

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ. RECENSIÓN. CENSURAR Y CASTIGAR. 139-145. REVISTA
CENIPEC. 26. 2007. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ

Censurar y castigar

Por Andrew Von Hirsch. Editorial Trotta. Madrid. España. 1998. pp.181.

Prof. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ
Universidad de Los Andes
Mérida - Venezuela
mireyabo@ula.ve

Von Hirsh es uno de los teóricos de la pena que con mayor sistematicidad ha abordado el tema. Siendo consciente de la importancia y delicadeza del mismo, vuelve una y otra vez en una vasta bibliografía que aborda algunos de los aspectos de mayor relevancia relacionados con esta institución. En censurar y castigar el autor aborda la cuestión del quantum de la pena. Históricamente, desde que las penas penales existen han estado más o menos asociadas a una cantidad –de años, meses, días y en el caso de las penas pecuniarias a una cantidad de dinero- cabe preguntarse ¿Con base a cuáles principios o criterios se escoge una cantidad de años en preferencia a otra cantidad? ¿Qué determina que un específico quantum y no otro cumpla con el fin que se ha propuesto cumplir con la pena? Para abordar el asunto, Von Hirsch da por sentado que la cuestión de la proporcionalidad de las penas es un asunto filosófico asociado a la justificación que se tiene de las penas y reconoce que quizá por esta razón es un aspecto que ha sido muy poco abordado por los teóricos. También parte de que el Derecho Penal es ante todo preventivo y que está dirigido a un ser humano racional y consciente de sus elecciones y decisiones. Asume que la pena no puede ser neutral pues esto significaría que todos los seres se reducen a seres vivientes, equiparando hombres y animales.

La naturaleza preventiva del derecho penal reposa precisamente en el hecho de que con la norma jurídico-penal se trata de evitar la comisión de delitos, lo que implica que el mensaje normativo está respaldado por razones morales, generándose un espacio de tensión entre reprobación y prevención. Con la sola reprobación estamos tratando los seres humanos como seres no racionales y la sola prevención resulta insuficiente porque la pena al tiempo que es reproche es también un mensaje para desincentivar, esto es, constituye una razón adicional que colaborará con el sujeto al momento de decidir si comete o no el delito. Tal elección es posible porque

el Derecho Penal reconoce el carácter racional y moral del ser humano y en el marco de tal racionalidad es que el ser humano puede entender la razón que le está dando el Derecho Penal para no cometer delitos, es decir, la pena. Para el autor la pena es una razón prudencial que debería conllevar a resistir la tentación de la comisión del hecho punible. He allí la estrecha vinculación entre prevención y reprobación, pues no es posible prevenir sino en el marco de la censura que representa la pena. De igual forma censura y sufrimiento son dos nociones interrelacionadas, toda vez que la censura expresa la desaprobación que acompaña a una conducta, mientras que el sufrimiento es la consecuencia gravosa por la que se expresa tal censura de manera pues que el cambio en la censura supone un cambio en el sufrimiento.

El autor explica que la cantidad de pena debe expresar el grado de reproche que acompaña a una conducta, lo que implica que subir o bajar las penas establecidas para un delito, significa cambiar el grado de censura, es decir, cambia la intensidad con la que el Derecho Penal advierte que ese comportamiento está mal. Tal cambio precisará de justificación por parte del Estado, que en su condición de legislador sería el responsable directo del mismo y dicho cambio debe hacerse bajo la forma de un consenso.

En el espinoso problema de cuánta pena establecer para un delito, Von Hirsch maneja los conceptos de proporcionalidad ordinal y proporcionalidad cardinal. Aquella refiere el principio de paridad de que a delitos de gravedad semejante le corresponden castigos de severidad similar, advirtiendo que no se trata de que corresponda el mismo castigo para delitos de igual categoría, también maneja dentro de esta proporcionalidad lo que él llama la graduación por el rango, lo que significa que si un delito es castigado con mayor pena le acompaña mayor grado de reproche y esto sólo es posible si es más grave, es decir, esta proporcionalidad refiere lo que subyace a las medidas de política criminal. Por su parte la proporcionalidad cardinal refiere el límite máximo de pena establecido en una legislación, es decir, se trata de una cuestión de política penal.

Al abordar el aspecto de la severidad y la gravedad y tratando de ubicar una fórmula que sirva de guía en el cálculo de las penas, el autor se inclina por el hecho

de que los daños deben graduarse según el nivel de afección del estándar de vida de una persona. El estándar de vida debe entenderse como el conjunto de medios y capacidades que normalmente hacen posible la calidad de vida. La forma de valoración de esta noción “estándar de vida”, procede parcelando los intereses, lo que en materia jurídico-penal se llamarían bienes penalmente protegidos y luego valorando su importancia según el estándar de vida de cualquier persona. El autor admite que no se trata de una fórmula si no de una guía cuya utilidad sólo podrá medirse al ponerla en práctica. En tal sentido, la severidad de una pena se mide, según el autor, en función del daño que cause la sanción, esto es, en función de la interferencia que produzca en los intereses de las personas, esta medida, obviamente, no puede ser subjetiva, razón por la cual no se toma como referencia la interferencia que ella cause según el gusto personal de cada cual si no en general. A tales intereses, se les aplicará también el criterio del estándar de vida a fin de separarlo de las particulares y subjetivas percepciones de los individuos. Cuando el Estado castiga de forma drástica delitos de poca trascendencia, lo que está indicando es que los bienes que se perjudican con la aplicación de una pena –libertad, vida– tienen para él poca importancia.

Von Hirsch aborda la cuestión de la reducción de las penas y se cuestiona ¿Hasta qué punto reducir? Hasta el límite en que la prevención no se pierda y la sanción se convierta en simbólica. Ahora bien. ¿Cuál es esa medida? Su respuesta parte del presupuesto “prevención” y consiste en discutir qué nivel de penas genera razonables desincentivos que refuercen el sistema basado en la censura. Ciertamente esto no se traduce en un número específico, que es lo que se esperaría, pero sí constituye un criterio de valoración y discusión a partir de una cantidad que se escoja inicialmente para comenzar. No deja de advertir el autor la fuerte influencia que la política ejerce en estos asuntos. Teniendo en cuenta tal aspecto, poco manejable, propone finalmente una técnica de estandarización de las penas basada en el merecimiento, partiendo de las guías penológicas numéricas y los principios penológicos legales. Esto, aunque no aporta fórmulas exactas, por demás muy poco probables en esta materia, se convierte en la muestra más viable frente a la vulnerabilidad que viene por vía de factores sociales, políticos y jurídicos que siempre tienen injerencia en toma de decisiones de la asignación de penas.

Posteriormente, Von Hirsch se adentra en la evaluación teórica del por qué los castigos degradantes o excesivamente intromisivos deben excluirse. Para esto ensaya una suerte de distinción entre censura y humillación y al respecto señala que la censura genera vergüenza en el sujeto moralmente responsable mientras que la humillación por el contrario desconoce la condición humana del sujeto obligándole a adoptar conductas no propias de seres moralmente autónomos, colocándolos en el más bajo nivel de los seres vivos. Por desconocer abiertamente la condición humana, deben quedar totalmente excluidas las medidas claramente deshumanizadoras, rituales degradantes y la obligación de adoptar determinadas actitudes. El autor valora el criterio que ha llamado “el contenido penal aceptable” y que entiende como la medida que permite apreciar si las privaciones propias de la pena pueden administrarse coherentemente con la dignidad del infractor, esto es, que el sujeto, una vez impuesta la sanción, pueda mantener su auto control, lo que pasa por entender a la cárcel como un castigo en sí mismo y no un lugar para castigar.

En el capítulo final de la obra el autor aborda algunas cuestiones políticas del principio de proporcionalidad, el cual ha sido siempre objeto de atención en propuestas de los diferentes partidos políticos en cualquier gobierno, toda vez que dicho principio limita las estrategias de prevención del delito y se explica sólo desde posturas o principios filosóficos que guardan relación con las nociones de justicia y equidad, con lo que queda sentado que las posturas utilitaristas no deben constituir el fundamento de reformas penológicas. Por esta misma razón, la sola eficacia preventiva no puede servir de factor de medición en el éxito de tales reformas. Otras de las razones por las que debe preferirse una concepción penológica proporcionalista en lugar de una de naturaleza utilitarista es que esta última tiene en cuenta factores sociales que reforzarían una postura más severa para los delincuentes provenientes de estratos sociales más bajos y que son, a fin de cuentas, la gran mayoría.

Censurar y castigar, constituye una obra cuya lectura resulta obligatoria para personas de todos los niveles interesadas en el área. En ella el autor aborda delicados aspectos relacionados con la pena, su cálculo, sus efectos y las reformas penológicas así como sus implicaciones jurídicas y políticas. En su exposición, Von Hirsch va asumiendo progresivamente posturas frente a sus planteamientos y de esta forma aporta guías de

orientación no sólo para la valoración crítica del tema sino también para su abordaje teórico-conceptual. Los esfuerzos teóricos de Von Hirsch por ofrecer instrumentos claros de medición de aspectos claves en la determinación de las penas, es, hoy en día, un esfuerzo que merece ser resaltado dada la buena disposición siempre latente de los gobiernos de turno de cometer arbitrariedades, desaciertos y excesos, en el afán de ganar temporalmente un poco de popularidad a costa de la negación y el desconocimiento de la condición humana de sus gobernados.