

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL...

partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo a la escala prevista por el legislador en grandes renglones, para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada. De este modo, es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas, se sale de ese orden y se le asigna una pena superior; además, este modelo ofrece ventajas, como que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté correspondientemente graduada.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hay algunos pronunciamientos sobre el principio de proporcionalidad de las penas, pero varios de ellos son para enfatizar que la proporcionalidad puede violarse también por “defecto”, es decir, cuando existen lesiones a bienes jurídicos relevantes pero son objeto de sanciones verdaderamente menores o escasas, produciendo de esa manera impunidad⁴⁰ (véase al respecto, por ejemplo, lo sostenido por la Corte Interamericana en las sentencias *Caso Masacre de La Rochela versus Colombia*, párrafo 196 en general, y específicamente sobre desproporcionalidad por defecto, *Manuel Cepeda Vargas versus Colombia*, párrafos 150 y 153, y *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) versus Colombia*, párrafo 459).

⁴⁰ El concepto de desproporción por defecto o “prohibición por defecto” tiene su origen en la jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad y sirve para la “determinación del grado mínimo de cumplimiento de ciertos deberes estatales de *protección a la persona*”, Montealegre, Eduardo *et al.*, “Presentación. La actualidad del principio de proporcionalidad y de la ponderación en Alemania”, en varios autores, *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*, cit., p. 15. Un análisis doctrinal de la “desproporcionalidad por defecto” y la correspondiente “prohibición de protección insuficiente” puede verse en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en varios autores, *Desafíos a la proporcionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385 y ss.