliminadas el presidio y el confinamiento; aquél por su inutilidad (tenue diferencia jurídica con la prisión y nula diferencia real con ésta y con el arresto) y éste porque se confundió con la restricción domiciliaria, nueva pena accesoria.

Las penas principales son las que están previstas como de forzosa imposición para todos los hechos punibles.

2.6.1.1 Prisión y Arresto

La prisión y el arresto consisten ambas en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en la forma previstos por la ley; pueden descontarse en colonias agrícolas o instituciones similares, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza

del hecho.

La diferencia fundamental entre la prisión y el arresto, siendo ambas privativas de la libertad, radica en su duración, pues al paso que la primera puede ser hasta 30 años, el segundo no puede exceder de cinco. En la ejecución práctica el arresto debe ser más benigno que la prisión, pues es la pena que sistemáticamente se prescribe en el código para hechos punibles menos graves.

La pena de prisión lleva consigo las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; salvo el caso de imposición obligatoria, las penas accesorias se decretan junto con las de prisión y arresto, sólo cuando el juez lo considere conveniente, habida consideración de las características del delito, sus circunstancias de agravación y atenuación punitiva, el grado de culpabilidad del responsable y su personalidad.

2.6.1.2 Multa

Dentro de la filosofía que inspira el Nuevo Código Penal, se ha establecido la multa como pena principal, otorgando al juez la potestad de imponerla hasta por diez millones de pesos. Es decir, que al paso que se ha adoptado

un criterio benigno en relación con las penas privativas de la libertad de limitada duración, puesto que las penas económicas sirven más, en muchos casos, como expiación y prevención, que las privativas cortas, y no tienen el efecto perturbador, social y familiarmente considerados, de estas, ni producen el fenómeno desmoralizador del contagio criminal.

Son, pues, más eficaces para los efectos político-criminales que se persiguen y no tienen costos sociales ni fiscales en la medida de otras penas.

El artículo 46 establece los criterios para fijar la multa en la siguiente forma; "la cuantía de la multa será fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

En caso de concurso o acumulación, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero en total, no podrá exceder del máximo señalado en la norma.

Cuando la multa haya sido impuesta como principal y única y el condenado no la pague o amortizare oportunamente, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día; en tal caso, el arresto no podrá exceder de cinco años. El reo a quien se le haya hecho esta conversión, podrá hacer cesar el arresto en el momento en que satisfaga la parte proporcional de multa que aún no haya descontado en cárcel.

2.6.2 Penas Accesorias

Son penas de esta clase, conforme a lo que dispone el artículo 42, las siguientes: restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

2.6.2.1 Restricción Domiciliaria

Consiste "en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio, o en la prohibición de residir en determinado lugar".

Sustituye esta pena las de confinamiento y prohibición

de residir en determinado lugar previstas en el Código de 1936, aquélla como principal y ésta como accesoria. En razón de la naturaleza de la norma se infiere que el municipio en que debe permanecer el condenado ha de ser diverso y más o menos distante de aquél en que residía él mismo, el sujeto pasivo o su familia o en que cometió el delito; lo mismo dígase respecto de la prohibición de residir en determinado lugar.

Esta pena tiene una duración de hasta cinco años.

2.6.2.2 Pérdida del empleo Público u Oficial

Esta pena inhabilita hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo en la administración pública, en la rama jurisdiccional o en el ministerio público. La regula el artículo 51 como inhabilitación futura consequential del fallo en que se priva de la investidura al agente.

La extensión a cualquier cargo es absoluta. Puede ser uno de dirección, gerencia, manejo, con autoridad o jurisdicción o sin estas atribuciones. Puede tratarse de empleos subalternos hasta las categorías más bajas en el escalafón de servidores oficiales. La ley no restringe las calidades ni la índole de la investidura,

de modo que el condenado queda en interdicción para el desempeño de cargos e internidad. No decreta ningún impedimento para contratar con la administración del Estado en cualquiera de sus dependencias o entidades, y por eso debe entenderse que la prohibición no llega hasta ese extremo.

2.6.2.3 Interdicción de Derechos y Funciones Públicas

Dicha pena priva al condenado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y dignidades que confieren las entidades oficiales e incapacita para pertenecer a los cuerpos armados de la República, lo mismo que para adquirir cualquiera de los derechos, empleos, oficios o calidades mencionados en precedencia.

Esta pena tiene duración máxima de 10 años, y accede siempre a la de prisión.

2.6.2.4 Prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio

Señala el artículo 58 que siempre que se cometa un delito con abuso del ejercicio de una industria, arte, profesión u oficio, o contraviniendo las obligaciones que

de ese ejercicio se deriven, el juez al imponer la pena, podrá privar al responsable del derecho de ejercer la mencionada industria, profesión u oficio por un término hasta de cinco años.

El profesor Luis Carlos Pérez critica así esta medida: "Esta pena accesoria puede conducir a peores resultados que los que ella quiere preveer, pues la suspensión en el ejercicio de una profesión u oficio priva al condenado de los medios de subsistencia en casi la totalidad de los casos reduciéndolo así a la inacción y al hambre. Ninguna medida de defensa social puede resultar eficaz sobre esta base. Si ha habido un mal desempeño profesional, lo pertinente es reeducar al culpable para que se aplique correctamente a él, que en definitiva es el único medio capaz de redimirlo".

2.6.2.5 Suspensión de la patria potestad

El artículo 42 del Código de 1.936 estableció, como pena accesoria, "la pérdida o suspensión de la patria potestad", ésto es, del conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipado, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

El cumplimiento de la medida está regulado por el artículo 55, en virtud del cual la suspensión se aplicará de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ella, pero cumplida ésta, empezará a correr el término señalado en la sentencia, salvo que se otorgue la condena de ejecución condicional.

Esta es una medida de indudable gravedad, como que afecta no sólo a los padres a quienes se declara indignos de velar por los intereses de sus hijos menores o incapaces, sino a los propios menores que pueden resultar lesionados por tal medida; mucho más cuando entre nosotros se impone indiscriminadamente para los delitos que tengan previstas penas de prisión.

El Código eliminó la obligatoriedad de tal medida y dejó al juez la potestad de imponerla o no, según considere en el caso concreto su conveniencia o inconveniencia. Criterio de aplicación de esta pena podrían ser el de que el condenado tenga sobre quién ejercer la patria potestad y el de que el delito cometido indique al juez la conveniencia de privarlo de tal prerrogativa.

2.6.2.6 Expulsión de Territorio Nacional

Consiste en sacar de las fronteras patrias al extranjero

que ha sido condenado por sentencia en firme de juez colombiano. Esta medida sólo puede hacerse efectiva después de transcurrido cinco días a partir de aquél en que se haya ejecutoriado la sentencia que la imponga. La sección de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad tiene a su cargo el cumplimiento de esta pena.

La expulsión de extranjeros condenados es una facultad muy amplia de que dispone el juzgado. Una vez dictada no tiene rehabilitación.

2.6.2.7 Prohibición de consumir bebidas alcohólicas

La última de las penas accesorias, según la enumeración del artículo 42, es la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, medida que regulaba el Código de 1936 mediante otra pena accesoria, llamada caución de buena conducta. Consistía ésta en una garantía personal, prendaria o hipotecaria, en virtud de la cual el condenado se comprometía a cumplir la sentencia, durante un período de prueba no menor de un año ni mayor de cinco. En el régimen vigente se instituye esta pena sin apelar a ninguna garantía que asegure su cumplimiento.

El artículo 59 del código actual señala que cuando uno

de los factores del delito haya sido el consumo de bebidas alcohólicas, el juez impondrá como pena accesoria y por término hasta de tres años, la prohibición de consumir tales bebidas.

2.7 MEDIDAS DE SEGURIDAD

La idea de tomar medidas oficiales en relación con determinada categoría de personas por el peligro social que representan, es realmente antigua. Ya en el siglo XVI se establecieron en Holanda casas para vagabundos y meretrices con el objeto de corregirlos; en el siglo XVII España instituyó las "galeras de mujeres" en las que se recluían prostitutas y holgazanas; Prusia creó en el siglo XVIII establecimientos de corrección para vagabundos, holgazanes y mendigos; más tarde en Francia y Bélgica se fundaron instituciones semejantes. Tales entidades bien pueden ser consideradas como antecedentes de las actuales medidas de seguridad.

En términos generales podríamos decir que la medida de seguridad es aquella sanción que se aplica al sujeto inimputable que ha realizado conducta típica y antijurídica.

El concepto tradicional de la pena-retribución ha cedido

el paso a una concepción más amplia: la pena -reeducación. Se considera hoy que la labor del Estado respecto del delito no debe reducirse al castigo del delincuente sino principalmente a procurar con su readaptación social, la prevención de nuevos delitos. Para lograr con alguna eficacia este objetivo, mediante la educación y tratamiento del sujeto que ha delinquido o probablemente llegará a delinquir, se crearon las llamadas medidas de seguridad; así que ellas surgieron como básico instrumento de defensa social.

2.7.1 Naturaleza Jurídica de las Medidas de Seguridad

Bastante se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad; los varios criterios sobre este punto expuestos por la doctrina pueden sintetizarse en dos tesis bien definidas: La primera considera que son medidas de carácter administrativo y la segunda, que son de naturaleza jurisdiccional.

Los partidarios de la primera tesis afirman que las medidas de seguridad son eminentemente revocables; de otra parte, el funcionario que las dicta goza de gran discrecionalidad como que antes que el delito, tiene en cuenta el grado de peligrosidad del agente; se afirma, además, que ellas entran dentro de aquella

actividad administrativa que el Estado despliega en el campo social para alejar de la sociedad cualquier causa posible de delito; son, pues, de índole esencialmente preventiva.

Quienes se inclinan por la segunda tesis sostienen, que las notas de revocabilidad, discrecionalidad y prevención, no son suficientes para incluir las medidas asegurativas dentro de la esfera de la administración; en efecto, no siempre la revocabilidad es característica esencial del acto administrativo; para la aplicación de la pena el juez goza también de cierta discrecionalidad y dentro de ésta no sólo tiene en cuenta el delito cometido sino la personalidad de su autor; por lo que hace a la prevención, hemos visto cómo la pena persigue también entre sus finalidades la de prevenir la comisión de hechos delictuosos.

Por lo que a nuestro derecho positivo hace relación, es indudable que tales medidas son no sólo de naturaleza jurisdiccional sino además sancionatorias veámoslo: forman parte integral del código penal; no pueden aplicarse sino como consecuencia de una conducta previamente descrita en un tipo penal siempre que el agente sea inimputable y solamente son impuestas por el juez como culminación de un proceso del que se desprenda la responsabilidad del sindicado, si bien tal decisión no está

asentada sobre el supuesto de la culpabilidad sino en la típica antijuricidad de la conducta realizada por el inimputable.

2.7.2 Diferencia entre Pena y Medida de Seguridad

La separación de penas y medidas de seguridad fué tajante desde el punto de vista de la peligrosidad. En Berna, Carl Stoos la hizo con las consideraciones siguientes:

- Según el delito y según la peligrosidad :

La pena se establece e impone al culpable a consecuencia del delito, mientras que la medida de seguridad se funda en el carácter peligroso del agente, exteriorizado con la acción punible o con las tendencias y modos de vida del presunto infractor.

- Según la duración :

El legislador fija las penas de acuerdo con la importancia del bien lesionado, la gravedad del ataque y la culpa del autor, para que el juez dé cumplimiento frente al caso concreto y con arreglo a los mismos principios, mientras que la medida de seguridad no tiene señalada duración en los códigos sino en términos muy amplios

y compresivos. Ordinariamente, como sucede en la ley colombiana, la medida de seguridad tiene un mínimo como punto de partida, de modo que el infractor no puede dejar a satisfacerlo. Más allá de ese orden, debe cumplirse por el tiempo necesario para la readaptación del reo.

- Según la oportunidad :

La pena es la reacción política contra la lesión o contra el peligro de lesión causada por el culpable, considerando, por consiguiente, tanto el hecho realizado como su tentativa. La medida de seguridad debe proteger a la sociedad antes que el peligro o el daño se actualicen. En otros términos; la pena es más propia para los delitos, mientras que la medida de seguridad es más apropiada a los estados peligrosos. A veces la segunda se aplica después de cumplida la primera.

La diferencia esencial estriba en que la pena es aflictiva, mientras que la medida de seguridad carece de eficacia expansionista. Mediante las penas se prevé a la represión directa e indirecta contra las normales, y mediante las medidas de seguridad se prevé a la represión directa contra los sujetos peligrosos.

El dualismo de penas y medidas de seguridad, fundado en el concepto de que la pena es castigo y la medida de seguridad no lo es, inspira la recomendación de que aquélla es propia del derecho y la medida de seguridad pertenece más bien al régimen administrativo.

2.7.3 Las Medidas de Seguridad en el Código Penal

El Código Penal de 1980 trata en títulos distintos las penas (capítulo primero, título IV) y las medidas de seguridad (título V).

Las medidas de seguridad a diferencia de las penas, tienen duración máxima indeterminada, término mínimo prefijado, se cumplen en establecimientos especiales, pueden ser sustituidas por otras más adecuadas y suspenderse condicionalmente.

2.7.4 Clasificación de las Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal son: internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, internación en casa de estudio o de trabajo, libertad vigilada y reintegración del inimputable a su ambiente natural.

Las dos primeras implican privación efectiva de la liber-

tad durante durante el período de su ejecución; las otras dos funciones en situación de libertad; ninguna de ellas tiene institucionalmente finalidad represiva, aunque las de internamiento poseen una real carga de aflicción⁸.

2.7.5 Clasificación de las Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal son: internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, internación en casa de estudio o de trabajo, libertad vigilada y reintegración del inimputable a su ambiente natural.

Las dos primeras implican privación efectiva de la libertad durante el período de su ejecución; las otras dos funciones en situación de libertad; ninguna de ellas tiene institucionalmente finalidad represiva, aunque las de internamiento poseen una real carga de aflicción.

2.7.5.1 Internamiento en Clínica Psiquiátrica

Esta medida se impone al inimputable por enfermedad

⁸PEREZ, op.cit., pp.331-342.

mental permanente o transitoria; consiste en recluir al sujeto en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, donde será sometida al tratamiento científico que corresponda por el tiempo que sea necesario para obtener su curación; el internamiento no podrá ser menor de dos años si la enfermedad tiene carácter permanente y de seis meses si es de naturaleza transitoria.

Transcurridos los términos mínimos señalados en precedencia, se suspenderá condicionalmente la medida cuando se establezca que el internado ha recuperado su normalidad síquica. Para tal efecto, el juez solicitará semestralmente las informaciones pertinentes, del respectivo establecimiento.

2.7.5.2 Internamiento en Casa de Estudio o de Trabajo

A los inimputables que no padezcan de enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola. Esta medida tendrá un año mínimo de duración y un máximo indeterminado. También podrá suspenderse condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al

medio social en que se desenvolverá su vida, es decir, cuando en razón de la educación y el adiestramiento recibidos pueda incorporarse sin traumatismos en el grupo social.

2.7.5.3 Libertad Vigilada

Consiste en imponer al inimputable una de estas tres medidas :

- Obligarlo a residir en determinado lugar por término no mayor de tres años.
- Prohibirle la concurrencia a determinados lugares públicos hasta por tres años.
- Obligarlo a presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres años.

La libertad vigilada podrá imponerse como accesoria de la medida de internación en uno cualquiera de los establecimientos ya indicados, una vez que el sujeto la haya cumplido.

2.7.5.4 Reintegración a su ambiente natural

Con esta ambigua denominación, el Código señala una nueva medida de seguridad, que se impondrá a los indígenas inimputables por inmadurez psicológica.

El sistema asegurativo para los indígenas no consiste, pues, en volverlos al monte, en echarlos al hábitat selvático, sino entregarlos al medio ambiente colectivo que le es propio, a la relación con sus iguales, de donde no pueden ser desprendidos sino por la coacción de políticas destructoras que le arrebatan su tierra y envilecen su destino. Cuando la ley habla de medio ambiente natural invoca es el medio social, que es natural para los indígenas.

2.7.6 Control por parte del Juez para el Cumplimiento de la Medida de Seguridad

El juez que ha dictado una medida de seguridad debe ejercer control sobre su cumplimiento, para determinar en su oportunidad (después del vencimiento del término mínimo) si debe continuar o si conviene suspenderla o modificarla.

El Código autoriza al juez para sustituir una medida

de seguridad durante su ejecución por otra más adecuada, si así lo estimare conveniente, de acuerdo con la personalidad del sujeto y la eficacia de la medida, por ejemplo, cambiar el internamiento en clínica psiquiátrica por uno en casa de trabajo, cuando sea aconsejable sustituir el tratamiento por uno de laborterapia.

También podrá el juez sustituir por otra o prolongar hasta su duración máxima la medida de libertad vigilada, cuando el sujeto la haya quebrantado. Suspendida condicionalmente una medida de seguridad, tal decisión puede ser revocada por el juez, cuando a juicio de perito sea necesaria su continuación. Sin embargo, transcurridos 10 años de suspensión de una medida de duración indeterminada, el juez declarará su extinción, previo dictamen pericial.

Si la medida que pretende suspenderse o extinguirse es la de internamiento psiquiátrico, requiere siempre dictamen pericial; si es la de internamiento en casa de trabajo o estudio, necesario es el concepto escrito y motivado de la junta o consejo directivo del establecimiento y, a falta de éstos, del respectivo director.

2.7.7 Cómputo de la Detención Preventiva

Si durante el período de su detención preventiva un

inimputable ha estado sometido al tratamiento clínico o al régimen educativo o de trabajo que le corresponda, dicho término le será computado como parte del mínimo que debe cumplir en caso de sentencia condenatoria.

2.7.8 Internamiento Siquiátrico Provisional

Si durante la ejecución de la condena le sobreviniera al reo enfermedad mental, se suspenderá su cumplimiento para enviarse a establecimiento especial, anexo siquiátrico o clínica adecuada. Al recobrar su salud, regresará a la cárcel, pero se le descontará como parte cumplida de pena el tiempo que hubiese permanecido en tratamiento.

2.7.9 Régimen Penal de Menores

Las medidas de seguridad que hacen parte del sistema represor no se refieren a los hechos punibles realizados por menores de 16 años, y este sistema, que es el colombiano, tiene mayores ventajas de orden práctico. Fue así como dispuso el artículo 34 que los menores de 16 años estarán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales.

La jurisdicción de que se hace mención, es precisamente la de menores y las medidas especiales adecuada se ocupan

tanto de la investigación de los hechos punibles, como del procedimiento para calificarla, la valoración de las pruebas y las medidas que pueden adoptarse en el fallo.

Las medidas autorizadas en el ordenamiento citado son; absolución, cuando el hecho carezca de pruebas; amonestación, cuando la falta es ocasional y el menor se encuentra en medio familiar sano y acto para su educación; la libertad vigilada; la entrega del menor a personas o instituciones idóneas para educarlo, bajo las condiciones que se impongan, internamiento en casa de trabajo, pública o privada, o en una granja agrícola; internamiento en un reformatorio especial para menores, por tiempo indeterminado, hasta obtener la reeducación del interno o la formación del sentido moral del mismo.

3. REGULACION DE LA PUNIBILIDAD

Comprobado por el juez que la conducta de un sindicato es delictiva o contravencional, ha de pronunciar en su contra juicio de responsabilidad que se concretará en la imposición de pena si es imputable o de medida asegurativa si de inimputable se trata. Pero, para determinar concretamente la cantidad de pena imposible o, por mejor decir, para regular la punibilidad de su comportamiento, tendrá que acudir no sólo al tipo que describe conducta sub-iudice y señala la sanción aplicable, sino al artículo 61 del Código Penal que indica con claridad y sabiduría los factores que habrá de tener en cuenta en la fijación de la dosimetría penal. Esta norma, frecuentemente olvidada por nuestros jueces, además de fijar el criterio de aplicación de la pena en concreto, constituye piedra basilar sobre la cual descansa la estructura del sistema penológico nacional.

Señala tal disposición (Artículo 61) "que dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el

grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente".

El arbitrio que el legislador concede al juez para aplicar la pena al delincuente no es, sin embargo, absoluto, puede ir más allá de los límites que el propio código establece; lo contrario sería violatorio del principio de legalidad de la pena.

Esta limitación legal está contenida dentro del mínimo y el máximo de sanción que para cada infracción establece el código en la parte especial, en concordancia con los límites genéricos establecidos por el artículo 44 del Código Penal. Dentro de esos extremos ha de moverse el juez y ha de tener en consideración los factores descritos en el artículo 61 del Código Penal.

Los criterios que señala el artículo 61 del Código Penal para fijar en concreto la pena dentro de los límites señalados por la ley son:

- La gravedad del hecho punible
- El grado de culpabilidad
- Las circunstancias de atenuación o agravación punitiva
- Personalidad del agente.

3.1 CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION O AGRAVACION PUNITIVA

El código anterior utilizaba la expresión "circunstancias de mayor y menor peligrosidad", recogiendo así la orientación positiva del proyecto FERRI que veía en la peligrosidad del agente el fundamento de la pena, el actual estatuto punitivo emplea adecuadamente esta nomenclatura porque la finalidad de tales circunstancias es la de inclinar al juez hacia la aplicación de una pena más o menos elevada, según que predominen unas u otras. Se trata, pues, de circunstancias reguladoras de la punibilidad pues no tienen influencia alguna en la estructura del delito sino en su dosimetría penológica.

Doctrinalmente estas circunstancias se dividen en agravantes y atenuantes; subjetivas y objetivas; antecedentes, conocimientos y subsiguientes, y en genéricas y específicas.

- Agravantes y Atenuantes

Llámanse circunstancias agravantes aquéllas que, sin modificar la estructura del delito, comportan mayor drasticidad en su sanción.

Son atenuantes, en cambio, aquéllas circunstancias cuya

presencia determina disminución punitiva.

Esta modificación de la pena que surge de la presencia de una u otra circunstancia, puede ser cuantitativa o cualitativa, según que varíe la cantidad o calidad de la sanción.

- Circunstancias Subjetivas y Objetivas

Son circunstancias subjetivas las que se refieren a la intensidad del dolo, el grado de culpa o a las motivaciones personales del agente.

Llámanse objetivas las circunstancias que se relacionan con las varias modalidades de la acción (naturaleza, medios, tiempo) o con las condiciones personales del sujeto pasivo.

3.1.1 Gravedad y modalidad del hecho punible

Se trata de un criterio absolutamente objetivo, pues los subjetivos se relacionan con el grado de culpabilidad. Las modalidades del hecho, es decir las genéricas circunstancias de tiempo, modo y lugar, son los factores indicativos de su mayor o menor gravedad, y tienen aplicación siempre que no se tomen específicamente como cir-

cunstances de atenuación o agravación según los artículos 64 y 66.

Se debe tener en cuenta que una cosa es la gravedad del hecho punible y otra las modalidades del tiempo. Estas se refieren, como se acaba de decir, a las circunstancias de todo tipo que enmarcan la realización del hecho, tales como personales del autor, las geografías, el tiempo (la nocturnidad v.gr), la manera o forma de ejecución, etc. La gravedad del hecho, en cambio, se relaciona con la esencia de un derecho penal de acto que rechaza las tendencias subjetivas en la concepción del injusto. Es decir, lo que importa como criterio mensurador de la pena no es la violación del deber únicamente, sino también y preponderadamente el resultado del comportamiento, vale decir, la concreta violación del bien jurídico. Y la gravedad se debe deducir sólo de la valoración genérica de ese bien, sino ante todo de la cantidad de daño o de lesión ocasionado en cada caso concreto. Así, por ejemplo, en un delito contra el patrimonio económico, el hecho no tiene la misma gravedad cuando se afecta a una gran empresa con cien pesos, que cuando de esa misma cantidad se despoja a un desempleado o a un modesto asalariado con familia numerosa.

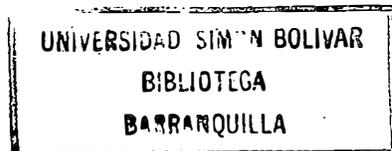
3.1.2 Grado de Culpabilidad

Una de las innovaciones fundamentales del código consiste en introducir el grado de culpabilidad como uno de los criterios para fijar la pena.

El grado de culpabilidad es la mayor o menor intensidad del dolo con que haya actuado el agente, su carácter de directo o eventual, de ímpetu o de propósito, o en su caso el mayor reproche derivado de una culpa de origen imprudente, negligente o imperito o enmarcada en la violación de normas legales.

Por manera que aunque la forma de culpabilidad es única (dolo, culpa, preterintención) en cuanto fundamento de responsabilidad, para efectos de la cuantificación punitiva admite gradación.

De las primeras es ejemplo del llamado delito emocional del Artículo 60 del Código Penal cuyo texto dice : el que cometa el hecho en estado ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto incurrirá ...), y de las segundas, la comisión del delito durante la noche, en despoblado o con armas.



3.1.3 Antecedentes, Concomitantes y Subsiguientes

Como su nombre lo indica, las primeras preceden, las segundas acompañan y las últimas siguen el delito. La diferencia entre unas y otras es, pues, de orden cronológico.

La preparación ponderada del hecho, el abuso de las condiciones de inferioridad del sujeto pasivo y la presentación voluntaria después de cometido el delito, son ejemplos, respectivamente, de cada una de las tres especies de circunstancias anotadas.

3.1.4 Genéricas y Específicas

Las circunstancias genéricas son aquéllas que se predicán de cualquier delito; están previstas en los artículos 64 y 66 del Código Penal y son las circunstancias que atenúan y agravan el delito.

Específicas son las que acompañan a determinados delitos; por lo regular forman tipos accesorios agravados o privilegiados, según el caso; de esta clase son las circunstancias que enumera el artículo 306 : si el delito se cometiere con el concurso de otra u otras personas; si el responsable tuviere cualquier carácter, posición o

cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza; si la víctima quedare embarazada; si se produjere contaminación venérea; si el delito se realizare sobre persona menor de diez años.

Circunstancias del artículo 324 : Cuando el delito se cometa en la persona del ascendiente, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad; para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible; por precio, promesa, remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo adyecto o futil; con servicia; valiéndose de actividad de inimputable.

Circunstancias del artículo 351 : Cuando se cometa el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común; aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa; por persona disfrazada, o aduciendo calidad supuesta; de noche o en lugar despoblado o solitario, etc.

Cuando en un mismo delito concurren circunstancias genéricas y específicas idénticas, el juzgador ha de tener solamente estas últimas, no sólo porque el conflicto debe resolverse en favor de las circunstancias específicas en razón de su especialidad, sino porque así lo ordenan

los artículos 64 y 66 del Código Penal.

3.1.5 Personalidad del Agente

La personalidad, entendida como el complejo vital de soma y sique del sujeto, como conjunto de instintos, tendencias, herencia, temperamento, etc., constituye otro de los criterios para cuantificar en cada caso la pena. Debemos observar, sin embargo, que se trata, al menos en las condiciones actuales del proceso penal colombiano, de un juicio empírico, de un juicio valorativo deducido de los bienes conocidos en el proceso, y no de un análisis científico de personalidad. Sin embargo, los antecedentes del sujeto y el contenido humano del hecho punible lo mismo que el comportamiento posdelictual, suministran una buena base de personalidad para los efectos del juicio criminal. En cambio el examen científico de la personalidad es absolutamente indispensable para la ejecución penitenciaria.

El estudio de la personalidad del sindicado debe ser ordenado por el juez en cualquier estado del proceso, e incluso desde el momento mismo de la captura, si los funcionarios de policía judicial o el propio instructor observan en el sujeto síntomas de algún probable trastorno mental.

El funcionario de instrucción deberá practicar todas las investigaciones necesarias para apreciar el carácter y la conducta anterior del procesado, conocer sus antecedentes personales y de familia, el ambiente en que ha vivido, las relaciones que ha mantenido o cultivado, y, en general, todo lo que pueda descubrir su personalidad y los motivos que lo han inducido al delito.⁹ Durante la misma celebración de la audiencia pública, el juez deberá interrogar personalmente al enjuiciado acerca del hecho, de sus antecedentes personales, de sus condiciones de vida y en general sobre todo lo que conduzca a revelar su personalidad.¹⁰

Pero, además de estas indagaciones previas a la sentencia condenatoria, resulta imperioso ahondar sobre la personalidad del condenado para determinar la forma como debe cumplirse en su respecto la sanción impuesta, de tal manera que ella satisfaga las finalidades que le son propias.¹¹

⁹REYES ECHANDIA, Alfonso, Op. Cit.

¹⁰ESTRADA VELEZ, Federico, Op. Cit.

¹¹PEREZ Luñs Carlos, Op. Cit.

3.2 CAUSAS QUE DISMINUYEN LA PUNIBILIDAD

Dentro de los límites fijados por el legislador para regular la punibilidad, se hablan una serie de fenómenos que, predicables de la conducta imputada al agente o de su propia persona, tienen la virtud de disminuir o aumentar el quantum de la pena que correspondería imponer si tales fenómenos no se hubieran presentado.

Son causas de disminución punitiva aquéllas que permiten al juez imponer pena menor de la que correspondería de no existir causal de esta naturaleza; a esta categoría pertenecen el llamado delito emocional, el exceso en las causales de justificación, la tentativa, la complicidad y las circunstancias señaladas en el artículo 64 del Código Penal que son entre otras, la buena conducta anterior; obrar por motivos nobles o altruistas; obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso, etc.

3.2.1 El delito emocional

La emoción es una explosión afectiva intensa, breve que se enmarca dentro de un fenómeno emotivo (ira, dolor) perturbando el equilibrio síquico del individuo y provoca reacciones agresivas o depresivas.

Si el proceso afectivo se prolonga e intelectualiza, la emoción se transforman en pasión, estado síquico mucho más estable y complejo.

El delito afectivo (emocional o pasional) es un reato circunstanciado cuya consecuencia es disminuir la sanción de quien a él llega impulsado por violentas alteraciones anímicas que reducen el control racional y liberan impulsos criminosos.

Este fenómeno se haya previsto en el artículo 60 del Código Penal, según el cual "quien comete el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto "tendrá sanción menor de la señalada para el delito cometido.

De acuerdo con dicha norma son tres los elementos que integran esta figura, a saber : conducta ajena grave e injusta, estado de ira o de intenso dolor y relación causal entre la provocación y la reacción.

- Comportamiento ajeno grave e injusto

Trátase de una actitud de acción o de omisión proveniente de alguien con la que se pretende ofender ostensiblemente y sin derecho alguno a otra persona; un tal com-

portamiento configura agresión a un derecho individual, aunque no es necesario que asuma la categoría de hecho punible; un gesto, una palabra, una provocación cargados de ironía o francamente denigrantes del honor personal tienen capacidad suficiente para alterar la emotividad del sujeto a quien se dirigen.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que sólo cuando provocaciones semejantes revisten gravedad y son injustas, admiten atenuación punitiva respecto de quien al ser víctima de ellas reacciona con agresividad delictuosa; la magnitud de dichas gravedad e injusticia ha de manifestarse por el juez con criterio relativo a las concretas circunstancias que rodearon el hecho y a los caracteres personales de sus protagonistas. No reacciona igualmente ante una injuria un pelafustán que un puntilloso caballero.

- Estado de ira e intento dolor

La ira es una emoción-choque que tiende a eliminar violentamente el obstáculo desagradable o la causa de la ofensa. Es de carácter esténico y determina una borrasca sicomotriz que arrastra al individuo que la sufre a la comisión de hechos delictuosos.

El dolor, en cambio, es una emoción asténica y, por lo mismo, de naturaleza depresiva, con manifestación de actitudes de tedio y tristeza.

La norma habla de un estado de ira o de dolor, lo que significa que el fenómeno puede prolongarse; la palabra "estado" sugiere la idea de permanencia.

El ímpetu supone, pues, respuesta rápida y explosiva a la provocación, mientras el estado de ira admite la presencia de intervalo temporal entre el momento de la provocación y aquél en que se verifica la reacción.

El dolor debe ser intenso, es decir, agudo, profundo, que afecta hondamente la sique del sujeto. Una leve alteración anímica depresiva no sería suficiente para amparar bajo esta causal a quien lesione en tales circunstancias a su provocador.

- Relación Causal .

Entre la conducta ajena injusta y grave y la reacción a impulsos de la ira o del dolor debe correr nexo causal, de tal manera que ésta se consecuencia de aquélla.

Para que sea válida la atenuante en examen, es neces-

rio que el agente actúe bajo los efectos del estado anímico - asténico o esténico- provocado por la ofensa de un tercero; no se requiere que la reacción sea simultánea a la ofensa; de una parte la ley no lo exige y, de otra, la sicología nos enseña como tales reacciones son más o menos fugaces o tardías de acuerdo con la personalidad de quien recibe el estímulo.

Cuando tales requisitos se hallen reunidos, el juez impondrá al responsable del delito cometido en dichas circunstancias, una pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercer aparte del mínimo señalado en la respectiva disposición.

VANNINI Considera que es necesario distinguir entre los estados emotivos y pasionales más o menos normales -que serían en nuestro caso los del artículo 60 del Código Penal- que imprimen particular colorido emotivo a la conducta y desencadena reacción violenta pero vencible, y aquellos estados anímicos que, sin configurar precisas formas clínicas de anomalía mental, alteran tan profundamente el funcionamiento de la sique en eliminan o afectan sensiblemente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de la personalidad, particularmente esta última.

En el primer caso, el agente ha realizado comportamiento típico, antijurídico y culpable, del cual debe penalmente responder, aunque su estado anímico determine disminución punitiva como lo establece el artículo 60 del Código Penal, en el segundo, la honda perturbación síquica que puede dar lugar a situación de inculpabilidad por ausencia transitoria de los mecanismos psicológicos que determinan el actuar doloso o culposo del agente.

3.2.2 El exceso en las justificantes

Cuando el agente ha sobrepasado voluntariamente (por dolo o culpa) los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad de repeler la injusta agresión o de salvarse del peligro, no queda amparado por la justificante y debe, en cambio, responder por el delito cometido; el único aspecto favorable de su situación es el de que la sanción que le correspondería por la infracción cometida se le disminuye en una proporción que vá desde la sexta parte del mínimo hasta la mitad del máximo de la pena señalada por la ley.

Esta atenuación punitiva se explica porque, salvo el exceso en que ha incurrido, la conducta del actor se ajustó a todos los demás requisitos de una causal de justificación.

3.2.3 La tentativa

Respecto a las consecuencias punitivas del fenómeno de la tentativa, estamos frente a una causal de atenuación, en cuanto a la no consumación del delito proyectado implica generalmente una sanción menor de la que correspondería si el agente hubiese logrado su propósito.

Como quiera que el nuevo código penal sólo describe una forma de tentativa (en la que se subsumen la acabada y la inacabada), a ella se remite la atenuación punitiva, que será "no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado".

El juez concretará la pena habida consideración del mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; es decir, que la acercará más a la del delito consumado -sin equipararla en ningún caso- cuando el agente haya estado más próximo a la consumación del hecho, y la atenuará hasta el mínimo legalmente permitido cuando la circunstancia impeditiva de la consumación se haya presentado al comienzo del proceso de ejecución del hecho.

3.2.4 La Complicidad

La complicidad como la tentativa son dispositivos aplicadores del tipo, sin embargo, en el plano de la punibilidad, ambas generan atenuación de pena en relación con la que correspondería imponer en caso de consumación (tentativa) o al autor del hecho (complicidad).

Como quiera que el cómplice no realiza la conducta típica, sino que ayuda al autor a ejecutarla, resulta apenas lógico que, al deducírsele responsabilidad, se le imponga pena menor que la de aquél.

El Código Penal de 1980, como ya se indicó, consagró una sola clase de complicidad con pena disminuida de una sexta parte a la mitad en relación con la prevista para el autor. Esta concreción punitiva se hará según la mayor o menor eficacia de la constitución o ayuda brindada por el cómplice al autor. Desaparece la injusta discriminación de penas entre autor y cómplice necesario y se establece un mecanismo que dosifica con mayor propiedad y justicia la sanción del cómplice.

3.2.5 Circunstancias de atenuación punitiva

Con carácter subsidiario, que según el artículo 64 ate-

núan la pena en cuanto no hayan sido previstas de otra manera, se consagran las siguientes:

- Buena conducta anterior

Aunque la conducta anterior, como muchas de las demás circunstancias, constituye un elemento para evaluar la personalidad del imputado, es lógico que se exija en circunstancias de atenuación, puesto que de acuerdo con las funciones asignadas a la pena, la buena conducta anterior es uno de los varios criterios para determinar empíricamente en qué medida requiere el condenado tratamiento penitenciario, pues no se trata exclusivamente de retribuir el mal ocasionado, sino de buscar la resocialización del delincuente y de ejercer sobre él la prevención especial.

- Obrar por motivos nobles o altruistas

A pesar de que el sujeto actúe impulsado por motivos nobles o altruistas, su culpabilidad puede ser plena, en cuanto tenía absoluta capacidad de comprender la ilicitud de su acción y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Es lo que ocurre con los delitos políticos, en los cuales se advierte una motivación social pero el agente realiza el hecho con plena culpabilidad.

La atenuación se justifica porque el agente demuestra en esta forma que no requiere excesivo tratamiento penitenciario, ni tampoco es necesario que el Estado realice frente a él ninguna acción de prevención especial.

- Obrar en estado de emoción o pasión excusable o temor intenso

Esta causal presenta tres hipótesis así:

. Cuando el agente actúa en estado de emoción excusable; la emoción otro fenómeno afectivo más profundo pero menos durable que la pasión, debe ser ocasionada en este caso por un dolor intenso o por temor.

. Cuando el sujeto obra en estado de pasión excusable, entendiéndose por tal un fenómeno síquico de naturaleza afectiva más o menos perdurable e intenso y de contenido social.

. Cuando el delincuente realiza el hecho punible bajo los efectos de un intenso temor, es decir, de un miedo que haya alterado su serenidad y lo haya impulsado al delito.

. La influencia de apremiantes circunstancias personales

o familiares en la ejecución del hecho.

Las condiciones de apremio influyentes en la realización del hecho son de dos clases : personales y familiares, pero no es raro que concurren pues lo concerniente al grupo familiar se refiere también al individuo que de él hace parte.

Circunstancias apremiantes personales son las que compelen directamente al sujeto, sin dejarle campo para otros manejos, como cuando se vé precisado a hurtar dinero para someterse a un tratamiento urgente; o como cuando se vé forzado a ofender a otro en su patrimonio moral, para dar evasión a agravios que lo ahogan; o como cuando atropella a un peatón porque debe llegar oportunamente a la muerte de un ser querido.

Circunstancias apremiantes son las que comprometen a padres, hijos, cónyuges, y en general a los consanguíneos y afines, en cualquier grado.

Circunstancias morales son igualmente las engendradas por una pena, como la muerte del padre, el cónyuge o el hijo, o por un trastorno colectivo cuyo reflejo afecta la conducta individual, o por calamidades de las que se ha sido testigo.

Todas estas compulsiones llevan a hacer algo o a dejar de hacerlo. Los actos omisivos se relacionan con el abandono de un deber, público o particular, nacido de la ley o de decisiones voluntarias del agente. Si el hecho punible se realiza por acción o por omisión, los apremios que prohíben aumentar la pena, también son susceptibles de influir en las dos clases de conductas.

- Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto

Esta circunstancia sólo se tiene en cuenta respecto de los integrantes primarios de la multitud y cuando sus actos delictuosos hayan sido influenciados por el contagio social que se produce en tales situaciones; no favorece pues, a los líderes, provocadores e instigadores de la masa, como que son ellos precisamente la causa del eventual comportamiento criminoso de la multitud.

- Procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias

Se encuentra en esta circunstancia el sujeto que después de consumado el reato procura mediante determinación voluntaria de su parte (por arrepentimiento, altruismo, medio o conmiseración) anular o disminuir sus consecuencias.

Quien proceda en esta forma está demostrando, así sea tardíamente, un arrepentimiento sincero, que constituye índice de una personalidad sobre la cual la acción resocializadora de la pena será más eficaz.

- Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea parcialmente

A pesar de que la causal no lo dice expresamente, es entendido que el daño debe resarcirse voluntariamente antes de la respectiva sentencia de condena y ha de serlo por el responsable y no por un tercero, pues el voluntario resarcimiento total o parcial por parte del agente de los perjuicios morales y materiales derivados del delito es lo que el legislador ha tenido en consideración como revelador de una personalidad que ha querido reparar el daño causado.

- Presentarse voluntariamente a la autoridades después de cometido el delito

La circunstancia de no huir después de consumado el delito, sino de presentarse voluntariamente a las autoridades; demuestra arrepentimiento o, por lo menos, personalidad estructurada para asumir la responsabilidad aneja a la infracción cometida. No ha de ampararse con

esta causal al delincuente que huye y después regresa con su abogado para asumir su defensa, porque serían razones de conveniencia personal las que explicarían su actitud.

El delincuente que procede en esta forma demuestra una personalidad que no es proclive al delito, y revela sentimientos nobles que lo impulsan a responder por las consecuencias de su acción, y evitar que terceros inocentes puedan sufrir los efectos del proceso penal correspondientes.

- La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho

La Indigencia -que debe entenderse como la carencia de bienes indispensables para subvenir a las necesidades de la propia subsistencia y a las de aquéllos que dependen de nosotros- sólo puede ser tenida como circunstancia atenuante en los delitos contra la propiedad, en relación con los cuales suele ser su causa.

La falta de ilustración tiende a reflejarse en la tosca y mediocre ejecución de aquellos delitos que por su naturaleza existen de quien comete, una cierta habilidad mental.

En un derecho penal inspirado en el principio de la culpabilidad resulta claro que la ignorancia, la miseria, etc., se deben tener en cuenta, porque es menos culpable quien las padece, que el poderoso sin problemas económicas. Coresponderá al juez realizar una apreciación, acerca de si tales situaciones influyen o no en la realización del hecho.

- Las condiciones de inferioridad determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho.

La edad y algunos trastornos orgánicos pasajeros (estados febriles, cefáleas, etc.) en veces determinan condiciones síquicas que sitúan al agente en posición de inferioridad relativa respecto de la víctima.

Debe observarse, en todo caso, que esta causal se aplica solamente cuando las alteraciones sicosomáticas son transitorias y de leve entidad, pues en los casos graves, la conducta bien puede ubicarse como causal de inculpa-bilidad o como factor de inimputabilidad.

3.3 CAUSAS QUE AUMENTAN LA PUNIBILIDAD

Son causas de agravación punitiva aquéllas que permiten

al juez imponer pena mayor de la que correspondería de no existir causal de esta naturaleza.

El Código Penal en su artículo 66 señala las siguientes circunstancias:

- El haber obrado por motivos innobles o fútiles

Motivos innobles son aquéllos abiertamente antisociales, que revelan disposición al lucro, a la avaricia, a la satisfacción de instintos primarios.

Son fútiles los motivos intrascendentes, de poca importancia, que para la generalidad de las personas no serían suficientes para transgredir la ley penal.

Los motivos a que se refiere el legislador en este caso implican indagación psicológica para descubrir las cultas orientaciones del acto criminal y, a través de ellas, la personalidad de su autor.

Es innoble el motivo cuando la conducta delictiva es impulsada por apetencias viles, despreciables, abyectas, como cuando se mata para satisfacer una venganza torpe.

Si fútil es todo aquéllo que carece de aprecio, de impor-

tancia que es mimio y sin valor, obrar con motivos fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictuoso de manera que indique o establezca la gran desproporción entre el acto cometido y el motivo que lo produjo, de tal suerte que el delito se realiza por una causa insignificante, tan mimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, lo que constituye indudablemente un índice revelador de valor sintomático que muestra la peligrosidad del agente.

- Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente, respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos

La vida en sociedad crea una serie de situaciones complejas, que imponen obligaciones específicas, de carácter legal unas y moral otras. Así, los vínculos de parentesco establecen relaciones claras, cuya violación revela una personalidad deprevada. La vinculación que surge de la amistad entre profesores y alumnos, las que se deducen de la gratitud por favores recibidos, en fin son ejemplo de la gran variedad de situaciones cuyo quebrantamiento conduce al aumento de la pena.

- El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o sus bienes, o demuestran una mayor insensibilidad moral en el delincuente

Las circunstancias de tiempo (de día o de noche), de lugar (desierto o habitado) y los instrumentos o modos de ejecución del delito, sólo han de tenerse en consideración cuando hayan entrabado la defensa del sujeto pasivo, o en la medida en que demuestren mayor insensibilidad moral en el delincuente.

Cuando tales circunstancias hayan afectado la integridad sico-somática del sujeto pasivo o su patrimonio económico y dificultado la tutela de tales intereses, deben ser considerados por el juzgado como generadores de agravación punitiva; vale decir, que esta específica modalidad atenuativa se refiere exclusivamente a los delitos contra la vida o la integridad personal y contra el patrimonio económico.

- Abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido

Son condiciones de inferioridad del sujeto pasivo todas

aquellas deficiencias somatosíquicas, permanentes o transitorias, que lo sitúan en manifiesta desigualdad frente al victimario; tales, entre otras, una enfermedad física, una anomalía síquica.

También son circunstancias de inferioridad aquellas situaciones desfavorables para el ofendido, que eventualmente lo coloquen en posición desventajosa en relación con el agente, como el sorprenderlo dormido o en estado de ebriedad.

- Ejecutar el hecho con insidias o artificios, o valiéndose de la actividad de inimputable

Un delito se ejecuta insidiosamente cuando el sujeto emplea engaños o artificios tales que su apariencia inofensiva oculte a los ojos de la víctima desprevenida la verdadera intención delictuosa; es el ataque solapado y traicionero, el abrazo de apariencia amistosa que lleva el puñal homicida.

Es igualmente circunstancia agravante de punibilidad realizar el delito o la contravención utilizando inimputables por inmadurez psicológica (menos de 16 años) o trastorno mental, pues ello demuestra notablemente insensibilidad moral y evidente cobardía.

- Obrar con la complicidad de otro

Ha querido el legislador señalar como circunstancia genérica de agravación punitiva para el autor, el haber obtenido la colaboración de cómplices en la comisión del delito, tal vez porque ello demuestra reprochable capacidad para arrastrar a otros a la criminalidad.

Para que obre la circunstancia no basta la simple concurrencia incidental de varias personas en el delito, sino que es preciso que se trate de una verdadera complicidad. El código anterior exigía que esa complicidad hubiera sido previamente concertada, pero el actual eliminó el concierto por inútil y equívoco, en cuanto la complicidad existe o no, según las previsiones de la doctrina generalmente aceptada.

El concurso de varias personas, obviamente asegura el éxito del propósito criminal y coloca en indefensión al ofendido.

- Ejecutar el hecho aprovechando calamidad, infortunio o peligro común

El sujeto que aprovecha la oportunidad que le brinda una calamidad (revolución, inundación, terremoto) infortunio

(muerte de un pariente de la víctima) o un peligro común (incendio, invasión de fuerzas enemigas), demuestra capacidad delincencial que se patentiza en la falta de escrúpulos morales ante el dolor ajeno o la tragedia colectiva.

- Abusar de la credulidad pública

Abusa de la credulidad pública o privada quien aprovecha la fácil credibilidad colectiva o individual en relación con un fenómeno extraordinario (eclipse, creencias religiosas) para la ejecución del hecho delictuoso.

- Hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible

Esta circunstancia se presenta cuando el sujeto voluntariamente asume una actitud que tienda a agravar los resultados de su conducta ilícita, como cuando el victimario se opone a que su víctima sea conducida al hospital, después de haberle ocasionado lesiones.

De la misma manera que el hecho de procurar reducir las consecuencias del hecho, es circunstancia de atenuación, la que contempla este numeral debe agravar la pena por la perversidad que demuestra quien procede en esta forma.

- La posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio, o ministerio.

Cuando se escalan posiciones prominentes, por ilustración, riqueza, cargo u oficio o porque implican ejercicio de poder o ministerio moral, son mayores las obligaciones y más grandes las responsabilidades que se adquieren para consigo mismo y para con los asociados; por eso el delito cometido en tales circunstancias aparece más grave.

- Haber cometido el hecho para ejecutar u ocultar otro, para obtener o asegurar para sí o para otra persona el producto, el provecho, el precio o la impunidad de otro hecho punible

Esta agravante se refiere al concurso delictivo tentado o consumado en el que un hecho punible se realiza como medio para lograr la ejecución de otro, o como mecanismo para hacer desaparecer el rastro de uno ya consumado o para lograr por esta vía ilícita el producto del delito, su segura utilización, su valor de venta, o para asegurarse su propia impunidad; los beneficios así obtenidos pueden ser personales o favorecer a terceros.

Resulta apenas obvia la agravación cuando una persona para asegurar la impunidad del delito cometido o para obtener el provecho que de él deriva, realiza otro hecho punible. Esta circunstancia demuestra una clara proclividad al delito y una gran insensibilidad moral.

- Observar, con posterioridad al hecho, conducta que indique una mayor perversidad

Ha querido el legislador al consagrar esta causal de agravación punitiva penar con mayor severidad al delincuente que después de cometido el hecho ejecute acción u omisión que demuestre proclividad, tal como impedir que se preste auxilio a quien acaba de lesionar.

- Emplear en la ejecución del hecho, medio de cuyo uso puede resultar peligro común

Es aquí la intrínseca dañosidad del instrumento utilizado por el actor para la comisión del hecho punible, en cuanto es capaz de afectar intereses colectivos, lo que ha sido considerado por el legislador como circunstancia de agravación de la pena; el emplear veneno en la alimentación preparada en restaurante para dar muerte a una sola persona, o el matar a alguien incendiando la casa en la que duerme, serían ejemplos de esta situación.

- Ejecutar el hecho sobre objetos expuestos a la confianza pública, o custodiados en dependencias oficiales o pertenecientes a éstas o destinados a la utilidad, defensa o reverencia colectiva

Los objetos dejados a la confianza ciudadana (estátuas, monumentos) o custodiados en oficinas o entidades públicas (piezas de museos, reliquias históricas) o pertenecientes a dichas dependencias (archivos, documentos) o destinados a la utilidad general (lámparas de alumbrado eléctrico) o a la defensa colectiva (extintores, pararrayos) o dispuestos para ser reverenciados (imágenes y estatuas sagradas), gozan de privilegio social y merecen especial respeto en razón de su utilidad, origen, calidad; por eso el delito que sobre ellos se perpetre revela en su autor una personalidad antisocial que el fallador debe tener en cuenta para agravar la pena.

3.4 DOSIMETRIA PUNITIVA

Conforme el artículo 67 del Código Penal, sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurren exclusivamente de atenuación.

Esta norma y la del artículo 61 señalan los límites den-

tro de los cuales ha de moverse el juzgador en el momento de concretar el quantum punitivo que habrá de imponer al responsable de un delito, particularmente en cuanto a la existencia procesal de circunstancias genéricas de atenuación o agravación; conforme a tales mandatos fijará la respectiva pena sin llegar al máximo ni al mínimo señalado específicamente.

Para el hecho punible cometido, a menos que solamente concurren en el primer caso circunstancias de agravación punitiva y el segundo de atenuación.

3.5 CAUSAS QUE EXCLUYEN LA PUNIBILIDAD

Con este nombre queremos designar aquellos casos en los que frente a una conducta típica, antijurídica y culpable -merecedora por ende de sanción penal- deja de imponerse la respectiva si concurren determinadas circunstancias relacionadas con la forma en que se ha cometido el delito, con la finalidad por el agente o con un hecho posterior realizado por aquél después de perpetrado el ilícito.

Bien pueden considerarse como razones de política criminal las que han llevado al legislador a excluir la aplicación de penas en estas hipótesis.

He aquí los casos en que el código contempla este fenómeno.

. En los delitos de rebelión y sedición, los rebeldes no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

. En los delitos de violación, estupro o actos sexuales abusivos cuando su autor o partícipe contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo.

. En los delitos de injuria y calumnia cuando el responsable probare la veracidad de las imputaciones, excepto en los casos siguientes.

a. Sobre la imputación de cualquier hecho punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo, o cesación de procedimiento, excepto si se tratare de prescripción de la acción.

b. Sobre la imputación de hechos que se refieran a la vida sexual, conyugal o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y el pudor sexual.

También quedará el sujeto exento de culpa cuando se re-

tracte antes de proferirse sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el juez, en los demás casos.

. En el delito de emisión o transferencia ilegal de cheque cuando se pague el título valor antes de la sentencia de primera instancia.

. En el delito de lesiones personales que sólo produjere incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, si así lo pide el ofendido, excepto en las situaciones previstas por los numerales 1º y 2º del artículo 342 y son las siguientes:

a. Si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o sustancia que produzca dependencia física o síquica.

"Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

b. Cuando el ofendido fuere o hubiere sido oficial y el delito se cometiere por razón del cargo o del ejercicio

de sus funciones.

. En el delito de inasistencia alimentaria cuando el sindicado haya cumplido las obligaciones de asistencia económica cuyo incumplimiento generó el delito y durante el lapso señalado por el juez.

3.6 CAUSAS QUE EXTINGUEN LA PUNIBILIDAD

Con este nombre se conocen aquellos fenómenos cuya presencia tiene la virtud de extinguir la potestad punitiva del estado, de tal manera que una vez conocidos inhiben a la rama jurisdiccional del poder público para pronunciarse sobre la responsabilidad penal del sindicado o para hacer efectiva la sanción impuesta, según el caso.

La extinción del poder estatal de sancionar puede presentarse antes de proferir sentencia de condena o después de que ella se haya ejecutoriado; en el primer caso se habla de extinción de la punibilidad en abstracto y en el segundo, de extinción de la punibilidad en concreto.

- Extinción en abstracto de la punibilidad

Son causas que extinguen la punibilidad en abstracto, vale decir, que obran antes de ejecutoriada la sentencia

sentencia condenatoria, las siguientes : muerte del agente, amnistía, desistimiento, prescripción del delito y oblación.

. Muerte del Agente

La muerte del sindicado extingue la acción penal dice el artículo 76 del Código Penal.

En tratándose de inimputable, su muerte extingue la potestad estatal de hacer efectiva la medida de seguridad que para ellos prevé la ley penal.

Este fenómeno se explica porque la punibilidad presupone la existencia del sujeto activo de la infracción sobre quien recae la potestad sancionatoria del Estado; su muerte deja sin sujeto el delito o contravención cometidos, con lo que su presupuesto esencial desaparece. Es la aplicación, no absoluta, del viejo aforismo latino: mors omnia solvit (la muerte lo deshace todo).

. Amnistía

La amnistía es un modo político de extinguir la acción y la condena penales y se aplica, como el indulto, a los delitos políticos, cuya naturaleza no ha sido legalmente

definida, aunque doctrina y jurisprudencia han entendido por tales los de rebelión, sedición y asonada, pues son éstos los que se realizan con una clara y específica motivación política, en cuanto constituyen atentados contra la organización política de la nación.

La amnistía no elimina todas las consecuencias jurídicas del delito y entre ellas principalmente la obligación de indemnizar los perjuicios civiles que el propio Estado quedará obligada a cubrir la indemnización a que hubiere lugar.

Corresponde al Presidente de la República aplicar la ley de amnistía; tal determinación debe comunicarse al juez del conocimiento para los efectos legales pertinentes.

. Desistimiento

Por regla general, desde el momento que llega a conocimiento de la autoridad la comisión de una infracción penal, surge para el Estado la obligación de investigarla. No obstante, respecto de ciertos delitos que lesionan bienes jurídicos cuya salvaguardia compete más al ofendido que a la sociedad cuya publicidad puede acarrear perjuicios a la honra del ofendido o de sus familiares, el Estado ha dejado al arbitrio del sujeto pasivo o de sus

representantes legales, la facultad de decidir si se inicia o no la respectiva investigación; surge, así, la institución jurídica de la querrela.

El desistimiento es, pues, procedente en todos los casos en que se exige la querrela para la iniciación de la acción penal. Se trata de una condición de procedibilidad que no quita el carácter público a la acción, sino que por vía de excepción otorga disponibilidad sobre la misma al ofendido, que es titular del derecho de querrela.

. Indulto

El indulto es beneficio otorgado por el Presidente de la República en virtud de ley emanada del Congreso por mayoría cualificada, mediante el cual se extingue la punibilidad en relación con delitos políticos por los que se haya proferido de condena. Es, pues, como la amnistía, un recurso extraordinario del Estado para restablecer la tranquilidad pública alterada por hechos delictuosos de eminente contenido político.

La Constitución Nacional señala entre las atribuciones especiales del Presidente de la República en relación con la administración de justicia, conceder indultos por delitos políticos con arreglo a la ley que regule

esta facultad.

Las personas favorecidas por el indulto quedan en libertad, si estaban descontando la pena, al emitirse la decisión judicial correspondiente conforme a la respectiva ley; o no pueden ser encarceladas en relación con el delito por el que fueron condenados, si para entonces gozaban de libertad; pero esta medida no los exime del cumplimiento de las obligaciones civiles indemnización derivadas del delito cometido.

La providencia que concede el indulto debe comunicarse al juez que dictó la sentencia de primera instancia; cuando se otorgue condicionalmente, si así lo prevé la respectiva ley, se revocará si el beneficiario incumple las condiciones previstas; esta determinación se comunicará igualmente al juez que hubiere dictado la sentencia de primera instancia.

. Prescripción de la pena

Lo mismo que el delito, la pena es suceptible de prescripción; el decurso del tiempo disminuye hasta anularlo, el interés social por el cumplimiento de la sanción ya irrogada. En cierta forma, el Estado impotente para hacer efectiva la pena impuesta al delincuente, deja ex-

tinguir por renuncia tácita la punibilidad. La prescripción de la pena supone, como es obvio, sentencia condenatoria ejecutoriada.

Conforme al nuevo código la pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años. En este último lapso prescribe la pena no privativa de la libertad. De esta manera se simplifican notablemente los lapsos precriptivos como que coinciden con la pena judicialmente impuesta si fuere privativa de la libertad; la única limitación es la de su mínimo que no podrá ser menor de cinco años, término éste en el que prescriben las demás penas.

Cuando en una misma providencia se impongan sanciones diferentes o de distinta duración, la prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

Ordinariamente el término de prescripción empieza a contarse desde la ejecutoria de la respectiva sentencia condena, o desde el día en que el condenado voluntariamente se hubiere sustraído al cumplimiento de la pena que ya había empezado a descontar, como cuando el reo se evade del establecimiento carcelario en donde estaba cumpliendo la condena.

La prescripción es una institución jurídica de derecho público; en consecuencia se declara oficiosamente y debería ser, por la misma razón, irrenunciable, como lo es ciertamente en nuestra legislación positiva respecto de la pena.

. Oblación

Como causa de extinción de la punibilidad opera solamente para los delitos que tienen señalada pena de multa. Como es apenas lógico, el sindicado puede poner fin al proceso cuando lo quiera, pagando la multa que le señale el juez dentro de los límites prescritos por la ley.

Su fundamento resulta de la conveniencia de no someter a inútiles molestias y gastos a quien está pronto a responsabilizarse del hecho punible cometido. La institución responde también a un interés social porque permite sancionar al responsable de una infracción penal sin necesidad de cumplir el trámite ordinario del proceso, lo que implica mayor rapidez en la administración de justicia.

La oblación como fenómeno extintivo de la punibilidad, se halla prevista en el artículo 91 del Código Penal; su aplicación está supeditada al cumplimiento de los

siguientes requisitos:

- Que el delito o la contravención cometidos estén sancionados exclusivamente con pena de multa.
- Que el infractor pague al tesoro nacional la multa que el funcionario del conocimiento (autoridad de policía o judicial) estipule dentro de los límites fijados por la ley según la naturaleza y gravedad del hecho punible realizado.
- Que el pago de la multa se efectúe antes de la sentencia de condena, pues de lo contrario, el instituto de la oblación no tendría razón de ser.

. Rehabilitación

La rehabilitación consiste sustancialmente en restituir al condenado el status jurídico en que se hallaba antes de pronunciarse la sentencia y se aplica no para las penas privativas de la libertad, sino para las accesorias señaladas en el artículo 42 (restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, etc.), con excepción de la pena de expulsión del territorio nacional. A pesar de lo dispuesto por la norma, la rehabilitación

opera sólo para la restricción domiciliaria y la interdicción de derechos y funciones públicas; la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; la suspensión de la patria potestad y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, pues la pena de pérdida del empleo público u oficial se agota con el hecho mismo de su imposición.

La rehabilitación es de carácter judicial, y si las penas accesorias fueron concurrentes con una privativa de la libertad, sólo podrá pedirse después de dos años de haberse cumplido la pena principal, siempre que el condenado hubiere observado buena conducta. Si la pena accesoria hubiere sido impuesta sin concurrencia con privativas de la libertad, no podrá pedirse sino después de dos años de ejecutoriada la sentencia en que fué impuesta.

4. CONSECUENCIAS CIVILES DEL DELITO

4.1 CONCEPTO

La realización de conducta típica, antijurídica y culpable genera responsabilidad penal para sus autores y partícipes; pero como quiera que el delito además ocasiona, o puede causar daños al patrimonio económico y moral de quienes sufren sus consecuencias, dá lugar también a responsabilidad civil.

Cuando tales lesiones se producen, quien haya sido declarado penalmente responsable tiene la obligación legal de indemnizar todos los perjuicios ocasionados. Es éste un deber de orden público, elevado a tal categoría por el Estado teniendo en cuenta razones de defensa social que inicialmente fueron postuladas por la escuela positiva. En efecto, FERRI sostuvo : "La reparación del daño sufrido por las víctimas del delito puede ser considerada desde tres aspectos diferentes";

- Como obligación del delincuente hacia la parte ofendida.

- Como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales.

- Como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular ofendido, aunque también en interés directo y no menos real de la defensa social. Indemnizar los perjuicios ocasionados por el delito es compensar en dinero los daños inferidos a quienes hubieren sufrido detrimento con su realización.

4.2 CLASES DE PERJUICIOS

Los perjuicios derivados del delito son de dos clases: materiales y morales.

Llámanse materiales aquellos perjuicios que se concretan en la destrucción, privación o disminución de bienes de contenido económico.

Son morales, los que afectan intereses de naturaleza psicológica, como el honor o la honra de una persona.

La Corte define los perjuicios materiales como aquéllos

que consisten esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido de pecuniaridad y que puede afectar a una persona en su patrimonio, como construyendo fosos para secar una fuente o destruyendo o desmejorando bienes raíces o inmobiliario; o en su persona física, como un accidente de locomoción, error de un médico o de un cirujano o farmacéuta, contagio de una enfermedad, especialmente venérea.

Define los perjuicios como aquéllos que provienen de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral.

Los perjuicios morales, a su vez, se subdividen en objetivados, cuando producen consecuencias susceptibles de valoración económica, y

Perjuicios subjetivos o de afección, que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección.

Para la fijación del monto indemnizatorio debe tenerse en cuenta el daño emergente y el lucro cesante; aquél se configura con la disminución o pérdida del patrimonio económico y se determina por el valor de la cosa sobre la cual recae si se trata de delitos contra el patrimonio, o por la estimación que se haga del daño si se trata de otra clase de infracciones; el lucro cesante por su parte, es la utilidad que se deja de percibir por el empleo o función de la cosa, o por no haberse podido dedicar el ofendido a sus ocupaciones.

El artículo 103 del Código Penal, señala que el hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él se desprendan. Esta obligación prevalece sobre cualquier otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa. Para que esta obligación surja es necesario que el daño sea consecuencia inmediata y directa del delito o contravención.

4.3 SUJETOS DE INDEMNIZACION

Son titulares de la acción indemnizatoria las personas naturales o sus sucesores y las personas jurídicas perjudicadas con el hecho punible; el ejercicio de ella se hará en la forma señalada por el código de procedi-

miento penal.

Ordinariamente el beneficiario de la indemnización será el sujeto pasivo del delito, como titular del interés jurídico vulnerado; pero cuando éste ha desaparecido o no está en condiciones de reclamarla, tiene derecho de intentar la acción respectiva sus herederos o representantes legales y, en general, quienes demuestren haber sufrido daño consecuencial al delito.

Están obligados a indemnizar los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley deben ser obligados a reparar.

Como la indemnización es de carácter civil, resulta lógico que de ella respondan solidariamente los copartícipes del delito o contravención y, además, aquéllas personas que sin asumir responsabilidad penal, deban indemnizar conforme a las disposiciones legales pertinentes.

4.4 TASACION DEL DAÑO

No todo delito produce daño susceptible de valoración patrimonial; como en el caso de la omisión de denuncia o fuga de presos. En tales hipótesis, no habrá lugar

a reconocimiento de perjuicios. Otras veces, en cambio, el delito causó perjuicios pero el proceso no arroja elementos de juicio suficiente para su determinación pericial, o se trata de daños de carácter moral de los que suelen llamarse subjetivos respecto de los cuales tampoco es posible una valoración pecuniaria determinable en cada caso.

Para solucionar estos problemas el código trae las siguientes fórmulas, cuya finalidad común es la de garantizar que aún en tales eventos se reconozca judicialmente una indemnización.

Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido. Un gramo de oro es el valor que en pesos colombianos tenga esa cantidad en el bando de la República para la fecha de la indemnización.

Si el daño material derivado del hecho punible no pudie-

ra evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe en el proceso fase suficiente para fijarlo por medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productividad y los gastos ocasionados por razón del hecho punible.

4.5 PRESCRIPCION

El artículo 108 del Código Penal dispone que la acción civil indemnizatoria prescribe en veinte años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste.

El instituto de la prescripción de la acción civil, tal como aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es inaplicable, porque no es posible determinar el agotamiento del derecho de acción, con base en la pena, ya que ésta en cuanto al efecto prescriptivo sólo comienza en la sentencia condenatoria; y tendríamos que el tiempo transcurrido desde la comisión del delito hasta la sentencia, no se tendría en cuenta con respecto

de la acción civil; y cuando la sentencia fuere absoluta, no habría medida alguna para la prescripción de la acción civil, faltando la determinación precisa de la pena imponible.

4.6 EL COMISO

El artículo 37 de la ley segunda, que modifica el 110 del Código Penal, en relación con el comiso dispone: "Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo pericial, o cuando se dicte sentencia absoluta, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.

Si no se ha pagado, o garantizado el pago de los perjuicios, el juez en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización.

Puede ocurrir también que tales instrumentos o efectos constituyan peligro individual o colectivo, como en los casos de sustancias tóxicas (gases venenosos); en tal hipótesis si la ley ordena su destrucción, dicha medida ha de cumplirse.

El comiso no tiene carácter sancionatorio, pues si lo tuviera pugnaría con la constitución, que prohíbe la pena de confiscación. Es una de las consecuencias civiles del delito que tiene su justificación en el hecho de que se trata de cosas y objetos ilícitos sobre los cuales el Estado no puede reconocer dominio. De otra parte, tales objetos constituyen una garantía para la reparación de los perjuicios, cuando se trata de bienes de libre comercio.

CONCLUSION

Concluido el estudio de esta monografía referente al fenómeno jurídico de la punibilidad, que no es otra cosa que la potestad que tiene el Estado, por intermedio del legislador, de crear e imponer sanciones penales a quienes infringen la ley penal, podemos afirmar, que esa facultad no correspondió en principio a éste, basando esta afirmación, en lo que se desprende al estudiar los antecedentes históricos de la pena y, más concretamente, las diferentes etapas por las que ha atravesado; es así como podemos señalar, en primer término, la "etapa de la venganza privada", en la cual el hombre se atribuía el derecho de aplicar castigo a todo aquél que con su conducta lesionara sus intereses; circunstancias, en un estadio que corresponde al pastoreo, con una vasta influencia religiosa y en que se considera la infracción como una ofensa a la divinidad, esta facultad correspondió a los sacerdotes y jefes de tribus, quienes aplicaban la pena como expiación por la falta cometida.

En un tercer período que se conoce como "etapa de la venganza pública" es cuando el Estado asume la potestad sancionatoria, surgiendo en este momento histórico de manera incipiente, el fenómeno que se conoce modernamente con el nombre de punibilidad, el cual hemos tratado a lo largo de este trabajo investigativo.

Ubicando este fenómeno en un plano local, es decir, a nivel de nuestro derecho punitivo, que es, básicamente, al que se circunscribe el tema de este estudio, podemos anotar que el sistema punitivo nuestro ha sufrido, como es obvio, un proceso de evolución cuya base, creemos nosotros, ha sido el respeto por los derechos humanos, es así, como han desaparecido del estatuto punitivo actual una serie de severas sanciones caracterizadas por la desconsideración de esos derechos, entre las cuales se puede citar a manera de ejemplo, la pena de muerte y el confinamiento entre otras.

Fijando en última instancia nuestra posición con respecto al sistema de penas imperante actualmente en nuestro país, criticamos el principio que se preconiza en la ley penal sustancial con relación a la función de la pena, en donde se establece en forma dogmática, que ésta cumple una función de resocialización o readaptación del delincuente; lo que consideramos contrario a

la palmaria realidad que se refleja en los centros carcelarios del país, considerados por muchos, como verdaderas escuelas del delito, y en cuyas estadísticas reposa un alto índice de reincidencia, lo que pone de manifiesto que la pena, específicamente la prisión, considerada la más severa de todas las establecidas en el Código Penal, no logra la finalidad que se persigue con su imposición .

De esta manera creemos que si la pena privativa de la libertad no logra esos propósitos, mucho menos lo podrá lograr la pena pecuniaria que pensamos, es menos severa que aquélla.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, César. De los delitos y de las penas. Alianza.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Bogotá, Temis, Volumen 2, 1982.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal, Parte General, Temis, 1986.
- LOPEZ MORALES, Jairo. Código Penal Colombiano, Tomo 1.
- OSPINA QUINTERO, Tiberio. Práctica Forense, Tomo 2, Volumen 1.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Parte General. Temis, Tomo 2, 1985.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. La Punibilidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- SAAVEDRA R., Edgar. Penas Pecuniarias. Bogotá, Temis, 1984.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología, Parte General, Universidad Externado de Colombia.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA