

HUMANIZACIÓN DE LA PENA

Horacio Gómez Aristizábal*
Académico de número

Resumen: la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de un delito.

La pena no puede ser destructora. Su sentido implica rescatar al infractor. El Evangelio dice: Dios no quiere que el pecador muera, sino que se arrepienta, se corrija y viva.

Palabras clave: “la pena tiene que resocializar, corregir, readaptar, reincorporar al delincuente a la sociedad”.

HUMANIZATION OF PUNISHMENT

Abstract: the penalty is the suffering imposed by the State, in the execution of a judicial conviction, to that who is found guilty of a crime. Penalties cannot be destructive. Their meaning implies rescuing the offender. The Gospel says: God does not want the sinner to die, but to repent, correct himself and live.

Keywords: “the penalty has to resocialize, correct, readapt, reincorporate the offender into society”.

La pena es la coacción psicológica para impedir el delito; la seguridad social e individual, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes; el impedir, o por medio de la amenaza

* Es autor de cerca de 20 libros sobre temas jurídicos, editados por universidades y la Editorial Gustavo Ibañez. Fue conjuer de las Altas Cortes; es doctor *Honoris causa* de algunas universidades. Es Académico de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
Contacto: hgomezoficinasprofesionales@gmail.com

de la pena, o por la ejemplaridad del castigo infligido, que el número de los delitos crezca; la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y apetecibles de la pena, siempre que esta vaya dirigida al fin de la reafirmación del Derecho.

La pena puede definirse como “el acto de la sociedad que en nombre del derecho violado somete al delincuente a un sufrimiento, como medio indispensable para la reafirmación del Derecho”.

De esta noción se deducen algunos principios que, reunidos, constituyen la teoría general de la pena; unos se refieren al contenido de la pena; otros a sus relaciones con el delito y con el delincuente.

El Estado castiga

La pena debe contraponer la fuerza del Estado a la fuerza del individuo; esto es, reprimir aquella actividad individual de que el hombre ha abusado. El individuo que fue sujeto activo del delito llega a ser sujeto pasivo de la pena, y como el delito tuvo por causa la libertad humana, consciente de sí misma y de la ley, esta libertad debe sentir la presión a que es sometida en nombre del derecho. La pena debe consistir, pues, en algo que constriña la libertad del delincuente y sea sentida por el delincuente como coerción, y coerción derivada del derecho. La pena debe ser productora de un sufrimiento, de un dolor. Nótese que evitamos decir que la pena debe contener un mal para el individuo; la retribución, a nuestro juicio, no significa un mal por mal, y no creemos que la pena deba ser *el mal del delincuente*. Para nosotros, retribución quiere decir que al falso placer, causa del delito, debe seguir un dolor. Desde el punto de vista subjetivo, el delincuente podrá sentir aquel dolor como un mal y creerlo tan mal; pero, desde el punto de vista objetivo, la restricción, la privación que se inflige al delincuente no debe ser un mal para él, sino más bien un justo dolor como consecuencia del ilegítimo a injusto goce del delito. Y esta es la significación que concedemos a nuestro concepto de la retribución, siendo preciso añadir que el hombre, al ser sometido a la pena, debe sentirla como dolor y consecuencia de la inviolabilidad de la ley por él infringida. Lo cual significa, también, que la muerte y la demencia hacen imposible el cumplimiento de

la pena, y que el sujeto del castigo no puede ser otro que el hombre que tenga conciencia de sí mismo y de la esfera de sus derechos.

La pena debe tener un límite

Pero, esta eficiencia productora del dolor en el delincuente debe tener un límite. No debe atacar la integridad de la personalidad humana, pues si con la pena se negara el derecho de la personalidad del delincuente, se le negaría también su deber jurídico de ser sometido a la pena, ya que el derecho de personalidad representa la aptitud del indeleble hombre para ser sujeto, no solo de derechos, sino también de obligaciones jurídicas. La pena que llegara a negar la personalidad humana, se negaría a sí misma como institución jurídica, y se convertiría en un acto de fuerza mayor ejercido por la sociedad sobre el individuo. Por otro lado, no es la personalidad humana la que engendra el delito; la causa de este se halla en la libertad, de la cual abusa el delincuente. En una palabra; el hombre delinque, *no en cuanto él es, sino en cuanto él obra*, y por eso se restringe la actividad y no la existencia del individuo, la actividad, que es aquello sobre lo que el Derecho impera, llega a ser rebelde al Derecho en el delito. Por consiguiente, esta actividad jurídica, en su esfera de acción, puede ser disminuida por la pena, pero no el derecho de la personalidad humana. El aniquilamiento de lo que es condición indispensable para la subsistencia de la personalidad humana es el límite a la acción de la potestad social en el castigo del delito, y por eso los castigos corporales que lesionan la integridad del organismo físico, la infamia que ataca la integridad de la persona moral y la extinción de la vida individual, no pueden ser el contenido de la retribución jurídica, no pueden formar la materia de la pena.

Ley del talión

La pena debe ser cualitativamente correspondiente al delito, y, por lo tanto, debe negar la actividad, en cuanto se ha abusado de la misma al delinquir. Esta correspondencia entre la pena y el delito, se ha creído –por muchos– que no podía ser posible sino del lado del paralelismo, porque se ha considerado que para tener como justa una pena, asignada en el Código a un delito dado, no hay un criterio que nazca de aquel delito y aquella pena,

sino que, a lo más, puede considerarse como justa una pena, cuando se miran aquella pena y aquel delito en sus relaciones con todo el sistema de penalidad, esto es, con los otros delitos y las otras penas. Ciertamente, que hay algo de relativo en la elección de las penas y en la designación del *qué* y del *cuánto* para los delitos particulares; pero de esto no se deduce que no haya ninguna relación intrínseca entre una pena dada y un delito dado. El término de comparación entre el homicidio y la cárcel, se halla en el común elemento que ambas cosas nos presentan, esto es, en la misma actividad del hombre, que es la que se ha de someter a castigo, por haber sido lo que negó el derecho. Una primera manifestación grosera y ruda de esta correspondencia en el talión material –“ojo por ojo”–.

Mientras en la sociedad incipiente el individuo busca la venganza respondiendo a la ofensa sufrida con otra ofensa semejante, la autoridad social cree realizar el principio de la igualdad con pena racional. El talión material comprende en cierta unidad indistinta e indivisa, el *tal* y el *tanto*, el elemento cualitativo y el cuantitativo; imita la misma perversidad del delincuente, realizando sobre él y contra él aquel mismo hecho que él ha realizado sobre otro y contra otro. Esta similitud material es, en cierto sentido, más que proporción; sin embargo, con frecuencia, niega toda proporción, porque pueden dos hombres cometer, cada uno, un homicidio voluntario, y el castigarlos a ambos con pena de muerte, cuando los dos homicidios, cuantitativamente, son muy distintos uno de otro, es faltar a la proporción entre la pena y el delito, e incurrir, por consiguiente, en manifiesta injusticia. En el talión, la gravedad del delito no está limitada por la intrínseca oposición con el principio del derecho, con el derecho en sí, sino más bien por la naturaleza del mal exterior y material que aparece. La sociedad jurídica no podía persistir en esta ruda manera de concebir la pena y su correspondencia con el delito. La conciencia jurídica de los pueblos empieza por decirse a sí misma que la pena es negación del delito, y por eso, al infligirla el Estado, no debe imitar al delincuente en su acción, no debe repetir aquel hecho, que él mismo considera criminoso. El principio de igualdad asume así una forma espiritual que corresponde al despertar del espíritu en el mundo exterior, con conciencia de sí mismo, y a la similitud sustituye el principio de la proporcionalidad, bajo la doble forma de la *cualidad* y de la *cantidad*. La proporcionalidad cualitativa y la proporcionalidad cuanti-

tativa vienen, en cierto modo, a compenetrarse la una en la otra, en cuanto que una cualidad de pena puede representar una cantidad mayor o menor de castigo, y la cantidad es también una de las cualidades del castigo. Y la proporcionalidad, no consistiendo en imitar el hecho criminoso, significa que, delitos de diversa naturaleza deben ser castigados con diferentes clases de pena, y que a cada delito se aplique la pena según todas las posibles gradaciones internas.

De aquí se deducen varios principios, expuestos por Vicente Arenas:¹

1. El primero es que no se une a cada delito una misma clase de pena; por eso en las legislaciones de las sociedades civilizadas el castigo adopta varias formas, ya negando la actividad patrimonial, ya la actividad libre de las personas, ora la integridad física del hombre, ora la integridad moral, ora la vida. Y así surgen las varias penas, esto es, las varias privaciones y sufrimientos, en los que se concreta históricamente la ausencia general de la pena, sin que respondan todas las formas históricas de castigo a su principio fundamental.
2. Es preciso establecer como una *gradación de los varios delitos* y formar, según esta misma gradación, la llamada *escala de las penas*, de modo que la penalidad ofrezca un paralelismo entre los varios delitos y los varios castigos. (Énfasis agregado)
3. Las varias clases de penas deben ser divisibles y graduables en su contenido, precisamente para que se pueda seguir la variedad del delito en todas las posibles gradaciones de aumento y disminución.

La pena, desde el ángulo humanístico, debe limitarse a la persona del culpable. No creemos que esta afirmación necesite amplia demostración, ya que castigar el delito no es otra cosa que castigar al hombre en cuanto es causa libre e inteligente del mismo. Pero de aquí surgen otros tres teoremas jurídicos, considerados por Arenas, a saber:²

- a. Que en la legislación penal sería una injusticia castigar a un individuo por un hecho de otro, y, sin embargo, no siempre las leyes positivas han respetado el principio nadie responde por el acto de otro, es injusto que los hijos sean sometidos a pena por delitos de los padres.

¹ Antonio Vicente ARENAS, *Derecho penal general* (Bogotá: Temis, 1968).

² Ídem.

b. Otra manifestación de la personalidad de la pena está en que, debiendo afectar únicamente a la personalidad del delincuente, es preciso evitar todo lo posible, aquellas clases de penas cuya eficacia se revela como atormentadora, no solo del delincuente, sino también de otras personas dependientes de él. Esto no es posible conseguirlo de un modo absoluto, porque toda pena produce efectos indirectos que recaen, en más o en menos, sobre los inocentes; pero el legislador debe abstenerse de extender aquellos efectos, y más allá de lo puramente inevitable.

c. Hay, por último, una afirmación que se refiere a la condición práctica para la realización de la justicia penal, cual es la de que nadie puede ser castigado, si no está irrevocablemente convicto de delincuencia, esto es, si no se halla declarado autor cierto de un delito cierto. Una pena por transacción sería la negativa de la justicia penal, y por eso un juicio de condena, como consecuencia jurídica de una declaración, debe ser el supuesto de la pena en concreto, esto es, de la efectiva aplicación de una pena dada a un delito dado.

El castigo no es un capricho

Si la pena debe representar la vida del derecho mismo, y no la venganza del individuo ni de la sociedad, debe aparecer en la esfera social como un hecho que deriva del derecho y no del capricho humano. Este fin se obtiene cuando la pena no es arbitraria, sino cierta, y se halla preestablecida en una ley igual para todos. El juez no puede infligir a su capricho, ni una clase de pena, ni una cantidad de ella; la elección y límite de la pena deben reservarse al legislador, a quien le corresponde la determinación del delito en general. Solamente porque la pena debe ser proporcionada al delito en todas sus posibles gradaciones, es preciso, como ya lo hemos demostrado, que la ley misma, para la fijación de las agravaciones y atenuaciones del delito, deje al juez que examina de cerca el hecho criminoso en su concreción individual, distribuir el castigo con relación a la gravedad del delito, dentro de ciertos límites; una regla de castigo invariable para todos los casos, es una imposibilidad para un legislador previsor. Pero si la pena aparece como obra del derecho, en cuanto está fijada por la ley y es administrada por el juez a quien la misma ley nombra –también porque supone el juicio de la delincuencia, que como los demás juicios humanos está sujeto a error– es preciso que en la elección de las varias formas de castigo se eviten aquellas penas que una vez infligidas hacen imposible toda reparación del error; la

pena debe ser, equitativa. No se crea que por ser reparable la pena deba entenderse la posibilidad de anular todas las consecuencias dañosas que una pena produce en el individuo que la sufre; en este sentido, ninguna pena puede decirse que es irreparable; no cabe duda que la justicia penal debe también prepararse el camino para que sus errores sean en todo lo posible reparados, cuando se presente la necesidad de esto. Es verdad que los años de cárcel sufridos por un inocente no pueden volver como años de libertad, pero hay también la posibilidad de que, declarado el error, cese la continuación de la pena; hay también la posibilidad, cuando el hombre sobrevive a la pena, de que vengan a mitigar los sufrimientos padecidos injustamente compensaciones morales y materiales.

La pena debe reeducar no exterminar

Teniendo la pena como fin la restauración del derecho, es menester que a la vez que aparece como coerción, venga en lo posible a redimir al hombre caído, a conducirlo de nuevo a la vía jurídica, para extirpar de su ánimo las causas productoras del delito y crear en él aquellos hábitos que suelen prevenir la recaída. A semejanza de la enfermedad física, de la que es preciso combatir la causa, la pena debe ser, en todo lo posible, medicina del alma que extirpa la causa del delinquir. En las sociedades bárbaras, donde el sentido predomina sobre la razón, se toma como causa del delito la causa material. Así, al autor de los delitos de incontinencia se le ataca en los órganos de la generación; al falsario se le corta la lengua, al ladrón, la mano, y, en general, se castiga el delito en el órgano que sirvió para su perpetración. De modo grosero se desarrolla, poco a poco, un concepto más elevado, cual es el de que la pena debe extirpar la voluntad de delinquir, como verdadera causa motriz del delito; a partir de lo cual es posible estudiar las distintas causas de las varias familias de delitos.

El concepto de la extirpación del delito en su causa eficiente sustituye al de la supresión del órgano material, como sistema de mejora y reeducación de los delincuentes en la cárcel o colonia penitenciaria. No es que el legislador deba proponerse de un modo absoluto, como único fin de la pena, la enmienda del delincuente, sino que debe hacer algo para que aquella represión jurídica, legítima en sí misma como coerción derivada del derecho, llegue a ser verdadera afirmación del derecho, debido a su constante

tendencia a invocar el derecho en aquel individuo que se ha puesto en contradicción con sus principios. Por esto, la enmienda de los delincuentes, sin ser el fin fundamental de la pena, sino más bien la función encargada de conducir al hombre al orden social, es elemento integrante y condición esencial de la pena misma, para que esta consiga, en todo lo posible, el fin a que va encaminada, de reafirmar el derecho negado por el delito.

La pena justa es un bien

Cuando se cumplen estas condiciones, la eficacia de la pena es la de restaurar el orden social reafirmando el derecho y negando el delito. Como negación del delito, la pena lo extingue, y, en este sentido, decimos que la pena es expiación; como restauración del orden social, es la justa retribución que proviene del Derecho sobre aquel que conculcó sus preceptos.

En este punto se presenta como evidente una última afirmación, con la cual se expresa por qué no admitimos la fórmula de que la pena sea la retribución del mal por el mal. La pena tiene la forma y las apariencias de un mal, en cuanto es un *sufrimiento*, un dolor, una restricción, una privación, una coerción, esto es, en cuanto limita y constriñe la actividad humana, consciente de sí misma; pero, en el fondo, la pena es un bien. La pena es un bien en el orden ético del mundo, como negación del mal del delito, y aunque para el individuo puede aparecer como un mal, es su bien real, porque consiste, no en una expiación que destruye, sino en una expiación que redime. La pena es un bien para la sociedad, en cuanto que, aplicándola, reafirma el principio del derecho ante la sociedad misma y dirige su vida según los principios de la justicia, sin contar con que, además de este intrínseco elemento de bien, contiene otro valor extrínseco, cual es el de inspirar en los ánimos dispuestos a la violación del derecho un saludable temor, y en la conciencia de los individuos y de las multitudes la mayor seguridad posible respecto a la incolumidad y firmeza de los derechos de todos y cada uno.

La pena en nuestro Código

En las legislaciones de los pueblos, la pena ha ido apareciendo en lento desarrollo, a través de los siglos y bajo las formas más rudas y atroces. Las primeras manifestaciones de la penalidad se expresaron en los sacrificios

humanos y en la bárbara venganza de la sangre. De el concepto religioso de la provocación, para aplacar la divinidad ultrajada por el delito, y el *resentimiento privado*, que no queda satisfecho sino cuando se infiere al ofensor un mal mayor, o por lo menos igual al inferido por aquel, informaron los orígenes de la penalidad de los diversos pueblos, y a estos se añade uno, posterior, al desarrollarse las relaciones todas de la vida social, cual es el de que es preciso castigar fuertemente para intimidar a los criminales, y asegurar a la sociedad y a los individuos de la violencia de los malvados. Así, la historia de las penas presenta, desde los orígenes de la civilización humana hasta la segunda mitad del siglo XVIII, una serie de suplicios escogidos con todo refinamiento de crueldad, y en los cuales bien podría decirse que los legisladores rivalizaban en fiereza con los mismos delincuentes.

Codicia de las víctimas

De acuerdo con Eugenio Cuello Calón, en su obra *Derecho penal*,

... las varias especies de castigos trajeron su origen de los varios bienes de que disfruta el hombre, y sobre estos vino a extender su mano prepotente la autoridad social. Las multas enormes y la confiscación de patrimonios apagaron la avidez pecuniaria de los gobiernos; la deportación a apartados lugares fue considerada como un medio útil para purgar a una sociedad de seres incorregibles; la cárcel fue acompañada de toda clase de durezas y malos tratamientos: la mutilación, la marca, la infamia, la flagelación, la fustigación y la perpetuidad de algunas penas que fueron aplicadas con mano pródiga. Y como remate de este edificio, se conservó la pena de muerte, con una gran variedad en sus modos de aplicación y con gradaciones de solemnes aparatos y de atroces tormentos. Esta fue la manifestación de la justicia penal en la historia de la humanidad, hasta que en 1764 se levanta la voz de Beccaria. Desde entonces se inicia la reforma en la esfera del Derecho penal, y se siente universalmente la necesidad de templar la crueldad de los legisladores en materia penal. Y así, en la legislación contemporánea, el principio de la pena correccional ha empezado a tener su eficacia frente al de la intimidativa, y al patíbulo tiende a sustituirse la cárcel, que regenera. Pero todavía hay mucho que hacer para que la escala de la penalidad de las modernas legislaciones sea tal que satisfaga las exigencias de la justicia y de la humanidad en la punición del delito. Este

es el espíritu que anima el sistema penal acogido por nuestro Código, que trataremos de enunciar, absteniéndonos de criticarlo y de hacer cualquier otro exámen sobre el valor jurídico de las varias especies de penas que en él se hallan consignadas.³

Criterios para regular con justicia las penas

Expongamos algunos de los principios de varios penalistas reguladores del derecho positivo sobre la pena y la elección de penas. Estos principios pueden formularse del siguiente modo:⁴

1. La pena no se halla abandonada al arbitrio judicial sino que está fijada por la misma ley, y no de un modo inflexible como pena absolutamente determinada, sino que deja al criterio del juez cierta extensión, dentro de un máximo y un mínimo. Por eso nuestro Código, al mismo tiempo que establece que nadie puede ser castigado más que con las penas impuestas por la ley y que estas no puede el juez aumentarlas, disminuirlas, ni cambiarlas, sino en los casos expresamente determinados por la misma; al fijar el castigo de los delitos particulares, deja amplia esfera a la facultad de apreciación del juez, permitiéndole en algunos casos escoger la clase de pena y recorrer los varios grados de la señalada.
2. La pena es igual para todos, en virtud del principio de la igualdad jurídica.
3. La pena se limita a la persona del delincuente. Por eso, de un lado, han sido abolidas aquellas instituciones de los tiempos antiguos, que en algunos delitos hacían expiar a los hijos inocentes las culpas de sus padres, y de otro, desapareció la monstruosa confiscación, cuyas consecuencias caían siempre sobre los desgraciados e inocentes descendientes.
4. La pena no puede ser cumplida, sino en virtud de juicio solemne que irrevocablemente declare a una persona culpable de un delito

³ Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Madrid: Universidad Complutense, 1961), 195.

⁴ Según numerosos expositores y providencias judiciales, juegan, entre otros criterios, los que siguen al imponer las penas al infractor.

cierto, ya que la irrevocabilidad de la condena es el supuesto necesario de la ejecución de una pena. La detención preventiva es injusta.

5. La pena conserva el carácter fundamental de la intimidación, acogiendo el elemento de la corrección del culpable en combinación con el progreso verificado en la importante ciencia de las prisiones.
6. La pena debe ser pública, para que la conciencia jurídica que conoce el delito, conozca también su castigo, siendo este un medio de restauración de la autoridad de la ley.
7. La pena no puede tener como materia la lesión corporal. Los azotes, las penas mutiladoras, y todas aquellas que atacan la integridad de la persona física no están incluidas en el número de las penas legales vigentes. La difusión de la pena debe ser moderada.
8. La pena no castiga tampoco la integridad moral del hombre, y así, no existen como penas en nuestro derecho vigente la argolla, la marca y otras que, además de atormentar, son infamantes. Lo cual no impide que la consecuencia de algunas penas sea la interdicción para realizar algunos actos de la vida pública, o la restricción de los derechos civiles o políticos del condenado. No existe el delito de sangre. Afecta solo al culpable.

Populismo primitivo

Excelente y muy bien fundamentado es el estudio del académico Dr. Darío Encinales Arana en contra de las pretensiones de nuestro Congreso de imponer penas eternas, ya que viola la Constitución y los tratados internacionales en que se repudian las penas vitalicias. De otro lado, discrimina a los infractores y se desconoce la igualdad ante la ley.⁵

⁵ Conviene repasar la Sentencia 551 de 2002, en su artículo 1º de la Constitución, así como la Sentencia. 401-1992; Sentencia 881-2002 M. P. Eduardo Montealegre. Y, artículos 4, 12, 13 y 28 de la Constitución nacional. Al respecto, véase la ponencia del Dr. Encinales, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* nº. 374 (2021): 552 y ss.

Penas económicas

En mis libros he insistido en las penas pecuniarias. Existieron en Roma y en el derecho canónico.

¿Sus ventajas? Implican un sufrimiento —si una persona se acostumbra a pagar cárcel, no tolera que le priven del dinero producto de su trabajo. Son penas flexibles y divisibles, se adaptan al infractor.

La multa no degrada al infractor, ni a la familia. Los insolventes pueden pagar con trabajo o financiándolos.

Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA, N. *Derecho penal*, México, 1957.

ARENAS, A. Vicente. *Derecho penal general*, Bogotá: Temis, 1968.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. Madrid: Universidad Complutense, 1961.

CALARCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Teoría penal*. México, 1960.

CALÓN SÁNCHEZ, Guillermo. *Función de la pena*. Bogotá: Temis, 1951.

FRANCO RODI, Carlos. *Ideas jurídicas*. México, 1962.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. *Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Nacional, 1950.