

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PENA

SAMUEL EDUARDO RÍOS QUINTERO

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE DERECHO
1991

DR 20385



ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PENA

SAMUEL EDUARDO RÍOS QUINTERO

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

Director: Carlos Juanos Sanchez
Abogado

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE DERECHO
1991

Nota de Aceptación

Aprobada

[Signature]

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio 24 de 1.991

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

Estimado señor:

Atentamente emito concepto sobre la Tesis presentada por el egresado SAMILEDUARDO RIOS QUINTERO, la cual lleva por título "ANALISIS CRITICO DE LA PENA".

El autor inicia su ensayo haciendo una reseña histórica de la pena, partiendo de las albores mismos de la humanidad, pasando por la edad media hasta llegar a nuestros días. En su propósito de realizar un buen trabajo, el señor RIOS indaga por la concepción que sobre la pena tienen connotadas pensadores de las disciplinas jurídicas, y nos muestra las teorías que estos han concebido sobre la función y finalidad que estas cumplen; igualmente trata sobre los principios que la caracterizan y la clasificación que sobre ella existe.

Cuando estudia este último aspecto hace alusión a las penas extintivas y en especial a la pena de muerte, nos muestra una reseña sobre su existencia en el país, su abolición y las razones que existieron para ello. En términos generales plantea una crítica muy acertada sobre las penas y la mayor o menor eficacia de estas en la procura de una verdadera armonía social.

En este trabajo el señor RIOS, nos deja conocer un criterio bastante definido sobre el particular y una correcta formación académica, razones que nos determinan a recomendar se tenga por Aprobada la Tesis presentada por SAMUEL RIOS Q. para optar al título de Abogado.

Atentamente,

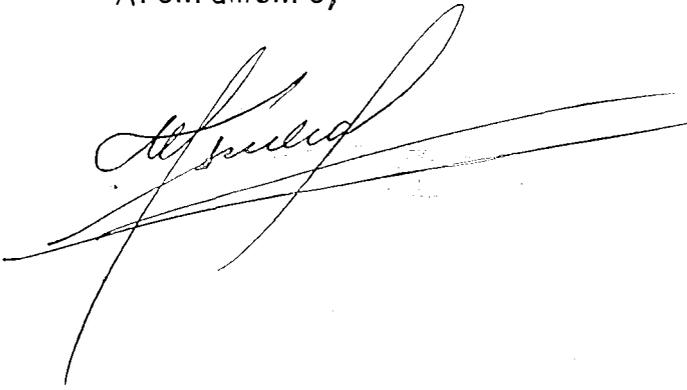
A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Rios', is written over two horizontal lines. The signature is stylized and cursive.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	
1. ETIMOLOGIA Y SIGNIFICADO GENERAL DE LA VOZ PENIA	11
1.1 DEFINICION Y CONCEPTO SOBRE LA PENA	11
2. FUNCIONES DE LA PENA	14
2.1 EVOLUCION	15
2.1.1. Etapa de la venganza privada.	15
2.1.2. Etapa de la expiación religiosa.	17
2.1.3. Etapa de la venganza pública	18
2.1.4. Etapa de la Humanización de las penas.	21
3. TEORIAS SOBRE LA FUNCION Y FINALIDAD DE LA PENA	24
3.1 TEORIAS	24
3.1.1. Teoría absoluta.	24
3.1.2. Teoría de la reparación.	24
3.1.3. Teoría de la retribución.	25
3.1.4. Teorías relativas.	29
3.1.5. Teoría de la prevención.	29

	Pág.
3.1.6. Teoría Correccionalista.	31
3.1.7. Teoría positiva.	34
3.1.8. Teoría de la nueva defensa social.	35
3.1.8.1 El Estado tiene el derecho de socializar	35
3.1.8.2. El individuo que viola la ley ...	35
3.1.8.3. La antisocialidad debe valorarse...	35
3.1.8.4. La medida de defensa social....	35
3.1.8.5. Una sana política de defensa...	35
3.1.8.2.1. La defensa social entiende ...	36
3.1.8.2.2. Esta protección	36
3.1.8.2.3. La defensa social promueve...	36
3.1.9. Teorías mixtas.	37
3.1.10. La concepción carniciana.	37
3.1.11. Teoría de Merkel.	39
3.1.12. Teoría de Binding.	40
3.1.13. Teoría Eclécticas.	41
3.1.14. Nuestra posición.	43
4. DE LO QUE CONSTITUYE LA PENA	50
4.1. EXPOSICION	50
4.1.1. Volviendo aquí a lo que hemos....	50
4.1.2. De las penas en cuanto....	50
4.1.3. De las penas consideradas...	51

	Pág .
4.1.4. Cómo debe establecerse	52
4.1.5. De qué manera las penas deben....	54
4.1.6. El grado de la pena .	56
5. DE DONDE SE DERIVA Y A QUIEN COMPETE EL DERECHO DE CASTIGAR	58
6. DE LAS CAUSAS QUE DISMINUYEN Y EXCLUYEN LA PENA DEL DELITO	61
6.1. DE LAS CAUSAS INTRINSECAS DE MITIGACION Y REMISION DE LA PENA	61
6.2 CONCURSO DE VARIAS PENAS	63
6.3 DE LAS CAUSAS QUE PROCEDEN DE LA NATURALEZA MORAL DE LA PENA	64
6.4 DE LAS CAUSAS EXTRINSECAS DE MITIGACION Y REMISION DE LAS PENAS	65
6.5 ENUMERACION DE TALES CAUSAS	66
7. LA PENA A ESCALA UNIVERSAL	66
7.1 LA PENA EN LA LEGISLACION EUROPEA	66
7.1.1. Formas penales de Tipos Francés y Belga.	66
7.1.2. Legislación penal de la cultura italiana.	76
7.1.3. La legislación penal Sovietica.	80
7.1.4. La pena en la legislación penal del Africa.	87
7.1.5. La pena en Suiza.	89
7.1.6. La legislación penal en Polonia.	90
8. FUNCIONES DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO	92

	Pág.
8.1 CARACTERISTICAS	92
8.1.1. Legalidad.	92
8.1.2. Proporcionalidad.	93
8.1.2.1 CUELLO CALON...	94
8.1.3 Individualidad.	94
8.1.4. Irrevocabilidad.	95
8.1.5. Afflictividad.	96
8.1.6. Publicidad.	96
8.2 CLASIFICACION	96
8.2.1. De acuerdo a su importancia.	96
8.2.2. De acuerdo a su forma de aplicación.	96
8.2.3. De acuerdo con el derecho afectado.	97
8.3 LA PENA EXTINTIVA	97
8.4 NATURALEZA DE LAS PENAS EN NUESTRO CODIGO PENAL	97
9. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN NUESTRO CODIGO PENAL	99
10. ASPECTOS CRITICOS GENERALES SOBRE NUESTRO SISTEMA PENAL	100
10.1 CONCEPTOS	100

INTRODUCCION

La historia nos demuestra que la pena, entendida como castigo o como respuesta a una agresión, ha existido desde que el hombre se organizó como ser social; sin embargo, sus formas de aplicación han variado muy poco, ya que el hombre a menudo tiene una reacción primitiva, inmediata y vengativa, dando una retribución desproporcionada al mal causado, es decir que la humanización de la pena y su fin primordial como es la resocialización del delincuente, no se tiene presente por las instituciones encargadas de aplicar las penas y por las que tienen la responsabilidad de hacerlas cumplir, es por eso que a menudo vemos como se tortura a hombres inocentes, violando todos los procedimientos legales establecidos, sólo con el fin de obtener una confesión ajena a la verdad, ubicando nuestro sistema penal en la ETAPA DE LA VENGANZA PRIVADA. También encontramos a sujetos que llegaron al delito por el estado de necesidad en que viven, o por actuar en defensa de un legítimo derecho, acompañados en centros

penitenciarios por delincuentes de suma peligrosidad; es decir que estos centros no cumplen su deber de rehabilitación, sino que se convierten en instituciones formadoras de verdaderos delincuentes. Se deriva de lo antes descrito la necesidad que se tiene de someter las distintas formas de aplicación de la pena, a un estudio serio y conciente, para lograr que cumpla la finalidad que el legislador le ha dado; es por eso que en mi trabajo de TESIS, he tocado este tema como un pequeño aporte a la humanización y socialización de la pena.

SAMUEL EDUARDO RIOS QUINTERO

1. ETIMOLOGIA Y SIGNIFICADO GENERAL DE LA VOZ PENA

1.1 DEFINICION Y CONCEPTO SOBRE LA PENA

a. Por pena se entiende el mal que se impone al delincuente por causa de sus delitos. La etimología de esta voz, según los que se complacen en desmenuzar las palabras, se deriva de la voz griega "poini", que significa el perjuicio que se ocasiona a alguien por razón de las faltas cometidas por él. Entre los antiguos romanos la pena se llamaba fraude.

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

c. 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 el cual se combate el peligro de nuevas infracciones".

d. piensa ANTOUISEI que la pena, a la que da 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.

e. 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 norma jurídica con efectos perdurables, aunque le reconoce fines de carácter preventivo.

f. Como la "privación de un bien jurídico impuesta en virtud de proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley", la entiende en España QUINIANO RIPOLES.

g. SOLER, en cambio, 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".

h. NUESTRO CONCEPTO DE LA PENA, consideramos como pena en sentido jurídico 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.

Hablamos de coartación o supresión de un derecho personal porque toda pena implica la disminución o la eliminación de un derecho del cual el delincuente es titular; tales como la vida, la libertad o el patrimonio económico. La referencia al Estado mediante su rama jurisdiccional sirve para puntualizar que la pena es emanación del Estado de su potestad punitiva y que es ejercida por intermedio de su representantes legítimos, los jueces.

Se califica como sujeto imputable al destinatario de la pena porque, como es bien sabido, la consecuencia jurídica que se derivan de la calidad de imputable en el ámbito de la punibilidad es precisamente la de la aplicación de una pena, como la que se desprende la categoría de inimputable es la imposición de una medida de seguridad.

La declaratoria de responsabilidad supone que la pena es la

ción desde tiempos remotos.

Nos parece que para ubicar y resolver mejor este problema, es necesario realizar un breve recuento histórico sobre la evolución misma de la pena, hagamoslo.

2.1 EVOLUCION

podría decirse que la pena, entendida como castigo o como respuesta violenta a una agresión, ha existido desde cuando surgieron los primeros conflictos del hombre en sociedad; sin embargo, sus manifestaciones han variado sensiblemente en el decurso de la historia de la humanidad; esta transformación, más o menos lenta, permite separar en etapas bien diferenciadas los distintos estudios por los que las instituciones de la pena han atravesado.

2.1.1. Etapa de la venganza privada. Corresponde a una época primitiva en la que el hombre vivía exclusivamente de la caza y de la pesca; durante ella el castigo no tiene otro carácter que el de una reacción primitiva, inmediata y vengativa, impulsada por el instinto de la propia conservación; era la retribución desproporcionada de un mal por el mal

causado, la represalia indiscriminada y brutal.

El castigo era impuesto por el propio ofendido, por uno cualquiera o por todos los miembros de su familia, por la tribu a que pertenecía la víctima, o por el jefe del grupo y afectaba no solamente al autor del daño -a quien se expulsaba del seno de agrupación a que pertenecía o se le daba muerte- sino también a sus familiares. En ocasiones la tribu en la que vivía el infractor tomaba la iniciativa penológica y entregaba al responsable a la familia del ofendido; era el llamado "abandono nexa".

SALEILLES recuerda que esta pena-venganza tomaba con frecuencia la forma de un hecho de guerra que se concretaba en duelo entre los protagonistas, agresor y agredido, en esa época, agrega "la idea de sanción y de reprobación era tan completamente extraña a esa penalidad inicial, como lo es entre nosotros en materia de duelo, cualesquiera sean la indignidad del provador.

Sin embargo, FERRI aclara que debe hablarse más bien de una venganza defensiva y no solamente de una venganza, "ya que si bien en la reacción del ofendido contra el agresor existe

ciertamente el resentimiento vindicativo respecto del pasado, aparece también la intención más o menos consciente de buscar la defensa para el porvenir, bien reduciendo al ofensor a la imposibilidad de repetir las agresiones, matándolo, o bien dándole la impresión de que tales repeticiones no le convienen".

2.1.2. Etapa de la expiación religiosa. En un segundo período, que corresponde al de pastoreo (edad neolítica) la sociedad ha alcanzado un mayor grado de desarrollo, pero se encuentra subyugada bajo el influjo del tótem; las creencias religiosas y divinas regulan la vida social; las normas del grupo son ante todo normas religiosas.

El desarrollo del sentimiento mítico, primero y religioso después, fue creando la idea de que el delito era una ofensa a la divinidad, con que los conceptos de delito y pecado se refundieron en una sola unidad, Dios en un principio y los jefes de tribu, sacerdotes y gobernantes, más tarde en nombre la divinidad, aplicaban la pena como expiación por las faltas cometidas; el delincuente era, pues, sacrificado a los dioses para calmar su ira por la violación del tabú, y para obtener de nuevo su protección y sus favores.

Considerando el delito como conducta lesiva a la divinidad, resulta explicable que la pena adquiriese un carácter sagrado, no solamente en cuanto a su ritualidad (era aplicada por los sacerdotes tribales en medio de complicadas ceremonias) sino en relación con su propia finalidad expiatoria.

Este período marcó, pues, un tránsito de la venganza privada a la venganza divina, que CARRARA no vacila en calificar de civilizadora, "porque los hombres de esa época, incultos en su fiereza y que consideraba la venganza como un derecho suyo, no se habrían resignado a dejar ese supuesto derecho en las manos de otros seres semejantes a ellos; fue fácil, al contrario, llevarlos al sacrificio de ese sentimiento, insinuándole que el satisfacerlo era un derecho exclusivo de Dios".

2.1.3. Etapa de la venganza pública. En un tercer período, que corresponde al de la agricultura, el poder político se consolida, y ya no se ve en el delito una ofensa a la divinidad, sino a la sociedad a quien la representa una autoridad.

Durante esta fase, la pena busca no solamente vengar la afrenta hecha a la víctima sino organizar la paz social alterada por

el delincuente; y eso se logra mediante mecanismos generalmente crueles: El suplicio, las mutilaciones, la confiscación, el destierro. No obstante, a pesar de crueldad, el castigo comienza a adquirir ciertas dosis de certeza y de proporcionalidad: a fortalecer estas características vinieron los institutos del talión y de la composición.

Aquel, a pesar de su rigor y barbarismo primitivos, representó un avance considerable en la evolución de la justicia punitiva; en efecto a la venganza indiscriminada ocasionó guerra entre familia y tribus que amenazaron la supervivencia de los grupos humanos: se pensó entonces que la pena solo debía golpear a la persona del responsable y únicamente en la medida de que hubiese causado daño a otro; de esta manera se estableció una correlación elemental entre la naturaleza del delito y la entidad del castigo.

Así, el Talión -cuyo enunciado primario fue el de ojo por ojo y diente por diente- implantó rígido mecanismos de dosimetría punitiva. La legislación Hammurábica fue la primera en recoger normativamente este nuevo sistema de sanción; he aquí algunos ejemplos: "Si alguien hace perder un ojo a otro, que él pierda el suyo. Quien rompa a otro un

hueso, que se le rompa también a él".

Por su parte, el Compositio surge con el reconocimiento de la propiedad privada; el grupo social comprendió, además, que la venganza indiscriminada y el talión generaban guerras sangrientas y pérdidas de vidas humanas; por eso optó por un sistema menos bárbaro: más decente; el de pagar un precio por la ofensa; era una especie de compra de la venganza, de contraprestación patrimonial con la que el ofendido o su familia cancelaba el delito cometido. Parece haberse originado entre los germanos hacia el siglo VI de nuestra era, con el nombre de "Wertgeld". Con frecuencia el clan en cuyo seno se había cometido un delito ofrecía al clan al que pertenecía la víctima un precio o "rescate" de compensación; por esa vía se evitaba un enfrentamiento bélico entre los dos grupos. Sin embargo, a pesar de este progreso indudable en cuanto a la naturaleza de la pena, esta siguió siendo considerada como una venganza, privada, pública, divina o humana: la legitimidad jurídica del castigo era algo absolutamente irrelevante frente a su eficacia. Y tan natural e incontestable parecía el llamado derecho de vengarse, apunta Carrara, "que la divergencia nació solo cuando se quiso a quien pertenecía ese derecho y, por consiguiente, a nombre de quien debía ejercerse".

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

La justicia penales salió de sus linderos metafísicos para tornarse humana; los conceptos de delito y pena dejaron de ser entes inasibles o caprichosa veleidades del poder religioso o político para convertirse en concretas estructuras jurídicas. La crueldad en el castigo fue cediendo 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 inteligencia iluminadas.

Bástenos citar, entre ellas, a TOMAS MORO, autor de la famosa Utopía, obra en la que, entre otras cosas, 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 el delito y la pena; al monje MABILLON, en cuyas relaciones sobre las cárceles, consigna sanos principios penitenciarios y vigorosa

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 inhumanas de la población carcelaria de casi todos los países europeos; y, por sobre todo, a BECCARIA, con su pequeña grande obra Dei delitti e delle pene, en la que repudia la tortura como instrumento procesal, reclama por la legalidad de los delitos y de las penas, predica que la sanción no es venganza sino mecanismo orientados a impedir que el reo delinca de nuevo y evitar que los demás imiten su conducta viciada, sostiene que la sanción debe ser de la naturaleza que produzca un sufrimiento no mayor que el indispensable para que apenas excede al placer que debió experimentarse por el delito cometido, y enfatiza que la pena debe ser pública, pronta, necesaria y proporcionada al delito cometido.

La idea preconizada por BECCARIA encontraron terreno fértil entre los enciclopedistas Franceses: MARAT, MIRABEAU, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, las hicieron suyas y la divulgaron como banderas de lucha, con ellas libraron la batalla por la igualdad jurídica ante la ley que habría de culminar en la revolución de 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 (art. 6º); nadie puede ser castigado si no ha cometido un hecho previamente descrito en la ley como delito y conminado con una determinada pena (art. 8º); la pena solo debe ser impuesta por juez competente como culminación de un proceso legalmente previsto (art. 7º) se caracteriza por la preocupación de tratar al delincuente como un paciente, cuyas alteraciones psico-somáticas de origen endógeno o exógeno ofrece 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 la criminología clínica, con DITULLIO a la cabeza, la que viene aplicando con mayor seriedad de un tratamiento científico sobre el condenado, con intervención de médicos, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, sacerdotes y visitantes sociales.

3. TEORIAS SOBRE LA FUNCION Y FINALIDAD DE LA PENA

3.1 TEORIAS

La doctrina se le clasificar en tres grandes grupos las diversas teorías que sobre la función y finalidad de la pena se ha expresado; tales llamadas tesis absoluta, relativa y mixta. Haremos una descripción de cada una de ellas

3.1.1. Teoría absoluta. Se caracteriza 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 aquel es el origen de ésta; al imponer la pena no se busca fines prácticos sino realizar la justicia.

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

3.1.2. Teoría de la reparación. De conformidad con el delito ocasiona un daño al individuo y a la colectividad; la pena, por consiguiente, tiene como finalidad repararlo.

Solo puede darse plena satisfacción a la ley y al orden jurídico cuando se logra volver a su seño 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 ve, hay en esta tesis una evidente confusión entre delito y pecado, entre la moral y el derecho; además, al vincular inescindiblemente la pena al dolor se propicia el tormento como algo connatural a la sanción penal.

3.1.3. Teoría de la retribución. Los retribucionistas que la pena es la respuesta justa al delito; dicha respuesta tiene para unos, carácter religioso, para otros contenido ético y para los demás, fundamentos jurídicos.

La retribución divina o religiosa postula como fuente suprema de justicia a Dios; es él quien cede parte de su poder divino y punitiva 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 falas de la precedente.

La tesis de 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 su delito; la medida de la pena es la igualdad con el mal que el delito produce y debe entenderse no como venganza, no como satisfacción a la divinidad, sino como negación al 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 integrado del derecho penal no debe ser considerada como en sí misma, sino como medios orientados 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 volúmen de delitos que nada tienen que ver con la moral.

Por lo que respecta a la teoría de la retribución jurídica, su exponente inicial fue 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, a ella sucumbe; en lo que se ve cuán irracional, y con ello cuán irreal es su conducta. La pena es una especie de retorsión 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 de retribucionista de la pena sostiene que el delito es una revelación del particular contra la ley, que exige

como respuesta la sanción; solo así se reafirma la autoridad del Estado.

A pesar de su avance respecto de las otras teorías ya estudiadas, críticasele el hecho de considerar la pena solamente como retribución por el delito cometido, sin percatarse de que a ellas 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 jurídico, si no puramente como medio para el verdadero fin de vivir una vida dignamente humana.

ANTOLISEL, 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 legal.

3.1.4. Teorías relativas. Con este nombre se conocen, todas aquellas corrientes de opinión que consideran que la pena no es fin de sí misma sino medios para alcanzar otras metas que pueden ser la prevención de la criminalidad, la rehabilitación del delincuente o la defensa de la sociedad entre otras.

3.1.5. Teoría de la prevención. Agrúpanse aquí todos aquellos autores que señalan como fin esencial de la pena la prevención del delito; es posible distinguir entre ellos tres orientaciones, a saber; la de quienes piensan que la pena sirve para prevenir la delincuencia en general, la de quienes creen que su finalidad se orienta a evitar que el infractor individualmente considerado vuelva a delinquir, y la de quienes sostienen que mediante el cumplimiento de la pena se obtiene ambas finalidades.

Como adalides de la prevención general suele mencionarse a FEUERBACH y ROMAGNOSI; para el primero de ellos, "el Estado cumple su función específica de evitar las violaciones del derecho, no mediante la coacción física -que no es utilizable ni tiene eficacia en la mayor parte de los casos sino mediante la coacción síquica o n la que de una manera general y anterior al delito, impide que se llegue a cometer, obrando sobre sus causas. En efecto, lo que impulsa al hombre al delito son sus pasiones y apetitos desordenados. Estos impulsos se contra-restan haciendo saber a todos que a sus hechos seguirá inevitablemente un mal mayor que el que se deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el delito. Mediante la amenaza de la pena a toda posible violación de la ley y mediante la aplicación efectiva de la pena cuando la ley fue transgredida, opera la coacción síquica como mecanismo encaminados a contener los impulsos delictivos.

para ROMAGNOSI, el delito ejerce influjo negativo sobre el conglomerado social y por eso la pena busca, mediante mecanismos de coacción síquica, preservar de nuevas agresiones. La acción ilícita es el resultado de una spinta criminosa, que debe ser repelida mediante la correspondien-

te contra-spinta; los actos criminosos, agrega el autor, "deben ser purgados con actos dolorosos, más amplios, más variados y más intensos", por eso, las penas de los condenados que han de regresar al seno de la sociedad, se debe infligir de tal manera que, después de que aquellos las han sufrido, sientan que su valor experimental no está por debajo del valor en que las tenía teóricamente.

3.1.5. Teoría Correccionalista. De conformidad con esta teoría, también llamada de la enmienda, el delincuente muestra una personalidad proclive y desarreglada que debe ser ajustada y ordenada mediante el mecanismo de la pena. Y a PLATÓN, la insinuaba al considerar la pena como la medicina del alma, esta misma idea apareció luego en el Digesto por boca de PAOLO: "poena constituitur in emendationem hominum"; pero fue ROEDER, su más entusiasta defensor; para el autor alemán, la pena es el medio racional y necesario de ayudar a la voluntad -injustamente determinada - de un miembro de Estado, a ordenarse así mismo, porque y en cuanto a la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel; la pena no se dirige al hombre en general como ente abstracto, sino "al hombre real, vivo y afectivo, que se ha hecho responsable de un concreto delito, a su total y exclusiva individualidad"; si la pena ha de buscar la corrección del

delincuente no es lógico fijarle término; por eso se propone un nuevo juicio después de haber transcurrido cierto tiempo de la pena para determinar si se ha logrado la finalidad propuesta. Los méritos de esta concepción son resumidos así por su autor: Nada hay a los ojos del criminal, lo mismo que a los ojos de todo el mundo, que pueda inspirar tan alto respeto y obediencia al Estado y su ley, como la convicción general de la justicia interior de una pena que no aspira a la inmoralidad, retorsión de un mal por otro mal, sino a su reparación mediante el bien, restaurando real efectivamente la justicia hasta donde quepa, y por tanto aún en su profunda justicia hasta donde quepa, y por tanto aún en su profunda raíz, merced a la reforma del delincuente.

SALEILLES, quien comparte esta posición, sostiene que muchos delincuentes, como muchos pobres "Son solo transeúnte de la criminalidad, que la atraviesan sin penetrar en ella en cuerpo y alma; sufre una crisis y hay que ayudarles a salir de ella. La pena puede ser uno de los medios más eficaces; hay que saber servirse de ella y por esto la idea de remordimiento y de expiación es la única que puede operar una transformación en la conciencia".

De esta teoría dice el profesor PEREZ, que sus defensores "no se preocuparon en buscar los motivos que acompañan la acción delictiva, sino que se circunscribieron a reconocer en ella a una génesis psicológica fuente que era preciso atacar en perseverancia y firmeza. Si buscaron la preservación social lo hicieron a través de la lucha contra los factores subjetivos de la delincuencia futura.

El principal defecto de esta tesis, indica ANTOLISEI, es su excesiva generalización, porque no es posible afirmar que todos los autores de delitos tengan necesidad de ser corregidos; muchos delincuentes ocasionales responsables de contravención, o de injurias y, desde luego los delincuentes políticos quedarían por fuera de esta pretensión punitiva. MAGGIORE, agrega que la experiencia ha demostrado que la pena, no siempre corrige, que a veces empeora; que no se dirige exclusivamente al individuo para redimirlo, sino que ha de servir principalmente a supremas necesidades de contenido ético y jurídico. La finalidad correccionalista de la pena, apunta SOLER, es más modesta y se contenta hacer del delincuente un sujeto capaz de observar ese mínimo de buena conducta que permite participar de la vida civil; a esto se llama Enmienda civil.

3.1.7. Teoría positiva. Consideran los positivistas que la sociedad como cualquier otro organismo al que se ataca, tiene derecho a defenderse y, dado que el delito es una agresión al conglomerado, este debe reaccionar en su protección mediante el mecanismo de la pena; por eso ella es, ante todo, un instrumento de defensa social.

Pero los positivistas distinguen dos clases de defensa; una de carácter preventivo que tiende a evitar que una persona capaz de delinquir y por lo tanto socialmente peligrosa efectivamente delinca, y otra de naturaleza represiva respecto de los criminales (sujeto penalmente peligroso), cuyo objeto primario es impedir que vuelvan a delinquir. La peligrosidad social dice FERRI lleva consigo el peligro del delito; la peligrosidad criminal, el peligro de la reincidencia. Para evitar que eso ocurra debe echarse mano de la segregación indefinida de los delincuentes no readaptables a la vida libre (que son los menos) o de la reeducación a la vida social de los delincuentes readaptables (que constituyen la mayoría). En todo caso, el delincuente debe permanecer alejado del núcleo social mientras no se haya readaptado a la vida en comunidad.

En este orden de ideas resulta indiferente que el autor del

hecho criminal sea adulto o adolescente, físicamente sano o enfermo mental como no sea para adecuar la naturaleza de la sanción a la variable peligrosidad de su destinatario.

3.1.8. Teoría de la nueva defensa social. Sus principales representantes son FILIPPO GRAMATICA y MARCO ANGEL; el primero de ellos resume de la siguiente manera la posición de esta corriente doctrinal frente al fenómeno de la punibilidad.

3.1.8.1. El Estado tiene el derecho de socializar a los individuos y no el mero derecho de castigar.

3.1.8.2. El individuo que viola la ley de defensa social debe declararse "antisocial"; principios de Derecho Criminal, FERRI, traducción de José Arturo Rodríguez M.

3.1.8.3. La antisocialidad debe valorarse respecto de cada personalidad singularmente considerada.

3.1.8.4. La medida de defensa social tiene función preventiva, curativa, educativa y no de pena o retribución.

3.1.8.5. Una sana política de defensa social debe orientarse hacia el estudio del hombre en sociedad y la búsqueda de me-

dios de resocialización para el tratamiento del delincuente.

Por su parte, MARC ANGEL, sintetiza así su visión sobre las finalidades de esta escuela:

3.1.8.2.1. La defensa social entiende que el derecho penal debe orientarse no a penar una culpa o castigar la violación de una regla legal, "sino a proteger la sociedad contra la empresa criminales".

3.1.8.2.2. Esta protección debe realizarse mediante un conjunto de medidas de carácter extrapenal "destinada a neutralizar al delincuente, ya sea por eliminación o por segregación, y por la aplicación de medidas o métodos curativos o educativos".

3.1.8.2.3. La defensa social promueve una política criminal que propugna por la pervención individual antes que por la general; por eso se esfuerza en asegurar la prevención del crimen en particular y el adecuado tratamiento de los delincuentes mediante un sistema de resocialización.

3.1.9. Teorías mixtas. Con este nombre se conoce aquellas teorías que dan a la pena un carácter absoluto - retribucionista o reparador - pero le asignan, además alguna finalidad de carácter relativo (prevención de delitos o corrección de delincuentes). Nos referimos a algunos de los más destacados representantes.

3.1.10. La concepción carriana. He aquí el aspecto sustancial de su pensamiento en esta materia; el fin de la pena no consiste en su baja justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden no ser consecuencia necesaria de la pena, y alguna de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable aún cuando faltaran todos esos resultados. El fin primordial de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. El delito ofende materialmente a un individuo o a una familia o a un número determinado de personas, y el mal que causa no se repara con la pena de personas, y el mal que causa no se repara con la pena de personas, pero el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes, y ofende a todos los ciudadanos al disminuir

en ellos el sentimiento de la propia seguridad y al crear peligro del mal ejemplo. Una vez cometido el delito, el peligro del ofendido deja de existir porque se convierte en un malefactivo; pero el peligro que amenaza a todos los individuos comienza entonces, es decir el peligro de que el delincuente, si permanece impune, renueve contra otros sus ofensas, y el peligro de que otros, incitados por el mal ejemplo, se entreguen también a violar las leyes. Esto excita, naturalmente el efecto moral de un temor, de una desconfianza a la protección de la ley en todos los asociados que el amparo de ella mantienen la conciencia de su libertad.

"Este daño enteramente moral causa la ofensa de todos con la ofensa de uno, porque perturba la tranquilidad de todos. De ahí que la pena deba reparar este daño mediante el restablecimiento del orden que se ve conmovido por el desorden del delito. El concepto de reparación, con el cual expresamos el mal de la pena, lleva implícito los resultados de la corrección del culpable, del estímulo de los buenos y de la amonestación de los mal inclinados. Pero este concepto es mucho el concepto puro de la enmienda y de la idea de intimidación, pues un caso es inducir un culpable a no delinquir más, y otra muy distinta el pretender hacerlo interiormente bueno;

y una cosa es recordar a los mal inclinados que la ley cumple sus conminaciones y otro a propagar el terror en los ánimos. La intimidación y la enmienda están implícitas en la acción moral de la pena; pero si se pretende hacer de ellas un especial, la pena se desnaturaliza y la función punitiva va a parar en aberraciones.

3.1.11. Teoría de Merkel. Para dicho autor "toda pena es calculada con relación a un defecto real que la misma ha de producir en la esfera de la vida del que va a ser penado, y sobre todo con relación a un efecto que corresponda al carácter de la acción supuesta, que sirva de expresión más o menos sensible al valor negativo de la misma y que, por lo tanto, represente un mal para el penado. Lo cual no excluye el que de este mal puedan y aún deban provenir consecuencias beneficiosas para el penado mismo y para otras personas; y más adelante agrega: Las penas por su naturaleza, fortalecen los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa, y supone una lucha contra los factores que se exteriorizan en esta acción contraria al deber como tal".

Se entrelazan así, en la concepción Merkeliana, los aspectos jurídicos e históricos de la pena como institución, así como

su característica esencial de ser un mal que retribuye a otro con la de lograr diversas finalidades positivas tanto como el propio delincuente como para la colectividad.

3.1.12. Teoría de Binding. El delito como hecho humano y jurídico, opina BINDING, no puede remediarse, aunque algunas de sus consecuencias logren ser reparadas; por eso ante él, solamente le es dable al Estado exigir de su autor una satisfacción por el daño causado; si ha hecho lo que el derecho no quería que hiciera, debe sufrir lo que el derecho le impone coactivamente; es esta la única forma de reafirmar el imperio de la juridicidad; de esta manera, la pena es el instrumento jurídico que el Estado emplea para someter a los infractores de la ley y mantener así el poder del derecho.

Esto no significa que la pena sea una venganza del Estado, aunque constituye ciertamente un mal para quien la sufre, sino su más importante arma para reafirmar la fuerza del orden jurídico.

Como se ve, todas estas teorías reconocen en la pena una función retributiva, aunque le asignan también consecuencia de carácter ético o social.

3.1.13. Teoría Eclécticas. Se trata de una multiplicidad de criterios doctrinales que pretenden conciliar diversos aspectos de las teorías precedente, para asignar un sentido plurifinalístico a la pena. Señalaremos los más destacados.

La pena sostiene, CUELLO CALON, es siempre retribución por el delito cometido; pero su función no se detiene allí, sino que aspira a la obtención de un relevante fin práctico que es el de la prevención de la delincuencia, ya sea respecto del delincuente en particular mediante los mecanismos de la intimidación, de la corrección o de su eliminación, ora en relación con toda la colectividad, a la que muestra los efectos negativos del delito, vigoriza la observancia de la ley y crea motivos de inhibición que disminuye la criminalidad.

La naturaleza retributiva de la pena recuerda el autor, no es obstáculo para que sea aplicada con finalidad reformativa, a la que debe aspirarse con el mayor empeño cuando tal fin debe y puede ser alcanzado.

La posición de GRISPIGNI, en Italia es también ecléctica; ante todo distingue los momentos de la creación legal de la pena que coincide con el delito y de su aplicación; respecto del primero, indica que constituye la amenaza de disminución

de ciertos bienes jurídicos dirigidos a todos los potenciales delincuentes, a quienes se presenta entonces como la inminencia de un mal; pero tal amenaza tiene por objeto evitar, que los destinatarios de la ley penal incurran en hechos criminales por eso se trata de una defensa preventiva contra el delito, realizada mediante coacción síquica. En cuanto al segundo momento, búscase no solo convencer al delincuente sino a todas las personas, que el mal amenazado efectivamente alcanza al responsable, pero, además, combatir los más graves efectos del delito que son los del peligro y la alarma social y hacer que el reo no vuelva a delinquir, ya sea inocuizándolo o bien readaptándolo pero la pena es, también, para el ilustrado penalista una retribución jurídica social, entendida como la determinación de una condición o posición jurídica en relación al valor jurídico social de la persona.

Para MANZINI, la finalidad de la pena es preventiva y represiva, social e individual; en efecto, explica, si la pena no existiera, los hombres de escasa resistencia moral seguramente delinquirían, lo que no hacen en buen medio por el temor al castigo; ahora bien, si la pena conminada no se aplicase a quien viola el precepto, los ciudadanos no tendrían confianza en la tutela del Estado.

3.1.14. Nuestra posición . Nos parece correcta la apreciación de aquellos autores que distinguen en el análisis del objetivo de la pena dos momentos el de su creación legal y el de su aplicación, respecto del primero, la pena es la complementación indispensable del precepto que identifica la conducta merecedora de reproche social y jurídico, por manera que sin ella, este sería un mero enunciado sin fuerza coactiva, un consejo en vez de un mandato implícito. La función de la pena durante esta fase de enunciación legal es la de advertir a los coasociados de las graves consecuencias que inevitablemente se derivarían de la ejecución de la conducta ilícita y, por consiguiente, la de disuadirlo de su realización; por esta vía, el Estado busca simultáneamente, evitar que se cometan delitos y amenazas con la imposición de penas a quienes, a pesar de la advertencia del incan.

En cuanto al segundo momento el de la concreción punitiva de la amenaza es necesario distinguir según el plano desde el cual se le enfoque la cuestión; así, el jurídico estricto sensu considerado el socio-jurídico, el ético, el político y el criminológico. Nos parece que la crítica general que le cabe a muchas de las teorías que se han ocupado de esta cuestión es, precisamente, la de señalar para la pena uno o varios

objetivos y la de rechazar otros, sin identificar o aclarar las perspectivas desde la cual se sitúan.

Al dar una respuesta del problema desde cada uno de los ángulos enunciados.

En el plano jurídico stricto sensus, la pena no es más que la integración punitiva del fenómeno del delito, vale decir, la inevitable respuesta del Estado a la realización de conducta típica, antijurídica y culpable; desde este punto de vista, delito y pena se integran de tal manera que el uno no existe sin la otra.

Un enfoque socio-jurídico de la pena nos lleva a concluir que es retribución socialmente exigida y jurídicamente impuesta por el delito cometido; su carácter retributivo, que reemplaza la vieja concepción de venganza, debe entenderse no solo en el sentido de que la pena vulnera intereses jurídicos del condenado en razón de que con su conducta reprochable ha lesionado indebidamente bienes legalmente tutelados, sino cuanto satisface a la víctima, a los demás afectados y a la sociedad en general porque se fortalece la creencia de que el delito, como hecho antisocial, se combate con la institución de

la pena. Esta retribución, como lo veremos no es indiscriminada ni arbitraria, sino adecuada a la personalidad del delincuente y a las características mismas del delito cometido dentro del preciso marco legal.

Desde el punto de vista ético la pena es un mal, una aflicción, no propiamente porque se irroga con el definido propósito de hacer sufrir (lo que sucedió durante muchos siglos), sino porque, constituyendo eliminación o limitación de derechos personales fundamentales, su aplicación pesa negativamente en la conciencia del reo, aunque la acepte con aparente frialdad. Tiene pues razón NOVOTOMONREAL, cuando advierte: podría ocurrir en algún raro caso que el delincuente recibiera con satisfacción la imposición de la pena, ya sea porque está realmente arrepentido y quiere purgar su delito o porque gusta del aislamiento y de la meditación solitaria, o simplemente porque su encarcelamiento ve resuelto los problemas derivados de su miseria: falta de techo y alimento. Pero esa apreciación singular no quitará a la pena su condición de mal jurídico, por dos razones. En primer lugar, porque cualquiera que sea la apreciación personal del sujeto del caso, para el ordenamiento jurídico general ella constituye un mal, puesto que importa la privación impuesta coercitivamente de

derechos que la valoración legal estima bienes de mucho valor. En segundo lugar porque ella tiene que ser estimada conforme al sentido que la ley le dá, cuando la señala como consecuencia de determinados hechos violatorios del ordenamiento jurídico, conforme a las valoraciones medias que hace a su respecto el común de los hombres.

Otro aspecto importante dentro de este plan ético desde el cual debe estudiarse la función de la pena, es el que dice relación a la conciencia que el condenado debe tener de su propia responsabilidad; solo en la medida en que este fenómeno subjetivo penetre en la mente del reo por obra de su propia introspección o mediante convicción derivada de un adecuado tratamiento penitenciario, será posible que reconozca ante sí que ha obrado mal y que el sufrimiento que la pena le produce es merecido. ¿Cómo no admitir señaladamente a este propósito el profesor GOMEZ DUQUE "que mientras el detenido no tenga sentimiento y conciencia clara y distinta de su culpa es improbable obtener una rehabilitación moral? ¿Y que mientras no exista esta rehabilitación moral, que depende fundamentalmente del mismo sujeto, es completamente ingenuo hablar de readaptación del delincuente? Si quienes egresan de la penitenciaría no vuelven a transgredir la ley es porque la pena

cumple su función represiva atemorizando al sujeto, quien no quiere volver a prisión. Pero ese sujeto que no ha sufrido la pena como una compensación merecida y proporcionada a su culpa, será moralmente hablando un reincidente potencial, y en vez de readaptado será mucho más desadaptado.

Un enfoque político de la pena permite aseverar que es función básica de la misma restablecer el orden jurídico y social turbado por el desorden del delito; en tal sentido debe entenderse la posición de la escuela clásica sobre este aspecto del fenómeno punitivo. Es indudable que, siendo el delito un hecho que altera más o menos profundamente los valores sociales sobre la cual descansa el normal desenvolvimiento de las actividades individuales y el armonioso desarrollo de la comunidad, cuando se produce, causa alarma por la sensación de inseguridad y desprotección que el grupo experimenta; por esa razón la pena pretende restablecer el equilibrio roto y hacer sentir el poder del Estado como eficaz garantizador del bien común.

Finalmente desde el punto criminológico, la pena busca prevenir la delincuencia futura, no solo en razón de la fuerza intimidadora de la ley que amenaza con ella a los potenciales

delincuentes, sino que al sancionar al responsable de un delito en particular, quiere evitar su reincidencia, mediante el empleo de todos aquellos mecanismos que puedan resultar eficaces para descubrir los factores que mayormente han incidido en su comportamiento criminal, para lograr de manera clara y adecuada el tratamiento rehabilitador.

A través de este multiforme enfoque no es correcto hablar, entonces de la finalidad de la pena, porque esta es en verdad plurifinalística. No existe, pues, contradicción alguna si afirmamos que la pena es, al propio tiempo, institución jurídica retribucionista, preventiva, aflictiva y resocializadora. En efecto, mediante ella el Estado reacciona ante el delincuente para que se cumpla en su respecto la amenaza punitiva, con la eliminación o limitación de los derechos personales fundamentales (vida, libertad, etc.) y para que los demás percaten de que no se delinque impunemente; pero, además, el Estado procura al menos la reducción del fenómeno de la criminalidad y, en concreto, de la reincidencia del reo mediante la puesta en práctica de todos aquellos mecanismos técnicos y humanos que, indagando sobre los factores que contribuyeron al delito en particular y aplicando sistemas reformativos, educativos y curativos de acuerdo con la naturaleza

del hecho cometido y con la personalidad del condenado, hagan posible que regrese al seno de la colectividad en condiciones tales que permitan fundadamente esperar de él un comportamiento socialmente adecuado.

Ha de puntualizarse, en todo caso, que el tratamiento penológico, médico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, laboral y moral han de estar enmarcado dentro de una filosofía humanística, porque su destinatario es el hombre, y esa categoría esencial no desaparece por execrables que sean los crímenes que se le atribuyan. Con razón decía a este respecto GAITÁN MAHECHA en ponencia ante el segundo congreso Penitenciarios Cristiano de América Latina, que la pena como valor intrínseco se ejecuta en función personal; a través del destinatario específico de ella cumple de modo inmediato su contenido expiatorio, pero no se agota allí su misión, porque si ella como expiación mira al pasado, como fenómeno social mira al futuro teniendo en cuenta como sujeto al hombre condenado pero en función de su naturaleza social, que no se pierda ni menoscaba por el hecho de la privación de la libertad. En otros términos no por estar condenado, el hombre deja de ser hombre y su naturaleza debe guiar el espíritu de la legislación. -Gaitán Mahecha, ponencia ante el Segundo Con-

greso Penitenciario Cristiano de América Latina-

4. DE LO QUE CONSTITUYE LA PENA

4.1. EXPOSICION

4.1.1. Volviendo aquí a lo que hemos expuesto antes en torno a la índole genérica de las penas deben concurrir dos cosas 1º que consiste en algún mal; 2º que la cantidad de daño sea de tal naturaleza, que el temor a ella baste para detener cualquier inclinación delictuosa. De donde se sigue que la pena admite una investigación doble. Primeramente se debe enumerar las diversas especies de males que puede consistir la sanción, enumeración que indicará todas las calidades de las penas, es decir, lo que hace que cada pena contenga un mal más grave o más leve, se examinará luego atentamente cual, entre estas calidades de la pena, debe ser preferida, a fin de que la pena ofrezca tanto mal cuanto sería estrictamente necesario para alejar el delito; en este último capítulo expondremos los más cuidadosos principios atinentes a la cantidad de la pena.

4.1.2. De las penas en cuanto a sus calidades. La calidad

del delito representa la naturaleza y cantidad del daño que a causa de él sufre la sociedad; la calidad de la pena debe representar la naturaleza y la cantidad del mal que con la irrogación de la pena se inflinge al reo. La calidad del delito es aquello en virtud de lo cual el delito, comparado con otro, independientemente de toda consideración del grado, aparece más o menos grave; la calidad de la pena implica también lo mismo. La clasificación de los delitos determina su calidad; lo mismo indica la clasificación de las penas. La base de estas clasificaciones se deduce, en los delitos, de la cantidad del daño inherente a cada uno de ellos, y en la pena, de la cantidad del mal contenido en cada una. La cualidad de pena se denomina especie.

4.1.3. De las penas consideradas en su cantidad. La cantidad de las penas puede ser considerada por un doble aspecto; o porque consideramos en cada una de sus cualidades la suma de dolor que ella contiene, y por ello, con la sola guía del sentido interior, al comparar su calidad con las otras hemos llegado a juzgarla más grave o más leve; o, mejor, porque su suma de dolor la calculamos con el propósito de poder juzgar, mediante la más cuidadosa investigación de las pasiones que llevan al delito, si semejante dolor, habida cuenta de las

penas bajo las cuales podría caer la elección, es suficiente o no para prevenir los delitos, o más bien excede esta justa medida. Nuestras investigaciones tienden a fijar, por el primer aspecto, la cantidad simplemente natural de las penas, y por el segundo su cantidad política. De la primera hablamos al comenzar este título al exponer todos los elementos posibles de las penas, de que puede estar formada la sanción de las leyes, salvo aquellos males que a causa de la barbarie y crueldad merecen ser rechazadas del todo.

pero como la misma cantidad política de la pena tiene una doble relación con el orden social, es susceptible también de una doble investigación. Porque: 1° buscamos aquella cantidad de dolor o más bien aquella cantidad de pena que, comparada con otras más graves, será suficiente para alejar cualquier delito, incluso el más atroz; 2° después de establecida la máxima cantidad política de la pena entre todas las imaginables, examinamos las otras cantidades más leves para encontrar el modo de adecuar la aplicación de ella a otros delitos más graves.

4.1.4. Cómo debe establecerse el máximo de la cantidad política de las penas. Nada tan evidente en nuestro derecho

como la regla de que las penas, para que sirva a su objeto, debe contener aquella cantidad de dolor cuyo temor supera lo atractivo del placer que todo mal intencionado espera sacar del delito. Pero esta máxima, aunque considerada en abstracto y en su generalidad es verdadera, sin embargo, su verdad poco o nada puede ayudar en su aplicación práctica; antes bien, de ella se han derivado no pocos errores. Porque la suposición de que la eficacia de la pena depende su cantidad, nace la opinión vulgar de que las penas, cuanto más graves y rígidas sean, con tanta mayor certeza y eficacia conseguirán su fin. Además, la índole de las pasiones que mueven el delito y que deben ser averiguados con diligencia y ánimo tranquilo para poder calcular las fuerzas a las que debe oponerse una cantidad de pena suficiente, ha sido investigada por muchos, no en el vericuetto del ingenio humano, cuyo conocimiento no es dable a todos, sino en la enormidad del crimen; de modo que en establecimiento de horror que la atrocidad de los delitos nos inspira.

Al contrario debemos establecer la regla de que en la fijación de la pena, se debe indagar siempre la índole de las pasiones que impelen el delito. Con la ayuda de estas reglas empezamos a tratar la cuestión propuesta.

Los impulsos de las pasiones humanas son enérgicas tendencias al placer. Pero los placeres que esperan los hombres procurarse con el delito aún el más enorme, consiste en la de algún dolor por el cual se halla el ánimo actualmente angustiado, o en la consecución de ciertas ventajas que no son compartidas por las leyes de la sociedad, sino bajo un cierto orden y en cierta forma, y cuya posesión produce ciertamente un placer, pero no de tal naturaleza que consiste en la cesación del dolor. A la primera forma de placer aspiran los delitos provenientes del amor, de los celos, del fanatismo o de la venganza. A la segunda los que provienen de la ambición o de la codicia de los bienes ajenos. Los delitos del primer género atacan inmediatamente las cosas y producen en el momento mismo del delito, el placer a que los delincuentes aspiran; los del segundo género atacan inmediatamente a las cosas apetecibles inmediatamente a las personas; y no produce el placer procurado por ellos, sino algún tiempo después de la ejecución del delito.

4.1.5. De qué manera las penas deben ser proporcionadas a los delitos. La proporción de la pena fue concebida de diferentes por los autores. Algunos la reputaron aritmética, otros geométrica y otros armónica. El motivo de tal diferencia de op

piniones es el establecer si, al adecuar la pena a los delitos, se debe atender a la sola cantidad de los crímenes o también a la condición de los delincuentes. Pero como las personas de las clases superiores tienen, para cometer delitos, que vencer mayores obstáculos que las personas de las clases inferiores, no se ve por qué se debe establecer una diferencia en las penas en vista de las diversas condiciones de los delincuentes. La pena pues, se debe proporcionar en razón de la cantidad del delito.

La proporción armónica, es decir la que depende enteramente del arbitrio del juez, debe rechazarse. Es necesario que la ley fije los límites de tal arbitrio.

La calidad de la pena que debe constituir el último suplicio, debe aplicarse solo a los delitos que producen el daño máximo a la sociedad.

La calidad de las penas deben aplicarse a la calidad de los delitos de manera que una calidad más grave de pena reprima un título más grave de delito; y uno más suave uno más leve.

La opinión que he descrito de muchos autores sobre la necesidad de la severidad de la pena para alejar los delitos, no puede ser compartido por ningún jurista, conciente y conocedor de las causas que pueden originar en el hombre su inclinación a delinquir, ni mucho menos tratarlo de aplicar este concepto en nuestro medio donde el sistema investigativo es deficiente, donde la precaria situación social en que vivimos hace que el delito no este precedido de bajas pasiones sino el medio que encuentra un hombre desempleado y repudiado, para poder subsistir el y su familia. Aplicar la pena en esa forma sería como desprender al legislador de todo principio moral.

4.1.6. El grado de la pena. Es una fracción de la cantidad que constituye su especie. La pena se puede disminuir o mitigar 1° graduando su especie, 2° bajando de una especie más grave a otra más leve, 3° o finalmente, con la conmutación de una especie por otra, teniendo en cuenta los dolores que componen cada especie.

Son muchas las causas de mitigación de la pena; ellas proceden 1° de la naturaleza intrínseca del delito, 2° de la índole intrínseca de la pena, 3° finalmente de la naturaleza intrín-

seca de las penas, o sea, de su objetivo político. De donde la división principal de dichas causas en intrínseca y en extrínsecas.

La naturaleza intrínseca del delito. Es aquella por la cual la acciónse vuelve moralmente imputable y constituye un daño social inmediato. La imputación civil, si se mira el grado del delito, es siempre proporcional a la cantidad de la intención o a la cantidad de ejecución.

La naturaleza intrínseca de la pena. Entendemos lo que hace que la imposición de ella sea un dolor considerado en sí mismo como la cantidad, para que sea igualmente sensible en todos, requiere circunstancias iguales de aplicación, pudiendo él resultar más o menos intenso en razón de la mayor o menor sensibilidad de las personas a quien se irroga. De aquí que todo lo que aumenta la sensibilidad en el delincuente o de cualquier modo puede hacer más dura la irrogación de la pena, suministra una causa justa de atenuación, o al menos de conmutación de la pena. porque la equidad natural recomienda que no se imponga al delincuente un grado de dolor mayor del que la ley misma procura infligir.

La naturaleza moral de la pena. Entendemos únicamente aquello en virtud de lo cual algunas acciones deshonran a los delincuentes y le quitan la fama. Pero en torno a esto hay que añadir que en opinión de los hombres de cuya autoridad depende el valor de la infamia.

5. DE DONDE SE DERIVA Y A QUIEN COMPETE EL DERECHO DE CASTIGAR

Los hombres considerados como sujetos de leyes naturales están bajo el imperio de la razón; considerados luego como sujetos de las leyes políticas, se conservan en su deber por la esperanza del bien o por el temor del mal. Por tanto es distinta la fuente de los derechos naturales de la de los derechos políticos. La primera se deriva de una contemplación abstracta de la naturaleza humana inteligente; la otra no de esta sola contemplación, sino además de la atenta consideración del conflicto que se plantea entre las pasiones del alma y las necesidades.

Se ha discutido si en el llamado estado natural de los hombres existe algún derecho de castigar. Pero como tal, no es más que una abstracción de la mente, en que los hombres son

tenidos solamente como seres racionales, por eso no reconocen ninguna otra regla de conducta humana sino la sola razón natural. La única y simple consecuencia de la abstracción es la igualdad de los derechos: pero si esta se admitiera, haría derrumbarse toda la teoría de la conminación de la pena.

Sin duda, para que se inflija una pena se requiere una imputación es un juicio acertado de las acciones del otro; pero este juicio supone una autoridad de alguien superior, lo que en la hipótesis de la igualdad de un estado puramente natural repugna completamente. Es cierto que algunos han confundido el derecho de castigar con el derecho que tendrían los hombres en un estado extrasocial, y de conformidad con el derecho natural, de emplear en defensa propia la fuerza e inferir el mal a un agresor injusto para rechazar la ofensa; pero este derecho se extingue cuando cesa la agresión; y no vuelve a existir. No podemos derivar el derecho de castigar de la cesión del derecho, que en el estado puramente natural le competiría a cada uno de rechazar por sí mismo con la fuerza toda opresión injusta; derecho que se pretende haber sido transferido por los hombres, una vez unidos en sociedad política, al poder supremo, y ello porque tal derecho correspondería al ofendido solo en el momento de la agresión. Dicha cesión se podría a lo sumo entender en cuanto al derecho de prevenir di-

rectamente los delitos, pero no tiene nada de común con el derecho de castigar.

Porque el derecho de castigar no es otra cosa que un derecho de necesidad política; la necesidad es siempre una cosa de hecho; este derecho lo exige la índole de las pasiones humanas, como la seguridad de las agrupaciones. El derecho político es tal, en cuanto que los males escogidos o irrogados por él son tan estrictamente necesarios, que si no hubiera empleado, se seguirían males más graves. La pena desgraciadamente es un mal; pero los males que por falta de la sanción legal se producirían por el abuso de la libertad natural serían aún más graves y perniciosos.

Los autores de nuestro derecho examinan este punto, en increíble variedad de opinión y la gran mayoría de ellos consideran: que en la justicia se pueden considerar dos aspectos: el primero con un hábito de voluntad humana de ofender a nadie y de dar a cada uno el derecho que le pertenece, lo que compete a la ética, pero no al derecho 2º como un hecho del juez que decide según las normas de la ley prescrita, lo que pertenece al derecho positivo. Mirada la justicia por el segundo aspecto, su clase puede variar en razón de la diversidad de leyes

que ella se propone aplicar. Por lo tanto, una es la justicia civil, otra la penal; pero una y otra son siempre una pena, puesto que de la diversidad de su clase se deriva de la variedad de los objetos de que la justicia puede ocuparse.

6. DE LAS CAUSAS QUE DISMINUYEN Y EXCLUYEN LA PENA DEL DELITO

6.1. DE LAS CAUSAS INTRINSECAS DE MITIGACION Y REMISION DE LA PENA

La naturaleza intrínseca del delito es aquella por la cual la acción se vuelve moralmente imputable y constituye un daño social inmediato. La imputación civil, si se mira del grado del delito, es siempre proporcional a la cantidad de la intención o a la cantidad de la ejecución.

Habiendo sido introducidas las penas en la sociedad sin otro fin que el de suministrar a la imputación civil un fundamento válido, se sigue de aquí que cuando decrece el grado del delito por alguna disminución en el propósito de ofender, también debe disminuir el grado de la pena.

Hay gran controversia entre los autores de nuestro derecho, sobre si en los de culpa lata puede infligirse una pena corporal en este caso tiene buena aceptación la opinión de aquellos que proponen una pena correccional en el caso de culpa lata, siempre que no sea de tal naturaleza que se equipare al dolo.

Por naturaleza intrínseca de la pena entendemos lo que hace que la imposición de ella sea un dolor. Este dolor, considerado en sí mismo como cantidad, para que sea igualmente sensible en todos, requiere circunstancias iguales de aplicación pudiendo él resultar más o menos intensos en razón de la mayor o menor sensibilidad de las personas a quien se irroga. De aquí que todo lo que aumenta la sensibilidad del delincuente de cualquier otro modo puede hacer más dura la irrogación de la pena, suministra una causa justa de atenuación o al menos de conmutación de la pena. Porque la equidad natural recomienda que no se imponga al delincuente un grado de dolor mayor del que la ley misma procura infligirle. De aquí que el sexo y la edad decrepita del delincuente cuando no deba admitirse como causas que disminuyen la imputación civil, deberá al menos, considerarse como circunstancias que hacen más dolorosa la pena concretada y decretada por la ley

y de igual modo la enfermedad del delincuente u otra imperfección física, lo que haría atroz y bárbara la irrogación de la pena.

6.2 CONCURSO DE VARIAS PENAS

puede suceder que la ley comine varias penas contra un mismo ciudadano, como reo de varios delitos punibles con penas diferentes: en tal caso, si las penas concurrentes son incompatibles entre sí, justamente se ha establecido que la pena más benigna queda absorbida por la más severa, de manera que solo esta debe irrogarse. Esto tiene lugar no solo cuando se trata de pena capital, sino también cuando se debe imponer una pena afflictiva grave con la que concurren otras más leve. Sería del todo inhumano atormentar al reo, de modo que al infligir la pena menor, la irrogación de la pena mayor hubiera de hacerse más acerba de lo que sería si no hubiese estado precedida de ningún otro dolor.

Ni basta hacernos apartar de la antedicha regla de equidad natural, el temor de que el reo ya pervertido por grave crimen, pueda sentirse estimulado para cometer delitos menores, animado con la esperanza de la impunidad respecto a estos

otros porque sería muy extraño al suponer en la naturaleza humana malicia tan refinada. Por lo demás, el reo de un delito grave es descubierto o permanece oculto; en el primer caso su captura previene menores o iguales delitos; en el segundo. ¿Quién no advierte cómo aquel facineroso estaría interesado en cometer o no cometer nuevas infracciones para no exponerse al peligro de ser convicto aún del delito más grave?

6.3. DE LAS CAUSAS QUE PROCEDEN DE LA NATURALEZA MORAL DE LA PENA

Por naturaleza moral de la pena entendemos únicamente aquello en virtud de lo cual algunas acciones deshonran a los ciudadanos y les quitan fama. Pero en torno a esto hay que anotar que en opinión de los hombres de cuya autoridad depende principalmente el valor de la infamia, esta una vez irrogada, puede difundirse fácilmente entre la parentela del reo-caso en el cual dicha pena pecaría de aberración. Aunque estamos muy lejos de admitir la norma de que las personas de más elevada y honrosa condición deben ser castigados con penas menos severas que las de condición inferior, como si no se dejara de ser honrado al delinquir, sin embargo, si las leyes no han desplegado sobre la opinión pública una influencia suficiente

para impedir que la infamia del reo se comunique a sus parientes, y si se trata de tal condición del delincuente a la que interesa vitalmente la estimación pública, no parece repugnar a la equidad natural conmutar una pena aflictiva y a la vez infamante, por otra igualmente aflictiva pero no infamante.

6.4 DE LAS CAUSAS EXTRÍNECAS DE MITIGACION Y REMISION DE LAS PENAS

El objeto político de la pena es extrínseca de mitigación a la misma, por cuanto en la irrogación de la pena no se tiene otra consideración que la de infundir terror como obstáculo para nuevos delitos. Siendo el objeto político de la pena en particular de ella se sigue que si la irrogación de la pena tuviera como fin acarrearle a la sociedad un daño grave, entonces, como desaparecería el objeto político general, también debería evitarse la pena. Las causas en virtud de las cuales la imposición de la pena produciría un daño público, se llaman causas extrínsecas de la remisión de pena.

6.5 ENUMERACION DE TALES CAUSAS

Admitida la regla general de la valoración de las causas extrínsecas de mitigación o de remisión de la pena, pasemos ahora a su numeración. Estas causas serían 1° El daño que para la sociedad resultaría del castigo del delincuente cuando la actividad de este fuese necesaria y muy útil al Estado; 2° El peligro de tumulto y sediciones que el suplicio del delincuente podría provocar, con daño público; 3° Una extremada posibilidad del reo en cualquier arte; 4° Un excesivo número de delincuentes, cuando importarse más a la sociedad evitar el escándalo público con la comisión del delito, que imponer el castigo del mismo; 5° La confesión espontánea del delito cuando falta.

7. LA PENA A ESCALA UNIVERSAL

7.1. LA PENA EN LA LEGISLACION EUROPEA

7.1.1. Formas Penales de Tipos Francés y Belga. Francia es el país que, recogiendo los principios de la Epoca de las Luces, encarna en leyes el derecho penal revolucionario y emprende antes que otros pueblos, la tarea codificadora. La historia

de la codificación penal en Francia se ha hecho antes y ahora sólo nos resta proseguirlas.

El Código Penal del primer imperio Francés se discutió y se votó desde el 4 de Octubre de 1808 al 20 de Febrero de 1810. Las ideas utilitarias de Bentham, incluso exageradas, imprimen en su fisonomía jurídica trazos característicos. Donne-dieu de Vabres, recuerda como nuestra "injusta y nada moral de este utilitarismo, el castigo del que no revela las conspiraciones contra la seguridad del Estado, y la excusa absoluta en favor del que en caso de atentado contra la seguridad del Estado o del delito de Falsificación de moneda, denunciara a sus codeincuentes. La época, de conocidas perturbaciones, hizo que las penas fuesen muy severas, hasta el punto de restablecer castigos abolidos en 1791, como la confiscación general, la marca, las mutilaciones de las manos antes de ajusticiar al parricida y las penas perpetuas. Además aumentó los casos en que había de aplicar la pena de muerte que se conmina no sólo para el parricidio y el asesinato, sino también para el incendiario y el falsificador de moneda.

Este espíritu riguroso del Código de 1810 lo expresa y fundamenta así Target, uno de sus redactores, en las observaciones

que figuran a la cabeza del Código Penal: Es cierto que la pena de muerte no es una venganza. Este triste placer de las almas bajas y crueles no entra para nada en la razón de las leyes. Después del más detestable crimen.

El sentido humanitario cuyo apogeo se logró con el frente popular lo que reconoce, acaso tardíamente, el propio Donnedieu de Vebres, inspira otras disposiciones: Dec. de 30 de Octubre de 1935, sobre la protección a la infancia; Leyes de 7 Febrero de 1933 y de 25 de Marzo de 1935 relativas a las garantías individuales.

Al fin de esa etapa, la inseguridad interna y el peligro exterior determinaron que se invirtiera esta tendencia y de las normas indulgentes se pasara a las rigurosas. En este sentido se inspira el Dec.-Ley de 17 de Junio de 1938, suprimiendo y reemplazando la pena de exportación a las colonias; el 29 de Julio de 1939 sobre la protección del Estado contra los ataques a su seguridad exterior; la llamada "Ley de la familia" de la misma fecha, en la que para proteger la natalidad se aumenta el castigo a las maniobras abortivas y el ultraje a la buena conducta y costumbres.

El derecho penal nacido durante la guerra, la derrota y la llamada "Revolución Nacional", con títulos desprovistos de originalidades, marca más enérgicamente todavía la tendencia reaccionaria. La intervención del Estado en el dominio económico se muestra con la existencia de nuevos delitos, tales como los de la Ley de 2 Julio de 1940 que reprimen los fraudes en las ventas de automóviles, o en el aumento de las penas, especialmente consignada en las leyes de 1940 y 1941 sobre cheques fraudulentos.

Una de las más importantes y grave reformas aportadas al Código Penal Francés, en materia de penas es la introducida en el Artículo 281 por la Ley del 25 de Noviembre de 1950, la cual aprobó en el parlamento sin la menor dificultad, que dice así: Serán castigados con la pena de muerte los individuos culpables de robo cuando porten armas aparentes o escondidas, incluso si el robo es cometido en pleno día y por una sola persona. Serán castigados con trabajo forzado a perpetuidad los individuos culpables de robo cuando éste reuna las circunstancias siguientes: 1° Si el robo ha sido cometido de noche; 2° Si ha sido cometido por dos o varias personas; 3° Si los culpables han cometido el robo ya sea por descerrajamiento exterior o con escalamiento, o por medio de llaves falsas, en

una casa, departamento o alojamientos habitados o que sirvan de habitación o su dependencia, ya sea tomando en título de funcionario público o de un oficial civil o militar; 4° Si se ha cometido el robo con violencia; 5° Si el culpable o los culpables se hubiesen asegurado la disposición de un vehículo motorizado para facilitar su hecho o favorecer su fuga.

Si se estuviera seguro que en adelante no habría que temer delito alguno, el castigo del último culpable sería una barbaridad sin fruto y debería decirse que iba más allá del poder de la ley. La gravedad de los crímenes se mide, no tanto por la perversidad que denuncian, sino por el peligro que acarrean. La eficacia de la pena mide, no tanto por su severidad que por el temor que inspira.

En cambio podemos abonar en su haber la supresión de la rigidez de las penas que el Código revolucionario había establecido en holocausto al principio de igualdad. Entre arbitrario sistema vieux régime y la fiijeza invencible de la pena tasada en cada caso que impuso el régimen nuevo, el Código de 1810 adoptó un criterio intermedio, otorgando a los jueces un cierto poder de apreciación entre los límites de un máximo que el legislador fijaba para cada una de las infracciones, además, las facultar-

des del juez se aplicaban por el sistema de las "circunstancias atenuantes", pero estas no tuvieron, en el primitivo Código de 1819, más que una eficacia muy restringida.

El gobierno de la Restauración amplió el radio de esas circunstancias que mitigaban la pena, por la Ley 25 de Junio de 1824, que permitía aplicarlas en materia criminal y no meramente correccional, como figuraba en el Código de 1810. pero todavía el paso era insuficiente porque la declaración de esas circunstancias atenuantes no correspondía al jurado, sino a la Cours d' Assises.

Surgió un "nuevo liberalismo". Junta al principio utilitaria de Bentham, se eleva a la justicia y el espiritualismo de Kant, y sobre todo las ideas humanitarias de Jeseph de Maistre, que tanto influjo tuvo en materia penal con sus SOIREES DE ^{SAINT} PETERSBOURG, en las que traza el terrible retrato del verdugo cuya misión es "horrible y misteriosa".

Las reformas del Código Penal prosigue, tras las modificaciones de 1832 y cambia la fisonomía legislativa del Cuerpo Legal de 1810. La dulcificación de las penas por los delitos políticos se continua con la supresión de la pena de muerte

para esta clase de infracciones, por el Decreto 29 de Febrero de 1848, que pasa al Artículo 5º de la Constitución de 4 de Junio del mismo año, siguiente con ello las ideas expuestas por Guizot.

En el período de paz hostil, entre las dos guerras universales (1919-1939), la preocupación social y económica predomina sobre los demás problemas. En esta época se dictan las Leyes siguientes: de 27 de Marzo de 1923, sobre correccionalización del aborto; de 17 de Febrero de 1933 sobre la bigamia; de 14 de Enero de 1937 que modificó el Artículo 335 del Código Penal agravando la penalidad establecida para la sustracción de un menor.

El Artículo 718 del Código de Procedimiento penal Francés trata de los regímenes penitenciarios y comienza sentado el principio de la individualización penitenciaria, en cuanto a las categorías penales de los reclusos, su edad, salud y personalidad. Se crean estos establecimientos: prisión - escuela para los jóvenes; prisión - hospicio, para los condenados seniles e inválidos para el trabajo, y establecimientos apropiados para los enfermos mentales que delincan.

Una de las más importantes novedades para el derecho penal Francés consiste en la institución de jueces de aplicación de pena (que por cierto ya existen en otros países, por ejemplo, en Italia y Brasil).

Como atribuciones generales de estos jueces figura el de hacer cumplir las penas con las modalidades penitenciarias que cada caso requiere; los de acordar los permisos de salida, de semi libertad, etc.; así como las de graduar las diversas fases del régimen en aquellos establecimientos donde el sistema progresivo y la duración depende de la enmienda del reo. En materia de libertad condicional este juez preside el comité encargado de vigilar y asistir a los condicionalmente libertos, y modificar la índole de esa libertad. En cuanto a la condena condicional, el juez vigila durante la prueba la conducta del sujeto y decide las disposiciones que pueden tomarse en cada caso. Por fin respecto de la rehabilitación, está llamada a dar su parecer en todas las peticiones de esta clase.

Al constituirse Bélgica, como un estado independiente. El Congreso Nacional de 1839 acordó que el país tuviera su legislación Nacional, pero se limitó a la revisión del Código

Francés de 1810. Sólo a partir del 1º de Mayo de 1848, se nombró una nueva comisión, en la que junto a dos consejeros de la Corte de Casación. La primera parte del proyecto se votó por el legislativo en las sesiones del 14 de Diciembre de 1849 y 20 de Mayo de 1850 y la primera elaboración del libro primero se votó el 10 de Mayo de 1853, por fin definitivamente por el parlamento el 17 de Mayo de 1867. Este Código impera todavía pero ha sido objeto de numerosas reformas, y al que completan un copioso grupo de leyes. Las más recientes modificaciones han sido introducidas en materia de delitos contra la seguridad del estado.

Entre las leyes que lo complementan descuelan como las más importantes: La condena condicional del 31 de Mayo de 1899; la Ley 14 de Noviembre de 1947 modifica las disposiciones sobre condena y libertad condicionales así como la del 11 de Enero de 1954 sobre la pena de interdicción civil; la rehabilitación del 25 de 1896 modificada por la ley de 8 de Febrero de 1954 en la que se aumenta su radio de acción.

En el año 1948 se hizo un proyecto para introducir la libertad a prueba; es decir en forma más eficaz de la condena condicional.

Belgica, país tan pequeño como culto, ha tenido, junto a la gran preocupación del tratamiento tutelar de los menores delincuentes y abandonados, el defenderse contra los seres peligrosos. Esta tendencia se marcó ya en las leyes contra vagabundos y mendigos y contra la embriaguez pública, de Agosto de 1887.

Pero estas disposiciones, anticuadas, por el transcurso de los años, requerían total reforma. La ha cumplido, tratando además otros muchos problemas, y modificando en parte el sistema penal y el régimen penitenciario, la ley llamada de defensa social del 9 de Abril de 1930 - que luego ha sido retocada relativa a los delincuentes anormales, reincidentes y profesionales, en la que se adoptan muy modernas orientaciones y que han ejercido gran imperio en otras leyes de su mismo carácter de Europa e Hispano-América.

La Ley de 1930, se ha intentado modificar y para ello se cree una comisión presidida por León Cornil. La comisión funcionó desde 1936 y propuso reforma a la parte de dementes y anormales, por ser aquella sobre la que principalmente versaron los críticos de la Ley de defensa social en Bélgica. La enmienda se refieren a garantías jurídicas. La primera de ella

consiste en que desde que se ordena un exámen mental, el inculpado debe necesariamente beneficiarse del consejo de su abogado.

7.1.2. Legislación penal de la cultura Italiana. Una vez conseguida la unidad Nacional, fue constante preocupación de los Italianos, dotar al país de un Código Penal Unico. Dice Florian que el primer voto por la unificación penal fue emitido en la Cámara de Diputados el 18 de Mayo de 1860, al discutirse la promulgación en dos el 18 de Mayo de 1860, al discutirse la promulgación en Lombardía del Código sardo. Luego Miglietti, en 9 de Enero de 1862, y después de Maiani, el 17 de Noviembre de 1864, propusieron que ese código se extendiera también a Toscana, el primero de ellos manteniendo la pena de muerte y el segundo solicitando que fuese abolida; ninguna de las dos propuestas tuvo éxito entonces. Pero en la memorable sesión del 16 de Mayo de 1865, la Cámara de Diputados votaba la abolición de la pena capital y la extensión del Código Sardo a toda Italia, en cambio el Senado que se muestra de acuerdo en cuanto a unificar la ley penal, declara que la pena de muerte debe, mantenerse y puesto que estaba suprimida en Toscana y los juristas de aquel tiempo la rechazaban, la forma unificadora no pasó de proyecto.

La izquierda parlamentaria llega al poder, y con ella se designa Ministro guardasellos a P.S. Mancini, que nombra una nueva comisión para estudiar y mejorar el proyecto Senatorial. Así enmendado se presenta a la Cámara el 25 de Julio de 1876, con una Relazione de Mancini, que Florian llama "estupenda" y "documento insigne en la historia legislativa pend", se discute y aprueba el libro primero, el 28 de Noviembre y el 2 y 7 de Diciembre de 1876. La comisión prosigue su trabajo sobre el libro segundo, pero no llega a formular un nuevo proyecto. Sin prisa alguna prosiguen los estudios durante los ministerios de Conforti y Villa, hasta que asume Zanardelli la cartera de justicia, que teniendo en cuenta el proyecto aprobado por la Cámara y las rebajas subsiguientes, por decreto del 13 de Diciembre de 1888, se designó una comisión coordinadora y por fin acompañado de una nueva Relazione de Zanardelli, se somete el Código a la sanción real el 30 de Julio de 1889, habiendo entrado en vigor el 1º de Enero de 1890. Trátese de uno de los Códigos mejores de Europa. Los positivistas le tildan de clásico y, como accésit de consolación dicen que no fue insensible a las doctrinas criminales positivas. Recordemos que sus tiempos no sólo le atacaron sino que hicieron cuanto pudieron para impedir que se promulgara. Es más las reformas penales fueron uno de los grandes sinsabores que

paladeó Lombroso. Visita a los parlamentarios, habla u escribe, en solicitud de tregua temporal, antes de que se apruebe el código único para Italia. Su opúsculo Troppo presto!, que que escribió en 1888, es buena prueba de la disconformidad del crear de la Antropología Criminal con el Código que nacia.

Un hecho muy circunstancial que pareció no agradecer mucho Ferri, cuando paso del socialismo al filofacismo, para hacerse después facista de corazón -hizo posible el intento de reforma de las leyes penales Italianas. Un paisano de Ferri, Ludovice Mortara, originario como él de Mantua, y que estudió en la misma Universidad, fue designado Ministro de Justicia. Al ser nombrado Ministro -guardasellos se dirigió a Ferri, preguntándole si estaba dispuesto a trabajar ahincadamente en la reforma de las leyes penales, y a consecuencia de la respuesta afirmativa se hicieron los nombramientos de la "Comisión real para la reforma de las leyes penales" por el real decreto del 14 de Septiembre de 1919 publicado en la Gazz uff del 29 del mismo mes y año.

Los miembros de la comisión, que firman el proyecto, estuvieron de acuerdo en que la reforma no debía limitarse a una mera revisión y corrección técnica de los preceptos vigentes, si-

no que debía consistir en una labor sistemática que modificara a fondo el derecho penal estatuido. Discrepó de este unánime sentir uno de los comisionados, el profesor Stoppato, que presentó su dimisión, así como otro de los miembros, Carnevale. Ninguno de los dos pudo aprobar el principio de la responsabilidad legal - y no por imputabilidad de sujeto - en que pretendió basarse el proyecto.

La parte especial, según se afirma por el propio Ferri, no había de contener demasiadas novedades, pues el aspecto técnico del Código de 1889 parecía satisfactorio. A fines de 1921 examinó la Comisión los delitos contra la persona, introduciéndose importantes modificaciones en la materia de lesiones personales, de acuerdo con los progresos técnicos de la Traumatología y de la Medicina Legal, y no menos modernas modificaciones respecto de la difamación, en la que se acoge el derecho de censura pública, existentes ya en las modernas leyes Inglesas e intentado también en precedentes proyectos Italianos. Debería haberse terminado todo el proyecto en la primavera de 1923; pero los trabajos fueron más lentos. Para anticipar lo que debía de legislarse sobre los delitos in specie, escribió Enrique Ferri, un Artículo, titulado así: Saggio di applicazioe delle norme generali del libro I ai responsabili

di taluni delitti secondo il progetto di Codice penale Italiano.

Este proyecto Italiano causó enorme sorpresa en el mundo. No sólo fue encomiada en Italia, sino fuera de ella. Diríamos, en resumen, que el proyecto Italiano de 1921, sólo encarna en parte, la teoría positivista, y que la renuncia hecha por los Comisionados y, más aún, el sege jurídico y consiliador emprendido por la escuela positiva, dotan al proyecto de 1921 de un perfil político Criminal, aunque su postura, más avanzada, al menos aparente, le sitúa en la vanguardia de los documentos legislativos inspirados en la joven escuela Germánica. Más conste que esto no debe ser considerado como un defecto, si se contempla la necesidad de contemporizar con la realidad.

7.1.3. La legislación penal Sovietica. El gobierno provisional, al encargarse del poder después de la revolución inauguró una era de saneamiento de la Magistratura, que se ha denominado "lúcido intervalo" en la vida jurídica Rusa; pero los bolcheviques, al adueñarse del poder, tuvieron más dificultades en la designación de los jueces, y la arbitrariedad se hizo paso en la Rusia de los Soviets. Los decretos de 24 de Noviembre de 1917, de 17 de Febrero y de 22 de Marzo de 1918 decla-

raron que la legislación imperial permanecía en vigor, en cuanto no se opusiera a la conciencia Socialista Revolucionaria del derecho" pero poco después, el 30 de N^oviembre del mismo año, un nuevo decreto desterró la aplicación de las leyes del tiempo zarista.

Aunque no sea fácil establecer etapas en la evolución del derecho Sovietico, porque el sucederse unas a otras se continúa y entrecruza salvo en la última en que parece negarse mucho de los principios sustanciales de las anteriores, podemos decir que se marcan cinco períodos: 1° El primero es el del llamado Comunismo de guerra, que va desde 1918 a 1921; 2° El segundo es el denominado de la N.E.P. de 1921 a 1926; 3° El tercero, que es el de la reconstrucción Socialista (en que se desarrollan los planes quinquenales), va de 1926 a 1937; 4° El cuarto que se inicia poco antes de la guerra, es el de Socialismo en un solo país, con sus características Nacionales; 5° El quinto que es el actual, presencia la elaboración de principios penales técnicamente parecidos a los occidentales.

El 12 de Diciembre aparece la primera tentativa bolchevista de legislación penal sistemática publicándose un conjunto de preceptos penales que llevan por título Principios directores

del derecho Penal de la República Rusa de los Soviets, en lo que se contienen tan sólo una introducción y otro artículo, donde se define el delito, se fija la naturaleza de la pena, se indican, por vía ejemplificadora, las clases de penas y medidas asegurativas, y se consignan las causas eximentes y las circunstancias atenuantes y agravantes, que han de motivar la individualización de los castigos. Todos ellos con el más reprochable desorden. En estos "Principios" no se hallan preceptos relativos a la llamada parte especial, y al no definirse los hechos punibles ni las penas correspondientes.

Puesto que al lado de las penales se regulaban buen número de medidas de seguridad era políticamente un arma de la dictadura del proletariado, para vencer en la lucha de clases al capitalismo y a la burguesía. Lo declara en su tratado pionero Kawkij. La analogía se halla establecida en el modo semejante a como perduró hasta Diciembre de 1958.

El antiguo Comisario del Pueblo de justicia y presidente del Tribunal Supremo de Moscú, Stusbhka, definió las leyes soviéticas -en su libro, el papel revolucionario del Derecho y del Estado- como instrucciones técnicas" en que sólo son obliga-

torio los principios generales.

Como puede verse, Stusbhka corrige en parte las exageraciones de Goichbarg. Para el comisario de justicia lo que no tiene valor es el legalismo "motejado de "fetichismo burgués" Stuschka y los que entonces le seguían, desarrollaron unas concepciones iusfilosóficas bastante parecidas al Freitecht Alemán ("Derecho Libre"), y hasta se denominaba del mismo modo, en responsabilidades personales no importa sino defender el régimen. En suma la filosofía jurídica del primer período soviético descansa, de una parte, en el romanticismo sociológico de Duguit; de otra parte, en el ultrapositivismo de la defensa social de raíz italiana; sobre todo, adaptado y complementado en la dialéctica marxista en versión Soviética.

Algunos decretos esporádicos se compusieron en directa referencia a concretos delitos; pero no era tiempo aún de formular un código pues el nuevo derecho penal no había fijado todavía sus caracteres. El juez fue, durante cuatro años, más que interprete de las leyes, el verdadero legislador, guiado casi exclusivamente por la llamada conciencia jurídica socialista y por los intereses revolucionarios.

Es de sumo interés fijar el alcance de esa denominada: conciencia jurídica y socialista 82 y por los intereses revolucionarios.

Pasa al fin, la época tormentosa; Rusia Sovietizada, mira al futuro y deja atrás el ayer con pasos rapidísimos. Los tiempos codificadores comienzan, y en 1922 entre vigor el primer Código Penal de la Rusia Socialista.

Es harto sabido que la Confederación de los Soviets constituye una unión de República Socialista Federativa Sovietica Rusa. Según dice M. Gredinsky, cada una de esas repúblicas eran independientes en cuanto a sus leyes punitivas y la R.S. F.S.R. estrena la época codificadora. A principios de 1922 apareció un proyecto de Código Penal integró, compuesto por el Comisariato del pueblo para la Administración de Justicia, que se presentó al Congreso de Consejos, celebrados en Febrero de dicho año en ciudad de Moscú. El día 10 de Junio de 1922 el proyecto se convierte en ley, siendo publicado en la Colección Legislativa, precedido de lemas Socialistas: "Proletarios de todos los países, uníos" Este Código, con pequeñas reformas y adiciones, fue recibido en todas las demás Repúblicas Sovieticas. Así resulta unificada, en cuanto a su

contenido, y sobre todo, en lo tocante a sus principios fundamentales, la legislación punitiva de la República del Soviets.

Así surgen las leyes del 25 de Diciembre de 1958, las primeras de las cuales contienen los principios fundamentales de la legislación penal de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas. Las otras siete leyes tratan de la "responsabilidad penal por los delitos militares"; de los "principios para la organización de los Tribunales de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas y autónomas", de las "disposiciones sobre tribunales militares" de los "principios del Procedimiento Penal de la U.R.S.S. y de las Repúblicas Federadas" de la "revocación de derechos de electorales por los Tribunales" y de la "modificación de las formas de elección de los Tribunales populares".

La nueva ley mantiene, en sus grandes líneas, el antiguo Procedimiento Penal y de debates judiciales, que han demostrado su eficacia durante muchos años de aplicación. Pero no se han introducido importantes novedades. Entre ellas destacaremos, respecto de acusado, el hecho de que puede estar asistido de un abogado, incluso antes de que el sumario sea trans-

7.1.4. La pena en la legislación penal del Africa. Formas actuales de Criminalidad en Sur-Africa. La República Sudafricana, que es víctima de violentos ataques políticos, que se extienden también a las autoridades judiciales y a la política del país. Legislación práctica jurídica penal y criminalidades de este país ofrece algunas peculiaridades. Apenas en ningún país es más elevado el número de asesinatos. Africa del Sur ha mantenido hasta ahora la pena de muerte y cuenta con el mayor número de ejecuciones legales en el mundo. Además, se ha conservado el castigo corporal de los azotes, recibidos de Inglaterra, donde ya ha sido abolido hace tiempo. Espectaculares procesos políticos y severas medidas preventivas estatales sin control judicial reaniman una vez más en el extranjero la discusión sobre si Africa del Sur es un estado policiaco y si los delincuentes políticos carecen de derechos.

La historia de Africa del Sur, en lo que concierne a su evolución jurídica. El derecho penal Romano-Holandés y derecho Inglés. Se afirma además que los Tribunales Sudafricanos recogen hoy también en sus propias sentencias principios jurídicos en tribunales extranjeros del círculo jurídico Anglo-Americano, lo cual es tanto más factible cuanto que el dere-

cho Romano-Holandés no está codificado hasta la fecha a diferencia de los sistemas jurídicos europeo-continental es.

El derecho Sudafricano ofrece actualmente poca claridad, y existen varias fuentes de derecho frente al viejo derecho común romano-holandés están el antiguo y nuevo derecho estatutario, en primer lugar los estatutos del parlamento de la Unión y luego las leyes y ordenamiento de los parlamentos provinciales.

En el procedimiento penal se nota mucha influencia de la tradición inglesa; existen ciertamente una fiscalía como autoridad jurídica propio, pero en la vista de la causa reina el sistema partidista, el juez se eleva -no sólo simbólicamente, sino también efectivamente, por encima del fiscal y del abogado defensor. El acusado puede, si quiere, actuar personalmente como testigo y prestar allí también juramento de su testimonio. Una institución muy específica en Sudafrica es el llamado recurso automático; es decir, en todos los casos en los cuales un Tribunal inferior impone una multa de más de 100 rands, o una pena de prisión de más de tres meses.

7.1.5. La pena en Suiza. El código penal Suizo, es considerado como uno de los más perfectos de cuantos hoy rigen. En la Constitución Suiza, la ley penal es materia del legislador Federal, en tanto que la ejecución de la pena corresponde a los Cantones, que sufragan los gastos de los establecimientos penitenciarios. Estos podrían acarrear dificultades. En efecto, el Código penal en los tiempos en que la llamada "individualización de la pena" estaba de moda. El cuerpo de leyes penales de Suiza, establecía la ejecución penal según el sexo, la edad, la naturaleza de la condena y el estado personal, de manera que si se hubiese aplicado estrictamente el Código se necesitaría no menos de veintidos establecimientos diferentes. Cantón alguno hubiera podido resistir tales gastos.

Por último, digamos que, como efecto de estas reclusiones, los miembros de la comisión han acordado que "la pena de reclusión y de prisión podrán ser ejecutadas en el mismo establecimiento. Como prueba de que se trata de atender, ante todo, a la personalidad del reo, la Comisión acordó además, la separación de los delincuentes primarios no peligrosos, de los restantes condenados.

En lo tocante al tratamiento de los menores delincuentes se ha reconocido por la Comisión cuán imposible resulta fijar el límite de niñez y adolescencia establecido en el Código. Lo que se ha acordado es extender hasta los quince años la infancia penal. También se ha cambiado la categoría de "pervertidos", por la de niños muy difíciles", se ha adoptado, además, una medida nueva: La libertad vigilada".

7.1.6. La legislación penal en Polonia. El Código penal polaco, que en parte muy principal fue obra de MAKAREWICZ, profesor de Lembeerg, y de Emiliano Estanislado Rappaport, juez superior de Varsovia, no tuvo el asentimiento de uno de los miembros de la Comisión: Makevaki que por esperado, suplicó un Contraproyecto en 1922. Es también obra digna de estimar.

Después de terminadas las hostilidades de 1939-1945, Polonia cae de lleno en la esfera de influencias rusa y se gobierna de modo totalitario-comunista. Pero el Código de 1932 no se reemplaza, pero si se modifica, por lo cual salen a relucir una serie de decretos y leyes que soviétizan su legislación.

La libertad condicional, es otro de los problemas dignos de estudio en el derecho penal de Polonia. Según la ley del 31

de Octubre de 1951, se aplica a quienes por su conducta y trabajos del positivismo y cabría considerarle neo-clásico. El proyecto contiene cuatro partes. La primera se dedica a las disposiciones generales, la segunda corresponde a lo que llamamos parte especial y lleva el título de "Definición de infracciones"; la parte tercera versa sobre los problemas relativos al "Tratamiento y a los métodos penitenciarios"; y la cuarta se trata de la organización de los poderes y de la competencia de los servicios y las instituciones penitenciarias.

Teniendo en cuenta la frecuente violencia anarquista y la falta de autoridad estatal, ha de sorprender que desde el comienzo de la historia de los Estados Unidos ocuparan Tribunales y jueces, o mejor dicho todos los juristas, una posición especialmente repetada. El historiador norteamericano COMMAGER escribió: Era verdaderamente extraño que un pueblo que tenía fama por su carencia de leyes manifestara el más profundo respeto a la ley por su actitud y comportamiento; un pueblo que había rechazado tanto el poder divino de los reyes como el gobierno ilimitado de las corporaciones constituyentes rodeara a sus tribunales de un halo divino y dejara en sus manos el ejercicio del poder máximo.

8. FUNCIONES DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

8.1 CARACTERISTICAS

La doctrina señala como características fundamentales de la institución jurídica de la pena, las siguientes: legalidad, proporcionalidad, individualidad, irrevocabilidad, aflictividad y publicidad; de cada una de ellas nos ocuparemos a continuación.

8.1.1. Legalidad. Esta esencial característica de la pena comprende cuatro aspectos fundamentales, a saber: 1° que nadie puede ser sometido a una pena si ella no está prevista cuantitativamente 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; 2° que toda pena debe ser impuesta por funcionarios competentes de la rama jurisdiccional del poder público de acuerdo con normas legales que señalen dicha competencia territorial y *ratione materiae*; 3° que las penas han de imponer como culminación de un proceso durante el cual se hayan cumplido a cabalidad todos los requisitos previamente fijados por la ley, fundamentalmente los que el condenado tiene derecho a las garantías del sindicado.

y 4° que el condenado tiene derecho a que se le aplique la sanción más favorable, aunque haya sido prevista en ley anterior a la fecha en que se cometió la infracción.

Los aspectos precedentes -que hoy son patrimonio del derecho penal contemporáneo- entre nosotros tiene sustento constitucional, el Art. 26 de la Carta Fundamental de Colombia dispone que "nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes pre-existentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Ahondando en el contenido del Art. 26 de la Constitución la Corte Suprema de Justicia señaló que él contiene cuatro garantías que buscan proteger a los ciudadanos contra penas injustas; ellas son "pre-existencia de la ley que gobierna el juzgamiento, legalidad de la jurisdicción, observancia plena de las formas del juicio, y aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputable".

8.1.2. Proporcionalidad. La pena debe ser proporcional al de-

lito 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 elasticidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción y esta, a su vez, del grado de importancia del interés jurídico vulnerado y de la magnitud de la lesión ocasionada al sujeto pasivo. Esa calidad puede ser cualitativa o cuantitativa; aquellas suponen que las penas varíen en su calidad o especie (presidio, prisión, arresto, multa, etc.) de acuerdo con la naturaleza de la infracción, y esta implica que el quantum de las penas se adecue 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 la locomoción, o un delito de una contravención.

8.1.2.1. CUELLO CALÓN: "El sentimiento de justicia, de instintivo y profundo arraigo popular, exige penas severas para los crímenes atroces y más suaves para los delitos de menor gravedad".

8.1.3. Individualidad. Señalaremos en este importante aspecto de la pena que este se refiere al hecho de que la pena solo 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 fracción penal.

El moderno principio de la individualización advierte CUELLO CALÓN 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 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 unitivas, según las condiciones personales del condenado; entre ellas, sus antecedentes penales, policiales o judiciales, su posición social, económica o cultural, o sus condiciones de inferioridad sicosomática.

8.1.4. 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 tipificado ha de imponerse ineludiblemente en la respectiva sentencia condenatoria y que a partir de ese momento procesal, debe cumplirse en su integridad.

8.1.5. Aflicción. Como habíamos indicado desde el punto de vista ético, la conlleva un sufrimiento, puesto que se concreta en la pérdida o suspensión temporal de intereses jurídicos importantes de los cuales es titular el condenado.

Desde luego, 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; pensar en una buena en el sentido de que alegre y satisfaga al delincuente, en tanto como hablar de un premio doloroso.

8.1.6. Publicidad. La pena se enuncia en la ley que describe las conductas punibles, de tal manera que todos sus destinatarios sepan lo que les espera si delinquen; y cuando se condena a alguien la opinión pública tiene el derecho de saber que la pena impuesta fue el resultado de un proceso en el cual el sindicado tuvo la oportunidad de defenderse.

8.2. CLASIFICACION

8.2.1. De acuerdo a su importancia.

8.2.2. De acuerdo a su forma de aplicación.

8.2.3. De acuerdo con el derecho afectado.

8.3. LA PENA EXTINTIVA

Consiste en la supresión de la vida del condenado. La muerte del autor de la ofensa debió de construir la reacción primaria del hombre en sociedad; era la venganza natural del propio ofendido, o de su familia, o de quien detentaba el poder, contra el delincuente; más tarde se impuso en nombre de la autoridad de la divinidad; pero desde que llegó a los códigos penales y fue aplicada por el Estado se le defendió y criticó simultáneamente, aunque solo a partir del siglo xviii comenzó a ser combatida en forma sistemática y coherente, a pesar de lo cual, la situación legal frente a ella no ha cambiado sustancialmente en la actualidad.

8.4. NATURALEZA DE LAS PENAS EN NUESTRO CODIGO PENAL

El estatuto punitivo Colombiano clasifica las penas en:

- I. Principales
- II. Accesorias

i. Penas principales: El código penal señala las siguientes:

a) Prisión; b) Arresto, y c) Multa.

a y b: Las penas de prisión y arresto consisten en la privación de la libertad personal y se cumplirán en los lugares y en la forma prevista por la ley.

Estas penas podrán cumplirse en colonias agrícolas especiales o similares, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho. Art. 45 C.P.

c: La multa: consiste en la obligación de pagar al tesorero nacional, una suma no mayor de diez millones de pesos.

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 sus posibilidades de pagar.

En caso de concursos o acumulación, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán pero, en total, no podrán exceder del máximo señalado en este artículo.
Art. 45 del C.P.

II. Penas accesorias: Cuando no se establezcan como principales, las siguientes:

- a) Restricción domiciliaria
- b) pérdida del empleo público u oficial
- c) Interdicción de derechos y funciones públicas
- d) prohibición del ejercicio de un arte o profesión u oficio
- e) Suspensión de la patria potestad
- f) Expulsión del territorio nacional para los extranjeros
- g) prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

9. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN NUESTRO CODIGO PENAL

DEFINICION: Esta denominación se emplea para designar instituciones jurídicas de naturaleza y características tan diversas, que no es posible comprenderla totalmente bajo una sola noción. Por ello pasamos a examinar sus diferentes modalidades y al respecto distinguimos entre Medidas de seguridad de carácter policivo, psiquiátrico-penal y penal.

podemos clasificar las medidas de seguridad en la siguiente forma:

- a. Detentivas personales: Son medidas de seguridad de esta

naturaleza las que implican privación de la libertad personal durante su ejecución. El código señala las siguientes:

-Manicomio criminal

-Colonia agrícola especial

b. personales no detentivas:

-Libertad vigilada

-Trabajo obligatorio en obras o empresas públicas

-Prohibición de concurrir a determinados lugares

c. Criterio de aplicabilidad de estas medidas

d. Trastorno mental transitorio y medidas de seguridad

10. ASPECTOS CRITICOS GENERALES SOBRE NUESTRO SISTEMA PENAL

10.1 CONCEPTOS

La más antigua noción sobre la pena, proviene de BECCARIA quien la concibió como un "estorbo político" que pretende interponerse en el proceso de aparición de la conducta delictiva, "sin destruir la causa impelente".

CARRARA sostuvo que cuando la ciencia criminal utiliza la expresión pena, lo hace en un significado especialísimo, es decir, como el mal que la autoridad pública le inflige a un culpable por causa de su delito.

Según CUELLO CALÓN "La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal."

ANTOLISEI asevera que se trata de un sufrimiento, cercano así, el profesor REYES, a su vez, indica que "consideramos como pena en sentido jurídico la coartación o supresión de un derecho personal que el Estado impone a través de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable de la infracción penal."