

**APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN  
MATERIA PENOLÓGICA SEGÚN LA TEORÍA DE ANDREW VON  
HIRSCH. UNA MODIFICACIÓN NECESARIA.**

**EMILIO LAGOS CORTES**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA  
2011**

**APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN  
MATERIA PENOLÓGICA SEGÚN LA TEORÍA DE ANDREW VON  
HIRSCH. UNA MODIFICACIÓN NECESARIA.**

**EMILIO LAGOS CORTES**

**Trabajo de Grado Presentado como  
Requisito para Optar al Título de Abogado.**

**Director  
MARIA ISABEL AFANADOR**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA  
2011**

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION .....	9
1. CUESTIONES PRELIMINARES .....	12
1.1 EL DERECHO PENAL .....	12
1.2 DERECHO PENAL MÍNIMO .....	15
1.3 CRIMINOLOGÍA.....	16
1.4 LA PENOLOGÍA .....	17
1.5 LA SANCIÓN PENAL.....	20
1.6 ORIGEN DE LAS PENAS .....	22
JUSTIFICACIÓN DE LA PENA .....	23
1.8 FUNCION DE LA PENA EN COLOMBIA.....	26
1.9 SISTEMA PENAL Y SOCIEDAD .....	28
1.10 EVOLUCIÓN DE LA PENA .....	28
1.11 EVOLUCIÓN DE LA PENA COMO CASTIGO PÚBLICO.....	31
1.12 CLASES DE PENAS .....	33
1.13 DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	35
1.14 LA PENA JUSTA .....	36
2. LATEORIA DE VON HIRSCH.....	38
2.1 ORIGEN DE LA TEORIA.....	38
2.2 CONTENIDO DE LA TEORIA DE LA PROPORCIONALIDAD.....	41
2.3 EL CASTIGO.....	43
2.4 ¿CUÁNTO CASTIGAR? .....	48
2.5 LOS CRITERIOS DE LA PROPORCIONALIDAD.....	50
2.6 LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS .....	53
2.7 LA ESCALA DE DELITOS.....	56
2.8 LA SEVERIDAD DE LOS CASTIGOS .....	56
2.9 ANCLAR LA ESCALA DE PENAS.....	60
2.10 MODELOS MIXTOS.....	63

2.11 LAS SANCIONES INTERMEDIAS .....	64
2.12 ESCALA DE PENAS .....	66
2.13 SUSTITUCIÓN DE PENAS.....	68
2.14 SANCIÓN DE REFUERZO .....	69
2.15 ORIENTACIÓN POLÍTICA DE LA TEORÍA.....	71
2.16 SÍNTESIS DE LA TEORÍA .....	72
3. CRÍTICA A LA TEORÍA DE VON HIRSCH. ....	74
3.1 CARÁCTER HUMANISTA.....	74
3.2 CAUSAS SOCIALES DEL DELITO .....	74
3.3 EL DELITO ES UNA CONVENCION.....	76
3.4 CONDUCTAS NO CENSURABLES PENALMENTE .....	77
3.5 DELITOS DE CUELLO BLANCO .....	79
3.6 GRAVEDAD DEL DELITO .....	82
3.7 ESCALA DE DELITOS.....	83
3.8 LA GRAVEDAD DEL DELITO DETERMINA LA PENA .....	83
3.9 INEFICACIA DEL AUMENTO DE PENAS.....	84
3.10 PROPORCIONALIDAD CARDINAL .....	85
3.11 PROPORCIONALIDAD ORDINAL .....	86
3.12 ESCALA DE PENAS.....	87
3.13 LA MAXIMA SANCION PENAL .....	87
4. UNA MODIFICACION NECESARIA .....	92
4.1 LA PENA MÁS SEVERA.....	93
5. EL CODIGO PENAL A LA LUZ DE LA TEORIA DE LA PROPORCIONALIDAD .....	108
5.1 APROXIMACIÓN AL PROBLEMA .....	108
5.2 ES CONTRARIA AL REDUCCIONISMO PENAL .....	110
5.3 NO RESPETA LOS POSTULADOS DE LA PROPORCIONALIDAD .....	113
5.4 USO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL.....	117
5.5 PUNTOS COMUNES CON LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD .....	119
CONCLUSIONES:.....	124
BIBLIOGRAFÍA: .....	126

## RESUMEN

### TÍTULO

APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENOLÓGICA SEGÚN LA TEORÍA DE ANDREW VON HIRSCH. UNA MODIFICACIÓN NECESARIA.\*

### AUTOR\*\*

EMILIO LAGOS CORTES.

### PALABRAS CLAVES

TEORÍA DE PROPORCIONALIDAD, PENOLOGÍA, CRIMINOLOGÍA, DERECHO PENAL, TEORÍA DE LA PENA.

### DESCRIPCION

Uno de los principales problemas que aborda la penología es el de determinar la pena que debe recibir quien ha violado la ley penal. No obstante el esfuerzo realizado por la doctrina desde tiempos de Cessare Beccaria, el problema aún no se ha solucionado, y hoy no se dispone de un elemento objetivo que pueda suministrar la medida exacta de pena correspondiente a un delito determinado. En la actualidad es común encontrar a dos personas que siendo condenadas por cometer el mismo delito, reciben condenas abismalmente diferentes, violando así el ideal de que a conductas semejantes se debe dar un tratamiento penal semejante.

Frente a esta realidad surge la teoría de la proporcionalidad formulada, entre otros, por el profesor Andrew Von Hirsch. Esta teoría propone que la severidad de la condena se determine según la gravedad del daño producido por el delito. Para determinar la gravedad del delito se debe evaluar la cantidad e importancia de los bienes jurídicos que son lesionados por el delito. Para determinar la severidad de la sanción penal se debe evaluar cuáles y qué tan importantes son los bienes jurídicos del condenado que se ven limitados por la pena.

De esa manera se pretende suministrar un criterio menos arbitrario al momento de determinar la condena que se debe imponer frente a cada delito, superando así la amplia discrecionalidad en cabeza de los jueces al momento de determinar las penas.

\*Trabajo de Grado

\*\*Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Director: María Isabel Afanador

## SUMMARY

### **TITLE**

APPROXIMATION TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY, ACCORDING TO THE THEORY OF ANDREW VON HIRSCH. A MODIFICATION REQUIRED

### **AUTHOR**

EMILIO LAGOS CORTES

### **KEYWORDS**

THEORY OF PROPORTIONALITY, PENOLOGY, CRIMINOLOGY, CRIMINAL LAW, THEORY OF PENALTY

### **DESCRIPTION**

One of the main problems that addresses penology is to determine the penalty that should receive who has violated the criminal law. However the effort made by the doctrine from times of Cessare Beccaria the problem has not yet been settled, and today, one does not have an objective element that can provide the accurate measurement of penalty appropriate to a particular offense.

Faced with this reality arises the theory of proportionality made, among others, by Professor Andrew Von Hirsch. This theory proposes that the severity of the sentence be determined according to the severity of the damage caused for the crime. To determine the severity of the crime should assess the number and importance of the legal rights are injured by the crime.

In this way it is intended to provide a criterion less arbitrary when determining the sentence to be imposed in front of each crime, thus overcoming the broad discretion at the head of the judges at the time of determining penalties.

\* Work Degree

\*\*Faculty of Human Sciences. School of Law. Directress: Maria Isabel Afanador.

## INTRODUCCION

La sanción en el derecho penal - sus clases y su severidad- es uno de los temas más debatidos en la actualidad. En ese debate se enfrentan quienes piensan que la sanción penal es un instrumento eficaz para combatir la delincuencia y quienes piensan que está demostrada su inutilidad en este punto. El tema cobra más importancia cuando la sociedad se entera que delincuentes –autores de los crímenes más horrendos- que deberían estar por mucho tiempo en una cárcel, son puestos rápidamente en libertad. Igualmente vemos el caso de prestantes delincuentes de cuello blanco, muy bien conectados con las altas esferas del poder, y responsables del saqueo de billones de pesos, delito que priva a la sociedad de valiosos recursos para combatir la pobreza, las carencias en educación y salud o implementar políticas para superar el subdesarrollo que nos afecta, y quienes, cuando se concreta la muy poco probable posibilidad de ser castigados, enfrentan penas de prisión irrisorias y claramente desproporcionadas frente al daño que le han causado a la sociedad.

Contrastando con lo anterior se presenta el caso de autores de delitos menores que resultan condenados a penas de prisión mucho más severas que las impuestas a los autores de delitos aparentemente mucho más graves. En muchos casos recibe una mayor pena de prisión quien se roba una gallina que quien comete un asesinato o quien se roba miles de millones del erario público.

Por otra parte están las condiciones inhumanas que presentan la mayoría de las cárceles del mundo y de Colombia, establecimientos que más parecen campos de concentración y zonas sin ley que sitios donde se sanciona legalmente a personas que han delinquido. Condiciones que han llevado a amplios sectores de la doctrina a proponer la abolición de la pena de prisión.

De manera que la sociedad se enfrenta al dilema de encontrar el punto de equilibrio que permita castigar los delitos con una pena justa pero sin caer en la crueldad a la hora de imponer penas.

Se presenta pues un debate en torno a severidad de las penas. Ciertos delitos como el homicidio doloso, el secuestro agravado, la tortura o la dirección de grandes actividades de narcotráfico o de corrupción, por su gravedad no pueden ser castigados sino con penas severas de prisión, incluso hay quienes consideran se debería considerar la pena de prisión perpetua en casos de crímenes contra los menores y muchos otros similares en gravedad que se presentan en Colombia.

Lo expuesto anteriormente permite afirmar la importancia de establecer un sistema de penas que imponga un castigo cuya severidad sea proporcional al delito cometido, a la vez que satisfaga las exigencias de justicia por parte de la sociedad.

El combate al crimen en las sociedades se debe expresar a través de una serie de medidas tomadas por el estado tanto para prevenir la comisión de delitos como para sancionar los que se han cometido. Este conjunto de medidas recibe el nombre de política criminal y va desde medidas eminentemente preventivas como la inculcación de valores cívicos en los ciudadanos desde la más pequeña infancia hasta medidas de castigo como la prisión y otras contempladas en el régimen penal.

Parte esencial de esta política criminal es la adopción de modelos de penas orientados a castigar los distintos delitos de acuerdo con su gravedad de manera que el delincuente sin importar su origen social o su capacidad económica reciba un castigo que sea proporcional a la gravedad de la conducta realizada.

Por lo expuesto anteriormente, nos proponemos exponer de forma sucinta la teoría de la proporcionalidad en la variante formulada por el profesor Von Hirsch, señalando sus elementos básicos.

Posteriormente pretendemos someter a crítica y señalar la inconveniencia de la pena máxima de prisión de cinco años propuesta por el profesor Von Hirsch, puesto que esto conduce a liberar rápidamente a delincuentes de alta peligrosidad como autores de homicidios o masacres.

Finalmente buscamos proponer lo que sería el elemento que permite replantear la teoría penológica de la proporcionalidad de manera que por medio de ella se pueda castigar severamente aquellos delitos que la sociedad considera más censurables por su alto grado de lesividad.

Como un ejercicio de aterrizaje de la teoría estudiada intentaremos argumentar entorno a la calificación de gravedad de delitos como los de peculado y otros de corrupción que atentan contra el patrimonio estatal. Así mismo, realizar una ligera revisión del código penal colombiano a la luz del principio de la proporcionalidad para definir qué tan lejos o cerca de la misma se encuentra.

El presente trabajo se basará principalmente en la “*teoría de la proporcionalidad*” o “*teoría del justo merecimiento*” formulada por el alemán Andrew Von Hirsch. Esta teoría, cuya exposición más elaborada se presenta en su obra titulada *Censurar y Castigar*<sup>1</sup>. Como instrumento auxiliar de análisis nos serviremos de la concepción que de la penología presenta el profesor Emiro Sandoval Huertas en su tratado titulado “*Penología*”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y Castigar*, Madrid, Editorial Trotta S.A. 181 Págs.

<sup>2</sup>SANDOVAL, Emiro (1998), *Penología, partes general y especial*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 517 págs.

## 1. CUESTIONES PRELIMINARES

En este primer capítulo es necesario precisar algunos conceptos básicos para nuestro estudio. Nos ocuparemos de definir muy rápidamente lo que es el derecho penal y la penología, así como otros conceptos de cierta utilidad.

### 1.1 EL DERECHO PENAL

Este trabajo se inscribe en el marco del derecho penal, por ello debemos precisar este concepto.

Según Enrique Cury<sup>3</sup>, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del estado asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

Para el profesor Reyes Echandía “el derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico estatal que se caracteriza porque la consecuencia derivada de la violación de sus preceptos es una pena o medida de seguridad”<sup>4</sup>

Similar concepto del derecho penal nos presenta Bernardino Alimena quien lo define como la “ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo; y, por tanto, las relaciones que se deriva del

---

<sup>3</sup> CURY, Enrique (1995), Derecho Penal, parte general. Universidad Católica de Chile.

<sup>4</sup> REYES, Alfonso (1980), Derecho penal (parte general). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. pág. 2

delito como violación del orden jurídico, y de la pena como reintegración de ese orden”.<sup>5</sup>

Vemos que básicamente la doctrina señala al derecho penal como el conjunto de normas jurídicas establecidas por la sociedad y cuya violación acarrea una sanción penal.

En cuanto a la finalidad del derecho penal la doctrina presenta varias ideas, y estas difieren según los intereses de clase que defienden sus proponentes. Si se trata de defensores del orden social, al derecho penal se le atribuye una función de mantenimiento del mismo. Pero si se trata de críticos del orden social, estos ven en el derecho penal un instrumento para defender los intereses de quienes ostentan el poder dentro de determinada sociedad.

Pedro Alfonso Pabón Parra es un exponente del primer grupo. De esa manera, para él el derecho penal tiene por finalidad *“mantener la estabilidad social preservando la incolumibilidad de los bienes jurídicos considerados dignos de tutela por el legislador. Por tanto, es un instrumento de disciplina social, de aplicación formal y fundamentación racional”*.<sup>6</sup>

Sin embargo pensamos que no se puede caer en la visión romántica de ver al derecho penal como el instrumento que tiene la sociedad para defenderse del malhechor que atenta contra los derechos de los asociados, y que defiende los intereses generales de toda la sociedad. Consideramos que el derecho penal, así como las demás instituciones en la sociedad, es un instrumento que se pone al servicio de los sectores más poderosos de la sociedad. Esto explica que la mayoría de los tipos penales estén dirigidos hacia la protección de derechos de los más poderosos, principalmente la propiedad, a la vez que los crímenes que cometen los poderosos o no se castigan o son sujetos de una serie de tratamientos que los ponen

---

<sup>5</sup>ALIMENA, Bernardino (1966), Principios de derecho penal, Madrid, t. 1 pág. 64

<sup>6</sup>PABON, Alfonso (1997), Manual de derecho penal. Leyer, Bogotá, pág. 41

rápidamente en la calle o a vivir en sus mansiones mientras que el delincuente proveniente de las clases populares pasa largas temporadas en las cárceles. Esta es la posición adoptada por Emiro Sandoval cuando se refiere a las funciones no declaradas de la pena indicando que entre estas se encuentra la protección de la propiedad privada, la responsabilización exclusiva del delincuente olvidando la responsabilidad de la estructura social en la génesis del delito, y el mantenimiento de relaciones sociales injustas.

Este carácter del derecho fue puesto de presente por Marx cuando se refirió a la situación de los campesinos de la ribera del Rin en su famoso artículo sobre la ley contra los robos de leña: *“En el artículo sobre los Robos de Leña, Marx elabora una reflexión sobre una nueva ley que prohíbe la recolección de leña a los campesinos, y convierte esa práctica comunal llevada a cabo durante muchos años, en un delito castigado con la cárcel. Es decir, a través de la ley, la recolección deja de ser una práctica comunal acostumbrada y pasa a ser un robo. En esta reflexión Marx muestra que los dueños de las tierras a través de sus representantes en la Dieta Renana, logran hacer un cambio en la propiedad misma, pues pasa de ser propiedad comunal a ser propiedad privada, lo cual expresa en último término la degradación misma de la noción de Estado, pues éste termina por representar los intereses de una clase particular y no los de la comunidad (o sociedad) en su totalidad.”*

En consecuencia, durante este trabajo, se tendrá presente la posición marxista frente al derecho en su conjunto, la que considera que es el instrumento de las clases sociales dominantes para ejercer su dominación sobre el resto de la sociedad; por ello, el derecho penal resulta ser el instrumento más drástico para afirmar el poder de los sectores poderosos de la sociedad sobre los sectores sociales más numerosos pero menos poderosos política y económicamente en la misma sociedad. Esto nos lleva a que nos preguntemos por los verdaderos motivos que impulsan la creación de un tipo penal, no nos debería satisfacer la respuesta simplista de la conveniencia

social sino que deberíamos buscar las verdaderas razones que lo motivan. Llama la atención que se acuda al aparato penal del estado para sancionar el hurto de un yogurt en una gran cadena de supermercados: ¿esta conducta lesiona valores jurídicos de gran importancia para la sociedad? Nosotros diríamos que este tipo penal se explica mejor por el interés de defender la gran propiedad.

## **1.2 DERECHO PENAL MÍNIMO**

En la actualidad a la vez que parte de la doctrina se inclina por tesis que conducen a un derecho penal más severo e intromisivo en la vida del ciudadano, como la corriente del derecho penal del enemigo, otra parte de la doctrina aboga por el llamado derecho penal mínimo, el cual se define como el conjunto de corrientes en el derecho penal que buscan la máxima reducción de la intervención penal del estado en la sociedad, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías dentro del proceso penal, y la rígida exclusión de otros medios de intromisión coercitiva por parte del estado. Aquí encontramos dos corrientes que se diferencian en el hecho de que una considera necesaria la existencia del derecho penal frente al que sería necesario colocar límites para que no atente contra los derechos de los individuos y otra corriente que considera que se debe abolir totalmente el derecho penal dada su inutilidad para evitar el delito, y su uso para fines de dominio dentro de la sociedad. Esta idea de derecho penal mínimo nos servirá especialmente en su crítica frente al excesivo uso que se le da al derecho penal, el cual está invadiendo muchas esferas que bien podrían dejarse al tratamiento policivo o administrativo. Vemos como se acude al derecho penal ahora como primera *“ratio”* pasando por alto un principio que tradicionalmente lo consideró como el último recurso al que acude la sociedad para enfrentar el comportamiento prohibido. La teoría de la proporcionalidad, teniendo entre sus fines la idea de limitar la capacidad del estado para

castigar y la severidad de las penas, puede considerarse cercana a las corrientes reduccionistas del derecho penal.

Nos parece pertinente lo que del derecho penal mínimo dice Ferrajoli: *“Frente a la crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de derecho penal mínimo, debería intentar restituir al derecho penal su naturaleza de instrumento costoso, como extrema ratio, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimalización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales. Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Sólo un derecho penal desburocratizado, limitado como extrema ratio únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.”*<sup>7</sup>

Como vemos, el derecho penal mínimo reclama el pleno respeto de las garantías penales y procesales de los ciudadanos como condiciones irrenunciables de legitimación de la actividad punitiva estatal, es decir que la actividad punitiva del estado se legitima en la medida en que castigue el delito a la vez que respete al máximo las garantías y derechos de los ciudadanos.

### **1.3 CRIMINOLOGÍA**

Igual de útil nos es el concepto de criminología, esta se define como el estudio del origen y desarrollo de la criminalidad y de la criminalización de comportamientos sociales con fines de la política criminal. Su utilidad se pone de relieve en una situación como la que vivimos en Colombia que se caracteriza por la sobreabundancia del hecho delictuoso. Por tanto, nos será muy útil

---

<sup>7</sup>FERRAJOLI, Luigi. “Criminalidad y Globalización”. En: *Claves de razón práctica*, Nº 152 (2005), p. 24.

apoyarnos en explicaciones en torno al origen del delito y a las posibles razones que explican por qué este es tan recurrente en nuestras sociedades. Este punto adquiere más relevancia si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones se usa la sanción penal –especialmente los aumentos de penas– como instrumento de respuesta frente al aumento de la delincuencia. Particular importancia le concedemos desde el punto de vista de la criminología a la relación que tiene la génesis del delito con las particulares condiciones sociales de una sociedad. No es gratuito, como afirma Von Hirsch que las ciudades de la Europa nórdica y central tengan tasas de delincuencia muchísimo más bajas que las de las ciudades de los Estados Unidos. Y ello mismo puede predicarse de las tasas de delincuencia en los países de América Latina marcados por profundas desigualdades económicas.

#### **1.4 LA PENOLOGÍA**

Cabe señalar que aunque el discurso penológico occidental es una construcción esencialmente moderna que se vincula claramente con el pensamiento liberal propio del desarrollo del humanismo que siguió al Renacimiento y que se consolida con la Revolución Francesa de 1789, algunos de los conceptos esenciales para su desarrollo, se remontan a los orígenes del pensamiento occidental. Conceptos como democracia y humanismo son esenciales en el discurso penológico de nuestros días, pero sabemos que estos se remontan a los orígenes de la cultura occidental. El primero tiene sus orígenes en las polis griegas y aunque se trataba de una democracia muy limitada en cuanto a los sujetos a quienes se aplicaba, allí hallamos los orígenes de la forma de gobierno predominante en el mundo occidental. Por su parte el humanismo de la cultura occidental se remonta a las enseñanzas de Jesús de Nazaret, el profeta judío cuya crucifixión por los romanos permitió que su doctrina se extendiera por los confines del imperio y que posteriormente, por medio del dominio de la iglesia católica, se convirtió en

parte esencial del pensamiento occidental a manos de los llamados padres de la iglesia, y posteriormente racionalizado por los filósofos europeos del renacimiento y posteriores a ellos.

No obstante los antecedentes mencionados, nuestro estudio se centrará en los discursos penológicos como tales, los cuales sólo se estructuran con la consolidación del pensamiento liberal que en el campo de las penas tiene su figura principal en Cesare Beccaria, pensador italiano que levanta la voz contra la injusticia y crueldad a la hora de aplicar las sanciones penales.

Es apropiado señalar que la penología cuenta con un valioso tratado escrito por el colombiano Emiro Sandoval Huertas, magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, fallecido durante la toma del palacio de justicia en el año 1985. En dicho tratado titulado Penología, Partes general y especial<sup>8</sup>, Sandoval nos conduce por un relato acerca de la evolución histórica de la penología y su momento actual.

Según el profesor Emiro Sandoval Huertas, la penología es la parte de la criminología que se dedica al estudio de las sanciones penales señaladas en los ordenamientos jurídicos como respuesta a la comisión de delitos. El mismo autor señala que la penología estudia la actividad estatal posterior a la imposición de una sanción por responsabilidad penal<sup>9</sup>. Esta ciencia o disciplina es la que se encuentra directamente vinculada con nuestro trabajo ya que el mismo versa sobre las diferentes penas a imponer frente a la comisión de un delito y sobre los quantums en que estas se deben administrar.

Sandoval indica que el término *“penología fue acuñado por Francis Lieber en 1834, en comunicación enviada a Tocqueville (emisario del gobierno francés que en 1831 había estado visitando las prisiones norteamericanas), y definida*

---

<sup>8</sup> SANDOVAL, Emiro. (1998), Penología, partes general y especial, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 517 págs.

<sup>9</sup> SANDOVAL Emiro, Penología.....ob. cit., pág. 323.

por aquel como *“la rama de la ciencia penal que trata o debe tratar del castigo al delincuente”*.<sup>10</sup>

Señala Sandoval que el concepto de penología prácticamente no ha sufrido modificaciones desde que fue formulado por Lieber, conservando hasta hoy los rasgos de la definición del francés.

Para ilustrar esto veamos la definición que de penología da el Profesor Eugenio Cuello Calón quien señala que la penología es *“ el conjunto de doctrinas e investigaciones relativas a todas las penas y medidas de seguridad y a su ejecución”*<sup>11</sup>

Sandoval define a la penología de la siguiente manera: *“entendemos por penología (represión de la criminalidad) la parte de la política criminal (reacción social) y de la criminología que estudia la actividad jurisdiccional o administrativa posterior a la imposición de una sanción por responsabilidad penal en la comisión de un delito o contravención, y las actitudes sociales vinculadas a dicha actividad”*<sup>12</sup>.

A continuación el autor nos señala lo que a su juicio es el objeto de la penología el cual para él es *“ la ejecución de una pena o medida de seguridad de carácter penal”*<sup>13</sup>

De las citas anteriores podemos concluir que para los autores mencionados la penología es la disciplina auxiliar del derecho penal y la criminología que tiene por objeto el estudio de las distintas sanciones penales que la sociedad ha establecido para castigar las infracciones al derecho penal material o frente a una contravención. Su objeto fundamental es el estudio de la pena.

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* Pág. 324.

<sup>11</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio (1958), *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, t I, pág. 8

<sup>12</sup> SANDOVAL, Emiro, *Penología...* ob. cit., p.333.

<sup>13</sup> *Ibíd.* pág. 47.

## 1.5 LA SANCIÓN PENAL

El concepto básico que vamos a utilizar en nuestro trabajo es el de sanción penal ó pena la cual se considera como la última reacción institucional judicial o administrativa, ante la comisión de un hecho legalmente punible por parte de un sujeto imputable. Si bien el concepto de pena (entendido como el castigo que se impone ante la comisión de un conducta prohibida por la sociedad) se remonta miles de años en la historia, siendo aplicado desde los primeros tiempos de la civilización, el término “pena” comienza a ser usado por Beccaria en su obra titulada “De los delitos y de las penas”<sup>14</sup> y, salvo leves modificaciones, hoy se conserva la definición propuesta por el italiano . Para Beccaria, a quien le debemos la más antigua definición de pena, esta constituye el castigo que se impone como consecuencia de violar la ley “*sin destruir la causa impelente*”<sup>15</sup>, es decir sin ocuparse de la causa que originó esa violación de la ley.

El Diccionario de la Real Academia Española la define así: “*castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta*”<sup>16</sup>

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual la pena se define como: “*sanción, previamente fijada por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados*”<sup>17</sup>

Carrara la define como “*el mal que la autoridad pública inflige a un culpable por causa de su delito*”<sup>18</sup> .

Ulpiano,<sup>19</sup> jurisconsulto romano, considera la pena como una venganza frente al daño sufrido.

---

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare, (1994), De los delitos y de las penas, Barcelona, Altaya, 198 págs.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Editorial Espasa, 2001. p. 1719.

<sup>17</sup> Diccionario Enciclopédico de derecho usual. 21 ed. Editorial Heliasta, 1989. 2 T, p. 182

<sup>18</sup> CARRARA, Francisco, (1973) programa de derecho criminal, Bogotá, Temis. 582 págs.

Orgaz<sup>20</sup> manifiesta que la pena es la sanción jurídica que se aplica a los delincuentes, ante la comisión o del intento de comisión de delito.

El profesor Cuello Calón define la pena en los siguientes términos: *“la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”*<sup>21</sup>

Por su parte Pedro Alfonso Pabón la define como la *“sanción legal derivada de la realización de un hecho punible por sujeto imputable. Supresión o disminución temporal o parcial, de un bien jurídico radicado en cabeza de quien ha sido declarado responsable de una infracción penal que el estado impone por medio de su rama jurisdiccional”*.<sup>22</sup>

El profesor Alfonso Reyes Echandía frente a la pena afirma lo siguiente: *“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.”*<sup>23</sup>

Para Ferrajoli *“La pena (...) es una sanción infligida (...) cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria, y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal...”*<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Diccionario Enciclopédico de derecho usual. 21 ed. Editorial Heliasta, 1989. 2 T, p. 182

<sup>20</sup> *Ibíd.*,

<sup>21</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio, La moderna ... , ob. Cit., pág. 16

<sup>22</sup> PABON PARRA, Alfonso, manual de derecho penal, 1997, Leyer, Bogotá, pág. 191.

<sup>23</sup> REYES E, Alfonso, La punibilidad, Publicaciones U. Externado de Colombia, Bogotá, 1978, pág. 14

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, ob. Cit. pág. 368.

Por su parte Sandoval Huertas señala que la pena es: *“la última reacción institucional, de carácter judicial o administrativo ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable”*<sup>25</sup>.

Así, vemos cómo los distintos autores señalan la pena como un mal, un perjuicio, o una consecuencia negativa que se le impone a quien ha sido hallado responsable de la comisión de un delito, es decir a quien ha violado la ley penal.

De las definiciones anteriores podemos indicar ciertos rasgos de las penas. En primer lugar se trata de un castigo frente a los delitos cometidos. En segundo lugar se trata de un castigo preestablecido legalmente, lo cual indica que se trata de una regla establecida previamente por la sociedad y que amenaza a todos los individuos con un castigo si se realiza determinada conducta. En tercer lugar vemos que la naturaleza de la pena es la misma de la del delito: se trata de una afectación de intereses jurídicos. Lo que diferencia a la pena del delito es el hecho de que esta la impone la “sociedad” como consecuencia de la comisión del delito.

## **1.6 ORIGEN DE LAS PENAS**

Desde las más antiguas civilizaciones el género humano se ha encontrado con que, debido a muy diversas circunstancias cierto número de individuos no se someten a las normas que se han impuesto en una sociedad como garantía de determinado orden, y en consecuencia violan las prohibiciones que, mediante la ley penal, la sociedad ha impuesto. El problema de la desobediencia a la ley es tan antiguo que ya en el relato del antiguo testamento se señala cómo Adán y Eva son expulsados del jardín del Edén como castigo a su desobediencia frente al mandato del creador para abstenerse de comer de los frutos del árbol del prohibido: *“ Y a Adam Dios le dijo: por cuanto has escuchado la voz de tu mujer, y comido del árbol que te*

---

<sup>25</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Penología... ob. cit., Pág. 38

*mande no comieses, maldita sea la tierra por tu causa: con grandes fatigas sacarás de ella el aliento en todo el curso de tu vida.”<sup>26</sup>*

De manera que desde tiempos remotos las sociedades se han enfrentado al problema de sujetos que violan las normas impuestas y la necesidad de castigar esas violaciones. Consecuencia de lo anterior es que esas mismas sociedades, las de antes y las de ahora, se enfrentan al problema de qué hacer con el desobediente transgresor de la ley, concretamente cómo castigarlo. Eso ha llevado a que a través de la historia se haya intentado de diversas maneras justificar la existencia del castigo frente a la violación de la ley penal.

## **JUSTIFICACIÓN DE LA PENA**

Es necesario indicar que, como lo señala Rosa del Olmo, los discursos penales están condicionados por la ideología dominante en la sociedad y esta por las fuerzas hegemónicas en la sociedad. Al respecto la criminóloga venezolana sostiene: *“La ideología punitiva de una sociedad responde a la ideología dominante en un momento histórico determinado, subordinándose a las leyes del mercado de trabajo, lo cual implica la constatación de importantes transformaciones de la ideología en diferentes instancias históricas y de acuerdo con las necesidades de cada sociedad.”* .... *“Así vemos como en el transcurso del capitalismo europeo se implantaron diferentes tipos de pena, de acuerdo con la ideología imperante, consecuencia de sus diferentes fases de desarrollo económico. Hubo épocas en que predominó la pena de muerte, las penas corporales con todas sus variantes, la pena de destierro o deportación, y por último, solo recientemente, las penas privativas de libertad que surgen en el siglo XVIII”<sup>27</sup>*

---

<sup>26</sup> Sagrada Biblia. Traducido de la Vulgata Latina por José Miguel Petisco. 9 edición. Editorial Apostolado de la prensa. Génesis 3:17.

<sup>27</sup> DEL OLMO, Rosa (1981) América Latina y su criminología, México, siglo XXI. pág. 43

También es necesario recordar que las penas están vinculadas con la estructura de la sociedad en que operan; es decir las sociedades de la antigüedad acudieron a penas diferentes de las que usan las sociedades de la actualidad. Del Olmo cita a dos conocidos autores alemanes famosos por su estudio que relaciona la sanción penal con la estructura de la sociedad: *“Rusche y Kirchheimer han resumido muy claramente esos cambios cuando dicen al respecto lo siguiente: “Si una economía esclavista cuenta con una baja oferta de esclavos y una alta demanda, no puede descuidar la esclavitud penal. En el feudalismo ya no se puede usar este tipo de castigo, pero no se pudo encontrar otro método para el empleo adecuado de la fuerza de trabajo del condenado. Se necesitó entonces regresar a los viejos métodos de la pena de muerte y la pena corporal ya que la introducción de las multas pecuniarias era imposible debido a la economía. La casa correccional alcanzó su cumbre bajo el mercantilismo y le dio gran ímpetu al desarrollo del nuevo modo de producción. La importancia económica de la casa correccional desaparece con el surgimiento del sistema fabril...la transición a la sociedad industrial moderna que exige la libertad del trabajo como condición necesaria para el empleo productivo de la fuerza de trabajo, redujo el papel económico de los condenados al mínimo”<sup>28</sup>*

Para justificar la existencia de la pena se ha acudido a diversas explicaciones, las cuales han variado con el transcurso del tiempo. Principalmente podemos señalar la existencia de tres grupos de teorías justificadoras de la pena las cuales son las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías mixtas que usan elementos de las dos primeras.

#### a) TEORÍAS ABSOLUTISTAS

Las teorías absolutistas consideran que la pena es un fin en sí mismo. Se castiga porque se ha delinquido, se busca hacer justicia. Estas teorías son:

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*

- Teoría de la reparación. El delito ocasiona un daño tanto al individuo como a la colectividad y éste debe ser reparado con el dolor que la pena produce en el delincuente.
- Teoría de la retribución. La pena es la respuesta justa al delito. Al respecto señala el filósofo Emmanuel Kant: *“la ley penal es el imperativo categórico y la pena, retribución necesaria que se inspira en el concepto de justicia absoluta”*.<sup>29</sup>
- Por su parte, el filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel considera que: *“la pena, siendo negación del delito y éste a su vez negación del derecho, reafirma el imperio del Estado”*<sup>30</sup>

## b) TEORÍAS RELATIVAS

Las teorías relativas toman la pena como un medio para alcanzar otras metas. Estas otras metas pueden ser la prevención, resocialización, defensa social, etc. Dentro de estas teorías encontramos las siguientes:

- Teoría preventiva: La pena pretende evitar que se cometan nuevos delitos; se orienta a crear en la conciencia ciudadana el temor al delito y sus consecuencias, con el objetivo de impedir que el delincuente reincida, además, en sus actos lesivos.
- Teoría correccionalista: El delincuente es visto como un sujeto anormal que necesita tratamiento esencialmente educativo, para corregir las fallas que

---

<sup>29</sup>KANT, Emmanuel. Principios metafísicos del derecho. México: Editorial Cajica, 1962. p. 185. Citado en: REYES ECHANDÍA, Derecho penal, Ob. cit., p.248.

<sup>30</sup>HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Líneas fundamentales de la filosofía del derecho. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1937. p. 110/116. Citado en: REYES ECHANDÍA, Derecho penal, Ob. cit., p.248.

lo condujeron al delito y así pueda regresar a la sociedad cuando esté recuperado.

- Teoría positivista: La función de la pena es lograr la resocialización del delincuente por ser un sujeto anormal y la de proteger a la sociedad de la peligrosidad demostrada por él.

### c) TEORÍAS MIXTAS

Las teorías mixtas consideran que la pena tiene un carácter absoluto (retribucionista o reparador), pero además tiene una finalidad de carácter relativo (prevención, corrección, etc.). Un atractivo de estas teorías es que presenta elementos de las dos anteriores y los presenta juntos en una teoría más completa.

Un exponente de estas teorías mixtas es Carrara quien afirmaba: *“el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad turbado por el desorden del delito, sin perjuicio de su función intimidatoria y de su objetivo específico de enmienda”*<sup>31</sup>.

## 1.8 FUNCION DE LA PENA EN COLOMBIA

En el Código penal colombiano se reconocen las siguientes funciones a la pena: *“ARTÍCULO 4 - Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”*<sup>32</sup>

Por su parte, la Constitución Política de nuestro país limita la severidad de las penas en los siguientes términos: *“Artículo 12: Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penascruels, inhumanos o*

---

<sup>31</sup>CARRARA, Francisco. Programa de derecho Criminal. Citado en: Reyes Echandía, Derecho penal, Ob. cit., p. 250

<sup>32</sup> Código Penal Colombiano, art 4.

*degradantes.*”<sup>33</sup> Respecto de la finalidad de la pena en Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que *“la pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”*<sup>34</sup>.

Esta consideración tiene relevancia en el presente trabajo, ya que tratará sobre los límites que deben alcanzar las sanciones penales.

Un último apunte frente a la función de la pena: una parte de la doctrina señala que la sanción penal, además de las funciones declaradas, las que se reconocen abiertamente, tiene otras funciones llamadas no declaradas las cuales permiten lograr objetivos que no se reconocen abiertamente. Si la privación de la libertad no satisface los fines propuestos, cabe preguntarse ¿por qué se mantiene? Porque logra los fines no declarados, afirma Sandoval. Se entiende por fines no declarados de la sanción penal *“aquellas situaciones que resultan directa o indirectamente de su aplicación, bajo cualquier título jurídico, sin que oficial o doctrinariamente se exprese que se busca su surgimiento”*<sup>35</sup>. Estas funciones, dice Sandoval, lejos de ser perseguidas o estorbadas por la organización política, son toleradas y aceptadas tácita pero gustosamente. Entre las principales funciones no declaradas de la pena se señalan una función vindicativa o de retaliación, expresión del deseo de venganza que surge en el hombre cuando es agredido; una función de encubrimiento ideológico que opera al ignorar la gran responsabilidad de la sociedad en el surgimiento de la criminalidad; y una función de reproducción de la criminalidad, la cual es

---

<sup>33</sup> Constitución Política de Colombia, art 12.

<sup>34</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-430/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>35</sup> SANDOVAL, Emiro, Penología... ob. Cit. pág. 422

necesaria para la existencia del ejército de funcionarios (abogados, jueces, fiscales, policía, guardias penitenciarios, psicólogos etc.) que dicen combatirla pero que no podrían existir si aquella desaparece. Tengamos presente que las prisiones son verdaderas universidades del crimen en donde los condenados perfeccionan sus habilidades delincuenciales. Finalmente se indica una función de reforzamiento de la protección de la propiedad privada toda vez que éste bien jurídico es el que más se protege mediante los distintos tipos penales. En el terreno de la represión al delito político, Sandoval indica que son funciones no declaradas de la pena el mantenimiento del statu quo, el control sobre las clases sociales dominadas y el control de los opositores políticos.

## **1.9 SISTEMA PENAL Y SOCIEDAD**

Un aspecto muy importante de los sistemas penales es que estos sirven como indicadores del desarrollo de las sociedades y de su avance por la senda democrática. Es claro que una dictadura no adoptará un régimen penal garantista o de derecho penal mínimo. Ferrajoli lo expresa de la siguiente manera: *“el sistema penal (es) un importante indicador del desarrollo, como evolución, y de la orientación, como opción, del Estado y de la sociedad. La lectura de las normas penales, pero más todavía el conocimiento de los hechos punitivos, la fenomenología del juicio y de la pena”, esclarecen el carácter democrático o autoritario de una comunidad*<sup>36</sup>

## **1.10 EVOLUCIÓN DE LA PENA**

En el período primitivo, cuando aún no existía un orden jurídico, ni una población organizada, los “delitos” eran considerados acciones lesivas ejercidas en contra de

---

<sup>36</sup>FERRAJOLI, Luigi, “Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal”, En: *Capítulo Criminológico*, 16, 1988, p. 3.

las personas en forma individual. Por esta razón, los sujetos afectados tenían el poder de castigar directamente a sus agresores en su integridad personal, de manera privada y sin ningún tipo de limitación, es decir, el poder de ejercer justicia por su propia mano. Así pues, la primera función de la pena consistió en satisfacer la sed de venganza de cada una de las personas lesionadas, sin medir sus consecuencias.

A partir de lo anterior podemos señalar la existencia de dos grandes periodos de la pena: en un primer momento fue un castigo privado que básicamente buscaba la venganza por parte de la víctima o sus allegados, y a la par con el desarrollo de la sociedad, se convirtió en un castigo público impartido en nombre de la sociedad.

Enrico Ferri, en su libro *“Principios del Derecho Criminal”*<sup>37</sup>, expresa que en el primer período la pena no solo consistió en una simple venganza privada sino que tuvo el carácter de *“venganza defensiva”*, pues pretendía en cierta forma prevenir la ocurrencia de hechos iguales que fueran cometidos por el mismo agresor o por personas diferentes.

En un período posterior, la religión obtuvo el dominio absoluto sobre todas y cada una de las actividades que se desarrollaban en la sociedad; reguló los parámetros y las conductas que debían seguir quienes hacían parte de la misma, y fue así como el delito se relacionó con violación de la ley divina y la pena, en consecuencia, se consideró como castigo divino.

Este proceso de tránsito de la venganza privada a la pública es descrito por Ferrajoli en los siguientes términos: *“Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una culpable y feroz pasión”, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del*

---

<sup>37</sup>FERRI, Enrico. Principios de derecho criminal. Editorial Reus, 1933. p. 15.

*derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada -las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas- no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida-ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial.”<sup>38</sup>. Más adelante el mismo autor escribe: “La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la de la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las mismas penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos. Sería imposible suministrar un inventario sólo sumario de las atrocidades del pasado concebidas y practicadas bajo el nombre de “penas”. Se puede decir que no ha habido aflicción, desde los sufrimientos más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia.”<sup>39</sup>*

Finalmente, con el ascenso de la burguesía al poder, a la pena se le asignó funciones como la resocialización del delincuente y últimamente la incapacitación del mismo en pos de la protección de la sociedad.

---

<sup>38</sup>FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta. 989 págs.

<sup>39</sup>FERRAJOLI, *Derecho y razón..., cit.*, pp. 386-387

## 1.11 EVOLUCIÓN DE LA PENA COMO CASTIGO PÚBLICO

Si seguimos la principal función declarada de la pena en distintos momentos históricos, podemos determinar la existencia de cinco fases de la evolución de la sanción penal. Ellas son fase vindicativa, expiacionista o retribucionista, correccionalista, y resocializante.

Al respecto Sandoval Huertas escribe: *“Con base, pues, en la función declarada predominante en cada una de las etapas de la evolución de las sanciones penales y acogiendo parcialmente el modelo que para efectos similares usa Neuman, diferenciamos entre fase vindicativa, expiacionista o retribucionista, correccionalista, y resocializante”*<sup>40</sup>

En la fase vindicativa el objetivo principal era la venganza. Se trataba de devolver al autor del delito un mal como consecuencia de su acción ilícita. Esta etapa se considera superada por la humanidad y se considera patrimonio de pueblos primitivos. A pesar de ello Sandoval hace el siguiente apunte: *“aun en nuestros días, la finalidad vindicativa aflora hasta en los textos legales; nos referimos a aquellos delitos que para ser investigados y procesado su autor, exigen querrela o solicitud de la parte ofendida, como quiera que una de las varias razones que explican el mantenimiento de esas conductas en las legislaciones penales es el reconocimiento, tácito pero inequívoco de que frente a ellas solo quien ha sufrido un perjuicio puede tener algún interés en reaccionar.”*<sup>41</sup>

La fase expiacionista corresponde a una época en la que el poder político se fusiona con el religioso y este se convierte en legitimador de aquel; simultáneamente asimila el concepto de delito con el de pecado por lo que ahora la sanción penal se considera como una retribución divina por haber violado la ley. Su base era la idea de la expiación, el dolor que redime del

---

<sup>40</sup> SANDOVAL, Emiro, ob. cit. pág. 51

<sup>41</sup> Ibíd. pág. 53.

pecado. Durante esta etapa se usó la prisión como medio de aprovechar el trabajo de los reclusos.

La fase correccionalista corresponde al ascenso de la burguesía al poder en Europa y al uso de la prisión como castigo en sí mismo. Ahora la finalidad no es apropiarse del producto del trabajo de los reclusos sino, consecuencia del pensamiento liberal, lograr la corrección del condenado. A esta fase corresponde la elaboración del célebre “panóptico”, un establecimiento modelo para la reclusión, a manos del inglés Jeremías Bentham.

La última fase, en la que se dice nos encontramos, es la fase resocializante. En esta, la finalidad de la pena es la reeducación del condenado y su preparación para la vuelta a la sociedad en el menor tiempo posible y mediante un “tratamiento” penitenciario. Nuestro código penal le asigna a la pena, entre otros fines, la resocialización del condenado. Su rasgo clave, lo que diferencia a esta etapa de la anterior, es el uso de un método que guía el tratamiento penitenciario para lograr la finalidad de la resocialización.

La idea resocializadora hoy es objeto de diversos ataques ya que es evidente que los centros penitenciarios no están devolviendo a la sociedad ciudadanos resocializados. Las críticas al ideal resocializador desde el punto de vista teórico son variadas y tocan puntos como la incongruencia entre el fin de resocializar a un hombre a través de un instrumento que lo segrega de la sociedad a la que debe volver, la violencia extrema inherente al sistema carcelario, la imposibilidad de que una pena privativa de libertad de corta duración- y penas como la multa o la suspensión de derechos civiles- pueda permitir poner en práctica un tratamiento de resocialización, la poco creíble pretensión científica del tratamiento penitenciario, y finalmente la asunción implícita de que el delincuente es el único responsable del delito dejando de lado la estructura social que lo posibilita. A estas críticas desde el punto de vista teórico se les agregan otras que tienen un enfoque más empírico. Sandoval

Huertas dice lo siguiente: “...*insistimos en que el más importante y definitivo cuestionamiento a todo el conjunto de finalidades oficiales de la sanción penal, proviene del examen de las funciones no declaradas de la privación de libertad...*”<sup>42</sup> finalidades ya mencionadas en este escrito por lo cual no es necesario repetir.

El fracaso de la pena en su fin resocializador es más visible aún en el caso de quien ha sido penado por razones del delito político. Al respecto Huey Newton escribe: “*la prisión tampoco puede alcanzar victoria sobre el prisionero político ya que no hay nada de lo que se le pueda rehabilitar. Se niega a aceptar la legitimidad del sistema y se niega a participar, participar es reconocer que la sociedad es legítima, por razón de la explotación de los oprimidos*”<sup>43</sup>

Prueba de ello señala Sandoval es que el estado más que la rehabilitación del delincuente político mediante la prisión, ha buscado que este abandone su causa por medios diferentes a la pena como son el soborno, prebendas económicas u otras formas más sutiles para comprar voluntades humanas.<sup>44</sup>

## **1.12 CLASES DE PENAS**

Hoy Existen muchas clases de penas y pueden recaer fundamentalmente sobre la vida, el patrimonio económico o la libertad y los derechos civiles.

La doctrina ha indicado muchos criterios para clasificar las distintas penas. Desde el punto de vista de su duración, pueden ser perpetuas o temporales. Desde el punto del interés jurídico afectado pueden ser contra la vida, contra el patrimonio económico o contra la libertad.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.* pág. 145

<sup>43</sup> NEWTON, Huey. *Cárcel, ¿cuál victoria?* En: DAVIS, Ángela, *Si llegan por ti en la mañana...Vendrán por nosotros en la noche.* pág. 67.

<sup>44</sup> SANDOVAL HUERTAS, *Penología...* ob. Cit. pág. 179.

En el pasado se usó penas corporales, destierro, trabajos forzados, galeras y otras.

Nos parece más conveniente la clasificación que tiene por criterio el interés jurídico que se afecta con la pena ya que nos parece un criterio que atiende a la esencia de la misma. Por ello usaremos la clasificación propuesta por el profesor Sandoval quien al respecto indica: *“ en el ámbito penológico consideramos adecuado clasificar las penas mencionando expresamente el interés jurídico hacia el cual se dirige la acción institucional, es decir, de la misma manera como universalmente las codificaciones penales distinguen los comportamientos punibles. Distinguimos fundamentalmente, entonces, entre penas contra la vida, contra la integridad personal, contra la libertad individual, contra el patrimonio económico y contra la integridad moral; y en categorías elaboradas en forma análoga se ubicarían cualesquiera otras penas. Dicha clasificación tiene, la ventaja metodológica de emplear como fundamento un solo criterio y, de otra, la de recordar constantemente que la violencia, prohibida como delito, es preceptuada, rebautizada y justificada como sanción, es decir, que entre delito y pena no existe diferencia ontológica sino meramente formal.”*<sup>45</sup>

Esta clasificación señalada por Sandoval, se identifica con el criterio que para medir tanto la gravedad del delito como la severidad de la pena señala la teoría de la proporcionalidad, y comparte la posición de Von Hirsch referente a que tanto el delito como la pena afectan intereses jurídicos y tanto la gravedad del primero como la severidad de la segunda deben medirse por el grado de afectación que tienen sobre los intereses jurídicos.

---

<sup>45</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Penología... ob. cit., p.39.

### **1.13 DETERMINACIÓN DE LA PENA**

Uno de los problemas más apasionantes del derecho penal es el de la determinación de la cantidad de pena que debe recibir el ciudadano que se encuentra responsable de la comisión de determinado delito.

El mencionado es un problema de la mayor importancia. Nos encontramos frente a la necesidad de dar al delincuente el castigo adecuado a su delito, es decir el castigo que deje satisfecha a la sociedad que ha sido víctima del delincuente.

Frente al problema hay múltiples opiniones que van desde las más severas que defienden altas penas aun para delitos menores confiando en que una pena alta atemorice a otros posibles delincuentes, a la vez que se le da un duro castigo al delincuente de un caso particular. Otros tienen posiciones consecuencia de ideas abolicionistas frente al derecho penal, que los llevan a defender penas mínimas para los delincuentes, es el caso del alemán Von Hirsch quien sostiene que la pena máxima de prisión para los delitos más graves debería ser de cinco años.

Entre estos dos extremos se ubican posiciones intermedias que buscan un equilibrio entre sancionar el delito y considerar al delincuente como una persona que debe ser tratada con criterios y penas humanizantes pero sin desconocer que merece un castigo por su comportamiento delictivo.

Un hito importante frente a la determinación de la pena lo constituye la teoría de la resocialización la cual reinó en el discurso penológico desde fines del siglo XIX hasta los años 70 del siglo pasado. El ideal resocializador planteaba que por medio del tratamiento penitenciario era posible devolver a la sociedad un individuo capaz de desenvolverse en ella respetando sus normas.

#### **1.14 LA PENA JUSTA**

Ciertas corrientes filosóficas han tenido entre sus campos de acción la reflexión en torno a la justicia y esto se ha reflejado en torno a la pena. Se plantea pues la cuestión de cuál es la pena justa. El castigo penal y su justificación siempre ha estado vinculado con el tipo de sociedad en el que se impone. Así, en tiempos en donde reinaban las creencias filosóficas y religiosas dominantes en una sociedad dada, han jugado un papel importante a la hora de determinar los tipos de castigo a imponer y su justificación. Allí donde reinó la religión como poder hegemónico presenciamos penas dirigidas a la purificación del alma a la vez que se despreciaba totalmente el cuerpo del condenado. Esa es la razón por la cual en la edad media se torturaba y descuartizaba o se quemaba en la hoguera al condenado todo en pos de lograr una confesión y una declaración de arrepentimiento del condenado. Posteriormente en tiempos de dominio de las ideologías liberales el castigo, al menos teóricamente, se humaniza y se proscriben los castigos corporales de la misma manera que a medida que avanza el liberalismo nos alejamos de la pena de muerte y condenas como la prisión perpetua. Como ejemplo de cómo la estructura de la sociedad influye en las penas, podemos citar la explotación del trabajo del recluso cuando escaseaba la mano de obra y su eliminación una vez que hubo un exceso de fuerza de trabajo disponible en las ciudades de Europa.

Cuando se habla de pena justa se toca el tema de la justificación de la misma. Se considerará justa la pena que cumpla la finalidad que se le ha asignado. Así, desde el punto de vista resocializador se considerará como una pena justa la que consiga lograr el fin de entregar a un individuo resocializado, a pesar de que ese fin se logre con condenas abismalmente diferentes frente a un mismo delito toda vez que los condenados responden de manera diferente al tratamiento penitenciario, dándose el caso de que un autor de cierto hurto se someta a la disciplina penitenciaria y se declare

rápidamente rehabilitado, a la vez que otra persona acusada del mismo delito debido a que no se sometiere a la disciplina penitenciaria, muchas veces llena de abusos, no logre pasar los periódicos exámenes que se le practiquen para determinar su evolución y en consecuencia no se declare rehabilitado y por lo tanto continúe en prisión por mucho más tiempo.

Desde el punto de vista de la incapacitación del delincuente en vista de la protección de la sociedad se vería como justa una pena consistente en muchos años de prisión aún para el autor de un delito de gravedad menor. Atendiendo a otros factores como los antecedentes penales. A ese extremo se ha llegado en los Estados Unidos al amparo de políticas de tolerancia cero frente al delito, cuyo punto extremo es la política de *“a la tercera estás fuera”* consistente en que al tercer delito, sin importar la gravedad, así se trate de simples hurtos menores, es posible imponer una condena a prisión perpetua o largas condenas que equivalen a la misma prisión perpetua.

Pero el panorama cambia si adoptamos otro criterio para valorar la pena justa. La propuesta de Von Hirsch es que la pena justa es la que se impone en atención a la gravedad del daño ocasionado con el delito, así si se comete un delito menor, la pena debe consistir en una pena suave y si se comete un delito grave, la pena justa sería una pena severa. Este es el criterio que adoptaremos para valorar la justicia de la pena y en él reside la médula de la teoría de la proporcionalidad de las penas.

## 2. LATEORIA DE VON HIRSCH.

### 2.1 ORIGEN DE LA TEORIA.

La teoría del profesor Andrew Von Hirsch, en su versión más elaborada se presenta en el texto titulado "*Censurar y castigar*"<sup>46</sup>, el cual fue publicado en 1993. El mismo es la principal base del presente trabajo de grado. Sin embargo la primera exposición sistemática de la teoría del merecimiento la presentó Von Hirsch en *Doing Justice*<sup>47</sup>, escrito publicado en 1976.

Esta teoría ha recibido diferentes nombres. Se la conoce también como teoría del justo merecimiento o teoría de la pena justa. La idea central de su teoría es la proporcionalidad en la ley penal, la cual se expresa de la siguiente manera: la severidad de la sanción debe estar acorde con la gravedad del delito.

Hasta la década de los 70 del siglo pasado en Norteamérica domina la idea rehabilitadora, que sostenía como principal objetivo de la sanción penal la rehabilitación del delincuente por medio del tratamiento penitenciario. Esta tesis resocializadora afirmaba que "*ni la ley ni el juez pueden determinar el tiempo exacto de la condena, ya que el tiempo de la pena depende de la evolución de la persona condenada en el interior de la institución*"<sup>48</sup>. De esa manera se permitía la incertidumbre en la duración de la pena puesto que la misma estaba condicionada a que el condenado mostrara signos de que estaba apto para ser devuelto a la sociedad sin representar un peligro para la misma, es decir que mostrara haberse resocializado. La ley señala un marco y el operador jurídico se mueve en él según las circunstancias. Un rasgo

---

<sup>46</sup>VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y Castigar*, Madrid, Editorial Trotta S.A. 181 Págs.

<sup>47</sup> VON HIRSCH, Andrew (1976), *Doing Justice*.

<sup>48</sup> VON HIRSCH, *Censurar y....* ob. Cit. pág. 12.

importante de la ideología rehabilitadora es la constante evaluación del condenado en busca de señales que indicaran que se ha resocializado.

Este ideal resocializador en la práctica se traducía en condenas indeterminadas donde el juez se limitaba a indicar el tipo de pena, digamos prisión, y su duración dependía de la autoridad penitenciaria que evaluaba el comportamiento del condenado. Así, el margen de maniobra de la autoridad penitenciaria era muy amplio y llevaba, además, a que en la práctica encontráramos penas muy dispares para delitos semejantes. Tal es el caso de dos condenados por un mismo delito castigados con pena de prisión, si uno mostrase signos de resocialización, éste era puesto en libertad, mientras que el otro, al no mostrar signos de resocialización, permanecía en prisión. Esto no parece muy justo puesto que ambos cometieron el mismo delito. Con esta teoría penológica era fácil encontrar a personas que habiendo cometido el mismo delito, recibían penas abismalmente diferentes.

Frente a esta realidad se comienza a desarrollar la teoría del justo merecimiento o, como también se le conoció, el modelo de la pena merecida. La cual, básicamente, propone que la pena debe estar claramente determinada por la ley y que su severidad está en relación con la gravedad del delito que la origina. La consecuencia práctica es que a autores de delitos de igual gravedad se le debe imponer penas de igual severidad, y así se destierra la posibilidad de que frente a dos homicidas de la misma calidad, uno reciba una pena de cinco años y el otro reciba una pena de diez años de prisión.

La idea de la proporcionalidad de las penas es de vieja data y de ella encontramos antecedente en Beccaria, quien, en el capítulo sexto de su libro la expresó de la siguiente manera: “ *más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerles. Debe por esto haber una*

*proporción entre los delitos y las penas*". Y termina diciendo: "Si se destina una pena igual a dos delitos, que ofendan desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja"<sup>49</sup>. Vemos en Beccaria la primera formulación de la necesidad de castigar a los delitos con una pena que tenía relación directa con su gravedad. Esta necesidad en el italiano se desprende del hecho de que los distintos delitos reportan al autor diversas ventajas y la manera para evitarlos es proporcionar un motivo que retraiga a los hombres de cometerlos, es decir que cuando un hombre contemple la posibilidad de cometer un delito, a la hora de realizar un balance de los riesgos, el balance le resulte desfavorable debido a que cometer el delito más grave le acarrearía una consecuencia más grave.

La teoría de la proporcionalidad en las penas es una corriente que agrupa a diversos autores entre los que Von Hirsch es solo uno de muchos, si bien el más conocido por sus textos. También es preciso señalar que no existe una única formulación de la teoría de la proporcionalidad de las penas. Se trata de un conjunto de formulaciones sobre la proporcionalidad de las penas, que tienen en común la idea de que la pena debe estar en proporción con el daño que se ha causado con el delito, diferenciándose entre ellas en los mecanismos que se proponen para lograr eso y en aspectos tales como la duración de las penas.

En esta corriente de la proporcionalidad de las penas destaca la propuesta del alemán Andrew Von Hirsch la cual se encuentra formulada en textos como "*Doing Justice*", primer texto en el que se presenta de manera sistemática esta teoría, la cual posteriormente se fue reformulando hasta tomar su forma actual. Finalmente en los noventa en el libro titulado "*Censurar y castigar*" Von Hirsch expone la versión más elaborada de su teoría.

---

<sup>49</sup> BECCARIA, Cesare, Ob. Cit. pág. 64.

En el presente trabajo de grado solo nos ocuparemos de la versión que de la proporcionalidad de la pena plantea Andrew Von Hirsch. Veamos en qué consiste su teoría.

## **2.2 CONTENIDO DE LA TEORIA DE LA PROPORCIONALIDAD.**

En primer lugar debemos indicar tres “*asunciones*” en las cuales se basa la propuesta de Von Hirsch. La primera “*es que la justicia importa, e indudablemente debiera tener primacía en el momento de distribuir los castigos*”<sup>50</sup>. Esta es la base esencial de la teoría planteada, ya que lo que se busca es presentar una teoría que permita imponer penas de una manera lo más justa posible. Si bien los discursos en torno a lo que es justo son más de tipo filosófico, el autor considera que la justicia es un valor muy presente en la vida diaria de los hombres. En la vida cotidiana el ser humano se enfrenta a situaciones en las que emite su juicio en torno a si algo es justo o no. El valor de la justicia es algo tan intrínseco al ser humano que hasta un niño es capaz de emitir juicios en torno a la justicia del castigo, como bien lo indica Von Hirsch. En muchas ocasiones el niño al ser castigado de manera muy severa frente a una infracción leve a la disciplina familiar protesta frente a la severidad del castigo, aun reconociendo que ha fallado y que por lo tanto debe ser castigado pero no de forma severa. De manera que vemos cómo en las personas, aun en su vida cotidiana, está presente cierta idea de la relación que debe existir entre una falta y la consecuencia que se deriva de ella. Sin embargo lo que se considera injusto en un tiempo histórico, en otro tiempo ya no lo es. Hubiera sido aberrante protestar contra el castigo impuesto por el “*pater familias*” de la sociedad romana. O contra los castigos impuestos por un soberano en los tiempos de los monarcas absolutos. Igual de absurdo sería protestar contra la injusticia del castigo del mullah en una teocracia islámica. Vemos que la justicia no es un valor absoluto sino que es un valor histórico determinado por los valores y creencias que en determinado

---

<sup>50</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág. 28

momento la sociedad acepta. En este sentido para la teoría que nos ocupa, la justicia en la pena tendría que ver con que el castigo al delincuente imponga un sufrimiento proporcional al daño que el delito ha causado.

La segunda asunción *“es que la benignidad del castigo cuenta. Los castigos dañan a aquellos que los sufren, y una sociedad decente debiera intentar mantener en el mínimo la imposición deliberada de sufrimiento”*<sup>51</sup>. Este es un tema recurrente de la filosofía liberal que se impuso con las revoluciones burguesas. Puesto que el hombre ha pasado a ocupar el centro de la reflexión filosófica, convirtiéndose en fin, ahora en materia de la sanción penal se trata de evitar la crueldad, por esa razón la prisión se convierte en la pena burguesa por excelencia. Se trata de superar la época de los castigos corporales que buscaban la purificación del alma. Esta idea cobra más importancia si consideramos la realidad de nuestras sociedades, en donde las cárceles se han convertido en una zona de atropellos y torturas que demandan con urgencia el cumplimiento del principios como la integridad corporal y la materialización de la idea de que la sanción es la privación de la libertad en sí misma y no el sufrimiento y otras privaciones del condenado en la prisión.

Y la tercera asunción que permea la teoría de Von Hirsch se refiere a la naturaleza de los infractores. El autor se aleja de la visión generalizada del delincuente como una especie diferente del ciudadano respetuoso de la ley, lo cual se traduce en la concepción del sistema de penas. Al respecto afirma: *“debiera admitirse que ambos –el ciudadano que ha delinquido y el que no- somos personas que (por lo menos bajo determinadas circunstancias) podemos ofender a otras y, al mismo tiempo, somos capaces de entender los juicios morales que el castigo penal expresa”*<sup>52</sup>. Esta idea es muy importante en la propuesta de Von Hirsch ya que a lo largo de la misma saldrán a

---

<sup>51</sup> Ibíd. Pág. 30

<sup>52</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 29.

flote continuamente sus preocupaciones humanistas y la idea de que el delincuente es un sujeto moral capaz de comprender que la sociedad realiza un juicio moral que le reprocha su comportamiento y que la comprensión de este reproche puede modificar su conducta posterior.

### 2.3 EL CASTIGO

Para llegar a una base que justifique la necesidad de que la pena sea proporcional al delito cometido, Von Hirsch realiza un estudio a la naturaleza del castigo, entendido como la sanción penal; se pregunta qué es el castigo, para qué está hecho. A esto termina respondiendo que el castigo es la consecuencia que se impone al hombre que ha quebrantado la ley penal. El castigo expresa el reproche o censura que la sociedad realiza frente al acto delictivo. Von Hirsch lo expresa de la siguiente manera: *“la sanción penal expresa claramente reproche. Castigar a alguien consiste en imponerle una privación (un sufrimiento), porque supuestamente ha realizado un daño, en una forma tal que exprese desaprobación de la persona por su comportamiento”*<sup>53</sup>

Vemos que para Von Hirsch la censura entendida como el reproche que se le hace a una persona por haber realizado un hecho que está mal, es la justificación para posteriormente castigar al autor de un conducta delictuosa. Otro aspecto importante de la censura es que ésta apela a la persona como agente moral, lo considera como un sujeto que es capaz de comprender que la sociedad le está reclamando por un hecho que no debía hacer y se espera que con base en esta comprensión modifique su conducta. Se refiere al tratamiento que se le da al sujeto como ciudadano capaz de vivir en sociedad respetando las normas y comportándose como un miembro de la

---

<sup>53</sup> Ibíd. pág. 35.

comunidad con derechos y deberes. Es la ideología liberal en su más alta expresión. Esta justificación del castigo basada en la censura es lo contrario de lo que el autor llama disciplina para tigres para referirse al castigo como elemento disuasivo del delito por el solo miedo a sufrir el castigo y que es propia de los regímenes autoritarios. Von Hirsch plantea que el elemento del castigo llamado censura, suministra razones morales para no delinquir puesto que toma en cuenta la comprensión que el autor de la conducta censurada tiene de la reprochabilidad de la misma. Como dice el autor *“se le expresa un mensaje que hace referencia a su acto, a saber, que culpablemente ha lesionado a alguien y que se le desaprueba por haberlo hecho. Se espera algún tipo de respuesta moral por su parte -una muestra de preocupación, un reconocimiento del daño, o un propósito de enmienda-.”*<sup>54</sup>

Ahora que hemos definido qué es la censura se nos hace necesario explicar por qué se justifica la misma. Debemos responder a la pregunta de ¿Por qué censurar? Dejemos que el mismo autor nos lo diga: *“la capacidad de responder a la realización de un mal con la reprobación o censura es simplemente parte de la moralidad que considera a las personas responsables de su compromiso . Cuando alguien realiza un mal, otros lo juzgan negativamente, porque su conducta es reprobable. La censura consiste en expresar este juicio, más el sentimiento consiguiente de desaprobación. Se dirige al actor por que él o ella son la persona responsable.”*<sup>55</sup>

El autor nos señala los límites de la censura: *“uno está en posición de reprobación solo si tiene una razón para creer que esta conducta está mal, y solo en el grado en que está mal. La persona que ha sido censurada tiene razón en protestar si su conducta no es lesiva o si el grado de reprobación es excesivo, dada la reprobabilidad de su conducta. Quien juzgue*

---

<sup>54</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 35.

<sup>55</sup> Ibid. Pág. 36.

*conscientemente debería considerar estas protestas y alterar su respuesta si admite que son correctas.*<sup>56</sup>

Hasta ahora hemos encontrado el primer elemento del castigo, cual es expresar reproche frente a la conducta. Pero el alemán afirma que el castigo además de expresar reproche frente a la conducta prohibida cumple la función de prevenir que el delito se repita. Entonces un segundo elemento del castigo es la privación o sufrimiento que se impone al responsable del delito. Este sufrimiento que se impone al autor del delito cumple la función de prevención del delito puesto que suministra razones prudenciales para no delinquir. Es decir, se espera que el sujeto no delinca en primer lugar porque la sociedad expresa reproche o censura frente a esa conducta, ha dicho que está mal; pero en caso de que esta censura no lograra hacer que el sujeto se abstenga de realizar la conducta prohibida, la amenaza del castigo suministra razones prudenciales que le aconsejan no realizar la conducta prohibida para no sufrir el castigo.

Esto nos lleva a preguntarnos por qué es necesario el sufrimiento como parte de la pena. Veamos lo que Von Hirsch nos dice: *“el derecho penal (...) realiza dos funciones interrelacionadas: al amenazar con consecuencias desagradables pretende desalentar conductas delictivas. A través de la censura implícita en estas sanciones, el derecho expresa desaprobación por esta conducta. De esta forma se suministra a los ciudadanos razones morales y no solo prudenciales para desistir de ciertos comportamientos”*<sup>57</sup>

Vemos pues que Von Hirsch nos dice que la necesidad del sufrimiento en el castigo tiene que ver con la función preventiva del derecho penal, es decir que la sanción no solo censura el comportamiento del sujeto sino que además le suministra una cantidad de dolor para impulsarlo a no realizar la conducta. Este fin preventivo adopta las clásicas prevención especial y

---

<sup>56</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 39.

<sup>57</sup> *Ibíd.* Pág. 55

prevención general puesto que se dirige tanto al sujeto que ha cometido un delito y de quien se espera que a partir del castigo recibido modifique su conducta y no reincida en el mismo, como al resto de sujetos que no han delinuido pero que podrían estar tentados a ello.

Y continua el autor diciéndonos acerca de la función preventiva: “ *la función preventiva de la sanción consiste, pienso, en suministrar razones prudenciales; razones que están vinculadas y complementan las razones normativas expresadas en la censura penal*”<sup>58</sup>

El autor nos dice cómo interactúan los dos elementos del castigo: “ el derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones , expresa que la conducta está mal y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado. Lo que el desincentivo prudencial puede hacer es suministrarle una razón adicional- la prudencia para resistir la tentación”<sup>59</sup>

El autor se esfuerza en dejar claro que los dos elementos tienen desigual importancia en el castigo. La primacía se la atribuye al elemento de censura y al elemento sufrimiento sólo le concede una importancia secundaria. Esto tiene mucho que ver con la tesis del autor de que a los hombres se debe tratar como agentes morales, capaces de comprender lo malo de su conducta, y no como a tigres que se refrenan de realizar una conducta por miedo al látigo. El autor lo expresa así: “ *la estructura de mi justificación propuesta para el castigo es una en la cual la función reprobatoria tiene primacía. Como ya he expuesto, una respuesta condenatoria a una conducta lesiva puede ser expresada en términos puramente ( o fundamentalmente) simbólicos; o sino, por medio de una respuesta que exprese la desaprobación a través de la imposición de dolor . La sanción penal es una respuesta de estas últimas. Se la prefiere a la respuesta*

---

<sup>58</sup> Ibid. pág. 39

<sup>59</sup> Ibid. pág. 39

*puramente simbólica por su rol complementario como desincentivo. Por ello la función preventiva opera sólo dentro del marco de la censura*<sup>60</sup>

A pesar del carácter secundario que Von Hirsch le concede al elemento preventivo, es claro que éste es el que justifica la existencia de la sanción penal en la forma actual. Frente a ello el autor expresa: *“mi justificación dual permitiría la abolición del castigo si este no fuere necesario por razones preventivas. Imagínense un país donde las condiciones económicas y sociales son tan óptimas que los actos lesivos escasean. La pena - con toda su parafernalia de jueces instituciones y sanciones – dejaría de ser necesaria para contener estas conductas a un nivel tolerable. ¿Deberá este tipo de sociedad mantener todas estas instituciones para hacer frente a estos actos nocivos ocasionales? Pienso que no. La sociedad puede querer mantener algún tipo de censura oficial para expresar la desaprobación de estos actos, pero con la necesidad de prevenir eliminada, no habría necesidad de una institución tan ambiciosa e intromisiva y cargante como la pena”*.<sup>61</sup>

Von Hirsch nos indica cómo la sociedad podría enfrentar los delitos esporádicos en caso de renunciar a la sanción penal: *“Si la incidencia de la conducta lesiva fuera muy baja , entonces la sociedad quizá no requiriese una sanción penal estatal en absoluto .Sanciones informales, no penales, podrían ser suficientes para mantener esta conducta aniveles tolerables. Cualquier respuesta formal podría ser totalmente simbólica - una expresión de reprobación no vinculada a la imposición de sufrimiento.”*<sup>62</sup>

En síntesis, para Von Hirsch la pena, el castigo, tiene dos elementos integrantes: la censura y el sufrimiento. La censura es el elemento dirigido al hombre considerado como agente moral es decir cómo ser capaz de entender el reproche que de su acción hace el resto de la sociedad y de

---

<sup>60</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 41

<sup>61</sup> *Ibíd.* pág. 41

<sup>62</sup> *Ibíd.* pág. 57.

comportarse de acuerdo a esa comprensión. El elemento sufrimiento es la parte del castigo que tiene como finalidad suministrar razones adicionales para no delinquir; puesto que el hombre es falible y puede caer en tentaciones, el derecho penal le emite una amenaza con una consecuencia desagradable en caso de realizar la acción censurada. De lo anterior se desprende que para Von Hirsch se castiga por que se ha cometido una acción reprochable y por razones preventivas, es decir para evitar que se repita la conducta.

Como dice el autor: *“el castigo expresa censura y la severidad del castigo expresa lo desaprobada que es la conducta. Debido a este rasgo expresivo la cantidad de pena debe reflejar el grado de desaprobación de la conducta penal.”*<sup>63</sup>

## 2.4 ¿CUÁNTO CASTIGAR?

Hasta ahora la teoría se ha ocupado del problema de por qué castigar. Habiendo resuelto este primer problema, es hora de avanzar con los planteamientos de la teoría de Von Hirsch en relación con el problema de cuánto castigar. Este problema se refiere al quantum, a la cantidad de castigo que se debe suministrar al autor de la conducta lesiva.

El problema se materializa en el siguiente interrogante: ¿Cuánto castigo debe recibir el infractor frente al delito cometido?

Tratar de determinar la cantidad de castigo que se debería imponer frente a los delitos lleva al autor a formularse la siguiente pregunta: *“¿Existe una*

---

<sup>63</sup> Ibid. pág. 54

*cantidad específica que sea la pena merecida para delitos de una determinada gravedad?*<sup>64</sup>

De momento podemos adelantar que la respuesta es no. No existe objetivamente una pena que sea la merecida para determinado delito. Esto se comprende si se considera que el delito es una convención social que se modifica con el paso del tiempo. Así, lo que en una época es delito en otra deja de serlo. Más aun, en el mismo tiempo histórico, determinado comportamiento es penalizado en una cultura mientras que en otra no lo es. De manera que el comportamiento que se considera delito es una convención social. En algún momento la sociedad determina calificar tal o cual comportamiento como delito.

El delito es un comportamiento que es contrario a los valores que se han impuesto como dominantes en una sociedad. Es una conducta que lesiona en algún grado estos valores.

Pero los delitos no lesionan estos valores de igual manera, ni estos valores tienen la misma importancia para la sociedad. Hay ciertos valores como la vida que son más importantes que otros como la intimidad. De lo anterior podemos inferir que los delitos que afectan valores considerados más importantes deben tener una cantidad de castigo mayor que aquellos que afectan valores menos importantes. De ahí se entiende que un asesino reciba una mayor cantidad de castigo que la persona que ha violado un domicilio ajeno. Vemos que siendo el delito una convención, no puede existir una cantidad específica que sea la pena merecida para el mismo, la pena variará conforme varíe la convención que crea el delito.

Pero aun nos queda el problema de determinar la cantidad que para un caso concreto debe recibir el autor. De manera que como unos delitos dañan valores o bienes jurídicos más importantes que otros, los primeros deben ser

---

<sup>64</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág. 45

considerados más censurables que los últimos, y, en consecuencia, hacia ellos se debe expresar mayor repulsa. Por tanto, en el mensaje expresado a través de la pena se debe indicar cuán reprensible es la conducta delictiva. Tenemos pues un punto de partida cual es que la cantidad de castigo a imponer debe estar determinada por la importancia del bien jurídico que el delito ataca o destruye.

Para determinar las penas que corresponderían a cada delito Von Hirsch propone lo que él llama los criterios de la proporcionalidad, de los cuales nos ocupamos a continuación.

## 2.5 LOS CRITERIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

Frente al interrogante de cuánto castigo suministrar al autor de una conducta lesiva, se nos plantea el problema de determinar cuál es la pena justa o, como dice el autor, si *“¿existe una cantidad específica que sea la pena merecida para delitos de una determinada gravedad?”*<sup>65</sup>

Recordemos que para el autor en comento la proporcionalidad es la relación que debe existir entre la gravedad del delito cometido y la severidad de la pena con que el mismo se castiga. Von Hirsch señala que existen dos tipos de proporcionalidad, a saber:

A) Proporcionalidad ordinal o comparación de penas. La misma puede ser formulada de la siguiente manera: a delitos de gravedad semejantes se debe castigar con penas de severidad semejantes. Esto quiere decir que teniendo un listado de, por ejemplo, diez delitos entre ellos debe haber un orden de gravedad en donde haya unos menos graves y otros más graves en razón de los bienes jurídicos que lesionan. Cuanta más diferencia haya entre la

---

<sup>65</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 45

gravedad relativa de estos delitos, así debe haber diferencia entre la severidad relativa de las penas con que se castigan. Al respecto Von Hirsch dice lo siguiente: “ *la proporcionalidad ordinal se refiere a la comparación de penas y sus exigencias son bastantes específicas. Las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de severidad también semejante. Las personas condenadas por delitos de distinta gravedad deberían recibir castigos correspondientes graduados de acuerdo con su severidad*”.<sup>66</sup>

El autor en comento señala las que él considera son subexigencias de la proporcionalidad ordinal, las cuales serían: 1) Paridad, 2) Graduar de acuerdo con el rango de gravedad del delito y 3) Espaciar las penas.

Veamos que son estas subexigencias de la proporcionalidad ordinal: La primera es la paridad: cuando los infractores han sido condenados por delitos de gravedad semejante merecen castigo de severidad similar. Esta afirmación conlleva una crítica a la situación recurrente de delincuentes condenados por el mismo delito y que pese a ello reciben penas totalmente diferentes.

Una segunda subexigencia es graduar de acuerdo con el rango. El autor se refiere en los siguientes términos “*Castigar el delito Y con más pena que el delito X expresa mayor desaprobación para el delito Y, lo cual es merecido sólo si éste es más grave. Los castigos deben ser ordenados en la escala de penas de forma tal que su mayor severidad reflejara el rango de gravedad de los delitos implicados*”<sup>67</sup>.

La tercera subexigencia hace referencia a que entre la severidad de las diversas penas debe existir un espacio equivalente al que existe entre la gravedad de los diversos delitos que se castigan con aquellas: “*supóngase que los delitos X, Y, y Z son de gravedad ascendente , pero que Y es*

---

<sup>66</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág. 45.

<sup>67</sup> *Ibíd.* pág. 46

*considerablemente más grave que X, pero sólo significativamente menos que Z. Entonces para reflejar la gravedad de la conducta debiera haber un mayor espacio entre las penas de X e Y que entre las de Y y Z. Espaciar depende sin embargo de lo cuidadosamente que pueda ser calibrada la gravedad.”<sup>68</sup>*

B) Proporcionalidad cardinal o no relativa. Como lo hemos indicado en páginas anteriores, el autor señala que el delito es una convención social la cual es mutable y cambia con el tiempo y de cultura en cultura y aun en un mismo tiempo histórico.

Lo mismo ocurre con la pena. Hemos visto cómo en tiempos remotos se acudió a penas que hoy son inaceptables. De manera que las penas, igual que los delitos, están condicionadas por el grado de desarrollo de las sociedades, por los valores dominantes en una sociedad.

Una consecuencia de lo expresado anteriormente es que en un determinado momento se toma la decisión de aplicar tales o cuales penas por medio de una convención que establecería cual es la pena justa para cada delito, pero esta convención no puede ser totalmente arbitraria ya que está condicionada por los valores o principios dominantes en una sociedad. Von Hirsch lo expresa de la manera siguiente: “*sin embargo no todas las convenciones son igual de aceptables, existen límites a los castigos a través de los cuales se expresa el grado de desaprobación y estos son precisamente los límites de la proporcionalidad cardinal o no-relativa. considérese una escala en la cual las penas se gradúan de acuerdo con la gravedad de los delitos, pero en la que globalmente el nivel del castigo es tan severo que incluso los delitos menos graves tienen asignadas penas de prisión. Esta escala representaría la existencia de una convención de acuerdo con la cual incluso un reproche modesto a delitos poco graves conllevaría una grave intrusión a la libertad del*

---

<sup>68</sup> *Ibíd.* pág. 46.

*infractor. Si pueden encontrarse razones adecuadas para oponerse a esta convención( por ejemplo por que se desconsidera los derechos de aquellos condenados por delitos pocos graves ), entonces se está estableciendo un límite cardinal - esto es no-relativo.”*<sup>69</sup>

De manera que la proporcionalidad cardinal es el criterio que se debe usar para establecer los límites mínimo y máximo de las penas con las que una sociedad está dispuesta a castigar a los comportamientos que se ha acordado calificar como delitos. Por medio de este criterio se establece el catálogo de penas a usar y del cual no se puede salir a la hora de castigar. La mayor relevancia de este criterio es que nos enfrenta con el límite de los castigos y nos lleva al problema de la pena de mayor severidad que se está dispuesto a usar. Sobre este punto volveremos más adelante.

## **2.6 LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS**

Anteriormente hemos expresado que es la gravedad de los delitos lo que determina la cantidad de pena con que se castiga al delincuente. Entonces es momento de señalar los elementos que Von Hirsch plantea para determinar la gravedad de los delitos.

Al respecto Von Hirsch escribe: “*¿qué criterios deben usarse para determinar la gravedad de los delitos? La gravedad de un delito depende del grado del daño de la conducta y de la culpabilidad del autor.*”<sup>70</sup>

Aquí se nos indica dos elementos que determinan la gravedad de un delito: el daño que este ocasiona a la víctima o a la sociedad , y la responsabilidad del autor. El tema de la responsabilidad del autor, sostiene Von Hirsch, se resuelve acudiendo a figuras del derecho penal material que distingue la

---

<sup>69</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 47

<sup>70</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 62

conducta intencional de la imprudente . De manera que es posible determinar fácilmente que tanta responsabilidad tiene el autor en la ocurrencia del delito.

Pero queda por resolver el problema del daño ocasionado por el delito. Para esto Von Hirsch plantea que este se puede medir según la importancia de los bienes jurídicos que son afectados. Por esto nos plantea necesidad de hallar un patrón con el cual medir el daño producido con el delito. Von Hirsch lo plantea de la siguiente manera: *“cómo se puede comparar la gravedad de actos que afectan a intereses diversos , esto es , comparar el delito X, que afecta a la propiedad con el delito Y, que solo afecta a la intimidad?”*<sup>71</sup>

Y a lo mismo el alemán responde de la siguiente manera: la gravedad del delito debe medirse por la importancia de los derechos o bienes jurídicos que destruye o pone en peligro y que por tanto afectan el estándar de vida de las víctimas. En palabras del autor de la teoría de la proporcionalidad: *“De acuerdo con nuestra teoría, los daños deben ser graduados según su gravedad en función de cuanto afectan al estándar de vida de una persona. Utilizamos este término en el sentido que usó AmartyaSen, para reflejar tanto intereses económicos como no-económicos.”*<sup>72</sup>

Estándar de vida, para Von Hirsch quiere decir los medios y capacidades para alcanzar una cierta calidad de vida. El autor expresa que usa este criterio ya que los bienes jurídicos protegidos por el derecho están orientados precisamente a garantizar un cierto confort a los ciudadanos. La libertad de movimiento, la intimidad, el patrimonio económico, todos son bienes que permiten a la ciudadano un cierto confort. El delito que afecte más este estándar de vida, debe ser considerado más grave.

---

<sup>71</sup> *Ibíd.* .

<sup>72</sup> *Ibíd.* pág. 63.

Von Hirsch va más adelante y clasifica los bienes jurídicos en cuatro grandes grupos de la manera siguiente: “ *la mayoría de los delitos con víctima afectan a alguno de los siguientes intereses : 1) integridad física, 2) medios materiales y comodidades , 3) integridad personal, y 4) privacidad. Un simple robo en casa habitada afecta a los medios materiales y a la intimidad. La pérdida material consiste en lo que se roba, además de las molestias y gastos de las reparaciones. La pérdida de la intimidad consiste en la intrusión de un extraño en el espacio habitado por la persona. Para valorar el daño de la conducta, el criterio del estándar de vida debería ser aplicado a cada dimensión y así sucesivamente.*”<sup>73</sup>

Para facilitar el estudio en torno a la afectación que el delito hace sobre el estándar de vida , Von Hirsch propone la consideración de varios niveles en el estándar de vida señalando que cuanto más se dañe los primeros niveles, mas grave debe considerarse el delito. Así lo dice el alemán: “*podríamos distinguir cuatro niveles: 1) subsistencia, 2) bienestar mínimo, 3) bienestar adecuado, 4) bienestar intenso. La función de los cuatro niveles es suministrar una medida tosca de cómo un delito típico afecta al estándar de vida. Por poner un ejemplo obvio, una lesión grave afecta a la subsistencia y por tanto es considerablemente más grave que un hurto que deje a la persona con un nivel “adecuado” de confort y dignidad.*”<sup>74</sup>

Von Hirsch señala que: “*el estándar de vida como hemos indicado, se refiere a los medios o capacidades estándar de calidad de vida - no a la calidad de vida de determinadas personas.*”<sup>75</sup> Lo anterior indica que se trata del estándar de vida promedio de los grupos sociales y no el de un individuo en particular.

Concluyendo este numeral, podemos afirmar que para la teoría de la proporcionalidad con los delitos se afecta más o menos la calidad de vida

---

<sup>73</sup> *Ibíd.* pág. 64.

<sup>74</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág.65.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

global de la víctima y este daño a la calidad de vida de la víctima es lo que determina la gravedad del delito.

Ahora ya sabemos lo que plantea la teoría de la proporcionalidad frente a la forma de considerar la gravedad de los delitos. Es momento de pasar a otro elemento de la teoría de la proporcionalidad en el modelo de Von Hirsch. Nos referimos a la escala de los delitos.

## **2.7 LA ESCALA DE DELITOS**

A partir del análisis sobre la gravedad de los delitos Von Hirsch propone establecer una escala de delitos que contemple las conductas que la sociedad ha prohibido. El criterio que propone para determinar el lugar de un delito en la escala es su gravedad, la cual está determinada por el daño que el delito causa a la sociedad. Esta escala debe seguir un orden según la gravedad de las distintas conductas que la sociedad ha prohibido.

Siguiendo esta idea parece claro que el delito de homicidio se considere el más grave ya que el daño que éste causa es la supresión de la vida, el cual hoy es considerado el principal bien jurídico a proteger. Igualmente podríamos decir que el hurto de un pequeño artículo, digamos un pan, del estante de un gran supermercado debe ocupar uno de los escalones internos inferiores en la escala de delitos toda vez que el daño que este delito ocasiona es mínimo puesto que el patrimonio de aquel gran supermercado no se verá gravemente afectado por el hurto de un pan.

## **2.8 LA SEVERIDAD DE LOS CASTIGOS**

Un elemento que se abordará posteriormente es la escala de las penas pero para entender este concepto debemos detenernos antes en un ligero análisis de la severidad de las penas según Von Hirsch. Para el alemán la pena afecta ciertos intereses del condenado y dependiendo de qué tanto afecte a estos

intereses se puede afirmar que la pena es más o menos severa. Los intereses que la pena puede afectar son muy variados y van desde la libertad de movimiento del condenado hasta su capacidad económica, por mencionar solo los intereses que son afectados directamente por penas como la prisión y las penas pecuniarias o multas.

Para determinar la severidad de las penas Von Hirsch propone que, de manera análoga a como se hizo con los delitos, la importancia de los intereses afectados por la pena, debe ser graduada según su relación con el estándar de vida. Veamos lo que dice al respecto: *“cuanto más importantes sean los intereses afectados por un determinada pena, más severa es esta. Las penas podrían ser graduadas de acuerdo con el grado en que típicamente afectan la libertad de movimiento, la capacidad económica y demás. La importancia de estos intereses podría ser evaluada de acuerdo con el grado en que afectan el estándar de vida de una persona.”*<sup>76</sup>

Una vez establecido un criterio para determinar la severidad de las penas, Von Hirsch propone elaborar una escala de las penas. Se trata de hacer una lista de las penas que la sociedad está dispuesta a usar para castigar las conductas que ha contemplado como delitos. En esta escala se debe considerar desde la pena más suave hasta las más severas, es decir desde las multas que el alemán considera como las menos severas hasta la privación de la libertad que a su juicio es la pena más severa a aplicar a un ser humano.

Es bueno indicar que Von Hirsch señala una amplia variedad de penas que incluye desde fianzas y pequeñas multas, multas más significativas, asistencia a centros diurnos, trabajos comunitarios o arresto domiciliario, y privación de la libertad. Cada una de estas penas afecta diversos intereses del condenado. Así, la multa afecta su interés económico, los trabajos comunitarios afectan su libertad para decidir sobre su tiempo y la prisión

---

<sup>76</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.68.

afecta su libertad personal. Dependiendo de que tanto afecten estos intereses se considera que la pena es más o menos severa. Así, una pena que solo afecte el patrimonio económico se considerará menos severa que una que afecte la libertad de movimiento o esta y el patrimonio económico juntos.

De manera análoga como sucede con el delito, la pena es una convención, así que se hace necesario decidir qué tan severas son las penas que se van a aplicar.

La escala de penas debe tener unos límites mínimo y máximo que son los que determinan hasta donde se va a llegar con el castigo, estos incluyen la pena más suave y la pena más alta que la sociedad está dispuesta a usar contra los delincuentes. A esto Von Hirsch lo llama la magnitud de la escala de penas y, dependiendo de la convención que se determine, la escala de penas puede tener una magnitud muy severa o una más suave.

Este tema es de gran importancia para Von Hirsch, dado su tendencia hacia las ideas humanistas. Como se afirmó en el comienzo de este capítulo, el alemán parte de varios supuestos, uno de ellos es que el delincuente es una persona igual a aquella que no ha delinquido, luego, es titular de una serie de bienes jurídicos que deben ser respetados y defendidos por la sociedad. Por tanto, el alemán plantea que los intereses vitales de las personas castigadas no pueden ser trivializados y solo pueden ser limitados o atacados cuando sea estrictamente necesario para cumplir con las dos funciones del castigo: la censura y la prevención.

También se deriva de esta teoría el uso limitado de las penas. Así como los delitos tienen diferentes niveles de gravedad, las penas tienen diferentes niveles de severidad. Esto lleva a inferir que los delitos de menor gravedad solo pueden ser castigados con penas de la menor severidad. Consecuencia de esto es que no se puede usar la prisión para expresar poca censura, es decir para castigar

delitos que merecen poca censura y por tanto poca reprensión. La prisión se reserva solo para los delitos más graves.

Gran importancia tiene el límite superior de la escala de penas, es decir la pena más alta a aplicar. Hoy vemos en distintos países penas que alcanzan incluso la prisión perpetua. Otros países imponen una pena máxima de hasta 60 años como es el caso de Colombia.

Von Hirsch plantea que estos límites son los que impiden un aumento. Se trataría de fijar la pena máxima exigible por ejemplo como lo hizo John Kleining, otro de los teóricos de la proporcionalidad quien propuso establecer como pena máxima la pena más grave que puede ser humanamente impuesta, digamos 25 años de cárcel, y como límite inferior la pena más leve existente, digamos una pequeña multa.

Este sistema de la gravedad de la infracción contrasta con el sistema de antecedentes penales que impone sanciones fuertes por solo los antecedentes, etc. se ha aplicado ampliamente en países como los estados unidos en donde con base en políticas de tolerancia cero con el delito se implementó el sistema de "*a la tercera estás fuera*" consistente en que al tercer delito, aunque se trate de simples robos sin uso de la violencia se enviaba al delincuente a penas de prisión de hasta 80 años e incluso la prisión perpetua.

De lo planteado hasta ahora se puede formular lo siguiente: Las penas tienen límites, así se trate de penas diferentes a la pena de prisión. Principalmente la pena de prisión ya que esta es la que afecta más los intereses vitales del condenado. Pero no por ello se debe pasar por alto que con las otras penas se abusa debido a que no se les presta mucha atención bajo la creencia que nada puede ser peor que la prisión.

Estos límites de las penas tienen que ver con la capacidad que estas tienen de dañar a las personas que las sufren, y hemos afirmado que para la teoría de la proporcionalidad tienen una importancia grande las consideraciones humanistas. Así se expresa Von Hirsch frente a las penas no tan severas: *“El individuo no sufriría daños irreparables en su vida en el supuesto de que ignorase la amenaza y se le impusiese una pena”*<sup>77</sup>

## **2.9 ANCLAR LA ESCALA DE PENAS**

Para resolver el problema de la magnitud, es decir la severidad de la escala de las penas, Von Hirsch plantea lo que él llama los puntos de anclaje de la escala de las penas lo cual se refiere a determinar básicamente el punto máximo de la escala de penas, es decir determinar la pena más severa que se usará para castigar al delito.

Este concepto adquiere importancia ya que, como lo indica Von Hirsch, y siendo la pena una convención, la convención podría ser que la pena máxima sea de 60 años de prisión o una pena mucho menos severa como la que él mismo propone, con un máximo de cinco años de prisión.

Al concederle importancia a conceptos como el hombre entendido como sujeto moral, y la importancia de la benignidad de las penas, se establece un marco que lleva a que la teoría de la proporcionalidad abogue por penas menos severas, esto hace que, desde la teoría de la proporcionalidad, se descarte adoptar como punto de anclaje una pena como la indicada de 60 años.

Para determinar el punto de anclaje Von Hirsch plantea que se puede plantear diversos modelos y todos se podrían justificar ya que como hemos dicho, la pena es una convención, pero el criterio antes mencionado de la proporcionalidad cardinal impide que se opte por cualquier tipo de convención y en su lugar se adopte un sistema de penas más suave. Un modelo que

---

<sup>77</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 80.

podría ser usado para determinar los puntos de anclaje de la escala de las penas podría ser el del mencionado John Kleining.

Pero Von Hirsch, considerando que los modelos planteados hasta el momento son todos demasiado severos, propone el modelo que toma como punto de partida la capacidad del sistema de prisiones. Es decir señalar como pena máxima de prisión la que sea posible con el actual sistema de prisiones superando el problema de hacinamiento. Von Hirsch parte del hecho de que los actuales sistemas de prisiones con las penas vigentes hoy es desbordado por la población carcelaria de manera que determinar la duración de la pena máxima de prisión según la capacidad del sistema llevaría necesariamente a fijar penas más suaves para disminuir la población carcelaria hasta un punto en el que esté acorde con la capacidad del sistema. Esto implicaría castigar menos delitos con cárcel y castigar otros delitos con menos años de cárcel.

En la base de esta propuesta se encuentran consideraciones como el hecho de que el aumento de penas no disminuye delitos, hecho que Von Hirsch da por sentado con base en estadísticas de la realidad de la delincuencia en los Estados Unidos, en donde en los 90 se aumentaron las penas y la tasa de delitos no bajó.

El autor afirma que se sabe que las variaciones de la delincuencia no son particularmente sensibles a las variaciones de los niveles de castigo.

Contra el aumento de las penas en pos de la prevención Von Hirsch señala los elementos del castigo planteados por la teoría de la proporcionalidad: *“el elemento de reproche de la sanción penal, expresa que la conducta está mal; y el elemento del sufrimiento suministra a la persona una razón prudencial adicional para refrenarse a la hora de realizar esta conducta”*<sup>78</sup> esto hace que una vez determinada la pena justa a cada delito, no sea posible acudir frecuentemente al aumento de las penas como recurso preventivo ya que

---

<sup>78</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 78

como se ha indicado la función preventiva es secundaria. El desincentivo prudencial suplementario es solo eso, suplementario.

A esto se suma la idea humanizante de las penas y el respeto por los derechos del condenado expresado en que la idea es que la pena no imponga daños irreparables en la vida del condenado.

Por lo expuesto anteriormente, Von Hirsch trata de establecer un nivel mínimo de sanciones sin perder el carácter de prevención. Plantea que la pena, partiendo desde un límite determinado por la actual capacidad del sistema carcelario, puede irse reduciendo progresivamente hasta que se determine que con estas reducciones se afecta el objetivo secundario de la prevención, es decir hasta que se determine que el delito comienza a aumentar debido a la política reduccionista de penas. A esto lo llama una versión optimizadora de la prevención consistente en reducir las penas hasta que el número de los delitos comience a aumentar.

Von Hirsch propone un ideal de la pena más severa que podría aplicar una sociedad democrática: cinco años de prisión para el delito más grave. Con esto, plantea, se logra los fines de expresar reproche frente al delito y suministrar un desincentivo modesto para los fines preventivos. Esta pena máxima de cinco años más que una propuesta inmediata es planteada como un ideal que debemos perseguir. Von Hirsch es consciente de que considerando las penas actuales y las posiciones de la opinión pública frente a la reducción de penas, no se puede esperar que de un momento a otro una sociedad reduzca drásticamente sus penas y adopte como castigo más severo la pena de cinco años.

## 2.10 MODELOS MIXTOS

Von Hirsch considera el uso de los modelos mixtos en la aplicación de penas. Estos que permiten alejarse del principio básico de la proporcionalidad en situaciones excepcionales para lograr otros fines como la prevención del delito. Se plantea que en situaciones excepcionales, como el aumento inaceptable de la frecuencia de un determinado delito, y en un nivel restringido, se puede castigar concediendo más importancia al objetivo preventivo que a la gravedad del daño producido con el delito, que es el criterio determinante en la teoría de la proporcionalidad. Pero este uso de los modelos mixtos debe ser excepcional y tiene límites impuestos por la proporcionalidad, se trata de pequeñas desviaciones en la severidad de las penas ya que una desviación muy grande eliminaría los criterios de la proporcionalidad en pos del fin preventivo que es secundario.

El modelo mixto de Paul Robinson<sup>79</sup> afirma que las penas se gradúan normalmente por la gravedad del delito. Sin embargo *“no obstante este modelo permite incrementos de la pena merecida en circunstancias excepcionales -si son necesarios para prevenir un nivel intolerable de delito-. Sin embargo, Robinson impone otro límite a este incremento: incluso cuando se trata de prevenir el delito, no serían permisibles grandes desviaciones del principio de la proporcionalidad.”*<sup>80</sup>

Como ejemplo de esta situación Von Hirsch cita cómo la ley Sueca aplica esto con los infractores que conducen con un cierto nivel de alcohol. A estos se castiga con un corto periodo de prisión a pesar de que esta se considera una infracción de gravedad media- superior y en el sistema sueco los autores de infracciones de esta gravedad normalmente no van a la cárcel. Con este ejemplo

---

<sup>79</sup> ROBINSON, Paul, 1987. Citado en: VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit.

<sup>80</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 86.

se ilustra cómo en busca de un fin preventivo es posible desviarse ligeramente del principio de la proporcionalidad.

Es un caso en el que la justicia cede un poco frente a medidas necesarias para enfrentar el delito que se ha desbordado. Von Hirsch señala que en este punto el problema es quién dice cuando se justifica la desviación, temiendo que este criterio se use frecuentemente, lo que conllevaría la erosión del mismo y que algo de uso excepcional se convierta en regla cotidiana..

Con los modelos mixtos se abre una puerta para alcanzar otros objetivos sin demasiada injusticia. Y para indicar una medida de hasta donde sería tolerable la desviación de la proporcionalidad indica que quizá se permitiría una desviación del 10 o 15 por ciento frente a la pena que se impondría siguiendo el criterio de la proporcionalidad.

## **2.11 LAS SANCIONES INTERMEDIAS**

Ya hemos indicado la existencia de diversa clases de penas habiendo unas que se consideran más severas que otras atendiendo a la afectación de intereses en la vida del condenado. Entre ellas existen ciertas penas que se consideran intermedias ya que su severidad no alcanza la de la pena de prisión. Estas son de gran importancia en la teoría de Von Hirsch.

Pero ¿qué es una sanción intermedia? Von Hirsch dice lo siguiente: *“las sanciones intermedias se refieren a sanciones que están en un nivel medio de severidad – incluyendo sanciones no privativas de libertad más significativas que pequeñas multas o la suspensión de pena rutinaria- (... ) el término de “penas no privativas de libertad” tiene un alcance sobrepuesto pero su significado es un poco distinto: se refiere a cualquier pena que no implique custodia absoluta en una institución de confinamiento. Por ello las penas no privativas de*

*libertad incluyen la mayoría de sanciones intermedias (excepto periodos cortos de prisión, se incluyen también castigos menores como pequeñas multas)<sup>81</sup>*

Se denomina así porque su grado de severidad es intermedio, no es ni la severa privación de libertad, ni la puesta en libertad sin vigilancia efectiva, son ejemplos de sanción intermedia el trabajo en beneficio de la comunidad, la supervisión intensiva, los centros comunitarios diurnos, y el arresto domiciliario, trabajo en beneficio de la comunidad, fianzas.

Von Hirsch plantea un cambio de visión frente a las sanciones intermedias proponiendo que sean vistas como sanciones en sí mismas y no meros sustitutivos de la privación de libertad, que es el uso principal que se les ha dado.

Este tipo de penas adquiere gran importancia en la teoría de la proporcionalidad ya que están llamadas a ser usadas como castigo contra muchos delitos debido a que la pena de prisión se reserva para castigar solo los delitos más graves. Por ello Von Hirsch establece las siguientes bases para graduar las sanciones intermedias según el merecimiento:

- 1) Graduar según la gravedad el delito. Su naturaleza es una pena de severidad media que se usa para delitos de gravedad media o baja.
- 2) Se permite sustitución entre sanciones de severidad comparativa pero con límites de la sobre la extensión de esta sustitución.
- 3) Límites a la severidad de las sanciones de refuerzo a quienes incumplen pena no privativa de libertad. Solo se recurriría a la prisión de manera excepcional.

Es importante indicar cierta tendencia actual a usar penas no privativas de la libertad. Hoy muchas legislaciones acuden a sanciones como la multa y otras que no implican la privación de la libertad del condenado.

---

<sup>81</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.

## 2.12 ESCALA DE PENAS

Von Hirsch plantea lo que podría ser una escala de penas en una sociedad democrática. Señala que las penas que una sociedad está dispuesta a usar para castigar el delito deben ser repartidas en por lo menos cuatro franjas que agrupen penas de severidad semejante.

En una primera franja deben estar las fianzas y pequeñas multas. Estas son las penas de menor severidad ya que solo afectan en pequeña forma los intereses económicos del condenado.

En una segunda franja se ubican las penas pecuniarias más importantes. Aquí hablamos de penas que tienen la misma naturaleza de las del grupo anterior puesto que van dirigidas contra el interés económico del condenado pero que varían en cuanto a su grado de severidad puesto que se trata de sanciones de mayor valor económico. Con estas penas se castigaría delitos un poco más graves que los primeros.

La tercera franja de la escala de penas incluye castigos tales como asistencia a centros diurnos de trabajo, trabajos comunitarios o arresto domiciliario. Estas penas, comparadas con las de las dos primeras franjas, varían en su naturaleza y en su severidad. En su naturaleza, ya que van dirigidas contra intereses del condenado que se consideran más importantes. Estas limitan la libertad individual del condenado y aunque no en el grado que lo hace la pena de prisión. Con ella se castigaría delitos de una gravedad media.

Finalmente una cuarta franja incluiría la pena con mayor severidad de las que se usan para castigar los delitos en una sociedad. Se trata de la pena de prisión. Esta pena para Von Hirsch es la pena más severa que puede aplicar una sociedad democrática toda vez que está dirigida contra el interés jurídico considerado más valioso en las sociedades occidentales: la libertad individual. Esta pena debe reservarse para castigar los delitos más graves.

Una vez señalados los fundamentos de la teoría de la proporcionalidad. Von Hirsch se enfrenta al problema concreto de la puesta en práctica del mismo. Para ello debe definir cuáles serían los límites dentro de la mencionada escala de las penas y señalar los límites superiores de la escala, es decir, los límites de la pena más severa. Se trata de responder a la pregunta de hasta dónde es posible castigar para una sociedad democrática y respetando el criterio de justicia.

A esto Von Hirsch lo denomina determinar el punto de anclaje de la escala de las penas, es decir determinar los límites máximos y mínimos de la escala de las penas para luego determinar una pena concreta para cada delito. Esto adquiere gran importancia ya que con este modelo, dependiendo de los puntos de anclaje, es decir de los niveles de severidad aceptados, es posible adoptar un sistema de penas muy severo o uno más suave. Veamos: determinar los puntos de anclaje es fijar los límites de la escala de las penas es decir, la pena mínima y máxima que será posible aplicar a los condenados. En este ejercicio se podría anclar la escala por lo alto digamos señalando como pena máxima 60 años de prisión, y como mínima una pequeña multa. Otra posibilidad sería señalar como pena máxima unos pocos años de prisión y como mínima una pequeña multa. Vemos que con la misma teoría es posible adoptar un sistema severo de penas o uno más suave, y por esto definir los puntos de anclaje de la escala de penas adquiere gran importancia. Von Hirsch adopta la posición de anclar la escala de las penas por lo bajo y propone que lo ideal sería establecer como pena máxima para el delito más grave la cantidad de cinco años de prisión.

Las razones para esto, según Von Hirsch, se encuentran en aspectos mencionados anteriormente como la importancia de la benignidad al momento de castigar, y la necesidad de que con las penas no se cause un daño irreparable en la vida del condenado, también que se considere a este último como un sujeto moral capaz de entender la censura que la sociedad hace de su

comportamiento y de quien se espera que modifique su conducta conforme a la censura social.

### 2.13 SUSTITUCIÓN DE PENAS

Von Hirsch considera el caso en el que una vez determinada la pena que corresponde a un condenado hallado culpable de la comisión de un delito pero no es posible cumplir la pena; por ejemplo, quien ha sido condenado a multa y no tiene cómo pagarla debido a su carencia de recursos económicos. Se pregunta el autor ¿cómo se castigaría en este caso concreto? A ello responde con lo que denomina sustitución de penas, afirmando que siendo que distintas penas tienen una severidad equiparable ( en función de los intereses que afecta) y hallando la pena que tenga una severidad semejante, se resolvería el problema. Al respecto afirma: *“en un modelo del merecimiento, el criterio de sustitución de las sanciones debería ser el de la severidad comparable: equivalencia punitiva aproximada. El principio de proporcionalidad de las penas se refiere a la severidad de las penas pero no a su forma particular. Como las sanciones se gradúan de acuerdo con la gravedad de los delitos, reemplazar una pena particular con otra que tenga aproximadamente el mismo grado de severidad no distorsiona ni la paridad, ni la graduación de las respuestas penales . Por ello una pena de unos días- multa puede ser reemplazada por una sanción equivalente de trabajo en beneficio de la comunidad.”*<sup>82</sup>

Una vez aceptada la posibilidad de sustitución de penas para aquellos casos en que la realidad lo impone, Von Hirsch le señala ciertos límites a esa sustitución, proponiendo una sustitución limitada solo para los siguientes casos:

---

<sup>82</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.

A) que no sea posible cumplir con la pena que se ha impuesto. Tal es el caso de un pobre a quien se debiese condenar por su delito al pago de una fuerte multa.

B) para lograr mayores efectos preventivos. En este caso sería el de un hombre que ha cometido varias veces un delito. Toda vez que es reincidente se le concede cierta importancia a los antecedentes y se podría imponer de entre dos penas de severidad semejante, digamos una multa o un cierto periodo de libertad vigilada, se escoge, con fines preventivos, la libertad vigilada ya que se considera un pena más intrusiva en la vida del condenado y por tanto con mayores posibilidades de desincentivarlo de cometer delitos.

## **2.14 SANCIÓN DE REFUERZO**

Otro caso que se puede presentar es el de aquel condenado a una pena no privativa de libertad que se niega a cumplir esta pena. Se hace necesario un mecanismo para este caso. Frente a ello von Hirsch plantea lo que denomina sanciones de refuerzo para el caso de incumplimiento. Se trata de una sanción de severidad un poco mayor para quien habiendo sido condenado a una pena no privativa de libertad se rehúse a cumplirla, pudiendo hacerlo. Así lo dice Von Hirsch: *“las sanciones no privativas de la libertad requieren de sanciones de refuerzo. Se necesita hacer algo, por ejemplo, con la persona que, pudiendo, rehúsa pagar una multa.”*<sup>83</sup>

Frente a ello establece como principio que ante el incumplimiento, el condenado debe recibir una pena solo un poco más severa que la pena inicial y pide, contrario a la práctica actual de muchos sistemas penales, que acuda a la prisión solo en caso excepcionales de incumplimiento..

En la escala de penas son permisibles las desviaciones por atenuantes y agravantes. El modelo de la proporcionalidad confiere algún espacio a los

---

<sup>83</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.

atenuantes y a los agravantes para influir en la severidad del castigo. Pero teniendo presente que la desviación de la severidad de la pena solo puede ser de un grado leve, no se podría llegar al caso de imponer una pena mucho más severa por el hecho de que se presenten agravantes en el delito. Similar argumentación se aplica al uso de los antecedentes a la hora de determinar la pena. Como una de las funciones de la pena es la prevención del delito, es aceptable que se presente cierta desviación de la pena en virtud de los antecedentes, pero esta desviación o incremento de la pena debería ser pequeña, toda vez que la función principal del castigo es expresar censura o reproche frente al delito y su función preventiva es secundaria.

Todas las penas en cierto grado comportan degradación del ser humano e intrusión en su vida. Por eso un criterio a seguir es imponer la pena menos degradante e intrusiva.

Una de las razones para limitar el uso de la prisión es que aquella es un lugar en donde abunda la tortura, el encierro solitario de larga duración, sumisión al abuso verbal de los vigilantes y otras situaciones degradantes de la dignidad del condenado.. Es decir se trata de un lugar en donde se rebaja la condición del ser humano y por ello se debe usar lo menos posible teniendo en cuenta que hoy no es posible renunciar a su uso.

El principio general es que las penas son aceptables en la medida en que respeten la dignidad del infractor, eso es lo que hace inaceptable el uso del látigo o castigos corporales similares. A esto Von Hirsch lo denomina el contenido penal aceptable de las penas, y frente a ello dice: *“el contenido penal aceptable de una sanción consiste en la privaciones impuestas con el fin de conseguir sus fines preventivos y punitivos. El contenido penal aceptable, en este caso, es la idea de que una sanción debe estar configurada de manera tal que las*

*privaciones pretendidas puedan ser administradas de formas claramente coherente con la dignidad del infractor...*<sup>84</sup>.

Por ello rechaza las penas que implican destrucción de la personalidad del condenado, por ejemplo la práctica de rituales degradantes como el uso de cadenas o la auto-acusación obligada. Von Hirsch recuerda que no es solo en la prisión en donde se degrada al condenado y expresa su rechazo a mecanismos como el uso de pegatinas autoacusatorias en los coches para el caso de alguien a quien se ha sorprendido conduciendo ebrio y para no ser enviado a prisión se le obliga a usar estas etiquetas auto-incriminatorias en su coche. Igualmente indica como las visitas de agentes que hacen la vigilancia a los sometidos a libertad vigilada ofenden a otros residentes en el sentido de privacidad, superando el contenido penal aceptable ya que la sanción está alcanzando a afectar a personas no condenadas como los familiares del condenado. La intromisión en la vida de terceros es algo que excede el contenido penal aceptable.

## **2.15 ORIENTACIÓN POLÍTICA DE LA TEORÍA**

Hasta ahora hemos tratado las cuestiones materiales de una teoría de la proporcionalidad, ahora nos ocuparemos de las cuestiones políticas de la misma. El autor recuerda que la proporcionalidad ha sido acusada de ser un recurso para endurecer las penas bajo las oleadas de terror que se generan como consecuencia de la ocurrencia de oleadas de delitos de alto impacto.

Y para dejar en claro su orientación política, señala: *“El principio de proporcionalidad se ofreció como un medio para restringir el poder de castigar del estado y especialmente para limitar las sanciones severas”*.<sup>85</sup> Así que la idea es limitar la capacidad del estado para castigar y encontrar un modelo que impida la aplicación de penas excesivamente severas. Para lograr eso

---

<sup>84</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.134

<sup>85</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.140.

recuerda la importancia de los llamados puntos de anclaje bajo este mismo criterio: “*Se deben establecer puntos de anclaje que permitan reducciones globales de la escala de las penas.*”<sup>86</sup> Es decir que su política lleva implícita una negación frente a las penas severas.

Al señalar que las variaciones en las penas no disminuyen la frecuencia del delito, descarta su uso con fines meramente preventivos o aceptar la idea de que aumentando penas se reduce el índice de delitos. Para dar fuerza a su tesis se basa en el caso norteamericano que durante los años noventa vivió un crecimiento de las penas y de la población carcelaria a la vez que las tasas de delitos seguían aumentando.

A la pregunta de ¿qué tipo de política penal alienta el proporcionalismo? Von Hirsch recuerda que esta teoría ha sido atacada con el argumento de que puede permitir la imposición de penas más severas en contraste con la intención reduccionista. A esto Von Hirsch responde que no es posible debido a la concepción que el proporcionalismo tiene del castigo: “*La incidencia en el delito no es el criterio principal, la teoría suministra menos tentaciones para aumentar los castigos con la esperanza de conseguir un impacto preventivo*”<sup>87</sup>. Es decir que siendo la función de expresar censura la que tiene el papel principal dentro del castigo, las penas se determinan principalmente de acuerdo con esta función, y no con fines preventivos.

## **2.16 SÍNTESIS DE LA TEORÍA**

Para facilitar la comprensión de la teoría de la proporcionalidad, he aquí sus puntos esenciales: Su idea básica es que debe la severidad de las penas debe ser proporcional al gravedad de los delitos que se castigan con aquellas.

---

<sup>86</sup> *Ibíd.* pág. 141.

<sup>87</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág.149

La gravedad del delito se debe valorar según el daño que se produce con el mismo y el daño se mide según los intereses de la víctima que son afectados. Igualmente la severidad de las penas se mide por la afectación del estándar de vida del condenado. De manera que una pena que afecte más intereses del condenado, debe considerarse más severa que la que afecta menos intereses en la vida del mismo. Para hallar la pena proporcional a un delito determinado se debe demarcar una escala de delitos en donde se incluya a todos las conducta prohibidas por el derecho penal y organizarlos según su gravedad. Con la pena se debe hacer un ejercicio similar, es decir, elaborar una escala de las penas atendiendo a su severidad. Posteriormente se debe hacer una equivalencia entre la gravedad del delito y la severidad de la pena para determinar con cuál pena se castiga cuál delito. Los delitos se clasifican en grupos de gravedad mayor, media y baja y las penas en grupos de severidad mayor media y baja. La prisión se reserva para castigar solo los delitos de gravedad mayor.

Una teoría proporcionalista busca que las penas reflejen la gravedad comparativa de los delitos y unos ciertos límites máximos que impidan aumentar la escala penal.

Finalmente indiquemos cómo, luego de intensos, debates la teoría de la proporcionalidad se ha abierto espacio no solo entre los académicos sino también en el espacio político. Países como Finlandia, Suecia e Inglaterra han acudido a usar principios penológicos legales, convirtiendo a la proporcionalidad como el determinante para la imposición de la pena de prisión y de las sanciones intermedias.

De esta manera hemos culminado la exposición de la teoría de la proporcionalidad de las penas que plantea Andrew Von Hirsch. Ahora es momento de realizar una ligera crítica a la misma y expresar nuestra posición frente a ella. Esto es lo que nos proponemos hacer en el siguiente capítulo.

### **3. CRÍTICA A LA TEORÍA DE VON HIRSCH.**

En este capítulo procedemos a realizar un juicio crítico en torno a la teoría de la proporcionalidad penal propuesta por el profesor Andrew Von Hirsch. La metodología a seguir será mencionar las ideas básicas de la teoría expuesta y siguiendo a cada idea básica expresar nuestra posición frente a la misma, indicando su utilidad.

De entrada podemos indicar que en términos generales compartimos la teoría propuesta por el alemán. No obstante tenemos reparos frente al punto del máximo de la pena de prisión que se propone, es decir un máximo de cinco años de prisión para el delito más grave.

#### **3.1 CARÁCTER HUMANISTA**

La teoría de la proporcionalidad es en esencia una teoría humanista, es decir, progresista. Tanto es así que ni siquiera se ha considerado la pena de prisión perpetua o la pena capital. Este carácter de la teoría debe ser catalogado como muy positivo. Hoy consideramos progresista aquello que permite mejorar las condiciones de vida del ser humano, y es claro que adoptar un sistema de penas que se centre en el hecho de que el delincuente no deja de ser un ser humano, al que se le debe brindar oportunidades, y castigarlo con el derecho penal solo como último recurso, contribuye a mejorar las condiciones de vida del ser humano.

#### **3.2 CAUSAS SOCIALES DEL DELITO**

Es un hecho importante que los defensores de la teoría de la proporcionalidad reconocen que el delito se explica en gran parte por las condiciones sociales en las que viven los hombres que luego se convierten en

delincuentes. Von Hirsch expresa lo siguiente: *“un estado moderno debería ser capaz de aliviar la pobreza y la desorganización social. Los estados europeos que han hecho esfuerzos reales (si bien es cierto que costosos) en esta dirección han obtenido un grado de éxito; y en los Estados Unidos no es tanto un problema de incapacidad como de falta de ganas de hacer el esfuerzo y el dispendio. Yo tampoco estaría de acuerdo (...) en que es posible, sin aliviar la miseria, reducir el delito meramente con un cambio de técnicas preventivas. No es por casualidad por lo que Fráncfort o Estocolmo son más seguras que Boston o Filadelfia, y las razones de ello tienen más que ver con las condiciones de vida que con la efectividad del sistema penal.”*<sup>88</sup> Esta comprensión de las causas del delito es útil ya que exige que los programas de lucha contra el delito se enfoquen en políticas para mejorar las condiciones sociales de los hombres y no simplemente trazar políticas criminales que se limitan a penalizar conductas o aumentar penas frente a los delitos ya establecidos.

Que las condiciones sociales tienen gran importancia como explicación del comportamiento delictivo es evidente. La mayoría de los delincuentes capturados y enviados a las cárceles son personas que pertenecen a grupos sociales que han sido excluidos de los derechos que como ciudadanos tienen. Son en su mayoría habitantes de los cinturones de miseria que rodean las grandes ciudades, donde no llega la inversión estatal, donde las vías no están pavimentadas, difícilmente llegan las coberturas de educación media y superior y donde no hay acceso al crédito. En suma, se trata de ciudadanos a quienes se les ha negado oportunidades de desarrollo y han sido restringidos a la economía informal, el rebusque y los empleos no calificados. A muchos de ellos, siendo afectados por el desempleo, se les presenta el camino del delito como una forma para lograr el sustento de sus familias. Toda esta realidad se podría modificar con más inversión social en salud, educación, infraestructura

---

<sup>88</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág.152

y créditos. Ejemplo de lo dicho lo constituyen los continuos y violentos disturbios protagonizados por sectores del pueblo de París constituidos principalmente por inmigrantes africanos y asiáticos a quienes se excluye de las ventajas de la vida en el primer mundo a pesar de residir en una de sus capitales. Igual sucede con los más recientes disturbios sociales en Londres, desarrollados principalmente en barrios marginados en donde los jóvenes a pesar de residir en un país desarrollado no tiene perspectivas alentadoras para su futuro. Tanto en París como en Londres miles de estos jóvenes fueron llevados a las cárceles como responsables de delitos de vandalismo, destrucción de propiedad, resistencia al arresto etc., aumentando significativamente los índices de delincuencia en esas ciudades.

### **3.3 EL DELITO ES UNA CONVENCION**

La teoría de Von Hirsch realiza un aporte de gran importancia: la concepción del delito como una convención social, es decir como un acuerdo en la sociedad frente a la conducta que se considera lesiva de los bienes jurídicos protegidos. Ejemplos de ello son los castigos que en sociedades musulmanas se impone a la mujer adúltera y que puede terminar en la lapidación de la infractora, mientras que en occidente este comportamiento no tiene sanción penal. Es decir las sociedades musulmanas acordaron tipificar el adulterio en las mujeres mientras que las sociedades occidentales hace tiempo convinieron en dejar de hacerlo. Incluso en sociedades occidentales se ve este fenómeno; tal es el caso del conductor que maneja su vehículo con algún grado de ebriedad. En países como Suecia esta conducta se sanciona con prisión mientras que en Colombia y demás países latinoamericanos, por ahora, permanece impune. Lo que determina que una conducta sea o no considerada delito es una convención. Esta idea adquiere gran importancia para tomar posición frente a la exorbitante cantidad de tipos penales que

caracterizan al derecho penal moderno; siendo el delito una simple convención, sería más fácil suprimir muchos de ellos del ordenamiento penal.

Si bien es cierto que el delito es una especie de convención, no es creíble que esta convención sea el resultado de la voluntad del conjunto de la sociedad, como afirma Von Hirsch. En realidad la decisión de tipificar una conducta la toman los sectores dominantes en la sociedad, los grupos de poder sean estos religiosos, económicos o políticos. Por esta razón, más que una convención de la sociedad, pensamos que se debe hablar del delito como de una imposición de los grupos dominantes sobre la sociedad. No obstante esto no cambia la utilidad del planteamiento de Von Hirsch que en esencia dice que el delito no es una entidad en sí misma sino que alguien acuerda tipificar tal o cual conducta. Un ejemplo de lo expresado anteriormente es el hecho de que en Colombia la nueva ley de seguridad ciudadana, buscando contener la protesta social, tipifica como delito la obstrucción de las vías públicas, acto muy reiterado en las movilizaciones de protesta en Colombia, y señala una pena de hasta 48 meses de prisión<sup>89</sup>. Es evidente que no toda la sociedad ha acordado establecer este tipo penal. Más claro aun es que el poder político en su interés por acallar la protesta social expresada en bloqueos de vías, es el gran impulsor de estas medidas.

### **3.4 CONDUCTAS NO CENSURABLES PENALMENTE**

El moderno derecho penal, como lo indica Von Hirsch, está plagado de tipos penales que reprimen conductas que por su poca gravedad no deberían estar contenidas en el derecho penal, considerado el último recurso de la sociedad para reprimir los comportamientos más graves, sino en el ámbito policivo o administrativo. Frente a eso, hoy importantes sectores de la doctrina proponen excluir gran parte de los tipos penales actuales y transferirlos a la esfera policiva o administrativa. Para lograr esto es útil volver al concepto de

---

<sup>89</sup> COLOMBIA .CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, Art. 44.

“el núcleo del derecho penal” es decir que el contenido del derecho penal material se limite a los tipos penales propios del derecho penal clásico es decir aquellos que protegen bienes predominantemente personales (vida, salud, honor, integridad sexual, libertad) y patrimoniales.

Este punto es muy importante y nos lleva a conceder importancia al concepto de derecho penal nuclear y plantear la necesidad de retornar a él, reconociendo como contenido material del derecho penal sólo las conductas más graves que se cometen en una sociedad y sacando del ámbito penal una serie de conductas que hoy se castigan penalmente pero que no generan consenso, debido a que no todos las ven como dignas de ser parte integrante del listado de las conductas más lesivas en una sociedad y, por tanto, merecedoras de tratamiento penal. Entre estas conductas que hoy hacen parte de ciertas legislaciones podríamos citar tipos como la injuria, la calumnia, las amenazas por medios electrónicos, la penetración o hackeo de cuentas de correo electrónico y similares, o la criminalización del consumo de drogas. Estas conductas no causan un daño tan grande como para ameritar la implicación del aparato penal del estado. A esta categoría de tipos penales corresponden los que hacen posible condenar a prisión a un hombre que tocó abusivamente las nalgas de una mujer o el más reciente caso de un ciudadano condenado a tres años de cárcel en establecimiento penitenciario por haber intentado pagar unas libras de papa con un billete falso de 50.000 pesos. Tan desproporcionada resulta esta sanción que una vez conocida la sentencia, el denunciante expresó estar arrepentido de haber formulado la denuncia.

Para realizar la delimitación de las conductas más lesivas para la sociedad, reduciendo así la llamada inflación de tipos penales, podría sernos muy útil volver al concepto de derecho penal nuclear y analizar la validez de los tipos penales a la luz de la gravedad del daño que se produce con la conducta.

### **3.5 DELITOS DE CUELLO BLANCO**

Contrario al caso anterior, hay ciertos delitos que causan gran daño a la sociedad y sin embargo no son castigados severamente por las legislaciones penales actuales, o sus autores son sujetos de grandes beneficios que llevan a que el delito se quede sin castigo. Se trata de los delitos de cuello blanco que cometen los funcionarios de la administración pública y que tienen que ver principalmente con la sustracción de dineros públicos o la obtención de beneficios indebidos gracias a la condición de ser funcionarios públicos.

Se debe adoptar medidas en dos sentidos, criminalizarlos de acuerdo a su gravedad, lo que en el marco de la teoría de la proporcionalidad implicaría, la adopción de penas más severas y, por otro lado, la supresión de una serie de beneficios al condenado que hacen que de la pena impuesta solo se cumpla de manera efectiva una pequeña parte. Pero este es un tema que escapa al alcance de este trabajo, razón por la cual no profundizamos en el mismo.

El criterio que señala Von Hirsch para determinar la gravedad del delito es el daño que se ocasiona con él. Por eso consideramos importante detenernos en el daño que delitos como la celebración indebida de contratos, el peculado por apropiación, y en general, los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionario público generan a la sociedad.

Consideramos que el aspecto principal en este análisis es que el presupuesto del estado se compone como resultado del aporte de todos los ciudadanos, quienes mediante las distintas formas tributarias aportan su granito de arena para conformar este tesoro. A él contribuyen los grandes empresarios vía impuesto de renta y similares. También contribuye el ciudadano de clase media

propietario de una vivienda o de un vehículo. Igual sucede con el trabajador. Aun el más humilde ciudadano privado de cualquier tipo de propiedad, cuando acude a comprar un tubo de crema dental o cualquier otro producto, al pagar el impuesto del valor agregado I.V.A., contribuye a la formación del tesoro público. Vemos pues cómo los dineros públicos son el resultado del esfuerzo económico de todos los ciudadanos y, en consecuencia, los mismos deben ser valorados como uno de los activos más dignos de protección jurídica, y, por tanto, un delito que atente contra ellos, debe ser considerado como de los más graves ya que daña algo que es resultado del esfuerzo de toda la sociedad.

De igual importancia, los dineros públicos están destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad. Desde el funcionamiento de la administración, pasando por servicios como la seguridad y la justicia, hasta cosas tan esenciales en una sociedad como las coberturas en infraestructura, salud, educación, desarrollo económico e investigación científica, dependen del financiamiento que se logra mediante el uso de recursos públicos. Concedemos particular importancia al hecho de que gran parte de las causas que explican la existencia y la supervivencia de los altos niveles de violencia en Colombia tienen que ver con la ausencia del estado en las zonas más apartadas del país y la ausencia de políticas sociales para la población colombiana. Nadie duda que la existencia del conflicto armado interno en Colombia y de otras formas de violencia se habría afectado si en las regiones más apartadas de Colombia hubiera infraestructura de transporte que hiciera posible la explotación rentable del campo. Igualmente, otra sería la realidad del conflicto que afecta a Colombia si se tiene en cuenta que la inmensa mayoría de los miembros de grupos guerrilleros y paramilitares son colombianos a quienes se les ha negado el derecho a la educación siendo muchos de ellos analfabetas. Si se hubiera invertido en educación, infraestructura y desarrollo económico, muchas de esas regiones apartadas

que cayeron en manos de grupos irregulares, habrían tenido otro destino y la existencia de esos mismos grupos no habría gozado de la legitimación que históricamente han tenido en nuestro país.

Luego, los niveles de violencia y de criminalidad en países como Colombia tienen cierta relación con la corrupción que priva a grandes sectores de la población colombiana de acceder a oportunidades de desarrollo social y económico que permita acrecentar la economía legal y así generar oportunidades de empleo que impidan que sectores importantes de la población acudan al delito como medio de sobrevivir.

Vemos en las conductas en que los servidores públicos se apropian de los dineros públicos un delito que genera mucho más daño a la sociedad. Por tanto, este tipo de delito debería ser considerados como de los de mayor gravedad y en consecuencia deberían encabezar la escala de delitos propuesta por Von Hirsch.

La gravedad del daño que este tipo delitos produce a la sociedad es tal que El Libertador Simón Bolívar en uno de sus famosos decretos y basándose en consideraciones similares a las expresadas en los párrafos anteriores, ordenó fusilar a quienes fueren encontrados responsables de apropiarse de los dineros públicos en suma superior a diez pesos<sup>90</sup>.

Para tener una idea de lo que el robo de los dineros públicos le puede causar a una región, miremos regiones como Arauca en donde, luego de décadas de bonanza petrolera, los billones de pesos llegaron a la región pasaron a manos de sectores políticos y no se tradujeron en desarrollo social o económico para sus habitantes. Hoy Arauca sigue siendo una región sin infraestructura de transporte, sin proyectos productivos, con pésima infraestructura educativa y de salud. Cuando se acabe el petróleo seguirá siendo

---

<sup>90</sup> BOLÍVAR, Simón, Decreto dictatorial del 12 de enero de 1824.

una región con ganadería extensiva y con técnicas atrasadas de cultivo. Pero la clase política que durante décadas se apropió de los regalías del petróleo nunca ha sido tocada por el aparato penal estatal.

También Von Hirsch considera a los delitos de cuello blanco entre los más graves y por tanto los dignos de las penas más severas: *“la prisión, propuse, deber estar limitada para los delitos más graves (fundamentalmente para delitos violentos y para los casos más graves de criminalidad de cuello blanco)”*<sup>91</sup>

### **3.6 GRAVEDAD DEL DELITO**

Von Hirsch señala que el criterio para determinar la gravedad del delito debe ser el daño que se ocasiona con él a los bienes jurídicos de la víctima o de la sociedad. Consideramos que este podría ser el criterio más adecuado para medir la gravedad del delito. Parece lógico que se considere más grave el delito que destruye un bien jurídico como la vida que otro que atenta contra la propiedad. Parece lógico considerar más grave al delito que atenta contra bienes jurídicos más valiosos. Este criterio sería muy útil para el proceso de depuración del contenido del derecho penal excluyendo, en razón de la poca gravedad del daño que se causa, muchos tipos que hoy pudieran ser tratados mediante recursos distintos del derecho penal, tales como medidas policivas o administrativas. Conductas como la injuria, la calumnia, y otros de los llamados delitos menores, en atención al escaso daño que con ellos se causa a la sociedad, no deberían ser destinatarios del derecho penal sino que debieran ser tratados mediante medidas de ámbito administrativo policivo.

---

<sup>91</sup> VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y...ob. Cit.*, pág. 80.

### **3.7 ESCALA DE DELITOS**

La escala de delitos es uno de los elementos más importantes de la teoría de Von Hirsch y consiste en la ordenación de los diferentes delitos según la gravedad del daño que se ocasiona. Se considera más grave el delito que dañe más bienes jurídicos protegidos por el derecho.

La importancia de establecer una escala de delitos es que se debe llevar a cabo una justificación entorno a que conductas deben ser consideradas como delito. Explicar el daño que estas conductas causan a la sociedad. Con base en este análisis se debe proceder a organizar los distintos delitos en orden de su gravedad. Esta elaboración de la escala de los delitos hace necesario que por cada comportamiento considerado delito se establezca una pena de severidad diferente considerada como el castigo justo a ese delito.

### **3.8 LA GRAVEDAD DEL DELITO DETERMINA LA PENA**

Esta idea que, a primera vista parece evidente, tiene gran importancia ya que busca que el delincuente reciba una pena determinada por la gravedad del daño que ha causado. Esta idea está dirigida contra prácticas habituales en la actualidad que determinan el castigo buscando fines preventivos, o basados en antecedentes del delincuente o en la peligrosidad del mismo. Como consecuencia de esto es común encontrar que dos autores del mismo delito son castigados con penas abismalmente diferentes en razón de los antecedentes penales de uno de ellos o de la "peligrosidad" del mismo. Esta misma idea es la que nos lleva a apartarnos de la teoría de Von Hirsch en el punto de la pena más severa toda vez que la gravedad del daño que se produce con el homicidio, la desaparición forzada o el genocidio, exige que se imponga una pena que debe ir mucho más allá de los cinco años de prisión propuestos por el alemán. Los delitos contra la humanidad deben tener un marco de castigo que debe ir mucho más allá de la pena de cinco años.

Frente a estos delitos , en razón del daño que ocasionan, no encontramos razones para pensar que penas de prisión de larga duración e incluso la prisión perpetua no sean las penas justas para imponer.

Esta idea de la gravedad del delito como determinador de la pena a imponer parece ser más objetiva que otros modelos como el de la peligrosidad del delincuente o la intención preventiva del aparato penal.

Una de las ventajas de determinar la pena según la gravedad del daño es que destierra la práctica que permite que los antecedentes influyan en la determinación de la severidad de la pena, práctica que lleva a que de dos delincuentes condenados por el mismo delito , uno de ellos reciba una pena mucho más severa en virtud de tener antecedentes. Es ilustrativo de lo anterior el caso ya citado de un hombre condenado a tres años de prisión por intentar pagar en una tienda con un billete falso de 50.000 pesos; para explicar la severidad de la pena se indicó que el condenado presentaba antecedentes por el mismo delito. Es un caso en donde la pena no la determina la gravedad de la conducta sino la existencia del antecedente. Y esta regla lleva a que quien paga con un billete falso por segunda vez, sea condenado a una pena similar a la impuesta a quien, conduciendo ebrio, mata a otra persona.

### **3.9 INEFICACIA DEL AUMENTO DE PENAS.**

El aumento de penas no disminuye la frecuencia del delito. Esta tesis de Von Hirsch, extraída a partir del análisis de los aumentos de penas que durante los años noventa se dieron en Estados Unidos, es importantísima ya que permite sacar este elemento de la política criminal de los estados en busca de disminuir la delincuencia. Al aceptar que el aumento de penas no lleva a una disminución del delito, los estrategias de la política criminal deberán

fijarse más en las causas sociales del delito y trabajar sobre ellas en lugar de acudir al fácil recurso de aumentar constantemente la penas.

Esta idea es particularmente útil para el caso colombiano en donde cada vez se acude más al mecanismo de aumento de penas pero las tasas de delitos no disminuyen. Ejemplo de ello son las distintas reformas penales llevadas a cabo en Colombia que básicamente se reducen a aumentar las penas o a criminalizar nuevas conductas como sucede con la reciente Ley de Seguridad Ciudadana.

Consideramos que las medidas para enfrentar el delito deben dirigirse principalmente a solucionar el problema de impunidad y muy especialmente atacar problemas como la miseria, el desempleo y la desigualdad social que se convierten en causas sociales del delito. Frente a esta idea contrasta el hecho de que amplios sectores de la doctrina confieran importancia a el aumento de penas y la creciente criminalización de nuevas conductas para prevenir el crecimiento del delito, siendo que como afirma Von Hirsch: *“actualmente está ampliamente aceptado que la cárcel raramente cura las tendencias criminales”*<sup>92</sup>

### **3.10 PROPORCIONALIDAD CARDINAL**

El alemán denomina proporcionalidad cardinal al criterio que limita la severidad de las penas aplicables. Afirma que si bien la pena, igual que el delito, es una convención, esta tiene límites y no se puede aceptar convenciones arbitrarias, como sería aquella que impusiera un largo periodo de prisión a quien ha cometido un pequeño hurto. Se trata de un criterio de gran importancia que protege contra la adopción de tipos de penas inhumanas como serían la pena capital, así como contra el uso arbitrario de las penas

---

<sup>92</sup> VON HIRSCH, Andrew, Censurar y...ob. Cit., pág. 150.

aceptadas como en el caso citado de imponer una larga condena de cárcel al autor de un pequeño hurto. La importancia del uso de este criterio radica en que en él se expresa el desarrollo de la humanidad en materia de valores y principios humanitarios. Si hace siglos se aceptaba legalmente el uso de la tortura para obtener confesiones o el tormento público, ello se debía a que estas prácticas eran compatibles con los valores reinantes en la época. Igual sucede con la pena capital y la prisión perpetua en nuestros días: su uso tiene a eliminarse ya que los valores reinantes en el mundo filosófico, académico y en amplios sectores de la sociedad están en contravía con el uso de estas penas. De manera que existen unos límites cardinales frente al uso de las penas en las sociedades y estos límites están dados por los valores dominantes en las sociedad. Con base en este criterio de la proporcionalidad cardinal no es posible aplicar la pena de prisión a todos los delitos, tampoco el uso de la prisión perpetua y mucho menos la pena capital ya que esto haría, que la convención que fija las penas se tornara arbitraria puesto que sería excesivamente severa a la luz de los valores dominantes hoy en la sociedad.

### **3.11 PROPORCIONALIDAD ORDINAL**

Von Hirsch llama proporcionalidad ordinal a la distancia relativa entre las diferentes penas. Es decir a la distancia que debe existir entre las penas entre sí atendiendo a su severidad. Este elemento es de gran importancia para indicar que ante la existencia de delitos que causan daños de muy diversa gravedad, así las penas deben estar espaciadas según la gravedad del delito que pretenden castigar. La utilidad del concepto radica en que no es aceptable que delitos de la misma gravedad reciban sanciones muy diferentes o peor aún, que el delito más grave, por causar más daño a la sociedad, reciba una condena menos severa que otro delito de menor gravedad. Un ejemplo indicativo de esta situación lo constituyen los casos

publicados en El Espectador el día 24 de agosto de 2011. El primero ya fue citado en este trabajo y corresponde a un hombre condenado a tres años de detención en centro carcelario por haber intentado pagar unas libras de papa con un billete falso de 50.000 pesos en una tienda de barrio. El segundo caso es el de un empresario condenado a tres años y cuatro meses de casa por cárcel por haber sido hallado responsable de agredir físicamente a su esposa, causándole graves heridas en su rostro, además de haberle disparado con arma de fuego en uno de sus brazos. En los ejemplos citados se ve claramente cómo el autor del delito más grave recibe prácticamente la misma condena pero se le concede el beneficio de la casa por cárcel.

### **3.12 ESCALA DE PENAS**

La escala de las penas es la consecuencia de la escala de los delitos. Se trata de un listado de las penas que la sociedad está dispuesta a usar para castigar los distintos delitos. Estas deben ser ordenadas según su severidad. Se considera que es más severa la pena que interfiere más sobre los bienes jurídicos del condenado. Este concepto es útil ya que contempla un número diverso de clases de penas siendo la pena de prisión el último peldaño destinado a castigar solo los delitos más graves. De manera que los delitos menos graves se castigarían con penas como la libertad vigilada, el trabajo comunitario, las multas, etc. Esto adquiere importancia ya que el sistema penal se distanciaría en parte del uso de prisión al considerar a las penas diferentes de la prisión como penas en sí mismas y no como simples sustitutos de la prisión destinados a un grupo selecto de condenados.

### **3.13 LA MAXIMA SANCION PENAL**

Uno de los elementos claves de la propuesta de Von Hirsch es el límite máximo para la pena de prisión. Para el autor alemán este límite máximo

debe ser de cinco años. El autor enfatiza que no propone ni espera que ningún estado de un momento a otro adopte este límite para las penas de prisión, en su lugar afirma que se debería partir de las penas actuales tomando como punto de partida la capacidad del sistema penal y adoptar una política reduccionista que progresivamente vaya disminuyendo la duración de la pena de prisión hasta alcanzar unas penas que se enmarquen dentro de este límite de cinco años como máximo.

Este postulado se basa en la esencia de la corriente proporcionalista la cual pretende disminuir la potestad represiva del estado y la reducción de la severidad de las penas. Estos dos elementos son los que determinan tal propuesta. También ejercen influencia ideas como la afectación que se causa a los intereses jurídicos del condenado y que la benignidad de las penas es un objetivo a lograr.

El alemán nos plantea que la pena de prisión, la más severa en su teoría, debe tener un límite máximo de cinco años. Consideramos que atendiendo al criterio de la gravedad mencionado anteriormente, para ciertos delitos la pena a imponer no puede ser otra que largos periodos de prisión. ¿Cómo aceptar que un asesino en serie o un genocida solo reciban cinco años de prisión?. Pensamos que este hecho más que ser respetuoso de la tesis de la proporcionalidad entre el delito y la sanción, la viola, toda vez que quien ha asesinado no puede pretender que ha pagado el daño que ha causado a la sociedad luego de pasar cinco años en prisión, tiempo que, al aplicar los subrogados penales, sería mucho más corto.

Consideramos que un defecto de la teoría de la proporcionalidad que nos ofrece Von Hirsch es que se falla a la hora de aplicar el criterio de justicia a ciertos delitos que debido a su extrema gravedad, por causar un daño gigantesco, deberían recibir una condena muy severa.

Justicia es imponer una pena de acuerdo a la gravedad del delito. En consecuencia si por un delito se causa un daño consistente en la destrucción de cientos o miles de vidas humanas, se debe disponer de una pena proporcional a ese daño. Aplicación de este principio es la pena de hasta prisión perpetua considerada por el estatuto de la Corte Penal Internacional para los autores de delitos como genocidio.

Estamos de acuerdo en que los delitos contra la vida son los más graves, por tanto deben recibir las penas más severas. Nuestro punto de desacuerdo tiene que ver con la magnitud de la pena a la luz del daño que se causa con el homicidio y otros delitos como el abuso sexual, la tortura, la desaparición forzada y el genocidio. Para estos delitos una pena de cinco años de prisión nos parece insuficiente.

Afirmamos que, atendiendo criterios de justicia, quien ha segado una vida humana, algo que nunca se reparará, no puede recibir solo cinco años de prisión y luego ser devuelto a la sociedad como un miembro más.

La vida, por ser el bien considerado más valioso en la sociedad debe ser el mejor protegido por el ordenamiento jurídico, incluido el sistema penal. Pero esta protección debe ser acorde a su valor. Por ello, castigar e interrumpir una vida con cinco años de prisión es a todas luces algo injusto ya que el castigo no es proporcional con el daño que se le ha infligido a la víctima, a su familia y a la sociedad.

Además se nos presenta otro problema: ¿Qué sucede con situaciones tan excepcionales como los asesinos en serie? ¿Cuál es la pena a aplicar a alguien que ha asesinado veinte, treinta o más personas?, ¿Cuál es la pena justa para el individuo que abusa sexualmente y asesina a cien o doscientos niños?, ¿cuál la pena para el responsable de asesinar a miles de personas por medio de masacres sistemáticas y continuadas, como es el caso del paramilitarismo en Colombia?, ¿Cuál la pena para el funcionario público,

digamos un policía o un militar, cuyo deber es proteger la vida e integridad física de los ciudadanos, que se encuentre responsable de asesinatos masivos?.

Consideramos que Von Hirsch al plantear un límite de cinco años a la pena de prisión para delitos como los mencionados anteriormente no respeta el principio de justicia que se plantea como base de toda su teoría, todo lo contrario, tal propuesta vulnera el principio de la justicia. Sencillamente no es justo, atendiendo a la gravedad del daño que se ha causado, que el autor de una masacre en la que se asesina a decenas de personas, sufra una pena de cinco años y luego sea devuelto a la sociedad.

Una cosa es el homicida que ha asesinado a una persona. Otro es el caso del sicario a sueldo que como parte de su trabajo en actos individuales ha asesinado a cinco personas. Y otro es el caso de quien ha asesinado a cientos de personas. Puesto que cada delito causa un daño diferente, el número de vidas suprimidas es diferente, la pena aplicada a cada uno de estos delitos debe ser diferente y proporcional al daño que se ha causado. El límite máximo de cinco años de prisión resulta insuficiente para castigar los delitos mencionados anteriormente.

Una pena máxima de cinco años para quien asesina, que sabe que no se le impondrá otra pena de prisión, no tiene límite para abstenerse de delinquir, ya que matar a una persona le reportará el mismo o casi el mismo castigo. De manera que este límite termina generando una sensación de impunidad para el delincuente que lo ha alcanzado y este ya no tiene qué lo refrene del delito. De manera que a las anteriores, ahora agregamos una consideración de política criminal. Este límite es inconveniente ya que privaría a la sociedad de un instrumento para refrenar al delincuente.

## CONCLUSION

Pensamos que el modelo de Von Hirsch presenta los siguientes defectos: Primero, al proponer un límite de máximo cinco años en la pena de prisión, vulnera la base de su modelo el cual es la justicia, la cual se debe expresar en la proporcionalidad entre la magnitud del daño que se causa con el delito y la severidad de la pena que se imponga. Un límite de cinco años como pena máxima de prisión no suministra el castigo justo al autor de delitos como masacres y otros ya mencionados.

Segundo, como consecuencia de ese límite de cinco años, no queda espacio suficiente para castigar los delitos más graves como masacres y genocidios ya que si asignamos cinco años de prisión al genocida, y si queremos respetar la proporcionalidad ordinal, el autor del delito de homicidio debería recibir una pena muchísimo menor de los cinco años toda vez que entre las penas debe existir un espaciamento similar al espacio existente entre la gravedad de los distintos delitos. Se desconoce que en el delito de homicidio se presentan diferentes modalidades, con diferente gravedad, y por tanto deben ser castigados con diferente severidad.

En síntesis, compartimos los postulados de la teoría de la proporcionalidad pero discrepamos en la propuesta del límite para la pena de prisión destinada a castigar los delitos más graves.

#### **4. UNA MODIFICACION NECESARIA**

A lo largo de este trabajo hemos venido ocupándonos de la teoría de la proporcionalidad planteada por Andrew Von Hirsch. En los capítulos anteriores hemos señalado que compartimos los postulados básicos de la proporcionalidad, los cuales se basan en la idea de justicia, entendida esta como recibir una pena que esté acorde con la gravedad del delito que se ha cometido.

En el capítulo anterior nos ocupamos de señalar nuestra posición frente a los distintos elementos de la teoría de la proporcionalidad. Indicamos nuestro acuerdo con los elementos básicos planteados por Von Hirsch. No obstante, señalamos nuestro desacuerdo con un elemento importante de la propuesta del autor bajo estudio. Este elemento es la determinación de los límites a la pena de prisión. Toda vez que la prisión es la pena más severa a aplicar, la pena que se derive de estos límites sería la pena más severa a imponer al autor del delito que se considere más grave en una sociedad.

El autor propone que el límite ideal, la meta a lograr, es una pena de máximo cinco años de prisión. De esto se desprende que para Von Hirsch la persona hallada culpable del delito de genocidio, a nuestro juicio el delito más grave, debería ser enviada a la cárcel durante un periodo de máximo cinco años y posteriormente ser devuelto a la sociedad como un ciudadano más que ya no tiene deudas con su sociedad. En el capítulo anterior argumentamos en contra de esta propuesta y señalamos nuestro desacuerdo en dos sentidos. En Primer lugar, indicamos que a nuestro juicio, no se está cumpliendo con el postulado básico de la justicia planteado en la teoría de la proporcionalidad -que las penas deben reflejar la gravedad del delito- cuando se impone una pena de cinco años a un homicida. Esto es más cierto si se trata de un genocida. Expresamos que esta pena es injusta puesto que su severidad no se equipara al daño que se ha ocasionado con el delito.

Decimos que la pena es injusta porque le falta severidad. Insistimos en el hecho de que en la sociedad se presentan delitos cuyo daño ocasionado a la sociedad no se puede considerar saldado con una pena de cinco años de prisión. En segundo lugar expresamos cómo este límite a la pena máxima de prisión hace imposible cumplir con la proporcionalidad ordinal o relativa, la cual indica que unos delitos deben tener penas más severas que los otros atendiendo a la gravedad relativa del daño ocasionado con el mismo en comparación con la gravedad del daño causado por otro delito. Es decir, que las penas deben ser tan diferentes en severidad como lo sean los delitos en gravedad. Esto quiere decir que la severidad de la pena A, destinada a castigar al delito X debe ser tan diferente de la severidad de la pena B, destinada a castigar al delito Z, como diferente sea la gravedad del delito X frente al delito Z. Es decir, que si el delito X es muy inferior en cuanto a gravedad frente al delito Z, así mismo la pena impuesta al delito X debe ser muy inferior en severidad frente a la pena impuesta al delito Z. En síntesis, cuanto mayor diferencia exista entre el daño producido por dos delitos, mayor diferencia debe existir entre la severidad de las penas con las cuales se castigan, y viceversa. Para satisfacer el postulado de la proporcionalidad relativa, es decir, el espaciamiento que debe existir en la severidad de las penas en relación con la gravedad de los delitos, en la escala de las penas debe existir un espacio mayor al que permite el estrecho margen de los límites que impone la propuesta de cinco años como máxima pena de prisión a imponer.

#### **4.1 LA PENA MÁS SEVERA**

Las razones para rechazar esta parte de la propuesta de Von Hirsch son muchas: La coherencia misma de la teoría, en especial su base, cual es la necesidad de que la pena sea justa y, por tanto, proporcional al delito que se quiere castigar; además existen otras razones como son el mensaje que se

envía a la sociedad en relación con un delito especialmente censurable, y la necesidad de proteger a la sociedad del peligro que representa el delincuente.

En la base de nuestra crítica está la esencia misma de la teoría de la proporcionalidad la cual es la justicia de las penas. Consideramos que la pena es justa en la medida en que sea proporcional con la gravedad del delito que se castiga con ella. Para determinar la gravedad del delito el autor estudiado señala como criterio a seguir el daño que se causa con el delito, y el daño se mide por los bienes jurídicos que se ven afectados con el comportamiento delictivo.

Consideremos delitos particularmente graves como el homicidio. Cuando se comete un homicidio se ocasiona a la sociedad un daño muy grave puesto que se destruye el bien jurídico máspreciado en las sociedades occidentales como es la vida. Igual sucede en casos como la tortura, el secuestro extorsivo o el abuso sexual. Quien comete un delito como una masacre, en donde se asesina a decenas de personas, ocasiona a la sociedad y a las victimas un daño que es muchas veces más grave que el daño ocasionado con un solo homicidio. Por tanto la pena en este caso debe reflejar esa mayor gravedad del daño. Lo mismo se aplica a los responsables de un delito como el de genocidio en que se asesina a cientos o miles de personas. Si se pretende cumplir el principio planteado como la base de la teoría de la proporcionalidad, es necesario establecer un sistema de penas que castigue con la pena merecida tanto al autor de un homicidio como al autor de un genocidio con miles de víctimas. Por ello debe existir una pena que guarde proporción con la gravedad del delito. Debemos encontrar una pena para el homicidio que sea proporcional con el daño que se ha ocasionado, y también encontrar una pena para el delito de genocidio con miles de víctimas. Siendo el daño que se ha ocasionado con un delito muchas veces mayor que el ocasionado con otro, así la pena a imponer debe ser muchas veces más severa. Solo así se

satisface el principio de justicia de las penas defendido desde Beccaria, y hoy reiterado por la teoría de la proporcionalidad en sus diversas versiones. Una pena cuyo máximo posible sea cinco años de prisión resulta a todas luces insuficiente para castigar los casos mencionados anteriormente.

Para satisfacer el planteamiento anterior debemos contar con una escala de penas que permita espaciar de manera apropiada los castigos a imponer. Vemos la necesidad de que la escala de penas presente una mayor amplitud que permita espaciar las penas para que reflejen mejor la gravedad del delito que se castiga. Es decir, se requieren penas de prisión más largas para castigar los delitos más graves.

Continuemos con nuestro análisis en torno a los delitos que son más graves, por lesionar en mayor medida los bienes jurídicos que se protegen con el derecho penal. Ahora ocupémonos de un delito que debe considerarse más grave que el homicidio. Me refiero al caso del homicida serial que durante un espacio largo de tiempo ha asesinado a diez personas. Luego de capturarlo y hallarlo culpable, el juez se enfrenta al problema de determinar la pena a imponer a este delincuente. Un defensor de la teoría de la proporcionalidad debe cumplir el principio de la pena justa, y trata de satisfacer tanto la proporcionalidad cardinal como la proporcionalidad ordinal, es decir, está obligado a castigar con una pena que se ajuste a la gravedad del delito, pero también que se ajuste a la gravedad relativa en relación con otros delitos, de manera que un delito considerado de menor gravedad reciba una pena de menor severidad. Por tanto, si al asesino responsable de un homicidio se le impuso una pena de tres años de prisión, ¿cuál será la pena para el homicida que ha cometido diez asesinatos?. Se trata de hallar la pena que respete el principio de justicia, que esté acorde con la gravedad del delito cometido, y que respete la gravedad relativa del delito, es decir la gravedad del delito que se castiga en relación con la gravedad de otros delitos.

Si aceptamos que cometer un homicidio es más grave que cometer diez homicidios, esto debe traducirse en la pena que se imponga a los dos comportamientos delictivos.

Luego la pena impuesta al responsable de diez homicidios debe ser una bien distinta, vale decir mucho más severa que la pena que se imponga al responsable de un homicidio.

Si pensáramos en una lista de los delitos más graves –los únicos susceptibles de castigar con pena de prisión, según la teoría que nos ocupa- obtendríamos una lista similar a esta: genocidio, delitos de cuello blanco, homicidio, desaparición forzada, delitos sexuales, tortura, hurtos con violencia y otros pocos mas.

Si tomamos esta lista y aplicamos la pena de prisión máxima propuesta por Von Hirsch tendríamos una situación similar a esta: el genocida recibe la máxima pena de prisión, es decir, cinco años; el responsable de peculado y tráfico de influencias y el homicida, una de tres años; el torturador y el violador, una de dos años; el homicida en tentativa, una pena de un año; y el responsable de hurto con violencia, seis meses de prisión. Estas penas sencillamente no parecen ser proporcionales al daño que se ha ocasionado, son menos severas de lo que deberían ser. Nos parece evidente que la severidad de la pena no está acorde con la gravedad del daño ocasionado por el delito.

Si acogiéramos los límites que para la pena de prisión señala von Hirsch, nos encontraríamos con un homicida condenado a tres años de prisión. Esto nos lleva a preguntarnos ¿Cuál es la pena a imponer al homicida en serie? Téngase presente que hay delitos más graves que este, tales como el delito de genocidio, en donde sistemáticamente se haya asesinado a miles de personas o a cientos de miles como son los casos de los genocidios en Ruanda y Yugoslavia.

Entonces no se puede imponer la pena máxima de cinco años de prisión para castigar al asesino múltiple puesto que esta está reservada para el más grave de los delitos, y supongamos, en gracia del análisis, que este sea el genocidio. Entonces, si la pena máxima se le impone al responsable del delito más grave, el genocidio, al homicida serial se debe imponer una pena menor que el máximo permitido. Digamos que luego de un concienzudo análisis y de hacer lo posible por respetar los postulados de la proporcionalidad, se le impone una pena de cuatro años de prisión al homicida en serie. Ahora veamos el caso del responsable de dirigir o perpetrar el más grave de los delitos, es decir el genocidio, y permítasenos, en gracia de facilitar el análisis, que se trata de un genocidio en el que fueron víctimas miles de personas. En este caso no hay muchos problemas para concluir que se debe imponer la pena máxima permitida, es decir el genocida es condenado a cinco años de prisión.

He aquí el resultado del planteamiento de un máximo de cinco años en la pena de prisión. Siguiendo la propuesta de Von Hirsch sobre la máxima pena de prisión se ha condenado al responsable de un homicidio a tres años de prisión; a otro homicida, responsable de diez muertes, a la pena de cuatro años de prisión; y al responsable de un genocidio, en donde se asesinó a varios miles de personas, a cinco años de prisión. Esto nos parece cualquier cosa, menos justo.

Veamos cómo queda esto a la luz de la teoría de Von Hirsch. La base de esta teoría es que las penas deben ser justas es decir que la severidad de la pena esté acorde con la gravedad del delito. Es claro que una pena de cuatro años de prisión es más severa que una pena de prisión de tres años y que la de cinco años es más grave que la pena de cuatro años. A primera vista parece que se cumple el principio de la proporcionalidad atendiendo a la gravedad de los delitos ya que siendo unos más graves que otros, se castigan con penas más severas.

Pero, ¿la diferencia de severidad de las penas señaladas en nuestro ejemplo está acorde con la diferencia entre la gravedad o daños que han ocasionado los delitos que originaron las penas mencionadas? Nuestra respuesta es no. Nos parece evidente que la abismal diferencia entre cometer un homicidio que trunca la vida de un ser humano y un genocidio que trunca la de miles de seres humanos, es una diferencia que no corresponde a la diferencia de penas señaladas, en el primer caso 3 años de prisión y en el segundo cinco años .

Si consideramos a la vida como el principal bien jurídico, es porque sin este ninguno de los otros es posible. Luego, quien trunca una vida afecta no solo ese bien jurídico sino que por sustracción de materia hace imposible el goce de todos los demás bienes jurídicos. Pero el daño no para ahí, se causa daños a los familiares de la víctima quienes pierden un ser querido, muchas veces quien provee el sustento familiar. También se afecta el sentimiento de seguridad de toda la comunidad y se crea un sentimiento de vulnerabilidad que ningún ciudadano debe ser obligado a soportar. Y el daño se multiplica por diez en el caso del asesino en serie y por miles en el caso del genocida. Por tanto la pena contra el autor de diez homicidios debe ser mucho más grave que la que se impone al autor de un homicidio. De lo contrario se atropella el principio de la justicia. Por estas razones pensamos que los autores de estos delitos deben recibir una pena mucho más severa que los cinco años de prisión propuestos por Von Hirsch. Esto nos lleva al problema de definir un marco diferente para señalar las penas a delitos como el homicidio y otros de gravedad similar.

Continuemos usando la lista de delitos más graves elaborada en páginas anteriores. Es decir, a modo de ejemplo digamos que los delitos más graves son el genocidio, delitos de cuello blanco, hurtos con violencia, delitos sexuales, homicidios, tortura, desaparición forzada y otros pocos mas, similares en

gravedad. Delitos para los cuales hemos dicho resulta insuficiente la pena de cinco años propuesta por von Hirsch.

Consideramos que la escala de penas propuesta por Von Hirsch basta para sancionar los delitos de gravedad baja y los de gravedad media castigándolos con las llamadas sanciones intermedias es decir aquellas diferentes de la pena de prisión. Pero esta escala de penas –con un límite de cinco años para la pena de prisión- resulta insuficiente para sancionar con justicia los delitos más graves. La dificultad surge del hecho de que los delitos graves abarcan un espectro muy amplio haciendo necesario el uso de un espectro de penas también muy amplio aunque basado en la pena más severa, cual es la privación de la libertad. Para lidiar con los delitos más graves es necesaria una subdivisión de los mismos en al menos dos grupos atendiendo a la gravedad excepcional de ciertos delitos como el genocidio, el homicidio, la tortura y la desaparición forzada, cuya gravedad exige la imposición de periodos de prisión mucho más largos que los cinco años propuestos por Von Hirsch. Es decir que en la categoría de los delitos graves habría dos clases o subcategorías, siendo los de la segunda clase los de gravedad superlativa. Al primer grupo se castigaría con penas de hasta cinco años de prisión y al segundo grupo con penas mucho mayores. En el primer grupo estarían los hurtos violentos, delitos de cuello blanco de lo que se llegue a considerar pequeñas cuantías, delitos sexuales, homicidios culposos y otros delitos similares. En el segundo grupo estarían los delitos de cuello blanco que impliquen sustracción de grandes cantidades de dineros públicos, el homicidio doloso, homicidio múltiple, la tortura, desaparición forzada y el genocidio. A este segundo grupo de delitos se debe castigar con penas que deben ser muy superiores a los cinco años propuestos por Von Hirsch y que pueden llegar incluso a la pena de prisión perpetua en el caso del genocidio, crímenes contra la humanidad y otros que impliquen la supresión de decenas de vidas.

Para graduar las penas a una categoría de delitos como los que atentan contra la vida, la parte correspondiente en la escala de las penas debe tener la amplitud suficiente para castigar con la pena justa a la amplia gama de delitos que contra la vida se pueden presentar. Digamos que en la subcategoría de delitos más graves se ubican en primer lugar los delitos contra la vida. El homicidio simple ocupa la parte más baja en la subdivisión que proponemos de la escala de delitos, mientras que el delito de genocidio estaría en el lugar más alto. Existiendo toda una gama de delitos entre estos dos extremos. En el intermedio se ubicaría delitos como el homicidio agravado, los homicidios en serie y las masacres. Cada uno de estos delitos, si bien se ubican en el segmento de mayor gravedad, son diferentes entre sí, siendo unos más graves que los otros, y ,por tanto, unos deben recibir penas más graves que los otros. El contraste se ve de manera más clara si contrastamos el menos grave frente al más grave, el genocidio. Ahora la diferencia de penas debe tener en cuenta esta diferencia de gravedad. Luego, no podemos condenar el autor del primero a cuatro años de prisión y el autor del segundo a siete años sin violar gravemente el principio de la justicia.

El segmento de la escala de las penas que corresponde a esta subcategoría de delitos contra la vida debe tener tal amplitud que permita espaciar las penas según la gravedad del delito respetando así la proporcionalidad ordinal. Por eso la importancia de que frente a crímenes tan atroces, aunque frecuentes, como el genocidio que acaba con centenares de miles de vidas, o frente a crímenes contra la población civil por parte de una fuerza militar, se disponga de una sanción tan drástica como la prisión perpetua.

Nos enfrentamos a la necesidad de señalar límites sensatos a la pena de prisión buscando cumplir con el postulado principal de la proporcionalidad el cual es la imposición de una pena justa que equipare la severidad de la misma con el daño que ocasiona el delito que con ella se castiga, también llamada la pena merecida. Se trata de hallar una pena apropiada para los

autores de los delitos de excesiva gravedad dentro de la categoría de los delitos graves, los únicos castigados con pena de prisión en el modelo de Von Hirsch.

Otros delitos pueden ser tan graves como estos, y en consecuencia pueden aumentar esta lista. Lo que pretendemos es dar una idea de los delitos que consideramos más graves dentro de los delitos graves y que en consecuencia deberían ser castigados con una pena de prisión mucho más severa que la pena que propone Von Hirsch con su límite de cinco años.

Consideramos que una forma apropiada de cumplir el principio de justicia sería aceptar este límite de cinco años para castigar los delitos que dentro de la categoría de los más graves, ocupen la subcategoría de menor gravedad, que ocuparían delitos como el hurto con violencia o las tentativas de secuestro u homicidio y demás delitos de similar gravedad. Aceptado esto, se nos hace necesario establecer otros límites para la pena que se impondría a los delitos más graves dentro de la categoría de los delitos graves. Es decir necesitaríamos unos límites que vayan más allá de los cinco años señalados por Von Hirsch. Es claro que el delito de homicidio debe ser merecedor de diversas penas puesto que este se da en diferentes modalidades. Se puede cometer en la modalidad culposa por conducir un automóvil en estado de ebriedad, en la modalidad preterintencional cuando se dispara un arma de fuego al aire, en la modalidad dolosa cuando se tiene la intención de asesinar. Además existe la tentativa de homicidio. Y aun debemos considerar la existencia del homicida serial y del homicida múltiple, quienes resultan ser autores de muchos homicidios lo que nos pone ante la necesidad de hallar una pena cuya severidad sea proporcional al daño que el delito ha causado, teniendo en cuenta que quien ha cometido diez o veinte homicidios ha causado un daño muchas veces mayor que quien ha cometido un homicidio, por tanto, la pena debe reflejar ese mayor daño ocasionado a la sociedad. A manera ilustrativa digamos que frente al

homicidio culposo se debería considerar una pena de entre cinco y diez, años de prisión. Para el homicidio doloso una pena entre diez y 20 años. Y para el homicidio agravado una pena de entre 20 años y treinta años. Estas penas a nuestro juicio, están más acordes con la gravedad de los delitos mencionados por tanto su imposición da la impresión de que se hace justicia frente al delito cometido.

Para el delito de genocidio la única pena posible, si se quiere respetar el principio de justicia, es la pena de prisión perpetua. Lo anterior si tenemos en cuenta la gravedad del daño que este delito causa ya no solo sobre una sociedad determinada sino sobre toda la humanidad. Nos parece que es claro que los autores del genocidio contra los judíos en Europa durante la Segunda guerra mundial no solo agredieron al pueblo judío, o a las sociedades en cuyo territorio se llevó a cabo, sino que tal crimen atenta contra valores esenciales hoy aceptados por la humanidad. Igual sucede con los responsables de conductas similares en los años noventa del siglo pasado en la antigua Yugoslavia y en Ruanda.

La idea de que los delitos que causan los daños más graves a la sociedad deben ser castigados con la pena de prisión perpetua es aceptada por las actuales corrientes del pensamiento jurídico. Tal idea es aceptada en el Estatuto de Roma, base de la Corte Penal Internacional, el cual señala entre las penas a imponer a los responsables de los delitos que la corte está facultada para juzgar: *“la reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen...”*<sup>93</sup>. También el derecho colombiano, a pesar de que la figura de la prisión perpetua le es extraña, accedió a aceptar su imposición en el ámbito de la corte penal internacional a colombianos hallados responsables de los delitos competencia de la Corte Penal Internacional, tales como el genocidio y delitos contra la humanidad,

---

<sup>93</sup> TRATADO DE ROMA. Estatuto Corte Penal Internacional, art. 77

modificando el artículo 93 de la constitución. A su vez, la Corte Constitucional colombiana al hacer estudio de la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 por la cual el Congreso de la República aprueba el Tratado de Roma, acepta la aplicación de la pena de prisión perpetua a colombianos aunque solo sea en el ámbito del Estatuto de Roma. En palabras de la corte: *“...se convino en establecer expresamente la aplicación de las materias sustanciales del Estatuto de Roma únicamente dentro del ámbito de lo regulado por el mismo, lo cual significa mantener la imposibilidad de establecer dentro del ordenamiento jurídico colombiano la prisión perpetua...”*<sup>94</sup>

Vemos como, a pesar de las tendencias actuales a no usar la pena de prisión perpetua, la existencia de delitos cuya gravedad destruye bienes jurídicos en cabeza de la humanidad hace necesario su uso como única pena justa para castigar a sus responsables. Así lo entienden sectores de la doctrina y los estados que en instrumentos tan recientes como el Estatuto de Roma la consideran como una de las penas a aplicar.

Considerar la aplicación de penas de alta severidad, como la prisión perpetua o largas condenas de prisión, riñe con el postulado de Von Hirsch en torno a que el hombre, en la medida en que se le considera un ciudadano, no debe ser tratado con la llamada disciplina para tigres, es decir, que no debe ser puesto en una condición en la que se refrene de hacer una acción solo por miedo al castigo sino por su comprensión de los deberes que como ciudadano tiene. Con todo lo razonable que pueda parecer esta tesis, sufre de un gran distanciamiento de la realidad. Quienes plantean esto olvidan que en esencia el hombre es una especie animal más, es decir que no se aleja mucho de los tigres. El comportamiento del hombre está determinado por sus impulsos egoístas, por sus intereses, y por cuestiones psíquicas, estando todos los anteriores factores determinados por el tipo de sociedad en

---

<sup>94</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-578/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la que se desenvuelve. El hombre toma decisiones con base en sus experiencias, y en la actual sociedad -una sociedad dividida en clases y fundamentada en el concepto de propiedad privada en la que el hombre vale según lo que tiene y quien nada tiene nada vale- con características de selva social no es extraño que el hombre se comporte y trate a sus semejantes como a tigres. Lo anterior nos lleva a afirmar que los teóricos liberales defensores de la sociedad basada en la existencia de la propiedad privada, máxima expresión del egoísmo, presentan una contradicción cuando pretenden plantear un sistema penal respetuoso de la dignidad humana<sup>95</sup> incluso en aspectos como la sanción penal a los delincuentes responsables de los delitos más graves, al tiempo que defienden una sociedad que habiendo alcanzado un desarrollo tecnológico suficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todos los habitantes del planeta, permite la hambruna de mil millones de personas y la muerte de millones por causa del hambre o enfermedades fácilmente curables.

Una sociedad así no es sino una selva humana en la cual no se puede esperar otra cosa que comportamiento de tigres. Luego, usar la disciplina para tigres no es descabellado en una sociedad que produce hombres que se comportan como tigres. Lo acabado de mencionar nos remite una vez más a indicar que gran parte del delito se explica en la existencia de una estructura social que excluye a millones de personas del nivel de bienestar posible en un momento histórico dado, por tanto, la política estatal debe enfocarse menos en criminalizar conductas y más en solucionar las causas sociales que empujan al delito a amplias capas de la población.

---

<sup>95</sup> Aceptamos que encerrar a un hombre durante 30 años es lesivo de su dignidad humana, como es lesivo encerrarlo cinco o dos años, en realidad un hombre encerrado y sometido al régimen de las prisiones ha sido privado de muchos de los elementos de su dignidad. Por tanto las críticas que se pueden hacer a una condena de 30 años de prisión son básicamente las mismas que se pueden dirigir contra una condena de cinco años. Entendemos la prisión como un mal necesario en sociedades fundamentalmente injustas, que se impone ante la necesidad de castigar a quien ha roto las normas sociales.

Pero frente al delito violento que pone en riesgo la vida de los ciudadanos o aquellos delitos que destruyen el tesoro público -estos cometidos por personas que no pueden alegar las condiciones sociales para delinquir ya que quienes trabajan o contratan con el estado tienen niveles de educación superiores al promedio de la población y por tanto más oportunidades laborales y económicas- la conducta del estado debe ser de gran severidad. Con mayor razón cuando se trata de delitos que se consideran atroces o que atentan contra la humanidad.

El hombre es un animal de costumbres, la mayoría de sus comportamientos se explican debido a que son repetitivos en el medio en que se desenvuelve el sujeto. En occidente la mayoría de nosotros tenemos actitudes cristianas porque nuestra sociedad durante dos milenios ha sido educada en esos valores. Para nosotros es absurdo que se adore una vaca, como hacen los hindúes, pero nos parece perfectamente sensato adorar a una virgen-madre. Pensamos así debido a que esas ideas y valores occidentales, a pesar de su absurdo, nos han sido infundidas por generaciones -muchas veces acompañado de procesos de aconductamiento a través de la violencia, sea la del español cristianizando al indígena o la del padre de familia imponiendo el deber de ir a misa o el valor de la creencia religiosa. Luego, la conducta del ser humano es algo que se aprende. De igual forma, si en el ambiente en que vivimos el delito es algo frecuente, el individuo puede llegar a verlo como algo normal. De ello es ejemplo el estatus que alcanzaron los sicarios en los barrios pobres de Medellín en donde la conjunción de ausencia estatal, miseria de la población y poder económico de la delincuencia llevó a que muchos jóvenes vieran en el sicario o en el mafioso el modelo a realizar en su vida. Igual sucede con el paramilitar o el guerrillero en sus zonas de influencia. Antes que delincuentes son vistos como el modelo a seguir. De manera que se rompe la ley penal sin saberlo, simplemente haciendo lo que todos hacen. Estas lógicas de delincuencia consuetudinaria solo se rompen atacando las

causas sociales que las posibilitan y usando todo el poder represivo del estado contra aquellas conductas que como el homicidio y similares son absolutamente inaceptables y ocasionan gravísimos daños a la sociedad.

A la luz de la propuesta de von Hirsch, los responsables de las masacres en Colombia resultarían condenados a una pena máxima de cinco años de prisión, por cierto que es una pena muy similar a la que recibirán con base en la Ley de justicia y paz. Esta situación nos resulta inaceptable, razón por la cual hemos intentado presentar una variación en la propuesta de Von Hirsch. Por supuesto hay otras posibilidades para acercarnos al ideal de la pena justa sin desmontar la propuesta del máximo de cinco años en la pena de prisión. Una alternativa sería la modificación del mecanismo de acumulación de penas. Si se estableciera en la legislación penal el mecanismo de la acumulación aritmética de penas, aun conservando la propuesta de Von Hirsch en torno a la duración máxima de la pena de prisión, tendríamos una situación en la que los responsables de muchos homicidios podrían recibir condenas que serían más largas que el tiempo de vida biológica de una persona, al tiempo que un solo delito, por grave que fuera, no sería razón suficiente para mantener a una persona privada de su libertad durante un tiempo tan largo que pudiera ocasionar en su vida lo que Von Hirsch llama daños irreparables derivados del prolongado encierro. En este caso, aceptando cinco años como límite de la pena de prisión, y concediendo que el delito de homicidio fuera el más grave, a éste se impondría la pena de cinco años de prisión. Pero en el caso del asesino múltiple, la acumulación aritmética de penas haría que el responsable de 10 homicidios fuera condenado a una pena de 50 años de prisión y penas mucho mayores en el caso del delito de genocidio, considerándolo como una serie de homicidios, penas que podrían ser superiores a la duración de la vida humana. La anterior sería una alternativa del modelo de la proporcionalidad que respetaría las ideas esenciales de Von Hirsch, aunque conservaría el defecto de no suministrar una pena cuya

severidad fuera semejante al daño ocasionado con el delito del homicidio y otros de gravedad semejante.

#### CONCLUSION.

En las paginas anteriores hemos señalado el elemento que a nuestro juicio corrige el defecto de la teoría de la proporcionalidad planteada por Andrew Von Hirsch. A manera de resumen: ante el hecho de que consideramos que un límite de cinco años como máximo aplicable en la pena de prisión resulta insuficiente para castigar ciertos delitos que producen a la sociedad un daño excesivamente grave, se hace necesario modificar este elemento de la teoría de Von Hirsch. A nuestro juicio la aplicación del principio básico de la teoría de la proporcionalidad, a saber, que la severidad de la pena debe estar determinada por la gravedad del daño producido por el delito, conduce lógicamente a que crímenes tan graves como el homicidio deban ser castigados con penas mucho más severas que la mencionada de máximo cinco años de prisión. Para dar una idea de lo que nos parece serían penas apropiadas señalamos un listado de los delitos más graves y señalamos las penas que a nuestro juicio merecerían. Para delitos como el genocidio y otros crímenes contra la humanidad de similar gravedad consideramos que la pena de prisión perpetua es aceptable, incluso inevitable a la luz de una teoría que relaciona la gravedad del daño con la severidad de la pena. Para delitos como el homicidio señalamos penas cercanas a los 20 años de prisión. Finalmente conservamos la pena de prisión de hasta cinco años para la subcategoria de los delitos menos graves –dentro de la categoría de los delitos graves- tales como hurtos con violencia y otros semejantes.

## **5. EL CODIGO PENAL A LA LUZ DE LA TEORIA DE LA PROPORCIONALIDAD**

En los capítulos anteriores hemos analizado la teoría de la proporcionalidad en la versión presentada por Andrew Von Hirsch. Luego de un ligera exposición hemos señalado nuestra valoración de la mencionada teoría y propusimos una modificación que corregiría lo que consideramos es un defecto de la misma, a saber el límite máximo de cinco años para la pena de prisión.

Ahora es el momento para revisar someramente el sistema penal colombiano a la luz de la teoría de la proporcionalidad. Nos preguntamos si las ideas planteadas por la teoría de la proporcionalidad tienen aceptación en el derecho penal de nuestro país, o si su influencia es imperceptible. No pretendemos realizar un estudio a fondo de esta situación ya que no es ese el objetivo del presente trabajo, solo pretendemos una ligera aproximación a nuestro sistema penal desde el punto de vista de las ideas de la proporcionalidad.

### **5.1 APROXIMACIÓN AL PROBLEMA**

A primera vista se pensaría que el sistema penal colombiano acoge las ideas planteadas por la teoría de la proporcionalidad ya que muchos de los conceptos de uno y otra coinciden. El código penal colombiano entre sus normas rectoras menciona frecuentemente conceptos como dignidad humana (art. 1), proporcionalidad de la pena (art. 3) y protección al condenado (art. 4), por tanto, se esperaría que estos se expresaran en las restantes normas que conforman el derecho penal colombiano.

Pero en realidad el Código penal colombiano está plagado de situaciones que son contrarias a las propuestas de la proporcionalidad. El

Código penal colombiana está lleno de situaciones en donde delitos de mayor gravedad reciben penas iguales o menos severas que delitos de menor gravedad, es decir que se castiga con penas más severas al delito menos grave, contrariando así la esencia de los postulados de la proporcionalidad. Ejemplo de lo anterior son los tipos penales de hurto y peculado por apropiación. Claramente el segundo es mucho más grave en razón del daño que ocasiona a la sociedad, no obstante reciben penas no muy diferentes.

Varios elementos permiten afirmar que el código penal colombiano va en contravía de los postulados de la teoría de la proporcionalidad. En primer lugar, nuestro ordenamiento penal hace tiempo dejó de ser el último recurso al que se acude para combatir la conducta prohibida. Hoy el derecho penal se presenta como el primer recurso al que acuden los gobernantes para enfrentar una conducta que produce daños a la sociedad. Frente a la ocurrencia de un delito que cause cierto impacto en la opinión pública, aparece el gobierno, o políticos en busca de aumentar su popularidad, con un nuevo proyecto de ley para aumentar penas o tipificar un nuevo delito, aun a pesar de que los sistemas de justicia penal y carcelario hoy son incapaces de lidiar con los tipos penales existentes y las personas investigadas o condenadas con base en ellos. Ejemplo de lo anterior es la propuesta de establecer la prisión perpetua para violadores de niños y la reciente creación de nuevos tipos penales establecidos en la Ley 1453 de 2001, mejor conocida como Ley de seguridad ciudadana, que reforma varias normas penales incluyendo la ley 599 del 2000 o Código penal colombiano. En esta reforma se trae a la vida jurídicas tipos penales que sancionan con cárcel conductas como enajenar medicamentos que se hayan recibido del sistema de salud, comercialización de autopartes robadas, la pesca sin permisos de la autoridad y el bloqueo de vías públicas.

A nuestra legislación penal le hallamos los siguientes rasgos: 1) es contraria al reduccionismo penal, 2) no respeta los postulados básicos de la teoría de la proporcionalidad, 3) se hace uso político del derecho penal por parte del estado, 4) presenta algunas coincidencias formales con la teoría de la proporcionalidad. Veamos cada uno de estos aspectos.

## **5.2 ES CONTRARIA AL REDUCCIONISMO PENAL**

Lo primero que logramos captar luego de un ligero análisis de nuestra legislación penal, es que es contraria a las tesis de reduccionismo penal. En nuestra legislación vemos como hacen parte de ella una serie de conductas que deberían ser tratadas mediante medidas administrativas o policivas en lugar de acudir al implacable derecho penal.

La ya citada Ley de seguridad ciudadana muestra una marcada tendencia a un uso mayor del derecho penal para resolver los conflictos que se presentan en la comunidad, alejándose así de las tendencias reduccionistas del derecho penal y aun de la posición liberal que consagró el principio de ultima ratio en el uso del derecho penal. Ejemplos de ello son el art 9 de la mencionada ley que modifica el artículo 261 del código penal. En este artículo se modifica la pena señalada para el delito de usurpación de tierras, conducta en la que incurre quien *“altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio”* la cual tenía una pena de entre uno y 3 años de prisión. Ahora se señala una pena de entre 4 y 4 años y medio de prisión. Básicamente se pretende solucionar esa situación con un aumento drástico de la pena toda vez que se pasa de un mínimo de 1 año de prisión a uno de cuatro años de prisión, es decir se aumenta un 400% el mínimo de la pena frente a un delito. A la luz de la teoría de la proporcionalidad se acepta que se dé un aumento de la pena en aquellos casos en que la convención social concluye que el delito se considera mucho más grave que antes y en consonancia con esa mayor valoración de la mayor gravedad del delito se

incrementa la pena. Cabe preguntarse si la sociedad colombiana hoy valora cuatro veces más grave la destrucción de los hitos que señalan los linderos de los predios rurales, o si se trata de una medida orientada a defender a unos pocos terratenientes de posibles invasiones a sus haciendas.

Pero este tipo penal permite discutir incluso su derecho a estar en el código penal. Aceptando que el derecho penal en el último recurso de la sociedad para solucionar los conflictos, implica que antes de acudir a este, se debe acudir a recursos menos drásticos. Uno se pregunta si no sería más conveniente socialmente, y más razonable para un sistema penal colapsado, sancionar estas conducta mediante multas dentro del sistema penal o mediante medidas administrativas o de policía. Parece inaceptable que al propietario de una finca que movió, destruyó o alteró los hitos que marcan los límites de su propiedad, se castigue enviándolo a prisión (las prisiones colombianas), alejándolo de su familia y su actividad laboral. Esta situación no debería tratarse mediante el sistema penal mucho menos mediante el uso de la prisión.

Situación similar ocurre con la modificación del art 426 del código penal, básicamente se pasa de una pena de multa a una de prisión de hasta 4 años para *“El que simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública”*<sup>96</sup> No es clara la gravedad de este comportamiento como para justificar su presencia en el Código penal y menos la imposición de una pena de cuatro años de prisión.

Si consideramos que en el sistema penal colombiano las penas de prisión menores de cuatro años son excarcelables, en este caso vemos una contradicción del sistema penal colombiano que se esfuerza en condenar personas a penas de prisión, pero que no pudiendo hacer efectivas esas condenas, las termina liberando sometidas a un precario sistema de “vigilancia”. Siendo la pena menor de cuatro años es posible la excarcelación, de manera que los condenan para enseguida ponerlos en libertad.

---

<sup>96</sup> Colombia .congreso de la Republica Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana,Art. 13.

La ley de seguridad ciudadana en su artículo 21 presenta el punto máximo en el exceso del derecho penal colombiano. En él se adiciona un artículo al código penal el cual señala que quien “*enajene a título oneroso, adquiera o comercialice un medicamento que se le haya entregado a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, incurrirá en prisión de veinticuatro(24) a cuarenta y ocho (48) meses*”. Se acude al derecho penal para reprimir al usuario del sistema de salud que vende un medicamento obtenido lícitamente del mencionado sistema de salud. Con este artículo se hace posible condenar a pena de prisión a quien venda unas tabletas de acetaminofen obtenidas del sistema de salud. Una vez más se acude al derecho penal para reprimir una conducta que en virtud del daño que produce no es digna de tratamiento penal máxime en una sociedad que experimenta altas tasas de delitos violentos y otros de mayor gravedad que la simple venta de unas pastillas obtenidas lícitamente. La existencia de tipos penales como este recuerdan la tesis de Emiro Sandoval quien le asigna al derecho penal la llamada función de cobertura ideológica del sistema económico social, consistente en “*dar la falsa impresión de que la ley penal se aplica universalmente a quienes producen daño a la colectividad*”<sup>97</sup>, y la función de control social sobre las clases dominadas en el sentido de que son estas las aportantes de la mayoría de los condenados por el sistema penal.<sup>98</sup> Esto es patente cuando se establece un tipo penal que puede enviar a prisión a una persona, un pobre, por vender un medicamento que ha recibido lícitamente, pero no dice nada de los traficantes que se apoderan de grandes cantidades de medicamentos en las bodegas del sistemas de salud. Igual que en el caso anterior, consideramos que la conducta descrita en el tipo penal que nos ocupa no amerita intervención penal, y debe recibir un tratamiento administrativo, ni siquiera policivo. Idéntica situación se presenta con el artículo 306 del código penal que hace referencia a la usurpación de derechos de

---

<sup>97</sup> SANDOVAL, Emiro, Penología..., Ob. Cit. pág. 425

<sup>98</sup> *Ibid.* págs. 425-463.

falsedad industrial, marcaria y de patente.<sup>99</sup> Esta conducta debería ser objeto de sanciones administrativas o policivas ya que no se justifica la intervención del derecho penal en este caso.

Lo mismo ocurre con el artículo 335 del código penal, que señala que quien realice la actividad de pesca sin el permiso de la autoridad competente o violando la normatividad vigente, recibirá una pena de entre 48 y 108 meses de prisión. Eso terminaría enviando a la cárcel a miles de pescadores colombianos que por cientos de años han realizado y realizan tal actividad sin permiso de la autoridad. La violación a esta normatividad debe atacarse con medidas policivas o administrativas, pero no mediante el derecho penal. Esto coloca al pescador tradicional colombiano en el mismo plano que el ladrón o el asesino, sencillamente es un absurdo. Y una vez más nos viene a la mente la tesis de Emiro Sandoval en torno a las funciones no declaradas del derecho penal.

### **5.3 NO RESPETA LOS POSTULADOS DE LA PROPORCIONALIDAD**

Para nuestro trabajo, esta es la principal falencia del derecho penal colombiano: no respeta el principio básico de la proporcionalidad, es decir que la severidad de la pena con que se castiga los delitos esté determinada por la gravedad del daño que se ha ocasionado. Son varios los ejemplos que nos sirven para ilustrar este punto. En primer lugar, y por ser el caso más notorio, veamos el caso del tipo penal de homicidio que tiene la intención de proteger el más valioso de los bienes jurídicos, la vida, en relación con el delito de genocidio. El artículo 103 del código penal señala para este delito una pena de entre 13 y 25 años de prisión. El artículo 104 señala que de presentarse alguna de las causales de agravación contempladas en el mismo, la pena puede alcanzar hasta los 40 años, de manera que el autor de un homicidio

---

<sup>99</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano, art. 306.

puede ser condenado a una pena de hasta 40 años de prisión, en el peor de los casos. En cuanto al tipo penal de genocidio, el artículo 101 del código penal, señala una pena de entre 30 y 40 años de prisión. De manera que quien comete un homicidio agravado puede recibir una pena que en los máximos es exactamente igual a la pena señalada para el genocidio. Los tipos penales bajo estudio señalan conductas muy diferentes, tanto que en el primer caso hablamos de la muerte de una persona, y en el segundo podríamos hablar de la muerte de miles. En situaciones tan diferentes, por ser diferente el daño ocasionado con los mencionados delitos, la lógica de la proporcionalidad exige que se impongan penas de acuerdo a la gravedad del daño ocasionado por el delito, en consecuencia, penas muy diferentes en severidad, mucho más severa para el segundo caso. Por tanto, estamos ante una grave violación de los postulados de la proporcionalidad.

Pero existe otro ejemplo paradigmático de cómo el sistema penal colombiano desconoce el principio de proporcionalidad entre delitos y penas. Se trata de un caso en donde el delito más grave termina recibiendo una pena menos severa. La Ley de seguridad ciudadana en su artículo 6<sup>100</sup> agrega al Código penal un artículo 188c, referido al tráfico de menores de edad señalando una pena de entre 30 y 60 años de prisión, indicando además la posibilidad de que la pena se incremente hasta en la mitad de la misma si se da alguno de los agravantes señalados por el mismo artículo. De esta manera el autor de tráfico de menores podría ser condenado a una pena de hasta noventa años de prisión, no obstante que nuestro código penal señala como máximo de la pena de prisión 60 años. Si recordamos que frente al homicidio la pena máxima es de 40 años de prisión, estamos ante la siguiente situación: quien asesine a un menor se expone a recibir una pena de hasta 40 años, pero quien trafique con menores se expone, en teoría, a recibir

---

<sup>100</sup> Colombia .congreso de la Republica Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana ,Art. 6

una pena de hasta 90 años de prisión. De manera que se impone una pena mayor a quien trafique con niños que a quien los asesine. Esta es la más completa negación de los postulados de la proporcionalidad penal. Es evidente que asesinar a un niño es un delito que causa mayor daño que traficar con él. Por tanto, el homicidio de un niño debería tener una pena mayor que traficar con el mismo. La lógica de la proporcionalidad plantea que siendo la vida el bien jurídico más importante, el delito que atente contra ella debe tener la pena más severa. Pero, como vemos, esto no se da en el mundo jurídico penal colombiano.

Otro caso dicente lo vemos al confrontar los artículos 239 y siguientes del Código penal que tratan del hurto, delito contra el patrimonio económico, y el artículo 397 que trata del peculado por apropiación, un delito contra la administración pública. Básicamente se trata de delitos en los que alguien se apodera de algo que no le pertenece, con la única diferencia de que en el primer caso se roba a un particular y en el segundo se roba a la sociedad. Es importante decir que el peculado por apropiación es un delito que al producirse atenta contra el dinero que se ha juntado gracias al esfuerzo de toda la comunidad que paga impuestos. Estos son unos recursos que están destinados a atender las necesidades sociales, a satisfacer las carencias que la comunidad tiene en aspectos como educación o sanidad. Es decir que con este delito se priva a la comunidad de unos recursos que al ser invertidos mejoran situaciones como la carencia de salud, educación, empleo, vivienda y otros, que al estar ausentes en la sociedad colombiana, se expresan en altas tasas de desigualdad y marginación social que, a su vez, son claros generadores de delincuencia e inseguridad.

Lo anterior nos permite concluir que el delito que consiste en apropiarse de dineros o bienes públicos destinados a satisfacer necesidades de la comunidad, es un delito que causa mucho más daño y, por tanto, debe

considerarse como uno de los delitos más graves en la escala de delitos, y, en consecuencia, recibir una de las penas más severas.

Pero vemos que nuestro código penal trata estas dos figuras delictuosas de una manera contraria a los postulados de la proporcionalidad de las penas. Frente al peculado por apropiación, es decir el hecho de que un servidor público se apropie de los bienes del estado, el código penal señala una pena de “*prisión de seis (6) a quince (15) años...*”. La cual se puede aumentar hasta en la mitad si el monto apropiado supera los 200 salarios mínimos.<sup>101</sup> Es decir que el funcionario que ha robado miles de millones de pesos del dinero público puede ser condenado en el peor de los casos a una pena de prisión de 22 años.

Frente al hurto el mismo código penal en su artículo 240 señala que la pena será prisión de tres a ocho años, si el hurto se cometiere en la condiciones como el uso de violencia sobre las cosas, con llave falsa, o contra víctima en estado de indefensión, entre otras circunstancias de calificación. También se señala que “*La pena será prisión de cuatro (4) a diez (10) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas*”<sup>102</sup>. A su vez, el artículo 241 señala que presentándose circunstancias de agravación punitiva, la pena se aumentará hasta en la mitad.

De manera que el delincuente que haya sido encontrado culpable de cometer el robo de una bicicleta ayudándose de un arma y que haya golpeado a su víctima en un lugar despoblado, uno de los muchos agravantes, se enfrenta a la posibilidad de ser condenado a una pena de hasta 15 años de prisión. Por su parte, el delincuente hallado responsable del robo de decenas de miles de millones de pesos pertenecientes al tesoro público, se expone a ser condenado a una pena de hasta 22 años

---

<sup>101</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano, art. 397

<sup>102</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano, art. 240.

de prisión en el peor de los casos. Más aun, en el caso de que el ladrón de bicicletas tenga antecedentes delincuenciales y el ladrón de dineros públicos no los tenga, es muy factible que en la dosificación de las penas el segundo resulte recibiendo una pena mucho menor que el ladrón de una bicicleta. Estamos ante el famoso caso del ladrón que por robarse una gallina es condenado a una pena mucho mayor que la que recibe el político que se roba el presupuesto municipal. Resulta claramente desproporcional una pena de 15 años de prisión por robarse una bicicleta y una de 22 años por haber robado miles de millones del tesoro público.

El caso estudiado anteriormente es una clara negación de las teorías de la proporcionalidad, es evidente que el daño que causa el funcionario estatal que hurta miles de millones de pesos del presupuesto estatal es mucho más grave que el daño que causa el ladrón de la bicicleta. El primero sin estar sometido a difíciles condiciones sociales que pudieran explicar su incursión en el mundo delictivo.

Los anteriores son solo los ejemplos más notorios del desconocimiento del principio de la proporcionalidad en la ley penal colombiana.

#### **5.4 USO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL**

También es evidente el uso político que el estado hace del derecho penal buscando controlar los sectores sociales más activos en la protesta social como son los campesinos, estudiantes e indígenas que frecuentemente durante sus protestas acuden a bloquear vías o a realizar marchas sin permiso por la vía pública. Ejemplo de ello es el tipo penal contenido en el artículo 44 de la Ley de Seguridad Ciudadana, que reforma el artículo 353 del código penal, en donde se convierte en delito la obstrucción del tráfico en vías públicas. Durante décadas esta ha sido una de las principales manifestaciones de protesta popular en un país en donde las autoridades solo escuchan las demandas de la comunidad cuando la misma bloquea una vía

que afecta el transporte y, por tanto, la economía. Pero el mencionado tipo penal va más allá, hasta señalar como delito el “*obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte*”<sup>103</sup>, conductas que claramente encajan con lo que sucede en una marcha de protesta sin permisos de la autoridad en una ciudad. Si el estado no quisiera marchas de protesta frente a una situación particular, sería suficiente con no expedir los permisos, y de esa manera sería posible judicializar a quienes salgan a protestar ya que estarían obstruyendo el tráfico en una vía pública. Se trata de lo que Emiro Sandoval denomina uso del derecho penal como instrumento de control social sobre las clases dominadas al amenazar muchos de sus comportamientos con la pena de prisión<sup>104</sup>. Esta intención de enfrentar la protesta popular usando el derecho penal se confirma en el artículo 43 de la Ley de seguridad ciudadana que modifica el artículo 429 del Código Penal y que trata sobre el tipo penal de violencia contra servidor público. Básicamente se realizó un aumento de la pena de prisión, la cual pasó de una pena de 1 a 3 años a una de 4 a 8 años. La intención de criminalizar la protesta social se evidencia en el hecho de que es muy común la agresión al policía dentro de manifestaciones de protesta social de parte de sectores como los indígenas campesinos o estudiantes. La reforma tiene como finalidad establecer una pena que por ser como mínimo de cuatro años no es excarcelable y de esa manera buscar que el ciudadano no se enfrente al policía. Es evidente su uso como ataque frente a la protesta social.

---

<sup>103</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, Art. 44.

<sup>104</sup> SANDOVAL, Emiro, Penología..., Ob. Cit. Pág. 463.

## 5.5 PUNTOS COMUNES CON LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD

En este apartado consideramos importante señalar cómo la legislación penal colombiana presenta algunos elementos que están presentes en la teoría de la proporcionalidad bajo estudio. De manera que podríamos afirmar que aunque en aspectos fundamentales la legislación penal colombiana desconoce los postulados de la proporcionalidad, en algunos aspectos se identifica con ellos. Consideramos puntos comunes el uso de ciertos conceptos y la imposición de penas severas para los delitos más graves.

### a) CONCEPTOS SIMILARES.

En primer lugar, como ya ha sido mencionado, nuestra legislación penal incluye conceptos que son parte de la teoría de la proporcionalidad. En el código penal (art. 3) se indica claramente que la proporcionalidad debe ser un principio al que se debe someter la imposición de la sanción penal. También se establece como norma rectora el respeto a la dignidad humana (art.1), el cual es esencial en la teoría de la proporcionalidad. Además de los conceptos mencionados anteriormente, nuestra legislación penal incluye otros que comparte con la teoría de la proporcionalidad. El primero de ellos es el uso de penas sustitutivas para el caso en que la pena principal no pueda aplicarse. Nuestra legislación penal en el artículo 35 señala *“Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”*<sup>105</sup> y en el artículo siguiente indica las penas sustitutivas. *“La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa”*.<sup>106</sup> De manera que en nuestro derecho penal se aplica la idea de que en situaciones particulares, no siendo

---

<sup>105</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano, Art. 35.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, Art 36.

posible la aplicación de la pena principal, esta puede ser sustituida por otra que se adapte mejor a las condiciones particulares del caso concreto.

Otra idea compartida entre la legislación penal colombiana y la teoría de la proporcionalidad es la existencia, además de la pena de prisión, que es la pena por excelencia en las sociedades modernas, de una variada colección de penas con las que se puede castigar los delitos. En el artículo 43 del código penal se indica el listado de penas diferentes a la privativa de la libertad. Entre otras, señala las siguientes: inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pérdida del empleo o cargo público, La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la privación del derecho a la tenencia y porte de arma; la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópica, y la expulsión del territorio nacional para los extranjeros. Esta aceptación de diversas penas diferentes de la privación de la libertad abre la posibilidad de que en el futuro, considerando la esencia de la relación entre el delito y la pena<sup>107</sup>, se acuda a muchas de las mencionadas anteriormente como las penas indicadas para sancionar diversos delitos y reservar la pena de prisión solo para castigar los delitos cuya gravedad indique que no es posible permitirle a su responsable la convivencia en la sociedad.

No obstante lo anterior, existe una gran diferencia entre lo propuesto por la teoría de la proporcionalidad, toda vez que en nuestro sistema penal el uso de las penas diferentes a la prisión es marginal mientras que en la teoría de la proporcionalidad se propone su uso como las únicas penas para castigar

---

<sup>107</sup> Es decir que la sanción penal ataque las condiciones que facilitaron o permitieron el delito: castigar al conductor ebrio privándole de la licencia de conducir, o al delincuente económico privándole de su propiedad.

determinados delitos, es decir que frente a ciertos delitos sería imposible usar la pena de prisión, que se destina solo a los de mayor gravedad, y por ello se acude a las penas de menor severidad. En el caso colombiano estas se usan en un grado mínimo y se plantea su uso más como pena accesoria que acompaña a la pena de privación de la libertad.

Otro aspecto compartido por el Código Penal Colombiano y la teoría de la proporcionalidad es la consideración de ciertas circunstancias como motivadoras de mayor punibilidad, en la teoría de la proporcionalidad al delito de cuello blanco se le atribuye el carácter de mayor gravedad. En nuestro código penal esto se materializa en el criterio consignado en el artículo 58 que señala como circunstancias de mayor punibilidad, entre otras, el *“Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad”* y *“La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”*<sup>108</sup>. Lo anterior indica que en la legislación penal colombiana se castiga de manera más severa la conducta delictiva que recae sobre bienes de la comunidad como son los dineros públicos sobre los que recae la mayoría de los delitos de cuello blanco cometidos por funcionarios públicos. También se atribuye mayor gravedad al delito cometido por personas que ocupen altas posiciones en la sociedad sean estas derivadas por los cargos públicos que desempeñan o por disfrutar de una posición económica holgada. Esto es consecuente con la idea de que las condiciones sociales difíciles son generadoras de delincuencia, pero la delincuencia de cuello blanco no disfruta de este “legitimador”.

---

<sup>108</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano, Art. 58.

#### b) PLANTEA PENAS APROPIADAS FRENTE A DELITOS GRAVES.

Otro elemento digno de destacar de la actual legislación penal es que contempla penas apropiadas para determinados delitos, es decir que a delitos muy graves los sanciona de manera severa. Nos referimos a delitos como el homicidio, secuestro, extorción, abuso sexual y otros de los considerados como delitos más graves los cuales, en razón de la gravedad del daño que causan, deben recibir largos periodos de prisión.

En segundo lugar, la ley de seguridad ciudadana en su artículo 18 crea un nuevo tipo penal el cual se agrega al artículo 356 del código penal. La norma tipifica el hecho de disparar un arma de fuego de manera innecesaria, y le señala una pena de hasta 4 años de prisión. Esta es una de esas situaciones que en razón de nuevas circunstancias en la sociedad ameritan la intervención penal. Debido a la existencia de gran cantidad de armas de fuego en manos de particulares y servidores públicos, se ha vuelto frecuente el fenómeno de disparos al aire. Esta conducta se traduce en muchas muertes o heridas de personas a las que no se les ha disparado de manera directa. El daño que ocasiona esta conducta, expresado en las frecuentes muertes y lesiones debido a las llamadas balas perdidas, justifica que esta conducta sea objeto del derecho penal. El peligro de la conducta lo justifica toda vez que el autor de la misma es conocedor de la posibilidad de causar hasta una muerte con su comportamiento. Es una situación similar a la que se da con el hecho de conducir ebrio en varios países de Europa. La gravedad del daño que se ocasiona con ciertas conductas que hasta el momento no eran contenido del derecho penal justifica su tipificación.

## CONCLUSION.

A partir de lo expuesto en las paginas anteriores, podemos afirmar que el ordenamiento penal colombiano, a pesar de que hace mención de algunas ideas contenidas en corrientes progresistas del derecho penal, no aplica los postulados de la teoría de la proporcionalidad. Lo anterior se expresa principalmente en los siguientes aspectos: en primer lugar porque contrario a las propuestas reduccionistas, el derecho penal colombiano antes que recurso de ultima ratio, pasó a ser usado como uno de los primeros, en muchas ocasiones el primero y único, recursos para combatir la conducta que produce daño a la sociedad. En segundo lugar porque hay una clara desproporcionalidad entre las penas que se aplican a ciertos delitos y el daño que estos delitos producen a la sociedad; no es extraño ver delitos con similar gravedad sancionados con penas muy diferentes en severidad. En tercer lugar, se usa la pena de prisión para castigar prácticamente todos los delitos mientras que los postulados de la teoría de la proporcionalidad plantea usarla solo contra los delitos más graves usando las llamadas penas intermedias para castigar los delitos de gravedad baja y media. En este punto es importante el hecho de que la teoría de la proporcionalidad plantea el uso de las llamadas penas intermedias como penas en sí mismas contra los delitos de gravedad menor, mientras que en el derecho penal colombiano se ven como sustitutos de la pena de prisión.

## CONCLUSIONES:

A partir de las reflexiones contenidas en el presente trabajo podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) Desde el punto de vista de la justicia pensamos que la teoría de la proporcionalidad planteada por Von Hirsch es útil cuando se trata de determinar una pena justa, la pena merecida a cada delito. También parece adecuada la visión que Von Hirsch plantea sobre la naturaleza del castigo como algo que expresa reproche por la conducta prohibida y que, además, suministra a las personas un incentivo prudencial para no delinquir. Igualmente son útiles las propuestas de crear una escala de delitos que permita tener claridad en torno a la gravedad que la sociedad le atribuye a cada delito, y una escala de penas que suministre claridad en torno a la severidad que la sociedad le atribuye a las distintas penas. Igualmente es útil la propuesta de señalar la pena de prisión solo para castigar los delitos más graves, castigando los delitos de gravedad media y baja con las llamadas penas intermedias, esto sería particularmente útil para disminuir el problema carcelario.
- 2) Sin embargo, la teoría de la proporcionalidad de Von Hirsch, a nuestro juicio, presenta un defecto en su propuesta de un límite máximo para la pena de prisión. Al señalar este límite en cinco años, se hace imposible satisfacer la base de la teoría de la proporcionalidad, cual es la justicia de la pena, es decir, que la severidad de la pena sea acorde con la gravedad del daño ocasionado por el delito. A nuestro juicio parece evidente que castigar delitos como el secuestro, homicidio, violación, peculado por apropiación, genocidio y otros similares en gravedad, con una pena de máximo cinco años de prisión, no es justo en la medida en que la severidad del castigo no iguala la gravedad del daño producido.

- 3) Por ello es necesario modificar la teoría en el punto relativo a la máxima pena aplicable. Nuestra posición es que frente a delitos como el genocidio y crímenes contra la humanidad no se puede descartar la pena de prisión perpetua tal y como hoy lo establece el Estatuto de Roma. Para delitos como el homicidio múltiple, homicidio doloso agravado, tortura y otros similares en gravedad se debe considerar penas por el orden de los 20 años de prisión.
  
- 4) Una ligera observación del Código Penal Colombiano muestra que este, a pesar de usar varios de los conceptos defendidos por la teoría de la proporcionalidad (proporcionalidad de la pena, dignidad humana, penas sustitutivas) se encuentra lejos de los planteamientos de la teoría de la proporcionalidad. En primer lugar, hallamos varios casos en donde la pena atribuida a delitos más graves es menos severa que la pena impuesta a delitos menos graves. En segundo lugar en el derecho penal colombiano se desconoce su condición de ultima ratio; en lugar de ello se le usa como el primer recurso, en ocasiones el único, para enfrentar la conducta que causa daño, acudiéndose a la práctica continua de crear nuevos tipos penales o aumentar las penas existentes. En tercer lugar vemos cómo el uso de penas diferentes a la de prisión se da en mayor parte como penas accesorias que acompañan a la pena de prisión y no como penas autónomas propias de los delitos que por su gravedad no ameritan el uso de la pena de prisión. Por último, no por ello menos importante, de varios tipos penales se desprende el uso del derecho penal como instrumento de control social sobre las clases dominadas, tal como lo señaló hace años Emiro Sandoval.

## BIBLIOGRAFÍA:

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal y Procedimiento Penal Anotado. Bogotá, Leyer. 2010. 810 págs.

BALESTENA, Eduardo. La fábrica penal. Buenos Aires, Editorial B de F. 2006. 187 págs.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Barcelona, Altaya. 1994. 198 págs.

CURY, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile. 1995. 216 págs.

DAVIS, Ángela. Si llegan por ti en la mañana...Vendrán por nosotros en la noche. 1975. 198 págs.

DEL OLMO, Rosa. América Latina y su criminología. México, siglo XXI. 1981. 321 págs.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta. 1995. 475 págs.

-----Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal. En: *Capítulo Criminológico*, No 16.

FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de derecho procesal penal. Bogotá, Leyer. 2007. 1212 págs.

FERRI, Enrico. Principios de derecho criminal. Madrid, Editorial Reus. 1933. 475 págs.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, Nacimiento de la prisión. México, Siglo XXI Editores. 1998. 314 págs.

----- Los anormales. México D.F., Fondo de Cultura Económica. 1995. 350 págs.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia Anotada. Bogotá, Leyer. 2010. 535 págs.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, por la cual se modifica el Código Penal. Diario Oficial, Bogotá D.C. 2011. No 46673.

COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPUBLICA.Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial, Bogotá D.C. 2000. N-44097.

MOLINA ARRUBLA, Carlos. Dosimetría penal. Santa Fe de Bogotá, Leyer. 1997. 150 págs.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Santa Fe de Bogotá, Temis. 1999. 187 págs.

SÁNCHEZ SILVA, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Madrid, Civitas. 2001. 167 págs.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología partes general y especial. Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1998. 517 págs.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Criminología. Bogotá, Temis. 2003. 360 págs.

----- . Derecho penal, parte general. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. (2004. 290 págs.

RUSCHE, Goerg et alter. Pena y estructura social. Bogotá, Temis. 1984. 270 págs.

ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi. 2000. 128 págs.

VON HIRSCH, Andrew. Censurar y Castigar, Madrid, Editorial Trotta S.A.1998. 181 págs.

PÉREZ PINZÓN, Álvaro et alter. Curso de criminología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2006. 274 págs.

ZAFFARONI, Raúl. Criminología. Aproximación desde un margen. Bogotá, Editorial Temis S. A. 2003. págs.

----- .En torno de la cuestión penal. Buenos Aires, Editorial B de F. 2008. 337 Págs.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-153/98, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-430/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.