



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena



PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Principio de Proporcionalidad y
Derechos Fundamentales en la
Determinación Judicial de la Pena

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto “Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia”, con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA
DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Principio de Proporcionalidad y
Derechos Fundamentales en la
Determinación Judicial de la Pena

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

**GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, 2010
DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN

ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Gloria Patricia Lopera Mesa y Diana Patricia Arias Holguín**, quienes con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por las autoras fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema Acusatorio Penal**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9^a -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	24
JUSTIFICACIÓN	25
RESUMEN DEL MÓDULO	29
SINOPSIS LABORAL DE LAS AUTORAS	30
GLORIA PATRICIA LOPERA MESA	30
DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN	30
OBJETIVOS	31
Objetivo General del Módulo	31
Objetivos Específicos del Módulo	31
1. LA PENA COMO AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	33
Objetivo general de la unidad	33
Objetivos específicos de la unidad	33
Actividad Pedagógica Preparatoria	34
1.1. DOS CONCEPCIONES ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “CONFLICTIVISMO” VS “COHERENTISMO”	35
1.1.1. Teorías conflictivistas de los derechos fundamentales	36
1.1.2. Teorías coherentistas de los derechos fundamentales	46
1.1.3. ¿Por qué resulta preferible una concepción conflictivista de los derechos fundamentales?	50
1.2. LA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE PRODUCE CON LOS TIPOS DE PENAS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO PENAL	56
1.2.1. Intervención, restricción y vulneración de derechos fundamentales	57
1.2.2. Intervención en derechos fundamentales mediante la aplicación de una ley penal	59
1.2.3. Las intervenciones en derechos fundamentales que se producen con las penas previstas en el código penal	62

Actividades pedagógicas	80
Autoevaluación	81
Jurisprudencia	82
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL	85
Objetivo general de la unidad	85
Objetivos específicos de la unidad	85
Actividad Pedagógica Preparatoria	86
2.1. GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO	87
2.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	91
2.2.1. El principio de proporcionalidad como integrante del “test de razonabilidad”	91
2.2.2. La extensión del principio de proporcionalidad al control de intervenciones en otros derechos fundamentales	98
2.3. FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	102
2.4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OTRAS HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	110
2.4.1. Las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales	110
2.4.2. El concepto de “razonabilidad”	115
2.4.3. El concepto de “ponderación”	117
Actividades Pedagógicas	118
Autoevaluación	119
Jurisprudencia	120
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL	121
Objetivo general de la unidad	121
Objetivos específicos de la unidad	121
Actividad Pedagógica Preparatoria	122
3.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS	123
3.1.1. Proporcionalidad de las penas en abstracto y en concreto	125
3.1.2. Proporcionalidad de las penas y retribución	128
3.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO	132

3.2.1. La existencia de una colisión entre principios constitucionales como presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio	135
3.2.2. Los subprincipios de la proporcionalidad	152
3.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CONTROL DE INTERVENCIONES PENALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	165
3.4. FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	172
Actividades pedagógicas	177
Autoevaluación	181
Jurisprudencia	181
4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	183
Objetivo general de la unidad	183
Objetivos específicos de la unidad	183
Actividad Pedagógica Preparatoria	189
4.1. DECISIÓN SOBRE LA IMPOSICIÓN DE PENA: ¿HAY O NO LUGAR A IMPONER PENA EN EL CASO CONCRETO?	190
Actividad Pedagógica	201
4.2. DECISIÓN SOBRE LA CALIDAD DE LA PENA: ¿CUÁL PENA?	202
4.2.1. Pena de prisión, penas sustitutivas y penas principales aplicadas conjuntamente	203
4.2.2. Pena de multa, amortización y arresto como pena sustitutiva	215
4.2.3. Penas privativas de otros derechos	217
Actividad Pedagógica	224
4.3. ¿CUÁNTA PENA? DOSIFICACIÓN DE LA PENA Y SISTEMA DE CUARTOS	225
4.3.1. Determinación, individualización estricta y dosificación de la pena	225
4.3.2. La determinación judicial de la pena en el sistema de menores y los fundamentos para individualizarla conforme con el artículo 61 CP	234
Actividades pedagógicas	237
Autoevaluación	237
Jurisprudencia	240
Bibliografía	241

CONVENCIONES

Ae *Autoevaluación*

Ap *Actividades pedagógicas*

B *Bibliografía*

Bs *Bibliografía seleccionada*

J *Jurisprudencia*

Oe *Objetivos específicos*

Og *Objetivo general*

JUSTIFICACIÓN

El Estado Constitucional es un modelo de organización política basado en el establecimiento de límites a los poderes públicos y privados con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas, cuya protección constituye la justificación última de la acción estatal. El ejercicio de estos derechos con frecuencia da lugar a situaciones de conflicto, en las cuales, apelando a un ejemplo recurrente, una expresión insultante proferida por un individuo en contra de otro, puede considerarse como una manifestación protegida por la libertad de expresión que asiste al primero y, al mismo tiempo, como una afectación del derecho al honor del segundo. Es tarea de las autoridades estatales y, en particular, de los jueces y las juezas, establecer el alcance de los derechos de las personas y resolver los conflictos que se plantean en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad.

Uno de los instrumentos que posee para llevar a cabo esta labor, es el derecho penal que se distingue de otros mecanismos de intervención, porque utiliza la pena, la herramienta más drástica herramienta que tiene el Estado para cumplir sus funciones, no sólo por la importancia de los derechos fundamentales que se ven afectados con su imposición o por la intensidad de dicha afectación, sino porque por medio de ella la sociedad expresa un juicio de desaprobación frente a la conducta de la persona a quien se impone y que se traduce en una afectación considerable de su estima social.

Como ya lo señalara Von Liszt , el derecho penal constituye “un arma de doble filo”, porque “protege bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos”. Lo anterior pone de manifiesto la paradoja que, de manera inevitable, acompaña este sector del ordenamiento jurídico, toda vez que la justificación del recurso a la pena estatal apela, en última instancia, a la protección de derechos fundamentales que de manera directa o indirecta pueden llegar a verse afectados por la comisión de un delito, pero al mismo tiempo, la imposición de la pena constituye una afectación de derechos fundamentales que debe ser justificada.

De ahí la necesidad de que los intervenientes en el proceso penal y en particular, las juezas y los jueces llamados a decidir sobre la aplicación de la ley penal en los casos concretos, no sólo cobren conciencia de las elevadas

exigencias de justificación que acompañan la imposición de penas sino de que actúen en consecuencia, incorporando a su labor las herramientas teóricas y argumentativas que les permitan satisfacer tales demandas.

Incluso quien orienta su labor hacia las faenas más prácticas del ejercicio del derecho y permanece al margen de las reflexiones teóricas y filosóficas que entretienen a los académicos, incorpora a su quehacer unas convicciones teóricas que constituyen, si se permite la analogía, el sistema operativo con el cual desarrolla su labor. De manera más o menos consciente y reflexiva, todos asumimos un conjunto de ideas acerca de lo que es el Derecho, qué unidades básicas lo conforman, cómo se interpretan y aplican las normas jurídicas, etc., las cuales están presentes de manera explícita o implícita al momento de redactar un contrato, formular una demanda, motivar una sentencia o un acto administrativo y, en general, en todos los eventos en los que hacemos uso del Derecho . Si la práctica del Derecho inevitablemente está impregnada de teoría, asiste razón a Manuel Atienza cuando afirma que “nada hay más práctico que una buena teoría”, y lo es aquella que permite a los juristas cobrar conciencia de las concepciones teóricas que acompañan su labor y, con base en ellas, aclarar los procesos de interpretación y aplicación del Derecho .

Dado que toda decisión adoptada en el curso de un proceso penal inevitablemente compromete derechos fundamentales, el juez o la jueza penal debe incorporar estos últimos al horizonte normativo que emplean como parámetro para el ejercicio de sus actividades cotidianas, entre ellas la que se refiere a la individualización de la pena. En consecuencia, un elemento central de su formación consiste en apropiarse de teorías que le permitan responder con solvencia a cuestiones tales como: ¿Qué son los derechos fundamentales? ¿Cuál es la estructura de las normas que los consagran? ¿Cómo establecer si una determinada conducta constituye o no ejercicio de un derecho fundamental? ¿Cómo determinar los límites de este tipo de derechos? ¿Qué herramientas argumentativas emplear para resolver los conflictos plantean entre sí los derechos fundamentales y los que surgen entre éstos y los demás contenidos constitucionales? Como respuesta a esta última cuestión, ha adquirido creciente importancia la utilización de una estructura argumentativa que, entre otras denominaciones, se conoce como el principio de proporcionalidad, en

virtud del cual una intervención en derechos fundamentales podrá considerarse válida siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con dicha intervención. La Corte Constitucional colombiana se ha valido en reiteradas ocasiones de esta estructura argumentativa, para enjuiciar la constitucionalidad de medidas que afectan derechos fundamentales, en particular de aquellas que se dictan con ocasión del ejercicio de poder punitivo estatal.

La adopción del sistema procesal acusatorio ha potenciado la utilización del principio de proporcionalidad para controlar las intervenciones en derechos fundamentales originadas en la imposición de medidas cautelares, la práctica de pruebas y demás actuaciones que tienen lugar en el proceso penal. Sin embargo, el empleo de dicha estructura argumentativa en materia penal no está reservado al control de las cuestiones procesales, sino que se extiende también al de todas aquellas cuestiones de orden sustantivo, relativas a la determinación de los presupuestos de la responsabilidad penal y a la imposición de sanciones, que impliquen la afectación de derechos fundamentales y cuya decisión implique resolver una colisión entre principios constitucionales.

De ahí la importancia y pertinencia, de incluir en el Programa de Formación en Sistema Penal Acusatorio un módulo dedicado a la utilización del principio de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena, con el cual se pretende suministrar a quienes intervienen en el debate sobre la determinación de la pena, elementos teóricos y prácticos que puedan ser utilizados al momento de adoptar y justificar las decisiones relativas a si hay o no, lugar a la aplicación de una pena y, en tal caso, qué clase y cuantía de sanción ha de imponerse a quien ha sido declarado responsable por la comisión de un hecho punible.

La premisa que orienta la construcción de este módulo consiste en afirmar que la utilización del principio de proporcionalidad responde a una concepción de los derechos fundamentales, que se propone denominar conflictivista, desde la cual se ofrece una visión particular de la estruc-

tura normativa de este tipo de derechos, así como sobre la manera como se determinan su contenido y sus límites. Así pues, el empleo de esta herramienta argumentativa sólo resulta consistente, si se realiza en el marco de la teoría de los derechos fundamentales que le sirve de sustento. Por tal motivo, el objetivo general de este módulo consiste en que, al finalizar su estudio, el y la discente queda en capacidad de comprender la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad y de emplear dicha estructura argumentativa como herramienta para controlar la intervención en derechos fundamentales que se produce en el momento de la individualización judicial de la pena.

Acogiendo las estrategias metodológicas impulsadas por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, el módulo está diseñado sobre la base de considerar que los y las discentes son los principales protagonistas del aprendizaje y cuentan con las actitudes y habilidades fundamentales para asumir en forma responsable, un compromiso con su autoformación, esto es, tienen la motivación, la organización, la disciplina y las habilidades comunicativas y argumentativas necesarias para emprender la construcción individual y grupal del conocimiento, así como la capacidad de incorporar a su práctica judicial, las herramientas teóricas adquiridas.

En este orden de ideas, el módulo ofrece unos contenidos teóricos destinados al estudio individual por parte de las y los discentes, de quienes se espera una actitud abierta, pero a la vez activa y crítica, frente a dichos contenidos. El objetivo es, pues, la comprensión de la teoría, pero no para motivar una actitud de adoctrinamiento frente a ella, sino una postura reflexiva que indague sobre las posibilidades y los límites de utilizarla en el mejoramiento de la práctica judicial. En cada unidad, se proponen diversas actividades pedagógicas y de autoevaluación, para realizar de manera individual o colectiva, destinadas a verificar la comprensión de sus contenidos y, en general, el cumplimiento de los objetivos específicos. En ellas, se privilegia el planteamiento de casos para ser resueltos por medio del empleo de las herramientas teóricas y argumentativas propuestas en el módulo, y luego debatidos en una puesta en común con los y las demás participantes en el proceso de autoformación.

RESUMEN DEL MÓDULO

El módulo se divide en cuatro unidades. En la primera se exponen los elementos básicos de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales y se contrastan con los elementos de otras teorías, que denominamos coherentistas, cuyos presupuestos resultan incompatibles con la aplicación del principio de proporcionalidad. Desde la perspectiva del conflictivismo, se enfrenta el estudio de los derechos fundamentales que se ven afectados por cada uno de los tipos de penas establecidos en el Código Penal colombiano. De este modo, se busca que el juez o la jueza comprenda y haga explícitas las razones por las cuales las decisiones relativas a la individualización judicial de la pena, tienen una inevitable relevancia ius fundamental.

La segunda unidad se dedica al estudio del papel que desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional. Con tal fin, se indaga por la génesis de dicha herramienta argumentativa en el derecho público europeo y anglosajón, su recepción por parte de la jurisprudencia constitucional colombiana, la función que desempeña en el control de las intervenciones en derechos fundamentales y su relación con otras estructuras argumentativas similares.

La tercera unidad se ocupa del papel que desempeña el principio de proporcionalidad en el derecho penal. Para ello se distingue entre la clásica exigencia de proporcionalidad de las penas, por la cual la gravedad de la pena no ha de superar la del delito, del llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio, que integra un conjunto más amplio de límites al poder punitivo que se proyectan en todas las fases de la intervención penal y que, en lo esencial, coincide con la estructura argumentativa empleada por la jurisprudencia constitucional para enjuiciar la validez de las intervenciones en derechos fundamentales que se producen en los diversos ámbitos de la acción estatal. Nos aproximaremos a cada uno de estos modos de entender el principio de proporcionalidad en materia penal, con el fin de establecer tanto las diferencias como las relaciones entre ambos y señalar de qué manera el principio de proporcionalidad de las penas se integra dentro de la proporcionalidad entendida en sentido amplio. Luego veremos la manera como el principio de proporcionalidad ha sido empleado por la Corte Constitucional colombiana en el control de

intervenciones penales en derechos fundamentales, para concluir con la exposición de las razones que avalan el empleo de esta herramienta argumentativa en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que se producen en el momento de la determinación judicial de la pena.

La cuarta unidad se ocupa de estudiar las particulares cuestiones que involucra la motivación de las decisiones relativas a la determinación judicial de la pena por aplicar en un caso concreto, así como sobre su calidad y cantidad, explorando las posibilidades y los límites que presenta el principio de proporcionalidad como herramienta para cumplir con el deber de justificar la afectación de derechos fundamentales que comporta la imposición de una sanción penal.

SINOPSIS LABORAL DE LAS AUTORAS

GLORIA PATRICIA LOPERA MESA

Abogada de la Universidad de Antioquia (1998). Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla – La Mancha (2005), con la tesis Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, dirigida por el Prof. Dr. Luis Prieto Sanchís. Actualmente está vinculada como profesora a la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT y como investigadora del grupo Justicia y Conflicto, adscrito a la misma universidad.

DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN

Abogada de la Universidad de Antioquia (1997) y Especialista en Derecho Penal por la misma universidad (1998). Doctora en Derecho por la Universidad de Cádiz (2008), con la tesis El tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales. Especial referencia a sus aspectos político criminales y al bien jurídico tutelado, dirigida por el Prof. Dr. Juan Terradillos Basoco. Actualmente está vinculada como profesora a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, y como investigadora de los grupos Justicia y Conflicto (Universidad EAFIT) y Derecho y Sociedad (Universidad de Antioquia).

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Al finalizar el estudio del módulo, el y la discente estarán en capacidad de identificar la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad y de emplear dicha estructura argumentativa como herramienta para controlar la intervención en derechos fundamentales que se produce en el momento de la determinación judicial (individualización), de la pena.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Explicar los elementos centrales de una concepción conflictivista de los derechos fundamentales, la relación que ellos guardan con la utilización del principio de proporcionalidad, y sus diferencias con las llamadas teorías coherentistas.
- Emplear los elementos teóricos aprendidos para identificar las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas prima facie por los distintos tipos de pena establecidos en el Código Penal colombiano.
- Identificar los antecedentes de la utilización del principio de proporcionalidad en el derecho público, como herramienta para controlar las intervenciones en derechos individuales que se producen con ocasión del ejercicio del poder público.
- Identificar las sentencias más relevantes en el desarrollo del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.
- Explicar la función que desempeña el principio de proporcionalidad en el control de las intervenciones en derechos fundamentales.
- Establecer la relación entre el principio de proporcionalidad y otras estructuras argumentativas utilizadas para determinar el contenido protegido por los derechos funda-

mentales, como son las teorías del contenido esencial, el test de razonabilidad o el juicio de ponderación.

- Diferenciar el principio de proporcionalidad de las penas del llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio, y establecer de qué manera este último también incorpora la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena presente en el primero.
- Identificar los contenidos específicos que asume el principio de proporcionalidad en sentido amplio, cuando se proyecta en el control de intervenciones penales y cómo estos contenidos se relacionan con los límites sustantivos al poder punitivo desarrollados por el derecho penal liberal.
- Identificar las sentencias más relevantes en las cuales la Corte Constitucional colombiana ha utilizado el principio de proporcionalidad en el control de intervenciones penales en derechos fundamentales.
- Ofrecer argumentos que apoyen la utilización del principio de proporcionalidad en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que se producen con ocasión del ejercicio del poder punitivo, particularmente en el momento de la determinación judicial de la pena.

Unidad 1

LA PENA COMO AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Al finalizar el estudio de esta unidad, el y la discente estará en condiciones de emplear los elementos teóricos propios de una concepción conflictivista de los derechos fundamentales para explicar por qué toda imposición de una sanción penal representa una intervención en derechos fundamentales que, como tal, debe ser justificada.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Con el estudio de esta unidad, el y la discente estará en capacidad de:

- Explicar los elementos centrales de una concepción conflictivista de los derechos fundamentales, la relación que ellos guardan con la utilización del principio de proporcionalidad, y sus diferencias con las llamadas teorías coherentistas.
- Emplear los elementos teóricos aprendidos para identificar las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas *prima facie* por los distintos tipos de pena establecidos en el Código Penal colombiano.

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA PREPARATORIA

Como introducción al tema central de esta unidad, responda las siguientes preguntas y acompañe cada respuesta con una breve sustentación:

- ¿Está amparada por el derecho fundamental a la libertad de conciencia, la conducta de un joven pacifista que se niega a cumplir con la obligación de prestar servicio militar?
- ¿La obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con mensajes que alertan sobre los peligros para la salud derivados del consumo de tabaco, constituye una limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión?
- ¿La negativa de un conductor ebrio de someterse a una prueba de alcoholémia constituye una forma de ejercicio del derecho fundamental a no autoincriminarse?
- ¿Existe alguna diferencia desde la perspectiva de la afectación a derechos fundamentales que se produce con la obligación de permanecer en cuarentena en el domicilio por contagio de una peligrosa enfermedad viral, impuesta por una autoridad sanitaria, y la obligación de permanecer por el mismo lapso en prisión domiciliaria, impuesta por el juez o jueza en una sentencia condenatoria?

1.1 DOS CONCEPCIONES ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “CONFLICTIVISMO” VS “COHERENTISMO”

Cuando se habla de los derechos fundamentales, es usual encontrar dos afirmaciones que, en principio, son incompatibles: por una parte, la idea según la cual estos derechos constituyen triunfos frente a la mayoría¹; mecanismos para sustraer ciertos temas de la deliberación parlamentaria y del regateo político - como sí es posible imponer pena de muerte (artículo 11 CP), discriminar a las personas por motivos raciales (artículo 13 CP), o si ha de brindarse atención médica inmediata a los niños menores de un año (artículo 50 CP) – y de este modo convertirlos en un “coto vedado”, que señala aquello sobre lo que el poder político no puede decidir y aquello sobre lo que no puede abstenerse de decidir².

Por otra parte, la tesis según la cual estos derechos pueden, y deben, ser limitados por el legislador y demás poderes públicos, porque no se trata de derechos absolutos. Es así como, por ejemplo: al tiempo que se afirma que la libertad de locomoción constituye un derecho fundamental, se admite que el legislador puede limitarla cuando dicta normas que establecen la pena de prisión o que siendo la libertad de expresión un derecho también fundamental, pueda sancionarse a quien haga uso de ella para calumniar o injuriar al prójimo.

Ante ambas afirmaciones, es inevitable preguntarse: ¿Por qué, si los derechos fundamentales son indisponibles y constituyen límites a las decisiones de los poderes públicos, aceptamos que éstos puedan, a su vez, establecer límites a tales derechos? ¿Si estos derechos, concebidos como triunfos del individuo frente a las mayorías pueden, no obstante, ser objeto de limitaciones por decisiones de las mayorías legislativas, qué sentido tiene llamarles derechos “fundamentales”?

¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. M. Gustavino. 4 reimp. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 276 y ss.

² GARZON VALDÉS, Ernesto. *Representación y Democracia*. En: *Derecho, Ética y Política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 645.

La tarea de una teoría de los derechos fundamentales es ofrecer respuesta a este tipo de cuestiones, para lo cual es preciso formular, a su vez, subteorías que den cuenta de su estructura normativa, la manera como se determina su contenido y sus límites o cómo resolver los conflictos que se plantean entre estos derechos y otras normas del sistema. Su valor como teoría se mide por su capacidad para ofrecer respuesta clara, coherente, internamente consistente a éstas y demás cuestiones que suscita la práctica jurídica, así como por su utilidad para interpretar y con base en sus postulados, aplicar un determinado sistema de derecho positivo. Aunque exponer un panorama detallado de las diferentes teorías que se han propuesto, y elaborar una dogmática de los derechos fundamentales excede los objetivos del presente módulo, sí es su propósito presentar los elementos centrales de la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad, y confrontarla con teorías que al partir de presupuestos diferentes, resultan en principio incompatibles con el empleo de aquella herramienta argumentativa. Proponemos denominar “conflictivista” a la primera de estas concepciones, porque se edifica sobre el reconocimiento de que la garantía de los derechos fundamentales plantea conflictos con otras normas del sistema jurídico y por lo tanto, la determinación del contenido de estos derechos requiere de herramientas argumentativas que permitan resolver tales conflictos mediante una ponderación³. Denominamos “coherentistas” a aquellas teorías que se oponen a la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, niegan la existencia de genuinos conflictos entre derechos y, por ende, la necesidad de acudir a mecanismos como la ponderación para resolverlos.

1.1.1 Teorías conflictivistas de los derechos fundamentales

Los rasgos centrales de la que proponemos denominar concepción conflictivista de los derechos fundamentales son: la consideración de la estructura normativa de los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas, una teoría amplia del supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría externa de los límites y el entendimiento de que la determinación del contenido definitivo de los derechos en los casos difíciles, requiere

³ LÓPEZ MEDINA. *Interpretación constitucional*. 2 ed. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006, pp. 55 y ss.

resolver una colisión entre principios, para lo cual se acude a estructuras argumentativas como el principio de proporcionalidad.

a) Los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas

La distinción entre principios y reglas

Sin duda la más completa reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales en clave conflictivista se encuentra en la obra de Robert Alexy. El punto de partida de su teoría lo constituye la distinción entre principios y reglas, la cual, a juicio de este autor, radica en que los primeros representan *mandatos de optimización*, es decir, son “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”; en cambio las reglas son normas que establecen una medida exacta de satisfacción, esto es, que “*contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*”⁴, con lo cual, una vez se verifica su condición de aplicación, ha de hacerse exactamente lo que en ellas se ordena, ni más ni menos.

Esta propiedad de los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “*deber ser ideal*” (*ideales Sollen*), que marca el horizonte normativo al cual debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales), y jurídicas (presencia de otras normas en colisión), que condicionan la plena realización de su objeto. Precisamente en la no incorporación de dichas condiciones radica su connotación de deber ser “ideal”⁵. Por el contrario, las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “*deber ser definitivo o real*”.

-
- 4 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. 2 reimpr. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1986, pp. 86 y ss.
- 5 Ibíd. Zum Begriff des Rechtsprinzips. En: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt a. M. Suhrkamp, 1955, p. 204. Señala que en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse de “deber ser ideal” (*ideales Sollen*), entendido en un sentido general y débil, como “*todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible*”.

El entendimiento de los principios como normas que postulan un “deber ser ideal” permite explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen, en oposición al carácter definitivo de las reglas. Tal propiedad está en directa relación con la anterior, pues viene dada por el hecho de que “*los principios carecen de contenido de determinación con respecto de los principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas*”, con lo cual el mandato establecido en ellos, debe ser considerado aún a la luz de las circunstancias del caso por decidir y de la existencia de otros principios igualmente relevantes, que imponen deberes contradictorios a fin de establecer cuál de ellos prevalece en el caso concreto: “*(d)el hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para ese caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta*”⁶, para lo cual, en la construcción de este autor, es preciso aplicar el principio de proporcionalidad, cuyo resultado es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso.

Ahora bien, ¿cuáles son las razones que determinan que una norma sea interpretada en uno u otro sentido? Consideramos que la interpretación de una norma como una regla o un principio (mandato de optimización), *no viene determinada necesariamente* (aunque sí puede verse influida de un modo importante), por la formulación lingüística de las disposiciones normativas, de modo tal, que los enunciados que presenten un nivel más alto de indeterminación (“se garantiza la libertad de conciencia”), alberguen normas con estructura de principios, mientras que aquellos formulados con mayor precisión (“no habrá pena de muerte”), tiendan a ser interpretados como reglas. La opción entre una u otra lectura (como principio o como regla), es más bien el resultado de una convención interpretativa según la cual, *cierto tipo de decisiones jurídicas*, los así llamados “casos difíciles”, requieren que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un “*deber ser definitivo o real*”, esto es, como reglas, sino como portadoras de un “*deber ser ideal o prima facie*”, es decir, como principios. Mientras la primera interpretación llevaría a entender que las normas relevantes en el caso imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y

⁶ Ibíd., p. 99.

que, en caso de conflicto, éste ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas, su interpretación como principios permite derivar de ellas sólo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual y resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Pero la calificación de una norma como principio o como regla, no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso por decidir, y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo, pues como se ha señalado con razón, “*el hecho de que una norma contenga ya todas las determinaciones en relación con los principios o las reglas que jueguen en su contra, no puede constatarse sino en concreto, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración las circunstancias particulares en que la norma debe ser aplicada*”⁷. De este modo, la interpretación de una norma *ius fundamental* como regla o principio sólo puede hacerse, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean su aplicación, porque son éstas las que permiten establecer si el problema jurídico por decidir, puede ser considerado como un *caso fácil*, caso en el cual la norma *ius fundamental* será entonces tratada como una *regla* y en este caso, la contradicción que eventualmente se constate entre su contenido y el de la ley enjuiciada, se saldará con la aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias. Si, por el contrario, se trata de un *caso difícil*, la norma *ius fundamental* será tratada como un *principio* que se opone a las demás razones (de principio), que avalan la constitucionalidad de la ley enjuiciada y cuya colisión debe resolverse por medio del principio de proporcionalidad.

Así, por ejemplo: aunque la disposición que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP), dado su alto grado de indeterminación, suele ser interpretada como un mandato de optimización, esto es, como un principio, nada obsta para que también pueda ser interpretada como una regla. De este modo, operaría en el hipotético caso cuando un legislador, preocupado por acentuar las diferencias de

⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. *EL principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003., p. 588.

género, se le ocurriera prohibir a las mujeres llevar el cabello corto. Al enjuiciar la constitucionalidad de esta prohibición, encontraríamos que vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque éste comprende la libertad de toda persona para decidir sobre su apariencia personal, en este caso coartada por la norma que prohíbe a las mujeres llevar el cabello corto. En este ejemplo, la cláusula del libre desarrollo de la personalidad se concreta en una regla que prohíbe al legislador dictar normas que restrinjan la libertad de las mujeres para llevar el cabello corto, la cual fundamenta la inconstitucionalidad de las normas legales enjuiciadas mediante un razonamiento subsuntivo. La razón para interpretar el artículo 16 como portador de una regla no depende de la mayor o menor indeterminación de dicha disposición constitucional, sino de que nos hallamos en presencia de caso fácil, en el cual no encontramos otras razones constitucionalmente admisibles que puedan entrar en colisión con las razones para proteger la libertad de las mujeres para decidir sobre el largo de su cabellera.

Ente tanto, en la sentencia SU-642 de 1998, al decidir una tutela interpuesta por el padre de una menor contra un centro educativo cuyo reglamento exigía a niños y niñas llevar el cabello corto para evitar el contagio de pediculosis capilar (piojos y liendres), la Corte Constitucional interpretó el artículo 16 como un principio, esto es, como una norma que *prima facie* otorga a niños y niñas la más amplia libertad para tomar decisiones relacionadas con su apariencia física, pero cuyo alcance puede verse limitado por la existencia de otros principios que puedan justificar la imposición de restricciones a dicha libertad. Este supuesto fue tratado por la Corte como un caso difícil, en el cual la razón para tutelar la libertad de la menor de negarse a llevar el cabello corto, se oponía el deber de las directivas de la guardería de tomar medidas para garantizar el derecho a la salud de los menores. La Corte empleó el principio de proporcionalidad para resolver tal conflicto de principios y fundamentar la decisión de tutelar en este caso, el derecho de la menor a decidir sobre su corte de cabello. Consideró que, si bien la obligación impuesta en el reglamento de la guardería constituía una medida idónea para alcanzar un fin legítimo (evitar el contagio de pediculosis capilar y, con ello, proteger la salud de los menores), no se trataba de una medida necesaria para alcanzar este fin (por existir otros medios para evitar el contagio que no implican la imposición de un determinado corte

de cabello), y en consecuencia, era inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este orden de ideas, hablamos de principios *sólo* cuando nos hallamos en presencia de normas que: 1) no operan en el razonamiento de modo aislado, en el sentido de que por sí solas no ofrecen fundamento a una decisión jurídica, sino que siempre lo hacen en conjunción con otras normas (otros principios), que orientan la decisión en sentido contrario, de tal suerte que el concepto de principio aparece invariablemente ligado a la idea de conflicto normativo; 2) cuando para resolver dicho conflicto, no se consideran de recibo los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias (criterios cronológico, jerárquico, de especialidad), basados en la anulación o excepción permanente de una de las normas en conflicto, y en su lugar se adopta el esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. En presencia de ambas condiciones, llamamos principios a las normas involucradas en el razonamiento y las interpretamos como portadoras de deberes *prima facie*, en lugar de como portadoras de deberes definitivos.

Con esto, el problema se traslada a la determinación de los criterios que permiten adjetivar a un caso como “fácil” o “difícil”. Esto último ocurrirá cuando, ante un mismo evento, concurren al menos dos soluciones normativas en pugna y existan discrepancias acerca de cuál de ellas debe prevalecer. Sin duda, la mayor precisión de los enunciados constitucionales es un indicio del grado de consenso logrado en una sociedad acerca a la necesidad de atrincherar ciertos contenidos constitucionales bajo la forma de reglas precisas, dotadas de validez definitiva, capaces de operar como “razones protegidas”, que excluyen la deliberación ulterior por parte del intérprete acerca de si debe o no aplicarse la solución prevista en ella. Así ocurre en el caso colombiano, con las disposiciones que proscriben la pena de muerte, imponen un plazo máximo de 36 horas para poner a disposición judicial a un detenido o prohíben la retroactividad penal. Pero que tales disposiciones, sigan siendo interpretadas como reglas, en lugar de como principios que han de batirse con otras razones en el campo abierto de la ponderación, depende no tanto de la precisión del lenguaje en el cual vienen expresadas, cuanto de que se mantengan

vivos los argumentos que han dado lugar a considerarlas como razones protegidas, como reglas inderrotables.

Derecho fundamental en sentido lato y en sentido estricto

Pero la distinción entre reglas y principios, pese a ser un elemento decisivo, no es, con todo, el único sobre el cual se basa la teoría “conflictivista” de los derechos fundamentales. Para entender de qué manera la determinación de los derechos fundamentales es el resultado de un juego de argumentos y contraargumentos, es preciso distinguir, siguiendo a Alexy, entre el *derecho fundamental como un todo* o en sentido lato, entendido como un haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición o un conjunto de disposiciones de derecho fundamental, y el *derecho fundamental en sentido estricto*, que denota cada una de estas posiciones y normas que integran el derecho fundamental como un todo. Puestos en relación estos conceptos, cabe afirmar que *una disposición de derecho fundamental garantiza tantas posiciones ius fundamentales, cuantas normas puedan ser vinculadas interpretativamente a su enunciado*, lo cual da cuenta de la pluralidad de significados que cada uno de estos últimos puede acoger⁸.

Así, por ejemplo, a la disposición formulada en el artículo 40.1 de la Constitución, según la cual “Todo ciudadano tiene derecho a...: 1. Elegir”, pueden adscribirse diversas normas, que garantizan a su vez distintas posiciones ius fundamentales: a) la libertad del ciudadano de participar o no en elecciones; b) una competencia del ciudadano, que consiste en el derecho a que de su participación en las elecciones mediante el voto se deriven consecuencias jurídicas (en este caso, la investidura del candidato al cual vota, en caso de que obtenga la mayoría); c) un derecho de defensa, que obliga al estado a no impedir a los ciudadanos la participación en elecciones; d) una garantía institucional, que impone al legislador abstenerse de dictar normas que eliminan la institución del sufragio universal; e) diversos derechos de prestación, entre otros, a que el estado dicte normas que establezcan órganos electorales, defina procedimientos para convocatoria y celebración de elecciones, protejan el derecho al sufragio frente a perturbaciones provenientes de

⁸ ALEXY, Ob. Cit., 1986., pp.173 y ss., y 240 y ss. BERNAL PULIDO., Ob. Cit., 2003., pp. 75 y ss.

particulares, así como la obligación de destinar los recursos materiales necesarios para llevar a cabo elecciones. Cada una de estas normas o posiciones constituye un derecho fundamental en sentido estricto y en su conjunto conforman un derecho fundamental en sentido lato o derecho fundamental como un todo.

De este modo, al interior de un derecho fundamental en sentido lato, coexisten una pluralidad de posiciones y normas *ius fundamentales* de diverso tipo (derechos a algo, libertades, competencias), de diverso grado de generalidad (directamente estatuidas, adscritas, individuales), de diversa validez (reglas dotadas de validez definitiva, principios dotados de validez *prima facie*), que pueden ser vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. La coexistencia de ambos tipos de normas, reglas y principios dentro de la estructura normativa del derecho fundamental como un todo, suministra la clave para entender el carácter dinámico y conflictivista que asume la determinación del contenido de los derechos, pues una posición inicialmente adscrita con carácter *prima facie* puede consolidarse como una posición definitiva, si no existen razones más fuertes que justifiquen su restricción; por el contrario, quedará desplazada cuando razones más fuertes, vinculadas a la protección de otros derechos fundamentales o bienes colectivos, justifiquen su restricción.

b) Una teoría amplia del supuesto de hecho

La adscripción a las disposiciones de derecho fundamental tanto de reglas como de principios permite distinguir entre el *ámbito de protección inicial* y el *ámbito de protección definitiva*, que corresponden a dos momentos distintos en la definición del contenido del derecho. En un primer momento, se determina el *contenido inicialmente protegido* por el derecho, para lo cual se acoge una *teoría amplia del supuesto de hecho*, conforme con la cual la definición del *ámbito inicial de protección* del derecho se rige por las siguientes reglas:

“(1) Todo lo que presenta una propiedad que – considerada aisladamente – basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades [...] (2) Dentro de los márgenes semánticos de los

conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias". A la anterior, se opone una teoría estrecha o estricta del supuesto de hecho, conforme con la cual sólo ingresarían al ámbito de protección del derecho fundamental aquellas modalidades de ejercicio típicas o que no entren en colisión con otros principios constitucionales.

Así, por ejemplo: la libertad religiosa otorgaría protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto de "manifestación religiosa" interpretado en sentido amplio: desde la celebración del culto católico o evangélico hasta la actividad de una secta nudista; igualmente, al derecho a no declarar contra sí mismo cabría adscribir el derecho de los conductores a rehusar la práctica de pruebas de alcoholmia. Tal laxitud es el correlato de concebir los derechos fundamentales como mandatos de optimización, como normas que reclaman *el mayor grado de satisfacción posible*, y es precisamente la que hace posible que la concepción conflictivista esté en condiciones de reconocer sendos derechos generales de libertad e igualdad, como normas de clausura del sistema de derechos fundamentales. Pero a su vez, la contrapartida de esta amplitud en la definición del contenido inicial del derecho es que el mismo sólo cuenta con validez *prima facie*, y ello es así porque en este primer momento, sólo se tiene en cuenta las razones a favor de la adscripción, no las que puedan oponerse a que esa protección inicial o *prima facie* adquiera carácter definitivo. De ahí que sea necesario en un segundo momento, acotar el contenido *prima facie* de los derechos para establecer qué parte del mismo ha de valer como contenido definitivo a la luz de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso por resolver, esto es, una vez resueltas las colisiones con otras normas del sistema jurídico que imponen restricciones al contenido inicialmente protegido. Así pues, el contenido o *ámbito de protección definitivo* del derecho estaría conformado por aquellas formas de ejercicio que no pueden ser objeto de ulteriores limitaciones, porque las razones a favor de la protección del derecho se consideran más fuertes que cualquier otro argumento a favor de su restricción⁹.

9 El ámbito de protección definitiva del derecho coincidiría con lo que la Corte Constitucional, siguiendo construcciones procedentes de la dogmática alemana y española, denomina el *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Infra, 2.4.1.

c) Una teoría externa de los límites

El reconocimiento de un ámbito inicial de protección tan amplio requiere pues, como contrapartida, admitir la existencia de límites externos al derecho fundamental, impuestos en virtud de otras normas constitucionales, legales, reglamentarias, por sentencias judiciales o incluso, por normas de naturaleza contractual. Esto marca una diferencia importante con otras teorías de los derechos fundamentales cercanas al coherentismo, que rechazan la idea de que el legislador o cualquier otro órgano estatal pueda establecer límites a los derechos fundamentales y en su lugar, prefieren caracterizar la labor que el legislador efectúa sobre los derechos como una “delimitación” de los mismos.

De este modo, la determinación del contenido del derecho que se lleva a cabo al enjuiciar la constitucionalidad de una medida restrictiva comprende dos pasos: en el primero se establece, si la posición afectada por la ley enjuiciada forma parte del *contenido prima facie* del derecho, por ejemplo: si la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia forma parte del ámbito inicial de protección del derecho a no declarar contra sí mismo; en el segundo momento, se determina si la limitación impuesta por la norma que obliga a la práctica de tales pruebas está justificada y, por lo tanto, si la posición afectada por dicha restricción, queda por fuera del *contenido definitivo* del derecho a no declarar contra sí mismo o si, por el contrario, se trata de una limitación injustificada, caso en el cual se considera no como una restricción válida sino como una vulneración del derecho que como tal, ha de ser declarada inconstitucional¹⁰.

d) La determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de una ponderación entre principios

Para determinar si la limitación del derecho está o no justificada, esto es, si queda excluida o, por el contrario, forma parte del contenido definitivo del derecho fundamental, es preciso resolver previamente la colisión que se entabla entre las razones a favor de consolidar esa protección *prima*

¹⁰ BERNAL PULIDO. *Ob. Cit.*, 2003., pp. 461 y ss.

facie en una protección definitiva a la luz de las circunstancias del caso, y las razones que en sentido contrario, abogan por su exclusión. Mientras, en nuestro ejemplo, las primeras vienen dadas por el principio que garantiza el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, las segundas son suministradas por los principios sustanciales y formales que fundamentan la restricción de ese derecho mediante la obligación de someterse a pruebas de alcoholemia. Con ello, la concepción conflictivista de los derechos construye la exclusión definitiva de la protección *ius fundamental* como un juego de razones y contra razones, esto es, como el resultado de una ponderación entre principios¹¹. Es entonces en el marco de esta concepción de los derechos fundamentales, donde encuentra acomodo el principio de proporcionalidad, que se inserta como una pieza clave dentro de la misma, al tratarse de la estructura de argumentación que se propone para articular este debate entre razones que actúan a favor y en contra de la restricción.

Quedan todavía por examinar los rasgos centrales de aquellas teorías de los derechos fundamentales que niegan la existencia de genuinos conflictos entre principios constitucionales y, sobre esta base, rechazan el empleo del principio de proporcionalidad como herramienta para determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales.

1.1.2 Teorías coherentistas de los derechos fundamentales

Buena parte de las concepciones que se oponen a la consideración de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación se sitúan en las coordenadas de la que proponemos denominar una concepción “coherentista”¹², caracterizada, en contraste con la anterior:

11 ALEXY, Ob. Cit., 1986., p. 311.

12 La que aquí denominamos concepción coherentista de los derechos, en realidad agrupa un conjunto heterogéneo de posturas suscritas por autores de diversa procedencia, como pueden ser: o HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Trad. M Jiménez Redondo. Trotta, Madrid, 1998., pp. 327 y ss. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2001., pp. 300 y ss. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta – UNAM. Madrid, 2005., pp. 526 y ss. MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. Duncker & Humboldt, Berlín, 1969. Otro: *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Duncker & Humboldt, Berlín, 1969a. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio.

Por concebir los derechos fundamentales como reglas dotadas de validez definitiva, lo cual, entre otras consecuencias, supone entender que toda posición perteneciente al ámbito de aplicación de una norma de derecho fundamental se beneficia de una protección plena, pero a su vez admitir que toda posición que excede dicho contenido ha de quedar por fuera del mundo de los derechos¹³.

Al reducir la estructura normativa de los derechos fundamentales a la que es propia de las reglas, se elimina la posibilidad de establecer una distinción entre el *contenido prima facie* y el *contenido definitivo* del derecho fundamental. De acuerdo con esta concepción, sólo existiría un único ámbito normativo dotado de la validez definitiva propia de las reglas pero, como contrapartida, los contenidos que ingresan en dicho ámbito se reducen a aquellas posiciones cuya garantía no plantee conflictos con otros derechos y demás contenidos constitucionales, esto es, aquellos modos de ejercicio que estuviésemos dispuestos a poner a salvo de ulteriores limitaciones, pues de otro modo, resultaría difícilmente concebible una protección tan irrestricta.

Por tal motivo, la concepción coherentista de los derechos está en relación directa con una teoría *estrecha* o *estricta* del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, según la cual sólo forman parte de estos las modalidades “específicas” u “objetivamente pertenecientes”, quedando por fuera aquellas modalidades “no específicas” de ejercicio del derecho. Así pues, una ley que prohibiese pintar, predicar o manifestarse en un cruce de

Derechos Fundamentales y Constitución. Civitas, Madrid., 1988, pp. 107 y ss. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*. Trotta, Madrid, 1999, pp. 36 y ss. OLLERO, Andrés. *La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal*. En: *La Ley*, 6. Buenos Aires, 1998. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Eunsa, Pamplona, 2000. DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. En: *La Ley*. Buenos Aires, 2000., entre otros. Todos estos autores comparten, sin embargo, el rechazo a una visión conflictivista de los derechos, así como al empleo del principio de proporcionalidad y al juicio de ponderación que éste incorpora.

13 MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997. Para quien “más allá de los contornos que lo delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta”.

calles o que impidiese a músicos percusionistas, los ensayos nocturnos en un bloque de viviendas, no constituiría intervención alguna en las libertades artística, de expresión y religiosa, pues no afectaría posiciones pertenecientes al ámbito normativo de tales derechos, por lo cual tales prohibiciones no estarían sometidas a reserva de ley ni tendrían que superar alguno de los controles impuestos a las normas que intervienen en los derechos fundamentales¹⁴.

Esta concepción estricta del supuesto de hecho lleva aparejada una *teoría interna* de los límites o, lo que es igual, una concepción de los derechos fundamentales como derechos *ilimitables*¹⁵. Conforme con esta posición, situada en el polo opuesto a la teoría externa propia del conflictivismo, la determinación del contenido del derecho implica al mismo tiempo, la definición de sus límites, los cuales ya se encuentran previstos, explícita o implícitamente, en la disposición que los reconoce, debidamente interpretada en consonancia con el resto del sistema jurídico, con lo cual, como afirma Friedrich Müller¹⁶, “*la determinación de los ‘límites’ y la determinación de ‘contenidos’ deben decir objetivamente lo mismo*”. Pero al tiempo que se afirma que el derecho incorpora sus propios límites, se excluye la posibilidad de una ulterior limitación por parte del legislador, cuya actividad en relación con los derechos fundamentales, no podría consistir en la adición de nuevas restricciones a los derechos, sino en la concreción (con efectos más bien declarativos), de los límites que los derechos ya llevan consigo. Por ello, según los planteamientos de la teoría interna, no cabe hablar propiamente de límites o restricciones del derecho, sino que la actividad del legislador en relación con los derechos, en realidad consistiría en una *delimitación* interna de su contenido, una concreción de los contornos del derecho que ya vendrían trazados desde su configuración constitucional¹⁷.

14 MÜLLER. Ob. Cit. 1969., pp. 64, 73 y ss., 88, 100 y ss. Ibíd. Ob. Cit., 1969a., pp. 56, 60, 65, 124.

15 BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 442 y ss. BOROWSKI, Martín. *La restricción de los derechos fundamentales*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59. Madrid, 2000, pp. 32 y ss. Ibíd. *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003., pp. 68 y ss.

16 MÜLLER. Ob. Cit. 1969, p. 32.

17 JIMÉNEZ CAMPO. Ob. Cit. 1999., p. 39. Sostiene que mientras la *limitación* consiste en la acción de establecer “*constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido*”, la *delimitación* comprende “*todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*”. Para Jiménez, este último concepto resulta preferible

De todo lo anterior, resulta que de acuerdo con la concepción coherentista, la determinación del contenido de los derechos fundamentales en un caso difícil - como el decidido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-642 de 1998, que trataba de establecer si la obligación de llevar el cabello corto impuesta a los alumnos de una guardería vulneraba un derecho fundamental - no requiere resolver una colisión entre el principio que ordena proteger el libre desarrollo de la personalidad en la mayor medida posible, y el que ordena velar por la salud de los menores, a fin de determinar cuál de ellos prevalece a la luz de las circunstancias del caso, sino por interpretar de un modo adecuado los preceptos constitucionales para establecer cuál es el “*verdadero*” alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad y verificar, si la posición afectada por la norma enjuiciada, en realidad pertenece al ámbito protegido por el derecho o se trata sólo de un ejercicio “*aparente*” del mismo. Para ello básicamente, acuden a una “*interpretación correctora restrictiva*”, que en algunos autores aparece combinada con el establecimiento de *jerarquías abstractas* entre derechos fundamentales¹⁸.

En síntesis, las concepciones coherentistas se caracterizan por: concebir los derechos fundamentales como reglas, acoger una teoría estricta del supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría interna de sus límites y considerar que la determinación del contenido de los derechos es el resultado de una correcta interpretación orientada a distinguir entre su contenido “*verdadero*” y su contenido “*aparente*”.

para referirse a la ordenación legislativa de los derechos fundamentales, pues “*evita el aparente absurdo de admitir que el legislador pueda ‘limitar’ un derecho creado por la Constitución y soslaya, al tiempo, la insuprimible coloración axiológica de la voz ‘limitación’*”. Además, OLLERO. Ob. Cit., 1998, pp. 22-48. Afirma que “*no es lo mismo limitar que delimitar, prescribir limitaciones que describir límites inmanentes [...] no es lo mismo definir la silueta de un cuerpo que amputarle un miembro*”. Y por su parte, SERNA y TOLLER. Ob. Cit. 2000, p. 66. Consideran que “*los derechos [...] no tienen ni necesitan límites externos, sino que son delimitables: mediante de la tarea legislativa y de la decisión judicial es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo*”.

¹⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006., pp. 150 y ss.

1.1.3 ¿Por qué resulta preferible una concepción conflictivista de los derechos fundamentales?

Hasta ahora hemos trazado un paralelo entre teorías coherentistas y conflictivistas, orientado a resaltar sus diferencias en lo que respecta de la estructura normativa de los derechos, la definición de su contenido y sus límites y el tipo de razonamiento que involucra su aplicación. Pero con esto, no queda aún fundamentada la utilización del principio de proporcionalidad, pues todavía es preciso suministrar las razones por las cuales la concepción conflictivista de los derechos resulta preferible a su rival.

En primer lugar, las teorías conflictivistas permiten dar cuenta de un elemento central de la filosofía liberal de los derechos, que es el reconocimiento de que toda disminución del ámbito dentro del cual, el individuo puede optar entre diversas alternativas de acción, supone una restricción de su libertad, que no deja de ser un mal en cuanto tal y, por ello, ha de estar sometida a una exigencia de justificación. Una concepción conflictivista resulta más afín a esta consideración de la libertad como punto de partida de la relación entre individuo y Estado, y de toda restricción a la misma como una excepción que es preciso justificar. Y ello porque, desde sus presupuestos, es posible extender la protección *ius fundamental* no sólo a las modalidades típicas del ejercicio de los derechos que pueden ser adscritas a una específica disposición de derecho fundamental, sino también a aquellas otras que suelen ser vistas como manifestaciones de la simple libertad natural. De este modo, el ámbito de la libertad jurídica viene a coincidir, así sea *prima facie*, con el de la libertad natural, lo cual permite hablar de un *derecho general de libertad* como *norma de clausura* del sistema jurídico¹⁹, cosa que no ocurre, si se asume una concepción coherentista, cuyos presupuestos le obligan a relegar todas las manifestaciones de la simple libertad a un espacio ajeno al mundo de los derechos.

19 ALEXY. Ob. Cit. 1986., pp. 331 y ss. PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: *Derechos & Libertades*, 8. Madrid, 2000.

Se ha criticado a la concepción conflictivista por alentar un excesivo individualismo en detrimento de las finalidades colectivas que también debe garantizar un sistema jurídico²⁰. Así mismo, incurrir en una cierta falta de honestidad al atribuir a los derechos fundamentales un ámbito inicial de protección mucho mayor que el contenido que a la postre, puede ser garantizado con carácter definitivo. A lo primero cabe responder que la concepción que aquí se defiende, no implica una sobrevaloración irreflexiva de la libertad individual ni cierra el paso a la posibilidad de que ésta sea limitada en aras de la satisfacción de otros derechos, así como de intereses o bienes colectivos. Antes bien, desde esta concepción, se alienta una amplia protección *prima facie* de la libertad, pero al mismo tiempo, se expande el catálogo de fines que pueden llegar a justificar su restricción, de tal suerte que uno de los riesgos a los cuales debe hacer frente es precisamente el contrario, es decir, que la fuerza normativa de los derechos fundamentales se vea socavada, una vez se admite que estos pueden entrar en colisión no sólo con otros derechos, sino con toda clase de fines que se reputen legítimos.

En relación con el argumento de la “*falta de honestidad*”, cabe señalar que el amplio contenido que en un primer momento se adscribe a los derechos, sólo tiene un carácter *prima facie*, esto es, únicamente representa una razón a favor de su protección definitiva, pero no asegura de entrada que la misma llegue a ser efectivamente garantizada, lo cual sucederá sólo cuando no concurran razones más fuertes que se opongan a que tal protección *prima facie* adquiera un carácter definitivo. Así pues, como advierte Borowski²¹, un derecho fundamental *prima facie* “sólo genera una pretensión a obtener un resultado acertado luego de una ponderación; ciertamente no promete menos, pero tampoco más”, con lo cual “quien interpreta un derecho *prima facie* como la promesa de un derecho definitivo incurre en un malentendido”.

Aunque no aseguren una protección definitiva, la promesa que contienen los derechos fundamentales concebidos como principios no pierde por ello su importancia. La garantía de un amplio contenido *prima facie* ha de interpretarse como la exigencia de que toda restricción de ese contenido sea considerada como limitación de un derecho fundamental, cuya justificación depende, por

²⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE. Ob. Cit. 1997., p. 56.

²¹ BOROWSKI. Ob. Cit. 2003., p. 65.

lo tanto, de que venga respaldada en razones más fuertes que las que militan a favor de mantener la protección del derecho. En tal sentido afirma Luis Prieto²² que, desde tal concepción, no existe de entrada “*un derecho general, definitivo o concluyente, pero sí existe lo que pudiera llamarse un derecho a la argumentación, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado [...] queda librado al juicio de ponderación*”; de este modo, concluye, “*los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan*”, la cual constituye, a juicio de este autor, “*el sentido último del constitucionalismo de los derechos*”.

Potenciar la exigencia de argumentación es la segunda de las razones que tornan preferible la concepción conflictivista de los derechos en relación con su contraria. Y es que las concepciones coherentistas suelen apoyarse en una visión optimista acerca de las posibilidades de determinar con precisión las fronteras que delimitan el espacio de cada derecho, en un acentuado cognitivismo interpretativo a partir del cual se subestima la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre contenidos constitucionales y, por el contrario, se sobreestiman las posibilidades de conocer el contenido de los derechos con ayuda de los métodos tradicionales de interpretación²³. Es así como la estrategia argumentativa de estas teorías se orienta, en el ejemplo de Müller, a sostener que el derecho a la libertad artística *no comprende* el derecho a pintar en los cruces de calles o, en los que propone De Otto, a afirmar que la propaganda comercial *no está amparada* por la libertad de expresión, o bien el derecho de huelga *no incluye* el de ocupar incondicionadamente los locales del empresario. Puede que tal estrategia colme las demandas de justificación de la decisión en los casos claros, allí donde no surge ninguna disputa interpretativa acerca al contenido protegido por los derechos, y frente a los cuales lo más probable es que se alcancen los mismos resultados a partir de los presupuestos de una concepción conflictivista o coherentista de los derechos. Pero la misma se revela en forma insuficiente en los casos difíciles, aquellos en los cuales existen discrepancias sobre el alcance de los derechos que no se reducen

22 PRIETO SANCHÍS. *El constitucionalismo de los derechos*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71. Madrid, 2004., p. 61.

23 *Ibid.*, 2000., p. 432. *Ibid.*, *Constitucionalismo y garantismo*. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trota-UNAM, Madrid, 2005., p. 49. BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 474 y ss.

a desacuerdos puramente lingüísticos, sino a diferencias de fondo acerca de lo que debe estar permitido, prohibido u obligado en determinada situación. Una estrategia de argumentación que frente a un caso difícil se limite a señalar que la posición controvertida forma parte o no del derecho alegado, en modo alguno se tendrá por satisfactoria y antes bien será percibida como una “*pseudofundamentación*”²⁴. Y en cuanto se trate de ir más allá y argumentar acerca de por qué se prefiere una determinada interpretación, nos encontraremos inevitablemente abocados a emplear una ponderación para fundamentar nuestra elección.

Lo anterior lleva a sostener que el *quid* de la definición del contenido de los derechos, más que en la correcta atribución de significado a los términos en los cuales se expresan, viene dado por el balance entre razones a favor de una interpretación o su contraria, el cual debe hacerse explícito en los fundamentos de la decisión como condición necesaria para que considerar que se trata de una decisión justificada. Y es en este punto, donde se aprecian las ventajas de una concepción conflictivista, en la cual la determinación del contenido definitivo de los derechos viene precedida de una argumentación que se estructura sobre el principio de proporcionalidad. Este último hace posible presentar y contraponer las razones que respaldan la adscripción de la posición objeto de controversia al ámbito de protección definitiva del derecho invocado (lo que permitiría, por lo tanto, considerar inconstitucional la norma que establezca un límite), y las que, por el contrario, permitirían afirmar que su exclusión del ámbito de protección definitiva está justificada por la protección de otro derecho o bien que a la luz de las circunstancias del caso tiene mayor peso (lo que llevaría, por el contrario, a declarar conforme con la constitución la norma limitadora); presentación que debe efectuarse de acuerdo con el derrotero argumentativo que traza el principio de proporcionalidad y cuya corrección ha de ser evaluada conforme con los cánones de una argumentación racional propuestos por las teorías de la argumentación jurídica.

Pero además, al estructurar la fundamentación de la decisión como un juego de razones y contra razones, el principio de proporcionalidad, a diferencia de las estrategias argumentativas sugeridas desde una concepción coherentista de los derechos, permite distribuir cargas de argumentación

²⁴ *Ibid.*, p. 473.

entre los intervenientes en el debate acerca de la constitucionalidad de las leyes que afectan a derechos fundamentales y de este modo, contraponer a la presunción de constitucionalidad que rige a favor de la ley que impone una carga de argumentación a quien pretenda cuestionarla, la carga que pesa sobre el legislador (y demás poderes públicos), de justificar toda intervención en derechos fundamentales²⁵.

Con todo, aún podría argumentarse a favor de la concepción coherentista, que la misma está en mejores condiciones de asegurar la fuerza normativa de los derechos, dado que desde los presupuestos de la teoría interna de los límites propia de esta concepción, se cierra el paso a la posibilidad de establecer ulteriores límites al contenido real o verdadero de los derechos, los cuales representarían un auténtico “coto vedado” al legislador, mientras que por el contrario, desde los presupuestos de la teoría externa propia del conflictivismo, todos los contenidos *ius fundamentales* quedarían expuestos al riesgo de ser derrotados en una ponderación. Dicho en otros términos, desde los presupuestos de la teoría interna, los derechos, una vez definidos sus “verdaderos” contornos, operan como reglas, esto es, como “razones perentorias” o “protegidas”, porque representan una razón para actuar de acuerdo con lo prescrito en la norma que confiere tal derecho y a la vez excluye toda deliberación por parte de sus destinatarios sobre las razones en pro y en contra de realizar la acción prescrita. No ocurre igual desde los presupuestos de la teoría externa, propia del conflictivismo, en tanto la posibilidad de que en los casos difíciles, cualquier norma de derecho fundamental sea tratada como un principio, implica admitir que éstas operan en el razonamiento como “razones no perentorias” o “no protegidas”, esto es, como razones de primer orden para decidir en determinado sentido, pero que no excluyen la deliberación sino más bien, invitan a ser ponderadas con otras razones, a fin de establecer cuál de ellas tiene mayor fuerza en el caso por decidir.

Se advierte pues, que la concepción argumentativa que alienta el conflictivismo puede ser un arma de doble filo para los derechos, pues al tiempo que somete toda limitación a una carga de justificación - lo que supone una valiosa garantía – también los sustrae del “coto vedado” que representa su consideración como derechos no limitables o razones perentorias, para en

25 *Ibid.*, pp. 479 y ss.

su lugar exponerlos al campo abierto de la argumentación. Tal riesgo se pone en evidencia cuando se considera que, por ejemplo: bajo los presupuestos de las teorías conflictivistas, la prohibición de torturar podría llegar a no ser tratada como una prohibición definitiva sino sólo *prima facie*, y así enfrentarse a otras razones que aconsejan su excepción bajo determinadas circunstancias, por ejemplo: ante la necesidad de salvar la vida de personas amenazadas por una bomba a punto de explotar, y cuya ubicación sólo conoce el miembro de un grupo armado que acaba de ser detenido por la policía. Lo anterior no sería posible, si se asume una teoría coherentista pues, una vez establecido que determinadas formas de coacción caen bajo el concepto de “tortura”, no queda espacio alguno para reabrir el debate acerca de si tales coacciones deben ser o no, infligidas a una persona, cualquiera sean las circunstancias. En cambio, desde los presupuestos del conflictivismo, resultaría posible abrir la deliberación al respecto, y los poderosos argumentos que a favor de mantener la prohibición incluso en ese caso, han de enfrentarse a las razones para excepcionarla.

Parecería entonces que una concepción de los derechos como la que está en la base de las teorías coherentistas, está en mejores condiciones de asegurar su resistencia normativa. Sin embargo, tal conclusión pierde su firmeza cuando se advierte que en los casos difíciles, dichas teorías no están exentas de modular el alcance de los derechos con una interpretación restringida de los términos en los cuales son expresados, en este caso, al redefinir lo que se entiende por “tortura”, y considerar que ciertas formas de coacción que el intérprete está dispuesto a justificar en este caso, no han de considerarse incluidas dentro de tal concepto. En este sentido, las teorías conflictivistas alientan una visión más realista acerca de los derechos, al poner en evidencia que su fuerza normativa depende en definitiva, de la importancia que estemos dispuestos a conceder a su garantía frente al peso que atribuimos a las razones que abogan por su restricción, en lugar de camuflar este debate bajo el manto de un análisis puramente lingüístico. Tal concepción de los derechos no sólo obliga a dar buenos argumentos para justificar su limitación, sino también a mantener despiertas las razones que sustentan nuestra creencia en su mayor valor frente a argumentos que apelan al interés general o a otro tipo de consideraciones.

Entender que los derechos fundamentales pueden operar en el razonamiento como mandatos de optimización, y que ello no depende sino de una convención interpretativa en virtud de la cual fijamos el alcance que queremos dar a los derechos, permite darnos cuenta que su fuerza descansa, en última instancia, en la estima que los ciudadanos tienen de sus libertades, pues, como ha puesto de manifiesto con lucidez Ferrajoli²⁶: “(l)a Constitución, y en general el Derecho, no (son) otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o cambios institucionales”.

1.2. LA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE PRODUCE CON LOS TIPOS DE PENAS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO PENAL

Una vez expuestos los elementos centrales de la teoría de los derechos fundamentales que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad, se trata ahora de hacer uso de estas herramientas para identificar las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas por los distintos tipos de pena establecidos en el Código Penal colombiano. Ello permitirá comprender que tanto la decisión legislativa de crear normas que obligan a los jueces y las juezas a sancionar penalmente a quienes infrinjan la ley penal, como la decisión judicial de imponer una pena en un caso concreto, constituyen intervenciones en derechos fundamentales que por tal motivo, deben ser justificadas.

26 FERRAJOLI. *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad*. En: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Trotta, Madrid, 1996., p. 29.

1.2.1 Intervención, restricción y vulneración de derechos fundamentales

Por *intervención* en un derecho fundamental, se entiende toda afectación negativa del derecho en cuestión, esto es, todo tipo de desventaja o consecuencia negativa que una acción u omisión de los poderes públicos o de los particulares, pueda reportar desde la perspectiva del derecho afectado, ya sea porque suprime, impida o dificulte el ejercicio de alguna de las posiciones que *prima facie* pueden adscribirse a su ámbito normativo. Se trata entonces, de establecer un nexo de causalidad negativo entre la medida enjuiciada y la afectación del derecho fundamental, de modo tal que pueda afirmarse que si aquella no existiera, entonces no se produciría la merma en la realización del derecho fundamental en cuestión²⁷.

Dichas intervenciones pueden distinguirse según sean de carácter *imperativo* o *fáctico*. Las primeras tienen lugar cuando el contenido de un acto normativo expedido por una autoridad legislativa, administrativa, judicial o por particulares suprime o elimina una norma o posición de derecho fundamental *prima facie*, como ocurre con todos aquellos preceptos legales que prohíben u ordenan comportamientos cuya realización u omisión está amparada por el ámbito de protección inicial de una norma de derecho fundamental. Tal sería el caso de una norma que prohibiese la comercialización del tabaco, eliminando así una de las posiciones *ius fundamentales prima facie* incluidas dentro de la libertad de empresa. Por su parte, las intervenciones fácticas se presentan cuando la regulación establecida por la ley no incide directamente sobre el contenido *prima facie* de un derecho fundamental, pero sí crea circunstancias que impiden u obstaculizan su ejercicio²⁸, como sucede cuando, en lugar de prohibir la comercialización de tabaco, dicha actividad se grava con mayores impuestos o se obliga a introducir advertencias sobre su carácter nocivo para la salud. También se incluyen dentro de esta categoría, aquellas afectaciones negativas que se producen como efecto colateral o secundario de

²⁷ BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 665 y ss.

²⁸ Mientras que el término *impedir* se refiere a la creación de circunstancias que hagan fácticamente imposible el ejercicio del derecho, *obstaculizar* alude a la creación de circunstancias que dificultan o hacen más gravoso, pero no imposible, el ejercicio del derecho. Sobre tal distinción: ALEXY. Ob. Cit. 1986., p. 189.

una regulación legal, aun cuando ésta no haya sido prevista o deseada por el legislador. Tal sería el caso, por ejemplo: del derecho fundamental de los niños a no ser separados de su familia (artículo 44 CP), que se ve afectado como consecuencia del ingreso de uno de sus padres en prisión.

Por otra parte, desde el punto de vista temporal, las intervenciones pueden ser *actuales* o *potenciales*, según los efectos negativos para el derecho fundamental tengan lugar en el presente o puedan desencadenarse en el futuro; en este último caso, se denominan *amenazas* y habrán de ser consideradas como intervenciones, siempre que exista una “*reasonable probability*” de que tenga lugar el efecto que constituye la amenaza y que como resultado del mismo, se produzca la afectación del respectivo derecho²⁹. Esta distinción cobra especial importancia cuando se trata de determinar los derechos fundamentales que se ven comprometidos por la imposición de una sanción penal, pues además de las afectaciones actuales hay que tener en cuenta los daños potenciales que puede desencadenar la aplicación de ciertas penas especialmente gravosas, como la prisión.

Así pues, para afirmar que existe una intervención en derechos fundamentales, es preciso que concurra un vínculo causal entre una acción u omisión de un sujeto obligado por tales derechos – para nuestro caso, la sentencia judicial que sanciona penalmente a una persona - y la afectación negativa de una norma o posición adscrita al ámbito de protección inicial o *prima facie* de un derecho fundamental, interpretado este último de acuerdo con una teoría amplia del supuesto de hecho de derecho fundamental³⁰. El concepto de intervención en derecho fundamental sólo anticipa la relevancia *ius fundamental* de la posición afectada sin prejuzgar aún, si se trata o no de una intervención constitucionalmente justificada, esto es, si afecta o no a una posición perteneciente al ámbito de protección definitiva del derecho fundamental, cuestión que sólo podrá determinarse tras la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Para ello, es preciso aún introducir una distinción terminológica, de modo que cuando la intervención esté constitucionalmente justificada, hablaremos de una *restricción* válida del derecho fundamental; cuando ello no ocurra, por el

29 BERNAL PULIDO. *Ob. Cit.* 2003., pp. 669 y ss.

30 *Supra* 1.1.1. b). BERNAL PULIDO. *Op Cit.* 2003., pp. 633 y ss.

contrario, se tratará de una *vulneración* del mismo, lo que acarrea la inconstitucionalidad de la medida enjuiciada³¹.

1.2.2 Intervención en derechos fundamentales mediante la aplicación de una ley penal

Hechas las anteriores precisiones acerca del concepto de intervención en un derecho fundamental, se trata ahora de emplear esta noción para establecer de qué manera la aplicación de la ley penal representa una intervención en derechos fundamentales.

En la fase de *creación* de la norma penal, la intervención en derechos fundamentales se produce por medio de la definición legislativa de delitos y penas, que se plasma en los enunciados de la parte especial del Código Penal. Este tipo de enunciados suelen albergar dos tipos de normas. Así, por ejemplo: en la disposición contenida en el artículo 220 del Código Penal - “*El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes*” – se establecen dos normas distintas: una, la llamada *norma primaria o de conducta*, dirigida al ciudadano prohibiéndole realizar la acción de proferir imputaciones deshonrosas contra otra persona; otra, la *norma secundaria o de sanción*, dirigida al juez o jueza, obligándole a imponer una pena de prisión de uno a tres años y multa entre diez y mil salarios mínimos a quien sea declarado responsable de cometer el delito de injuria.

Ambas normas constituyen una intervención en derechos fundamentales, pero en uno y otro caso, difieren los derechos afectados y el modo como se produce dicha afectación. En el caso de la norma de conducta, ha de tenerse en cuenta que la configuración legislativa de tipos penales consiste no sólo en la determinación de las condiciones que deben concurrir para que un juez o jueza tenga la obligación de imponer cierta pena a un individuo. Dicha actividad representa al mismo tiempo, el establecimiento de prohibiciones o de mandatos que restringen la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad. Tal restricción

31 *Ibid.*, pp. 687 y ss.

de posiciones de libertad puede suponer una intervención en derechos fundamentales, la cual, de acuerdo con la clasificación antes mencionada, tendría un carácter *imperativo* y *directo*, en tanto es establecida por una norma jurídica dirigida a suprimir una norma o posición *prima facie* adscrita a una disposición de derecho fundamental. En nuestro ejemplo, la norma de conducta contenida en el artículo 220 del Código Penal, al prohibir a las personas proferir imputaciones deshonrosas contra otros, suprime un contenido *prima facie* protegido por el derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 20 CP). Otras acciones prohibidas por el derecho penal, como matar, lesionar o coaccionar a otros, hurtar, causar daños en bien ajeno, provocar incendios, entre otras, no están comprendidas dentro del contenido *prima facie* protegido por tipos específicos de derecho fundamental. Sin embargo, también estas últimas tienen relevancia *ius fundamental* porque constituyen manifestaciones del derecho general de libertad que otorga *prima facie* protección como derecho fundamental a la libertad de hacer u omitir lo que uno quiera, y que está reconocido en el sistema jurídico colombiano en el artículo 16 de la Constitución, que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional (C-221 de 1994). Lo anterior, por supuesto, no equivale a afirmar que este derecho general de libertad no pueda ser restringido para prohibir conductas como las anteriormente descritas, pero sí implica admitir que el legislador, al tipificar penalmente estas conductas, no se mueve en un espacio jurídicamente irrelevante, sino en un ámbito protegido como derecho fundamental, cuya restricción debe ser justificada.

No obstante, la colisión más visible entre derechos fundamentales y ley penal se produce no tanto en el costado de las prohibiciones como en el de las penas. Es así como, desde la perspectiva de la norma de sanción, se acepta sin problemas que la ley penal representa una intervención en derechos fundamentales. Ahora bien, el tipo de intervención es diferente en uno y otro caso. La determinación de las conductas típicas representa una intervención en la libertad de acción de todos los destinatarios de la norma primaria o de conducta. Se trata además, de una intervención *inmediata* en derechos fundamentales, porque la expedición de la norma de conducta es *condición necesaria y suficiente* para que se produzca una restricción de las posiciones de libertad que son objeto de la prohibición o mandato. En

cambio, la intervención en derechos fundamentales mediante la determinación legal de la pena, no afecta a todos los destinatarios de la norma primaria o de conducta, sino sólo a aquellos que son declarados responsables por su infracción y condenados por un órgano judicial a una sanción que se encuadra dentro del marco penal previsto en abstracto por el legislador. Además, se trata de una intervención *mediata*, porque la existencia de la norma de sanción (que determina la pena en abstracto aplicable), es *condición necesaria pero no suficiente* para que se produzca la afectación en derechos fundamentales mediante la pena. Para ello, es necesario que además tenga lugar la actuación de un órgano judicial que declare a un individuo penalmente responsable por la infracción de la norma primaria (siempre que se verifiquen los demás presupuestos necesarios para calificar el hecho como punible), y le imponga una sanción dentro del marco penal previsto por el legislador; así mismo, es necesaria la intervención de las autoridades judiciales y administrativas encargadas de la ejecución de la pena.

Así pues, es en la fase de *aplicación* de las normas penales en la cual se consuma la intervención en derechos fundamentales que se inicia con el establecimiento de sanciones que lleva a cabo el legislador. Y aunque se trate de una intervención previamente habilitada por la ley, no por ello debe dejar de considerarse como una afectación en derechos fundamentales, cuya justificación no se agota en la mención de las normas legales que habilitan al juez o jueza para imponer pena a un individuo, ya que éstas constituyen *condición necesaria pero no suficiente* para justificar el menoscabo para los derechos fundamentales que supone toda sanción penal. Lo anterior, debido a la posición que asume el juez/la jueza en un estado constitucional, que le corresponde no sólo el deber de aplicar la ley, sino al mismo tiempo, el velar por su conformidad con los contenidos constitucionales. Por tal razón, todo juez o jueza, en este caso penal, son a la vez juez de constitucionalidad, porque están obligados a evaluar la constitucionalidad de la aplicación de la norma penal sancionadora en el caso concreto, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4 de la Constitución. Pero además del deber de justificar la constitucionalidad de la intervención en derechos fundamentales que se produce con la aplicación de la ley penal, el juez/la jueza penal está obligado/a a justificar cada una de las decisiones respecto de si hay lugar o no a la aplicación de pena, así como respecto de la clase y

cuantía de pena por imponer en cada caso concreto, conforme con los establecido en los artículos 3 y 59 del CP.

1.2.3 Las intervenciones en derechos fundamentales que se producen con las penas previstas en el código penal

A diferencia de la intervención en derechos fundamentales que tiene lugar con la definición de la conducta prohibida, en la cual la afectación por lo general recae sobre una determinada posición de libertad, la intervención que tiene lugar mediante la determinación legal de la pena y su consiguiente aplicación, tiene un carácter “pluriofensivo”, pues con ella se afectan, y de diverso modo, distintas posiciones de derecho fundamental. Así, en primer lugar, la pena representa una intervención directa en aquellos bienes cuya privación define el tipo de pena de que se trata: la libertad, en el caso de las penas privativas de libertad, la propiedad, en el caso de la pena de multa, el derecho de sufragio pasivo, en la pena de inhabilitación especial para su ejercicio, etc. Pero además, en segundo lugar, algunas penas, en particular la de prisión, comportan una afectación necesaria de otros derechos, como consecuencia del régimen jurídico que disciplina su ejecución o bien representan una amenaza para otros derechos, como consecuencia de su excesiva duración o de las condiciones reales en las cuales se lleva a cabo dicha ejecución. Finalmente, todas las penas comportan un juicio de reproche que se proyecta sobre el condenado y se traduce, desde el punto de los derechos, en una intervención directa y singularmente grave en su derecho al honor, así como en la amenaza de otras posiciones *ius fundamentales* que pueden verse afectadas por el efecto estigmatizador de la pena. Todas estas consecuencias afflictivas indirectas que desencadena la aplicación de una norma penal sancionatoria, forman parte del concepto antes definido, de *intervención* en un derecho fundamental y han de cobrar relevancia al momento de efectuar el balance de los costes que en términos de libertad, reviste la aplicación de una sanción penal, para efectos de examinar si su imposición resulta constitucionalmente justificada³².

³² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal*. En: *Cuadernos de Derecho Público*, 5. Buenos Aires, 1998., p. 167. En tal sentido, afirma con razón que “la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y de sus beneficios [...] No se podrá limitar a la constatación de la cuantía de los efectos gravosos expresados en la norma ni al nivel de satisfacción en la consecución de

Ahora bien, el Código Penal colombiano clasifica las penas en *principales* (prisión, multa, penas privativas de derechos previstas como principales en la parte especial del Código), *sustitutivas* (prisión domiciliaria, sistemas de vigilancia electrónica, arresto de fin de semana, arresto ininterumpido y trabajo comunitario), y *accesorias* (penas privativas de otros derechos establecidas en el artículo 43 CP, cancelación de personería jurídica y cierre de locales o establecimientos abiertos al público, prevista en el artículo 91, inc. 2, del CPP)³³. Sin embargo, para efectos del examen que proponemos efectuar, resulta útil clasificarlas teniendo en cuenta, los derechos que se ven directamente afectados por cada tipo de penas establecido en nuestra legislación, distinguiendo entre penas privativas de libertad, pecuniarias y privativas de otros derechos.

a) Penas privativas de libertad

En este grupo, se destaca la *pena de prisión* por tratarse de la sanción más significativa y grave prevista en los sistemas penales contemporáneos (con excepción de la pena capital, proscrita por el artículo 11 de nuestra Constitución), siendo así mismo, la más empleada en la legislación colombiana para conminar la gran mayoría de las conductas definidas como delitos. Para determinar cuáles son sus implicaciones desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es preciso comenzar por definir la pena de prisión como una sanción consistente en la restricción al mínimo de la libertad ambulatoria del penado, mediante su internamiento en un centro penitenciario, donde queda sometido al régimen penitenciario previsto en la legislación vigente³⁴.

Así pues, la imposición de la pena de prisión representa entonces, una intervención imperativa directa en una posición *ius fundamental* especialmente significativa adscrita al artículo 28 de la Constitución, pues priva

sus finalidades o funciones manifiestas [...] sino que debe comprender todas sus funciones, todas las consecuencias, queridas o no, reconocidas o no, por el agente normativo".

³³ VELÁSQUEZ V, Fernando. *Derecho Penal. Parte General.* 4ed. Comlibros, Bogotá, 2009, pp. 1039 y ss.

³⁴ LANDROVE, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 5 ed. Tecnós, Madrid, 2002., p. 45. MAPELLI, Borja y TERRADILLOS, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 3 ed. Civitas, Madrid, 1996., p. 67. POSADA, Ricardo y HERNÁNDEZ, Harold M. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano. Referido a la Ley 599 de 2000.* Universidad Pontificia Bolivariana – Diké, Medellín, 2001., p. 250. VELÁSQUEZ V. Op Cit., p. 1040.

de un bien, la libertad ambulatoria, que es condición necesaria para la mayoría de las esferas de la libertad de actuación. Pero no se trata sólo de una restricción a la libertad ambulatoria pues si así fuese, bastaría que la persona estuviese obligada a permanecer en su casa o en el lugar por ella elegido, conservando plena libertad para realizar de puertas para adentro todo lo que a bien quisiera hacer. Tal descripción, sin duda, no responde al significado que asociamos al concepto "*pena de prisión*", cuyo contenido afflictivo va más lejos, pues implica la intervención en muchos otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio se ve impedido o dificultado, debido a la obligada permanencia del individuo en una "*institución total*" en donde está sometido a una severa vigilancia, múltiples privaciones y una disciplina especialmente estricta³⁵. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional cuando ha designado reiteradamente, el sometimiento de los reclusos a la administración penitenciaria como una "*especial relación de sujeción*", caracterizada por la Corte Constitucional en sentencia T-490 de 2004 como:

(i) La subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales, y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización. (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado.

35 GOFFMAN, Erwin. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Trad. M. A. Oyuela de Grant. Amorrortu – Murgía, Buenos Aires, 1984., p. 13. Que describe así: "una institución total puede definirse como un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente", siendo las cárceles el ejemplo más notorio de este tipo de instituciones.

do. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).

El Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), el Reglamento General Penitenciario y Carcelario (Acuerdo 11 de 1995), los reglamentos específicos de cada centro de reclusión, penitenciario y carcelario, son las normas básicas del sistema jurídico colombiano encargadas de definir qué otros derechos fundamentales, además de la libertad de locomoción, se ven afectados por la pena de prisión. Aún con los límites que el Derecho Internacional Penitenciario y la jurisprudencia constitucional han impuesto a la potestad disciplinaria que ostenta la administración sobre los reclusos, el régimen jurídico de ejecución de la pena de prisión autoriza de manera general la intervención, entre otros, en los siguientes derechos fundamentales, que mencionamos a título puramente ilustrativo, pues resulta difícil una previsión exhaustiva de todos ellos: a) la *facultad para organizar y disponer del propio tiempo* durante la estancia en prisión, constitutiva del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP), es sustraída al interno, quien está obligado a cumplir con los horarios y la distribución del tiempo programada en cada establecimiento (artículo 18 Acuerdo 011 de 1995); b) la *facultad para decidir sobre su apariencia personal e indumentaria*, igualmente amparada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, está severamente limitada por la prohibición de usar barba y cabello largo (artículo 38 Acuerdo 011 de 1995), así como por la obligación de utilizar uniforme, en aquellas cárceles que suministran tal dotación a los internos (artículo 65 Ley 65)³⁶; c) la *intimidad personal y familiar* (artículo 15 CP), sustancialmente limitada por la autorización para la práctica rutinaria de requisas a los internos, así como de registros a sus pertenencias (artículos 44 y 55 Ley 65 de 2003 Acuerdo 011 de 1995)³⁷, por la obligación de compartir celda con otros reclusos cuando sea necesario, al igual que por las limitaciones impuestas a la comunicación con sus familiares y allegados en cuanto a la frecuencia, duración y circunstancias como se lleva a cabo, y la autorización para su eventual suspensión e intervención (artículos 112 y ss Ley 65 de 2003; artículos 26, 29 y ss del Acuerdo 011 de 1995); d) el derecho a *recibir información por cualquier*

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. *Restricción declarada exequible en sentencia C-394 de 1995 y desarrollada luego en sentencia T-1030 de 2003.*

³⁷ *Ibid. Sentencia T-848 de 2005. Sobre las reglas jurisprudenciales en materia de requisas a los internos y visitantes.*

medio de difusión (artículo 20 CP), debido a la posibilidad de restringir la circulación y disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión (artículos 110 y 111 Ley 65 de 2003; artículos 13, 20 y ss. Acuerdo 011 de 1995)³⁸; e) el *derecho a utilizar las propias pertenencias*, amparado por las normas constitucionales que tutelan la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad (artículos 58 y 16 CP), cuya limitación se autoriza cuando se trata de dinero, alhajas y otros objetos cuya tenencia está prohibida por las leyes y reglamentos penitenciarios (artículos 60, 89 y 122 Ley 65 de 2003; artículos 13 y 19 Acuerdo 011 de 1995); f) los *derechos de reunión y asociación*, así como la *libertad de expresión* sometidos a duras restricciones como consecuencia de muchas de las conductas definidas como faltas disciplinarias y sus correspondientes sanciones (artículos 121 y ss. Ley 65 de 2003)³⁹.

Además de los derechos que se ven necesariamente afectados por el régimen jurídico de la pena de prisión, al momento de decidir la imposición de dicha pena, el juez o la jueza debe considerar los derechos fundamentales que pueden verse afectados por las condiciones concretas en las cuales tiene lugar la ejecución de esta modalidad de castigo. Esto adquiere particular importancia en nuestro medio, considerando la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* en las cárceles y penitenciarías colombianas, declarado por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998, sin que hasta la fecha esta situación haya sido superada. Tal estado de cosas supone el reconocimiento por parte del máximo órgano de la justicia constitucional, de que las condiciones del sistema carcelario en Colombia impiden que la pena de prisión cumpla con su finalidad resocializadora, lo cual genera importantes consecuencias al momento de aplicar el principio de proporcionalidad para motivar la imposición de dicha pena⁴⁰. Así mismo, implica admitir que también los derechos que no deberían verse afectados por la prisión, son vulnerados como consecuencia del hacinamiento y de la precariedad de nuestro sistema de ejecución de penas. Como lo señaló la Corte en la mencionada sentencia:

38 Ibid. Sentencia T – 1030 de 2003. Tales derechos pueden ser objeto de mayores restricciones en el caso de los internos en cárceles y penitenciarías de máxima seguridad.

39 Ibid. Sentencia C-394 de 1995. Declaró exequible la mayor parte de estas restricciones. Sobre el marco jurídico de la pena de prisión en Colombia: POSADA SEGURA, Juan David. El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad. Comilibros, Bogotá, 2009.

40 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998.

... tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión ; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos ; el derecho a la familia es quebrantado por la sobre población carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares ; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios ; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción ; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.

En definitiva, al momento de justificar la imposición en el caso concreto de la pena de prisión, el juez o la jueza debe considerar no sólo la afectación de la libertad de locomoción, sino de los derechos fundamentales cuya limitación está autorizada por las normas que establecen el régimen jurídico de esta modalidad de castigo, así como de otros que se vean afectados por las condiciones concretas en las cuales transcurre su ejecución, considerando la existencia de un estado inconstitucional de cosas en las cárceles y penitenciarías colombianas.

Precisamente debido a los considerables efectos desocializadores de la reclusión carcelaria y de las dificultades que existen para superar el estado inconstitucional de cosas que aqueja a nuestras cárceles, el legis-

lador estableció la *prisión domiciliaria* como pena sustitutiva de la prisión. Examinada desde la perspectiva de su afectación a derechos fundamentales, esta sanción comporta una drástica limitación a la libertad de locomoción y demás derechos que puedan verse afectados por la prohibición de desplazarse fuera del domicilio o del lugar que el juez o la jueza determine para su ejecución, tales como el trabajo (cuya realización debe autorizarse expresamente), reunión y manifestación, libertad de cultos libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, dado que una de las condiciones que debe satisfacer el penado es permitir la entrada en su residencia de funcionarios encargados de verificar el cumplimiento de la sanción, con ello se afecta una posición protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, esta modalidad de privación de libertad no compromete los derechos que son objeto de limitación tanto por el régimen jurídico como por las condiciones concretas en las cuales transcurre la ejecución de la pena de prisión.

También constituye pena privativa de libertad el *arresto de fin de semana* convertible en *arresto ininterrumpido*, previsto como sustituto de la multa en caso de incumplimiento en el pago de esta última (artículo 40 CP). Todas las consideraciones efectuadas respecto de los derechos afectados por la pena de la prisión son aplicables también a esta modalidad de privación de libertad, aun cuando la intensidad de la afectación a los derechos fundamentales es menor en el caso de la pena de arresto, no sólo por su menor duración, sino porque, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 C de la Ley 65 de 1993, tanto el arresto de fin de semana como el ininterrumpido se cumplirán en pabellones especiales de los establecimientos de reclusión existentes en el domicilio del condenado. Si esta última previsión resulta efectiva, es posible suponer que la afectación a los derechos fundamentales comprometidos por las condiciones concretas del centro de reclusión será menor en el caso de la pena de arresto que en la de prisión. Más aún, si el juez o la jueza dispone que el arresto no se cumpla en un establecimiento carcelario sino en el domicilio del condenado, lo cual es posible teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 38 CP⁴¹, la afectación a derechos fundamentales

⁴¹ Esta disposición establece que “la ejecución de la pena privativa de libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado o, en su defecto en el cual el juez determine...”. VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., p. 1055. Señala que aun cuando este enunciado se encuentre en el artículo que regula

será menor, asemejándose en este caso a las consideraciones efectuadas respecto de la prisión domiciliaria.

Por último, entre las penas privativas de libertad hay que incluir además, la utilización de *sistemas de vigilancia electrónica*, establecida en el artículo 38A del CP (adicionado por la Ley 1142 de 2007), como sustituto de la prisión, cuando se cumplan las condiciones previstas en dicha disposición. El Decreto 177 de 2008, establece tres modalidades de vigilancia electrónica: el *seguimiento pasivo RF*, que consiste en la instalación de un dispositivo en forma de brazalete o tobillera en el cuerpo del condenado, que transmite a una unidad receptora que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional; el *seguimiento activo GPS* que también requiere la instalación de un brazalete o tobillera que incorpora un GPS que transmite información sobre la ubicación del condenado y si éste ha llegado a zonas de exclusión; finalmente, el *reconocimiento de voz* que consiste en realizar una llamada al lugar de residencia del condenado con el fin de autenticar su identidad, comparando su voz contra una impresión de voz previamente tomada para tal efecto⁴². Aunque la regulación actual no determina con claridad, si los dispositivos electrónicos se orientan únicamente a verificar los desplazamientos de la persona o si también permiten controlar las conductas o sensaciones de su organismo, la precaria normatividad que existe parece sugerir que se trata sólo de un control de la movilidad del individuo sancionado. Puesto que desde la perspectiva de los derechos fundamentales pueden verse afectados por su imposición, esta pena supone una intervención directa en la *libertad de locomoción*, en tanto se orienta a impedir que una persona pueda desplazarse más allá del espacio geográfico dentro del cual debe cumplirse la sanción. Así mismo, se produce una intervención en el derecho a la *intimidad personal y familiar*, dado que implica permitir que los funcionarios encargados del control puedan estar al tanto de los desplazamientos

la prisión domiciliaria, una interpretación literal del mismo permite entender que se refiere, en general, a la " pena privativa de libertad", lo que comprendería el arresto de fin de semana y el ininterrumpido, que constituyen modalidades atenuadas de la prisión. Así mismo, un argumento a fortiori apoya esta interpretación, pues si es posible sustituir una pena más grave como la prisión con la prisión domiciliaria, con mayor razón es posible sustituir la ejecución de la pena de arresto en un establecimiento carcelario por un arresto en el domicilio del condenado.

42 Ademá de un sustituto directo de la pena de prisión, también se prevé la utilización de estos mecanismos: (i) sustitutos de la detención preventiva en establecimiento carcelario; (ii) mecanismos para verificar el cumplimiento de la detención y prisión domiciliaria (artículos 27, 31 y 40 Ley 1142 de 2007).

del individuo sancionado, telefonear permanentemente a su domicilio o lugar de trabajo con el fin de verificar su permanencia en dicho lugar; también se ve afectada la intimidad, en la medida en que los dispositivos puedan ser observados por el resto de las personas que interactúan con el condenado, quienes con este signo visible del castigo, se enteran de una circunstancia que las personas prefieren mantener bajo reserva por el rechazo social que suele generar⁴³.

b) Penas privativas de otros derechos

Los artículos 43 y siguientes del Código Penal regulan, bajo el rótulo de *penas privativas de otros derechos*, un amplio conjunto de medidas que afectan diversas posiciones o normas de derecho fundamental que a su vez, pueden ser adscritas a diferentes disposiciones de ese tipo. Ellas son: La *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas* (artículo 44 CP), que comporta la privación de los siguientes derechos: a) la facultad de elegir y ser elegido para cargos públicos, esto es, los derechos de sufragio activo y pasivo; b) los demás derechos políticos previstos en la constitución y demás normas del sistema jurídico; c) el ejercicio de todas las funciones públicas que la persona desempeña al momento de imponerse la pena y la incapacidad para ejercer éstas y otras funciones públicas mientras dura la condena; d) supone además, la pérdida definitiva de todas las dignidades y honores que tenga el penado. Se considera la más grave de las penas privativas de derechos, tanto por su duración, como por la severidad de sus efectos y porque mantiene la connotación de pena infamante⁴⁴. Igualmente, constituye una pena especialmente afflictiva por el gran número de posiciones de derecho fundamental que ella compromete, debido a que no se limita a privar de los derechos a *elegir, ser elegido y ocupar cargos públicos*, sino que suspende el ejercicio de la totalidad de los derechos políticos, como lo son, además de los antes señalados, los demás previstos en el artículo 40 de la Constitución: *participar en elecciones,*

43 ESCOBAR MARULANDA, Juan Gonzalo. *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 220.

44 LANDROVE. Ob. Cit., p. 77. Sobre el carácter infamante que conserva esta pena, sostiene que ella “responde a la inteligencia de que quienes han sido condenados a determinadas penas o por determinados delitos no merecen ni honores, ni empleos, ni cargos públicos, ni siquiera el derecho a recuperarlos después de la condena [...] aunque el delito no guarde relación con los honores, empleos o cargos inhabilitados”.

plebiscitos, referendos, consultas populares y demás formas de participación democrática; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas; revocar el mandato de los elegidos; tener iniciativa en las corporaciones públicas; interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley.

En la sentencia C-393 de 2002, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 52 CP, respecto del cargo relacionado con la facultad del legislador para la imposición de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas como accesoria a la pena de prisión. No entró a examinar, por lo tanto, la constitucionalidad de dicha pena en sí misma considerada. En aclaración de voto a esta sentencia, el magistrado Manuel Cepeda destacó la falta de razonabilidad y proporcionalidad de una pena que, por implicar la suspensión de todos los derechos políticos, sin consideración a la relación con el delito por el cual se impone, supone una auténtica privación de la ciudadanía, cuestión que la Corte no evaluó a la espera de una demanda específica sobre tales cuestiones. En consecuencia, una interpretación conforme con la Constitución, respetuosa de las exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que han de orientar la imposición de las penas (artículo 3 CP), al igual que del postulado de determinación, certeza o taxatividad de las penas, es aquella según la cual el juez o la jueza, al momento de imponer la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, debe determinar con precisión cuáles son los derechos que en concreto, serán objeto de suspensión, exponiendo en cada caso las razones por las cuales su limitación supera cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad.

El artículo 45 CP, prevé la pena de *pérdida del empleo o cargo público*, la cual comporta no sólo la privación definitiva del empleo o cargo público ejercido por la persona al momento de ser condenada, sino también la inhabilitación hasta por cinco años para desempeñar cualquier cargo público u oficial, lo cual implica una afectación del derecho fundamental establecido en el artículo 40, num. 7, de la Constitución.

La *inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio* (artículo 46 CP), restringe al penado el derecho a ejercer el oficio del cual se trate, que deberá especificarse en la sentencia, por un período

que puede ir de seis meses hasta 20 años. Esta pena supone una intervención en diversas posiciones de derecho fundamental adscritas a los artículos 25 y 26 de la Constitución, como son la libertad de trabajar en la profesión o el oficio que se haya elegido, que incluye la dedicación a actividades artísticas, industriales o comerciales, que se ve sometida a una restricción temporal, y el derecho a conservar el puesto de trabajo que se tiene al momento de la condena, pues dicha sanción implica la pérdida del mismo.

La *inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela y curaduría* (artículo 47 CP), comporta un triple contenido: a) la privación de los derechos inherentes a la patria potestad durante el tiempo que dura la condena; b) la extinción de la tutela y la curaduría; c) la incapacidad para obtener el nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. Con relación a esta pena, cabe advertir en primer lugar, que las instituciones a las cuales se refiere, suelen ser consideradas más como una fuente de deberes que de derechos para su titular. Ello es claro en el caso de las tutelas, curatelas y demás instituciones afines, cuyo fin es suplir o complementar la capacidad de obrar de un incapaz o bien cuidar del mismo, en cuyo exclusivo beneficio se ejercen. Dicha connotación está igualmente presente en la patria potestad, comprensiva de un conjunto más amplio de facultades y deberes que se atribuyen a los padres en aras de la protección de sus hijos. Sin embargo, si sólo existiera tal dimensión obligacional, difícilmente su privación podría considerarse como una pena, pues faltaría un elemento constitutivo de la misma, que es la privación de un derecho o de un bien considerado valioso, nota que confiere a los castigos su carácter afflictivo. Se trata entonces, de determinar cuáles son los derechos o bienes de los cuales se priva al penado mediante esta sanción, y si los mismos tienen protección *ius fundamental*.

Según la definición que ofrece el artículo 288 del CC, la patria potestad confiere a los padres un conjunto de derechos sobre los hijos no emancipados, con el fin de facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que les impone su condición de padres. Derechos que se concretan en el usufructo legal sobre ciertos bienes de los hijos, la administración de dichos bienes, la representación judicial y extrajudicial de los hijos⁴⁵. En

45 PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de familia*. Temis, Bogotá, 2008., p. 488.

tanto el ejercicio de la patria potestad constituye un medio que permite la constitución y el mantenimiento de la relación paterno – filial, su privación genera un impacto negativo para la opción por la paternidad / maternidad como parte del proyecto vital de las personas, la cual, a su vez, está protegida como derecho fundamental adscrito a los artículos 16 y 42 de la Constitución.

En cuanto se refiere a las facultades para el ejercicio de los cargos de tutor y curador, estos suponen el establecimiento de *competencias* de derecho privado que se atribuyen al titular de la patria potestad, tutor o curador, en virtud de las cuales estos sujetos pueden modificar la posición jurídica de otros (hijos, incapaces), que se encuentran respecto de aquellos en una relación de sujeción⁴⁶. Tales competencias amplían la capacidad de acción del individuo al cual se confieren, pues adicionan a su capacidad para realizar “*acciones naturales*”, la capacidad de realizar determinadas “*acciones institucionales*” que sólo existen sobre la base de reglas constitutivas, en este caso las normas de competencia. De ahí que la atribución de tales competencias a un individuo, se traduzca en un aumento de su libertad jurídica⁴⁷. Cuando el ejercicio de una competencia está protegido por normas constitucionales, surge para su titular, el derecho a que los poderes públicos no eliminan la posición jurídica que en virtud de ella se establece, como sucede en el ordenamiento jurídico colombiano con instituciones tales como el matrimonio o la propiedad (artículos 42 y 58 CP). En el caso de competencias como la representación y administración de los bienes de incapaces, considerando que amplían la capacidad de obrar y, con ello, la libertad de sus titulares, podría afirmarse que están protegidas por el derecho general de libertad adscrito al artículo 16 constitucional, interpretado en sentido amplio, esto es, como comprensivo no sólo de todas las manifestaciones de la libertad

⁴⁶ ALEXY. Ob. Cit. 1986., pp. 227 y ss. Sobre las competencias o potestades como modalidades de posiciones de derecho fundamental. HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. G. Carrión. 5 ed. Fontamara, México, 2001., p. 67. Sobre la correlación entre las posiciones jurídicas de *competencia* y *sujeción*.

⁴⁷ SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Trad. L.M. Valdés. Cátedra. Madrid, 1990., pp. 58 y ss. Establece la distinción entre *acciones naturales* e *institucionales* (o “*hechos brutos*” y “*hechos institucionales*”), según que su realización dependa o no de reglas constitutivas, tales como las que establecen instituciones como el contrato, el matrimonio, el testamento, la propiedad, etc. ALEXY. Ob. Cit. 1986., pp. 231 y ss. Se refiere a las reglas de competencia como reglas constitutivas y a los ejercicios de competencia como acciones institucionales. También destaca la ampliación de la libertad jurídica que resulta de la atribución de competencias a un individuo. Ibíd., p. 238.

natural que no encuentran acomodo en otras disposiciones de derecho fundamental, sino también de aquellas libertades “creadas” por el derecho mediante normas de su competencia.

La *privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas* (artículo 48 CP), supone una intervención en la libertad de circulación garantizada por el artículo 24 de la Constitución, pues aunque dicha sanción no la imposibilita por completo, sí representa un significativo obstáculo para su ejercicio y, con ello, un importante menoscabo de la autonomía personal garantizada por dicha libertad circulatoria⁴⁸. Igual derecho se ve afectado con la *privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos* (artículo 50 CP), en tanto éste garantiza el derecho a fijar libremente el lugar de residencia o desplazarse por todo el territorio nacional. Por su parte, la *prohibición de aproximarse o de comunicarse con la víctima y/o integrantes de su grupo familiar* (artículo 43, num. 11 y 12 CPP, adicionados por la Ley 1142 de 2007), suponen una restricción a las libertades de circulación y de expresión.

Otras penas como la *privación del derecho a la tenencia y porte de armas* y la *prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas* (artículos 43, num. 6 y 8, 49 CP), limitan conductas *prima facie* protegidas por el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CP). En el caso de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, aun cuando existen poderosas razones que en general justifican la restricción de tal derecho, ésta puede eventualmente afectar el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad de escoger y ejercer profesión u oficio y el derecho al trabajo, cuando se impone a personas que requieren del uso de armas para ejercer su oficio, como ocurre con las labores de vigilancia privada, entre otras.

⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2 ed. Ariel, Barcelona, 1989., p. 224. Señala que “si favorece la autonomía del individuo poder mover las piernas para trasladarse, también la favorecerá disponer de un vehículo”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan. Artículo 19. En: *Comentarios a la Constitución*. Civitas, Madrid, 2001., p. 452. Sobre la conexión de este derecho con la libertad de circulación, sostiene con razón que “el tráfico rodado es hoy la manifestación normal y esencial de la libertad constitucional de circulación, en un mundo literalmente motorizado”.

Por último, entre las penas privativas de derechos incluimos el *trabajo no remunerado en asuntos de interés estatal o social* (artículo 39, num. 7, CP), prevista en nuestra legislación como sustitutoria de la pena de multa. Consiste en la obligación, previamente consentida por el penado, de prestar su cooperación *no retribuida* en determinadas actividades de utilidad pública. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, cabe destacar que el contenido afflictivo de esta pena, radica en la privación del derecho a obtener *remuneración* por el trabajo realizado, garantizado en el artículo 53 de la Constitución, con lo cual su previsión legislativa de esta modalidad de trabajo no remunerado supone una intervención en dicha posición *ius fundamental*⁴⁹.

c) La pena de multa

La *multa* es el arquetipo de las penas pecuniarias, consistente en la obligación que se impone al penado de pagar una determinada suma de dinero (artículo 39 CP), ya sea bajo el sistema de unidad multa o como multa acompañante de la prisión. Desde el punto de vista de su relevancia constitucional, ella supone una intervención en el derecho de propiedad previsto en el artículo 58 de la Constitución, el cual representa “*una garantía integral del patrimonio frente al poder público*”⁵⁰ y, por lo tanto, del mismo se deriva una prohibición *prima facie* a los poderes públicos de expedir normas que autoricen la sustracción o disminución del patrimonio de los individuos, como sucede en el caso de las que establecen una obligación dineraria. Por otra parte, su imposición puede derivar, en caso de incumplimiento, en una restricción de la libertad y demás derechos fundamentales afectados por la pena de arresto de fin de semana o arresto ininterrumpido.

49 Detalles de esta y otras penas privativas de derechos en: CID MOLINÉ, José. *El trabajo en beneficio de la comunidad*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Penas privativas de derechos*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997. VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., pp. 1057 y ss.

50 REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994., p. 256.

d) La pena como expresión de reproche y su efecto estigmatizador sobre el condenado

Uno de los principales argumentos que se aducen para justificar la existencia del derecho penal es que se trata de un mecanismo de control social *formalizado*, característica que lo tornaría distinto y preferible a otras instancias informales de punición, como la venganza privada, carentes de la disciplina y de las garantías que sólo hace posible la forma jurídica⁵¹. Del mismo modo, cabría decir que, a su vez, la diferencia entre el derecho penal y otras instancias jurídicas de control social radica en su carácter *punitivo*, pues se trata del sector del ordenamiento al cual se reserva, en exclusiva, la administración de las penas, que constituyen su principal consecuencia jurídica.

Ahora bien, lo que singulariza a las penas frente a otras medidas jurídicas de intervención en derechos es que aquellas representan un instrumento convencional para la expresión de juicios de desaprobación social. El derecho penal responde a una lógica culpabilista y punitiva que está ausente en otro tipo de instancias jurídicas de control. Éste opera suministrando a los individuos razones prudenciales para abstenerse de realizar las conductas que previamente se han definido como delitos, pero a la vez estigmatizando al infractor para, de este modo, reforzar la vigencia de los valores proclamados por sus normas y trazar una frontera entre quienes han permanecido fieles a tales valores y quienes los han transgredido. Tal carga de reproche o censura moral parece ser un elemento esencial del castigo y su desaparición en el fondo, comportaría la supresión del derecho penal, su reemplazo por “*algo mejor que el derecho penal*”, como en su día lo señalara Radbruch⁵².

Esta característica ha sido puesta de relieve por algunos autores, como Joel Feinberg y John Kleinig que consideran insatisfactorias las definiciones de pena que la caracterizan como la imposición de un trato aáfico a una persona por parte de una autoridad, como consecuencia de

51 FERRAJOLI. *Derecho y Razón.*, Teoría del garantismo penal. Trad. Andrés Ibáñez et al. Trotta, Madrid, 1989., pp. 338 y ss. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984., p. 399.

52 RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*. 4 ed. Edersa, Madrid, 1959., p. 221.

la previa comisión de una infracción, afirmando que las mismas no permiten captar la importante diferencia que media entre la imposición de una pena de prisión a quien ha sido declarado responsable de la comisión de un delito y de una multa de tráfico a quien ha estacionado su coche en una zona prohibida. En ambos casos, se ordena la privación de un bien valioso para el individuo como consecuencia de la infracción de una norma de conducta, pero la primera forma de tratamiento afflictivo posee una connotación simbólica que está ausente en la segunda, pues mediante ella se expresa una *condena pública* en contra del infractor, siendo la presencia de este elemento simbólico la clave para distinguir las *penas o castigos (punishment)*, de las demás sanciones no punitivas o *penalizaciones (penalties)*⁵³. Por su parte, Alf Ross considera que la expresión de censura o reproche hacia el trasgresor constituye un elemento central de la definición de castigo, que permite distinguirlo de otras respuestas sociales frente a la violación del derecho, incluso de otras respuestas impuestas por conducto del derecho penal, tales como las medidas de “*tratamiento*” propugnadas por la criminología positivista y normalmente aplicadas a los inimputables⁵⁴.

Este significado simbólico de la pena como expresión de reproche se mantiene aún en aquellos casos en los cuales el delito en concreto por el cual se impone, no genere efectivamente sentimientos de desaprobación moral. La relativa independencia entre ambos elementos es destacada por Nino, cuando sostiene que el carácter distintivo de la pena no viene dado por el hecho de que efectivamente sea *expresión* de un juicio de reprobación moral, sino porque socialmente representa un *símbolo* de desaprobación. Según explica este autor:

Aún cuando una pena no se imponga como expresión de desaprobación o resentimiento, la comunidad la considera como un símbolo de la indignidad moral de los que la sufren. La forma en que este símbolo se constituye es bastante obvia: la comisión de un acto moralmente reprochable, bajo ciertas condiciones, provoca juicios y reacciones adversos; cuando a esos actos siguen

53 FEINBERG, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. En: *Doing and Deserving: essays in the theory of responsibility*. Princeton University Press, Princeton, 1970., p. 98. KLEINIG, John. *Punishment and Desert*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1973., p. 30.

54 ROSS, Alf. *La finalidad del castigo*. En: *Derecho, Filosofía y Lenguaje*. Homenaje a Ambrosio L. Gioja. Trad. G. Carrión. Astrea, Buenos Aires, 1976., pp. 156 y ss.

regularmente ciertas medidas distintivas, la gente asocia esas medidas con aquellos actos, hasta el punto de que el mero conocimiento de que alguien es objeto de una de tales medidas, sin saber qué acto le diera lugar en concreto, provoca los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprobables⁵⁵.

Esta carga de reproche y estigmatización acompaña a todas las penas, y no sólo a las más graves o a las que por su naturaleza poseen connotación infamante, aunque ha de admitirse que dicha carga puede ser mayor en unas penas que en otras⁵⁶. Y este común efecto simbólico obedece, por una parte, a que también el proceso penal hace parte de la puesta en escena del castigo, cuyos efectos estigmatizadores se proyectan ya sobre quienes comparecen como acusados o incluso imputados ante la jurisdicción penal, con independencia de la pena que a la postre, se imponga en el caso de ser condenados⁵⁷. Por otra parte, todas las sanciones penales, y no sólo las más graves, constituyen antecedentes penales (artículo 248 CP), institución cuya sola existencia constituye el reconocimiento jurídico de la vocación estigmatizante de las penas y la autorización para que sus efectos lesivos perduren más allá de su efectiva ejecución⁵⁸.

Ahora bien, ¿cuál es la relevancia de la carga simbólica que incorporan las sanciones penales desde la perspectiva de los derechos fundamentales? Como ha quedado dicho, el juicio de reproche que comporta la

⁵⁵ NINO. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 1980., pp. 205 y ss.

⁵⁶ *Lo es en aquellos castigos que suelen reservarse para los delitos más graves, como la prisión, cuya connotación simbólica se ve reforzada por las circunstancias que acompañan su ejecución y por la percepción que se tiene de la cárcel como un factor criminógeno, con lo cual el estigma que acompaña a un expresidiario es sin duda, mayor del que pesa sobre quien ha sido condenado a otro tipo de sanción.*

⁵⁷ En tal sentido, FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*. Parte Generale. 4 ed. Zanichelli, Bolonia, 2001., p. 14. Sostienen que incluso las penas pecuniarias, aunque no afectan la libertad personal, comprometen la dignidad social del condenado debido a la carga de estigmatización del proceso penal. De igual forma, POSNER, Richard. *An Economic Theory of Criminal Law*. En: *Columbia Law Review*, Vol. 85, 6. New York, 1985., p. 1205. Señala que el estigma propio de toda sanción penal constituye una pérdida de utilidad adicional que confiere a la multa un valor disuasorio superior al de las indemnizaciones civiles. FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 730 y ss. También se refiere a la connotación estigmatizante del proceso penal.

⁵⁸ *Esto aún a pesar de la prohibición de que dichos antecedentes puedan constituir factor de discriminación social y legal, establecida en el artículo 162 de la Ley 65, pero desconocida por el propio legislador al excluir de beneficios y subrogados penales a quienes tengan antecedentes penales.*

pena recae como un estigma sobre el condenado, representa un atributo profundamente desacreditador para el individuo que dificulta su aceptación por parte de los otros y, por lo tanto, incide negativamente en todos sus ámbitos de socialización⁵⁹. Esta carga de desaprobación moral supone una de las más graves formas de afectación de la estima social de los individuos, esto es, de su reputación, la cual forma parte del ámbito protegido por el derecho al honor, a la vez que constituye uno de los cimientos sobre los cuales se apoya el respeto propio, que con buenas razones ha sido calificado como uno de los bienes primarios más importantes.

De este modo, la intervención en el derecho al honor que resulta de la carga estigmatizante del castigo viene a sumarse a las demás posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas por el tipo de sanción por medio de la cual se manifiesta el reproche penal. Es precisamente este *plus* de afflictividad que comporta el recurso al derecho penal el que fundamenta una especial exigencia de motivación para la creación y aplicación de normas penales, para lo cual el principio de proporcionalidad constituye una valiosa herramienta.

59 GOFFMAN. *Estigma. La identidad deteriorada*. Trad. L. Guisberg. Amorrortu, Buenos Aires, 1985., pp. 13 y ss. De acuerdo con su clásica propuesta de caracterización de este fenómeno.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

1. Examine las preguntas planteadas en la actividad preparatoria propuesta al comienzo de esta unidad. Fundamentalmente de nuevo sus respuestas, teniendo en cuenta las herramientas teóricas adquiridas tras el estudio de esta unidad y compárelas con la sustentación inicial. Este ejercicio permitirá reflexionar sobre la concepción de los derechos fundamentales que orienta su práctica judicial y verificar el grado de comprensión y apropiación de los elementos teóricos vistos en la presente unidad.
2. Analice los siguientes fragmentos, con el fin de establecer cuál de las concepciones de los derechos fundamentales expuestas en esta unidad se expresa en cada uno de ellos:
 - *"Para justificar por qué no se puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad no hace falta argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, y ello porque nadie puede considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de esta libertad".*
 - *"Los derechos fundamentales no protegen la libertad de hacer cualquier cosa, sino sólo aquellas manifestaciones de la libertad cuyo ejercicio, evidentemente, no daña a nadie".*
 - *"Muchas de las cuestiones que han sido abordadas por la jurisprudencia como un problema de limitación a los derechos fundamentales, no son en realidad problemas de limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata, sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas".*

Ae

- *"El derecho de todos a la intimidad no es derogado (o derrotado) sino integrado, si y sólo si se lo considera sobre la base de la interpretación de nuestro entero universo normativo. Y como resultado de tales precisiones puede resultar no que el derecho a la intimidad se vea limitado o excepcionado, sino que simplemente no quepa hablar de un tal derecho allí donde prevalezca el derecho de otros a la información. En definitiva, y en contra de las tesis que afirman que la derrotabilidad constituye uno de los rasgos estructurales de los derechos fundamentales, pues debido a su interacción con otras normas del sistema está sujeto a excepciones que no pueden identificarse exhaustivamente, debe afirmarse que, en lugar de estar sujetos a 'excepciones' que ignoramos, capaces de invalidar su universalidad, los derechos están sujetos a 'precisiones' en el campo de denotación de las tesis universales que los expresan".*
3. Por medio de ejemplos extraídos de su práctica como juez o jueza, explique la diferencia entre los conceptos de *intervención, vulneración, amenaza y restricción* de derechos fundamentales.
 4. Mediante un ejemplo, explique la relación que existe entre la interpretación de las normas de derecho fundamental como principios o como reglas y la adopción de una concepción conflictivista o coherentista de los derechos fundamentales.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

1. Con el fin de poner freno a los graves hechos de violencia que se han presentado en los estadios del país, derivados de los enfrentamientos entre las barras de los equipos participantes en el torneo profesional, la División Mayor del Fútbol Colombiano (DIMAYOR), expidió una resolución mediante la cual: a) prohíbe el ingreso a los estadios de personas que porten cualquier elemento alusivo al equipo visitante (camisetas, banderas, gorras, etc.); b) prohíbe la venta de boletería a miembros de las barras del equipo visitante; c) exhorta a las autoridades locales de seguridad y a la Policía Nacional para la toma de medidas

Ae

tendientes a restringir los desplazamientos de las barras de equipos visitantes. La adopción de estas medidas ha generado diversas reacciones en la opinión pública y ha recibido duras críticas por parte de algunos aficionados al fútbol, que consideran afectados varios de sus derechos fundamentales.

2. Examine la relevancia *ius fundamental* de la resolución expedida por la DIMAYOR, desde la perspectiva de una concepción conflictivista y coherentista de los derechos fundamentales, respectivamente. Fundamente su respuesta de tal modo que sea posible comparar las diferencias que existen entre ambas concepciones en lo que respecta a la estructura normativa, la teoría del supuesto de hecho, de los límites y el tipo de razonamiento que emplean para determinar el contenido protegido por los derechos fundamentales.
3. Pedro es declarado responsable de cometer el delito de cohecho propio y, en consecuencia, se enfrenta a una condena de cinco a ocho años de prisión, multa de 50 a 100 smlmv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a ocho años, según lo establecido en el artículo 405 CP.
4. Indique cada una de las posiciones de derecho fundamental que se verían afectadas en este caso por la aplicación de la norma penal sancionatoria.

J

JURISPRUDENCIA

Analice la sentencia C-425 de 1997, con el fin de establecer, si en su fundamentación se expresa una concepción coherentista o conflictivista de los derechos fundamentales. Evalúe la decisión de la Corte, teniendo en cuenta los argumentos ofrecidos en el módulo, y otros que usted proponga, acerca de las ventajas y riesgos de adoptar una u otra de estas concepciones.

Sobre los derechos fundamentales afectados por la pena de prisión, véase la sentencia T- 153 de 1998.

J

La Corte Constitucional se ha referido a la relación de sujeción especial entre los reclusos y la administración penitenciaria, que comporta la facultad de esta última de restringir derechos fundamentales, en las sentencias T-490 de 2004, T-596 de 1992; C-318 de 1995; T-705 de 1996; T-706 de 1996; T-714 de 1996; T-153 de 1998; T-1030 de 2003; T-1190 de 2003; T-572 de 2005; T-1154 de 2005; T-133 de 2006; T-693 de 2003 y T-080 de 2008.

Sobre las restricciones a derechos fundamentales establecidas en la normatividad penitenciaria, consultar las sentencias C- 394 de 1995; T-1030 de 2003 y T-848 de 2005.

Acerca de la pena inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se puede consultar la sentencia C-393 de 2002.

Unidad 2

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Al finalizar el estudio de esta unidad, el y la discente estará en condiciones de explicar la función que desempeña el principio de proporcionalidad en el control de las intervenciones en derechos fundamentales, su relación con otras herramientas argumentativas empleadas con el mismo propósito, y la manera como ha sido utilizado por la jurisprudencia constitucional colombiana.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Con el estudio de esta unidad, el y la discente estará en capacidad de:

- Identificar los antecedentes de la utilización del principio de proporcionalidad en el derecho público, como herramienta para controlar las intervenciones en derechos individuales que se producen con ocasión del ejercicio del poder público.
- Identificar las sentencias más relevantes en el desarrollo del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.

- Explicar la función que desempeña el principio de proporcionalidad en el control de las intervenciones en derechos fundamentales.
- Establecer la relación entre el principio de proporcionalidad y otras estructuras argumentativas utilizadas para determinar el contenido protegido por los derechos fundamentales, como son las teorías del contenido esencial, el test de razonabilidad o el juicio de ponderación.

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA PREPARATORIA

Antes de emprender el estudio de esta unidad, seleccione tres sentencias proferidas por usted en su trabajo como juez o jueza de tutela, en las cuales haya utilizado el principio de proporcionalidad, el test de razonabilidad o la noción de contenido esencial, para fundamentar su decisión en un caso de tutela. Analice cuál fue la interpretación y aplicación que de tales nociones efectuó en sus sentencias. Esta actividad le permitirá confrontar su comprensión previa sobre los temas que serán tratados en esta unidad, con los elementos teóricos que en ella se ofrecerán.

Una vez evaluada la teoría de los derechos fundamentales que acompaña la aplicación del principio de proporcionalidad, corresponde en este capítulo indagar por el papel que desempeña esta estructura argumentativa en el control de las intervenciones en derechos fundamentales. Para ello, se examinará la génesis de dicha herramienta argumentativa en el derecho público europeo y anglosajón, su recepción por parte de la jurisprudencia constitucional colombiana, la función que desempeña en el control de las intervenciones en derechos fundamentales y su relación con otras estructuras argumentativas similares.

2.1 GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO

En la jurisprudencia constitucional, se ha abierto camino la utilización del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa empleada para controlar las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de ellos.

En su formulación más conocida, procedente de la dogmática alemana, el principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios: el de *adecuación* o *idoneidad*, con el cual se verifica que la medida limitadora sea un medio apto para alcanzar un fin legítimo, en tanto contribuya de algún modo a su consecución; el subprincipio de *necesidad*, dirigido a establecer si la medida enjuiciada es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención, y, finalmente, el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, que consiste en un juicio de ponderación entre la intensidad del sacrificio de los derechos y la importancia que reviste en el caso concreto el logro de la finalidad que se busca satisfacer con su limitación. Tales subprincipios son aplicados de forma conjunta y escalonada, conformando así un derrotero argumentativo que orienta el control de constitucionalidad de las actuaciones del poder público que inciden en la órbita de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la notoria importancia adquirida por el principio de proporcionalidad en las últimas décadas no debe llevar a pensar que se trata de una novedad introducida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional de cuño reciente. Tal fenómeno supone más bien la recuperación y expansión de un concepto jurídico que ya contaba con una larga andadura en el derecho público.

El punto de partida de su formulación actual se encuentra en la filosofía política de la Ilustración. La secularización de la política, la ruptura con toda justificación teológica o trascendente del poder, característica del pensamiento ilustrado, sentará las bases para la afirmación de una concepción instrumental del derecho y del estado, concebidos como un puro

artificio humano puesto al servicio de finalidades igualmente humanas: la seguridad, la paz, la defensa de los derechos naturales, la búsqueda de la felicidad - según expresaban la distintas versiones del contractualismo – serán los fines que justifiquen la existencia del estado y sólo en función de ellos será legítimo el ejercicio del poder. A esta concepción instrumental del Estado y del derecho viene a sumarse, en segundo lugar, la afirmación de la libertad como un derecho natural del individuo, el cual aceptan limitar, pero no enajenar por completo, al suscribir el contrato social. Correlato de las anteriores premisas es la idea según la cual el poder público puede restringir la libertad sólo en los casos estrictamente necesarios y en la medida en que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás o las exigencias del bien común. El ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción limitada que es menester justificar por la necesidad de proteger otros derechos o bienes relevantes, constituye el sustrato ideológico sobre el cual se asienta el principio de proporcionalidad⁶⁰.

Estas ideas rendirán algunos de sus mejores frutos de la mano de la filosofía penal de la Ilustración, siendo también en este terreno donde se fraguan los contenidos que hoy se agrupan bajo el principio de proporcionalidad. En efecto, el pensamiento penal ilustrado suministra los cimientos para la formulación de este principio, en primer lugar, mediante la concepción de las prohibiciones y los castigos como males artificiales que incorporan un irreductible fondo de ilegitimidad, pues en esencia consisten en la limitación de los derechos del individuo mediante la amenaza o el uso efectivo de la fuerza. En segundo lugar, al condicionar la justificación de tales prohibiciones y castigos a su *utilidad* para prevenir aquellas conductas humanas que más gravemente dañan o representan peligros concretos para la libertad ajena y la convivencia social; a su *necesidad*, que será tal en cuanto no pueda alcanzarse el mismo fin por medio de intervenciones menos drásticas y, finalmente, a la comprobación de que *los males que se evitan sean mayores que los que se causan* con tales prohibiciones y castigos⁶¹.

60 BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., p. 41.

61 FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 464 y ss. PRIETO SANCHÍS. *La filosofía penal de la Ilustración*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003., pp. 25 y ss.

El principio de proporcionalidad también será objeto de importantes desarrollos en el derecho de policía prusiano, como contrapeso a la amplia discrecionalidad que se admite en este sector de la actividad administrativa para limitar coactivamente las libertades y la propiedad de los ciudadanos en aras del mantenimiento de la seguridad y el orden público. La consolidación de una jurisdicción administrativa independiente contribuirá a expandir la aplicación del principio de proporcionalidad a todas aquellas manifestaciones de la actividad administrativa que inciden en la libertad y propiedad de los ciudadanos, ya sea orientadas a la su función típicamente liberal de mantenimiento de la seguridad y el orden público o bien al ejercicio de competencias de intervención, en la economía, planeación, prestación de servicios y demás funciones características del modelo de Estado social.

El siguiente hito en la evolución del principio de proporcionalidad tiene lugar tras el fin de la segunda guerra mundial, cuando comienza a ser utilizado en el control de constitucionalidad de las leyes. El Tribunal Constitucional alemán prestará un decisivo impulso a la consolidación de este principio, en especial a partir del conocido fallo sobre las farmacias (*Apotheken-Urteil*) de 1958, en el cual, con ocasión del recurso de amparo promovido por un particular a quien se deniega el permiso para la apertura de una farmacia en una localidad de Baviera, se examina la constitucionalidad de la ley que sirvió como fundamento de dicha negativa. Esta decisión dará inicio a una sólida línea jurisprudencial según la cual toda intervención legislativa en derechos fundamentales que no satisfaga los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, será reputada inconstitucional.

La jurisprudencia constitucional de otros países europeos proseguirá esta tendencia, aunque no siempre con el nivel de formalización alcanzado en el derecho constitucional alemán. Es el caso de Italia, donde bajo el concepto de *raggionevolezza* se agrupan diversas exigencias de racionalidad en la creación y aplicación del derecho, algunas de las cuales coinciden con las agrupadas bajo el principio de proporcionalidad. Por otra parte, en los últimos años el Consejo Constitucional francés ha aproximado su aplicación de este principio a la sistemática propia del derecho alemán y comunitario, al igual como ha ocurrido en Austria,

Suiza, Holanda, España y en la jurisprudencia constitucional de otros países europeos. Así mismo, en esta progresiva extensión del principio de proporcionalidad, sin duda ha jugado un papel determinante su utilización tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que a partir de 1970 comenzaron a emplear dicha herramienta argumentativa en el control de las medidas limitadoras de derechos proferidas por los Estados miembros⁶².

También en el ámbito anglosajón, se han desarrollado figuras similares a la estructura de argumentación que en el derecho público europeo se conoce como principio de proporcionalidad. Tal principio no resulta por completo ajeno a la tradición jurídica inglesa, pues guarda algunas semejanzas con la doctrina de la *reasonableness*, formulada desde el siglo XVIII y empleada por los jueces en el control de los actos del poder público a partir de la segunda posguerra⁶³. Por último, en los Estados Unidos las figuras del *balancing test* y el principio de la *alternativa menos restrictiva* han servido al Tribunal Supremo para poner en práctica, a partir de 1920, un sistema de aplicación judicial de los derechos que presenta importantes semejanzas con el principio de proporcionalidad empleado en la jurisprudencia constitucional de los países europeos⁶⁴.

A continuación, veremos cómo ha sido desarrollada esta estructura argumentativa por la jurisprudencia constitucional colombiana.

⁶² BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 47 y ss. BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad*. Estudio Preliminar. En: *Cuadernos de Derecho Público*, 5. Buenos Aires, 1998., p. 34.

⁶³ CRAIG, Paul. *Unreasonableness and proportionality in UK law*. En: *The principle of proportionality in the laws of Europa*. Hart Publishing, Oxford, 1999., pp. 94 y ss.

⁶⁴ ALEINIKOFF, Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. In: *Yale Law Journal*, 95, 5. Yale, 1987. BASTRESS, Robert M. *El principio de la 'alternativa menos restrictiva' en el derecho constitucional norteamericano*. En: *Cuadernos de Derecho Público*, 5. Buenos Aires, 1998.

2.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Desde el comienzo de su labor, la Corte Constitucional colombiana ha empleado el principio de proporcionalidad como herramienta para evaluar la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. En su jurisprudencia temprana, tal principio fue empleado casi exclusivamente en la aplicación del principio de igualdad, como uno de los componentes del llamado “test de razonabilidad”, pero progresivamente se extendió al enjuiciamiento - tanto en sede de control abstracto de constitucionalidad como de tutelas- de otro tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales proferidas por los poderes públicos, al igual que la resolución de colisiones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares.

2.2.1 El principio de proporcionalidad como integrante del “test de razonabilidad”⁶⁵

Ya desde la sentencia T-422 de 1992, la Corte empleó las nociones de razonabilidad y proporcionalidad para tutelar el derecho a la igualdad de una persona que, pese a ocupar el primer lugar en el concurso de méritos, no fue nombrada para ocupar el cargo al cual aspiraba en una entidad pública. Siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte dictaminó que:

Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada,

⁶⁵ Al respecto véanse los trabajos de RODRÍGUEZ, César. *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*. En: *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996*. Siglo del Hombre – Universidad de los Andes. Bogotá, 1998 y BERNAL PULIDO. *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes*. En: *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005., pp. 72 y ss., en los cuales analizan el desarrollo jurisprudencial del llamado “test de razonabilidad”.

debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En la misma sentencia, la Corte ya esbozaba los elementos del juicio de proporcionalidad, al señalar que:

El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.

Un razonamiento similar fue empleado en la sentencia T-230 de 1994, para tutelar el derecho a la igualdad de los trabajadores sindicalizados de una empresa que eran objeto de discriminación al momento de programar el trabajo en horas extras. Sin embargo, entre las sentencias de este primer período, se destaca la C-022 de 1996⁶⁶, en la cual la Corte sostiene que el principio de proporcionalidad supone una concreción del concepto de razonabilidad y destaca la relación que existe entre el empleo de dicha estructura argumentativa y la concepción de los principios constitucionales como mandatos de optimización:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

66 CORTE CONSTITUCIONAL. En esta sentencia, se declara inconstitucional una norma legal que establecía un aumento del 10% en el puntaje del examen del ICFES para los bachilleres que prestaran el servicio militar. La Corte consideró que dicha medida vulneraba el derecho a la igualdad, por faltar el requisito de necesidad.

Así mismo, de la mano de la jurisprudencia comparada y con una apreciable influencia de la doctrina jurídica alemana, la Corte en esta sentencia define con mayor claridad los elementos integrantes del principio de proporcionalidad y la manera como se concretan cuando se aplican al examen de medidas que afectan el derecho a la igualdad:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por lo tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

Sin embargo, además de la influencia alemana, en el desarrollo de dicha estructura argumentativa por parte de nuestra Corte Constitucional, también se aprecia un importante influjo de la jurisprudencia estadounidense, donde el test de igualdad se aplica con distintos niveles de intensidad según el tipo de medidas sometidas a examen⁶⁷. Ya en la sentencia T-352 de 1997⁶⁸ se aprecia un primer intento de elaborar un test que integre ambas tendencias, pero será en la sentencia C-093 de 2001⁶⁹, cuando la Corte desarrolle con mayor precisión los elementos integrantes del llamado “juicio integrado” de igualdad (también denominado “juicio integrado de proporcionalidad”), con el cual busca aprovechar lo mejor de ambas metodologías. Por tratarse de una sentencia hito que redefine la estructura de esta herramienta argumentativa, vale la pena citar en extenso el análisis que en esa ocasión, efectuó la Corte Constitucional:

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. *La influencia del modelo estadounidense de test de razonabilidad se aprecia, entre otras, en las sentencias C-445 de 1995 (exequibilidad de normas tributarias que establecen términos para solicitar la compensación y devolución de saldos a favor del contribuyente), C-563 de 1997 (exequibilidad de norma que establece edad de retiro forzoso para los docentes), y C-183 de 1998 (exequibilidad condicionada de normas tributarias que establecen exenciones para sociedades comisionistas de bolsa y sociedades fiduciarias).*

⁶⁸ Que ordena extender la aplicación a favor de la Iglesia Cristiana Integral, de una norma que exime a la Iglesia Católica de la obligación de presentar certificado de ingresos y patrimonio.

⁶⁹ En la cual se declara exequible la norma que fija en 25 años la edad mínima para adoptar.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de esta Corporación, parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad. El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad [...] La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los "escrutinios" o "test" de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.

Un análisis elemental muestra que estos dos enfoques, lejos de ser contradictorios, son complementarios [...] Sin embargo, la afinidad que existe entre estas dos metodologías de análisis constitucional de la igualdad, no significa que éstas sean idénticas, pues cada una de ellas tiene particularidades y ventajas que les son propias. Así, como lo ha mostrado la doctrina, el juicio de proporcionalidad europeo tiene la virtud de aclarar analíticamente cuáles son los diversos pasos que debe realizar el juzgador. Pero es discutible que el mismo análisis de proporcionalidad pueda ser aplicado en todos los casos, pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. Así, la raza es un criterio de diferenciación prohibido (CP artículo 13) mientras que la Carta admite que el mérito es válido para distinguir a las personas en determinados aspectos. Precisamente, debido a la necesidad de contar con herramientas diferenciadas para estos diversos tipos de casos, es que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense han desarrollado la idea de que deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad. Sin embargo, el problema de esos test de igualdad de distinta intensidad es que a veces no aclaran

suficientemente los pasos del análisis, ya que todo el estudio judicial se basa simplemente en una relación medio-fin.

La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los test de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohíja, a señalar la conveniencia de adoptar un "juicio integrado" de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los test estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la "adecuación" deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la "indispensabilidad" del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.

El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles

de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”.

El fundamento para aplicar distintos niveles de intensidad en el escrutinio, obedece según lo indica la Corte en esta sentencia, a la necesidad de respetar los márgenes de configuración que la Constitución establece a favor del legislador. De ahí que:

La severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte del legislador. Así, si se trata de ámbitos en donde el Congreso goza de una amplia discrecionalidad de regulación, entonces el control judicial debe ser menos intenso, precisamente para que el juez no anule la libertad del Legislador. En cambio, en aquellos campos en donde la Constitución limita la discrecionalidad del Congreso, la injerencia del juez constitucional es mayor y el control constitucional debe ser más estricto.

Los criterios para determinar la intensidad del escrutinio fueron desarrollados más ampliamente en la sentencia C-673 de 2001⁷⁰, en la cual se afirma que:

En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, como por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales [...] Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 4) cuando está de por medio una competen-

⁷⁰ Se declara exequible la norma que extiende a los educadores no oficiales, la aplicación de la regulación sobre escalafón docente.

cia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

[...]

Un test menos intenso – llamado test intermedio – también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

No obstante, en la misma decisión, la Corte señala que tales criterios no deben interpretarse de manera taxativa e incluso, advierte sobre la posibilidad de que se presenten colisiones entre ellos al momento de fijar la

intensidad del test en un caso concreto. En tal evento, es preciso efectuar una ponderación entre dichos criterios, unidos a otros propios del caso, con miras a determinar la intensidad del test de razonabilidad a emplear en el control de constitucionalidad.

En sentencias posteriores, como la C-670 de 2002, C-555 de 2005, C-875 de 2005 y C-076 de 2006, la Corte ha avanzado en esta línea jurisprudencial, especificando los criterios conforme con los cuales graduar la intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad al control de medidas que afectan el derecho a la igualdad.

2.2.2 La extensión del principio de proporcionalidad al control de intervenciones en otros derechos fundamentales

La Corte Constitucional no ha restringido el empleo del principio de proporcionalidad sólo al enjuiciamiento de medidas que afecten el derecho a la igualdad, pues dicha herramienta pronto se extendió al control de intervenciones en los demás derechos fundamentales, tanto en sede de control abstracto de constitucionalidad, como en la evaluación, por la acción de tutela, de afectaciones producidas en concreto por actuaciones del poder público y de los particulares.

Entre las numerosas decisiones en las cuales la Corte se pronuncia sobre el empleo de dicha estructura argumentativa en el control abstracto de constitucionalidad, cabe destacar, en orden de aparición, la sentencia C-309 de 1997, que declara exequible la obligación de llevar cinturón de seguridad impuesta a los conductores de vehículos. Tras considerar que dicha medida interfiere la libertad de acción de las personas, con el único fin de proteger al propio sujeto obligado, se afirma que este tipo de regulaciones deben ser sometidas a un escrutinio estricto de proporcionalidad.

Por su parte, en la sentencia C-741 de 1999, la Corte examinó la constitucionalidad de la norma que obligaba a llevar en un lugar visible de los vehículos, una calcomanía que acreditara el pago de impuestos y seguro obligatorio; medida que, a juicio del demandante, vulneraba los derechos fundamentales a la intimidad, buen nombre, igualdad y libertad de locomoción. En

esta ocasión la Corte, razonando desde los presupuestos de una concepción coherentista de los derechos fundamentales, consideró que la medida enjuiciada no representaba una afectación de derechos fundamentales y, en consecuencia, rehusó dar aplicación al principio de proporcionalidad.

En la sentencia C-142 de 2001⁷¹, a tono con las llamadas “teorías relativas” del contenido esencial⁷², la Corte empleó el principio de proporcionalidad como criterio para establecer, si una limitación legislativa a derechos fundamentales desconocía su núcleo esencial. En esa ocasión sostuvo que:

El núcleo esencial de un derecho fundamental, tal como lo ha señalado esta Corporación, “es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”. En otras palabras, se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales.

Por su parte, en la sentencia C-802 de 2002, al revisar la constitucionalidad de una declaratoria de Estado de conmoción interior, recordó que dicha herramienta argumentativa también ha de ser empleada en el control constitucional de las medidas que se adopten en estados de excepción, señalando que:

Sobre este aspecto es especialmente relevante el aporte de la doctrina europea, la cual ha tenido cierto alcance en el ámbito interamericano. Se considera desde esta perspectiva que las medidas serán legítimas si (i) no es posible establecer otras menos gravosas, (ii) son aptas para contribuir en la solución del hecho que dio origen a la amenaza, (iii) la perturbación no puede conjurarse con procedimientos ordinarios y

-
- 71 Se declara la exequibilidad condicionada de la norma que dispone excluir del cómputo, los votos contenidos en un acta o registro electoral que hayan sido declarados nulos. Se consideró que dicha afectación al derecho al sufragio, era innecesaria respecto de ciertas causales de nulidad.
- 72 Según las cuales, el contenido esencial de un derecho fundamental está conformado por aquellas posiciones cuya limitación no resulta justificable de acuerdo con los criterios establecidos en el principio de proporcionalidad. Al respecto, ALEXY. Ob. Cit. 1986., p. 288 y BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 403 y ss.

(iv) no exista otra medida de excepción que genere un impacto menor en términos de protección de derechos y garantías.

[...]

La proporcionalidad entre la grave perturbación del orden público y las medidas adoptadas para conjurarla, como límite constitucional del estado de commoción interior, plantea la necesidad de mantener una relación de equilibrio entre el presupuesto fáctico invocado y las herramientas jurídicas desplegadas para superarlo. Ese equilibrio es prioritario pues escapa a la racionalidad del Estado constitucional la realización de esfuerzos desmesurados para obtener un mínimo beneficio en el ámbito del orden público de cuyo restablecimiento se trata.

Más numerosa aún ha sido su utilización en sentencias de tutela, entre las cuales se destacan, en orden de aparición, la T-015 de 1994, cuando la Corte se vale del principio de proporcionalidad para examinar la expulsión impuesta a dos estudiantes de un colegio público, por no utilizar el transporte escolar para dirigirse al lugar donde debían cumplir con las horas de alfabetización. En la sentencia, se afirma que todas las sanciones impuestas por la Administración Pública o por particulares encargados de la prestación de un servicio público, que supongan la pérdida o disminución de un derecho, deben someterse al principio de proporcionalidad. En consecuencia, se tuteló el derecho a la educación de las menores, por considerar que la sanción impuesta era desproporcionada respecto de la gravedad de la falta cometida.

En la sentencia T-630 de 1997, el principio de proporcionalidad es empleado para evaluar la constitucionalidad de medidas como la no recepción de correspondencia y la suspensión del servicio de citófono, impuestas por un administrador de propiedad horizontal a los copropietarios atrasados en el pago de las cuotas de administración. En ella, se concluye que tales medidas no superan el juicio de proporcionalidad en sentido estricto y, en consecuencia, vulneran diversos derechos fundamentales de los accionantes.

En la sentencia SU-642 de 1998, la Corte amparó el derecho al libre desarrollo de la personalidad de una niña, hija de un interno de la penitenciaría La Picota, obligada a llevar el cabello corto para cumplir con el

reglamento del jardín infantil adscrito a dicha institución. En la decisión, se afirma que si bien dicha medida busca un fin legítimo, evitar el contagio de piojos y liendres, resulta innecesaria debido a la existencia de alternativas más idóneas para alcanzar el mismo fin, sin menoscabar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores.

En la sentencia T-417 de 2000, la Corte ampara los derechos a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, amenazados por la suspensión del pago de seguro de enfermedad a persona que padece una dolencia terminal. En relación con el principio de proporcionalidad, se afirma que:

Este principio de proporcionalidad parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respeto por todos ellos, pues en caso de conflicto, la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados.

En la sentencia T-1321 de 2000, la Corte se vale de dicha estructura argumentativa para examinar la constitucionalidad de una medida adoptada por la alcaldía de Líbano (Tolima), consistente en prohibir a los fieles de la Iglesia Pentecostal, la utilización de micrófonos, altoparlantes e instrumentos musicales en la difusión de música y mensajes religiosos por fuera del recinto del templo, atendiendo a las quejas por el ruido excesivo interuestas por los vecinos del sector. En la sentencia, se considera que dicha medida constituye una vulneración de la libertad de cultos, porque no supera el juicio de necesidad, pues en lugar de la prohibición de utilizar instrumentos musicales y de emitir cualquier clase de ruido que trascienda al exterior del templo, existía la posibilidad de ordenar a dicha comunidad religiosa que adoptase las medidas necesarias para garantizar que durante la celebración de su culto no se superen los niveles de presión sonora autorizados por las normas vigentes que regulan la emisión de ruidos.

Tras esta revisión jurisprudencial, es posible concluir que si bien con distintos niveles de precisión analítica y rigurosidad en su manejo, el principio de proporcionalidad ha sido una de las herramientas de argumentación utilizadas por la Corte Constitucional en el control de las medidas que representan una afectación no sólo de la igualdad, sino de todo tipo de derechos fundamentales. En la jurisprudencia constitucional, dicha estructura argumentativa ha sido empleada tanto en el control abstracto de normas legales, como en el control concreto, por acción de tutela, de intervenciones en derechos fundamentales que realizan los poderes públicos y los particulares⁷³.

Luego de examinar la génesis de esta estructura argumentativa en el derecho público europeo, y la manera como ha sido desarrollada por nuestra jurisprudencia constitucional, corresponde ahora precisar, con ayuda de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales expuesta en el capítulo anterior, la función que cumple el principio de proporcionalidad en la determinación del contenido de los derechos fundamentales y en el control de las medidas que los afectan.

2.3 FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Un amplio sector de la dogmática acoge la tesis según la cual, el principio de proporcionalidad pertenece al conjunto de los llamados “límites de los límites” de los derechos fundamentales, es decir, opera como uno de los criterios empleados para controlar la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos, particularmente la que lleva a cabo

73 *En lo que respecta al control de las decisiones judiciales por parte de la Corte Constitucional, no se ha extendido la utilización del principio de proporcionalidad, dado que ella se realiza mediante del mecanismo de la acción de tutela. Como es sabido, desde de la sentencia C-543 de 1992, el examen de la procedencia de tutela contra decisiones judiciales se canalizó mediante del concepto de “vía de hecho” y, más recientemente, de la noción de “causales genéricas de procedibilidad” de la tutela, lo cual explica que el control de las decisiones judiciales haya sido objeto de un desarrollo jurisprudencial ajeno a los derroteros dogmáticos del principio de proporcionalidad. Ello no implica, sin embargo, que dicha herramienta argumentativa no pueda ser empleada en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que tienen lugar en sede judicial, dado que la razón por la cual no ha sido empleada en la jurisprudencia constitucional, obedece únicamente a la circunstancia procesal de que la Corte aboca conocimiento de dichas intervenciones mediante el mecanismo de la acción de tutela.*

el legislador en ejercicio de las competencias que la constitución le otorga para configurar, concretar o restringir los contenidos *ius fundamentales*⁷⁴.

El punto de partida de la doctrina de los “*límites a los límites*” de los derechos fundamentales coincide con la concepción filosófopolítica que está en la raíz del principio de proporcionalidad, esto es, con la afirmación de la libertad y el ejercicio sin restricciones de los derechos fundamentales, como punto de partida de cualquier relación entre el individuo y el Estado. Sólo en un segundo momento, podrá este último intervenir en aquella libertad para hacerla compatible con el ejercicio de la libertad ajena y con la búsqueda de objetivos sociales que se juzguen valiosos. Es aquí cuando entra en escena, la competencia del legislador para moldear y restringir los derechos fundamentales; competencia en todo caso limitada, porque el sacrificio de los derechos no puede ir más allá de lo necesario para el logro de los objetivos perseguidos con dicha intervención. En este segundo momento, *la ley es el límite de los derechos*. Pero dado que la potestad legislativa de configuración no es absoluta, tiene lugar un tercer momento, representado en el control de constitucionalidad de la ley, donde el juez o la jueza constitucional se vale de los “*límites de los límites*”, entre ellos del principio de proporcionalidad para establecer, si las restricciones impuestas a los derechos fundamentales resultan admisibles, con lo cual, en este tercer momento, *los derechos aparecen como límite de la ley*⁷⁵

Sin embargo, esta caracterización de la función que desempeña el principio de proporcionalidad, puede dar lugar a equívocos porque como señala el profesor Carlos Bernal, dicha tesis puede favorecer la idea de que el principio de proporcionalidad funciona como un parámetro de constitucionalidad autónomo, como una barrera jurídica adicional creada por la jurisprudencia constitucional que viene a sumarse al límite representado por los derechos fundamentales y que puede operar con independencia de ellos. Por eso, es preciso enfatizar que el principio de proporcionalidad no representa un límite adicional e independiente del contenido de los derechos fundamentales, sino una herramienta interpretativa destinada a establecer “*hasta dónde el derecho fundamental limitado tolera las limitaciones que se*

74 Para una revisión detenida de la doctrina que sostiene la tesis del principio de proporcionalidad como “*límite a los límites*”: BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 517 y ss.

75 Ibid., pp. 525 y ss.

le imponen". Una herramienta que, por otra parte, resulta necesaria a la hora de concretar el significado de los derechos fundamentales, porque éstos - al igual que las demás normas jurídicas - no contienen en sí mismos las reglas que regulan su propia aplicación, pero que al mismo tiempo, deja de ser operativo al margen de su relación con las normas para cuya aplicación sirve de instrumento.

Despejado este equívoco, una caracterización más precisa de la función que desempeña el principio de proporcionalidad es aquella que lo define como *una herramienta de interpretación y argumentación constitucional orientada a establecer, en los casos difíciles, cuál es el contenido definitivo de los derechos fundamentales que resulta vinculante tanto para el legislador, como para los demás sujetos obligados por tales derechos*⁷⁶.

En el capítulo anterior, señalábamos que de acuerdo con la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, se distingue entre un contenido inicial y un contenido definitivo. El primero estaría conformado por todas aquellas modalidades de ejercicio del derecho que puedan ser subsumidas dentro de la disposición o conjunto de disposiciones constitucionales que consagran el derecho, interpretadas en sentido amplio, esto es, como principios o mandatos de optimización:

*Así, al contenido inicialmente protegido por la libertad de cultos pertenece, en principio, el derecho de una comunidad de fieles a utilizar medios de amplificación que permitan que sus mensajes religiosos se difundan al mayor número posible de personas, puesto que el uso de dichos medios puede adscribirse a la disposición del artículo 19 de la Constitución que garantiza el derecho de toda persona a "profesar su religión y a difundirla en forma individual y colectiva"*⁷⁷.

76 *Ibid., pp. 533 y ss. Tesis desarrollada acerca de la función del principio de proporcionalidad, aunque sólo desde la perspectiva del papel que cumple en el control de constitucionalidad de las leyes, como herramienta para determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Aquí sostendremos que, en general, el principio de proporcionalidad permite establecer el contenido definitivo de los derechos fundamentales vinculante para cualquiera de sus destinatarios.*

77 CORTE CONSTITUCIONAL. *Como ejemplo, el caso decidido en la sentencia T-1321 de 2000, MP. María Victoria Sáchica.*

Sin embargo, todas las posiciones incluidas dentro del contenido inicial del derecho sólo cuentan con una protección *prima facie*, debido a que en este primer momento de la determinación del contenido del derecho fundamental, sólo son tenidas en cuenta las razones a favor de la protección, en este caso vinculadas a la satisfacción *en la mayor medida posible* del derecho de los fieles de esta comunidad a difundir su mensaje religioso. Aún no son consideradas las razones que puedan oponerse a que dicha protección *prima facie* adquiera carácter definitivo, como lo serían, en nuestro ejemplo, las relacionadas con la protección de la intimidad de los vecinos del lugar en donde se congregan los miembros de esta comunidad religiosa. De ahí que para establecer el contenido definitivo que el derecho a la libertad de cultos adquiere en este caso, sea preciso resolver la colisión que se plantea entre éste y el principio que ordena proteger, también en la mayor medida posible, la intimidad de los vecinos frente a la invasión de su espacio vital por los ruidos emitidos durante la práctica del culto. Resuelta esta colisión, será posible establecer, si la prohibición impuesta por una autoridad administrativa a los miembros de la congregación religiosa de utilizar medios de amplificación e instrumentos musicales que puedan ser escuchados más allá de los confines del templo, constituye una restricción válida de la libertad de cultos (al afectar una posición que no forma parte de su contenido definitivo), o por el contrario, representa una vulneración de este derecho (por afectar una posición que si forma parte de tal contenido).

Es aquí donde interviene el principio de proporcionalidad, como una herramienta argumentativa que suministra un derrotero con el cual resolver esta colisión entre principios constitucionales, con ocasión del examen de una medida del poder público o de los particulares que suponga una afectación de uno de estos principios (en este caso la libertad de cultos), en aras de la satisfacción de su contrario (el derecho a la intimidad).

Esta operación representa, al mismo tiempo, un mecanismo de interpretación constitucional, pues con su ayuda es posible reducir la indeterminación que suele caracterizar las disposiciones constitucionales, en particular las que reconocen derechos fundamentales, ya que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad se expresa en las llamadas *normas adscritas de derecho fundamental o subreglas constitucionales*

mediante las cuales se concreta aquello que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten en un determinado caso. Dicha norma expresa la calificación deontica de un determinado supuesto de hecho, conformado por las propiedades relevantes del caso a resolver, y está destinada a operar como premisa mayor o *ratio decidendi* no sólo del caso a cuya vista se formula, sino eventualmente de otros que hacia el futuro, presenten las mismas propiedades relevantes.

Pero no en todos los casos, es preciso acudir al principio de proporcionalidad para concretar las normas adscritas que expresan el contenido definitivo de los derechos fundamentales. En los casos fáciles, esto es, allí donde no se presentan razones constitucionalmente admisibles para limitar el contenido *prima facie* protegido por un derecho fundamental, no resulta necesario emplear dicha estructura argumentativa. Así, por ejemplo: en el hipotético caso de un legislador que con el fin de imponer un cierto estereotipo de feminidad, expediera una norma prohibiendo a las mujeres vestir de pantalones, no haría falta acudir al principio de proporcionalidad para fundamentar por qué dicha regulación constituye una vulneración de uno de los contenidos definitivos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que es el derecho de las mujeres a decidir si visten o no pantalones. No haría falta porque en este caso, no se plantea siquiera una colisión entre principios que suministren razones a favor y en contra de la constitucionalidad de esta intervención en el libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, puede existir dudas acerca de si un caso debe ser tratado como fácil o como difícil, ya sea porque se duda acerca de si una determinada medida afecta una posición que pueda ser incluida dentro del contenido *prima facie* de un derecho fundamental - ¿la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con mensajes sobre los peligros que causa fumar, constituye o no una afectación de las libertades de expresión y de empresa de los fabricantes de cigarrillos? – o bien porque se duda acerca de si las razones que se invocan para restringir el contenido inicialmente protegido por un derecho fundamental resultan o no constitucionalmente admisibles - ¿la suspensión del derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad a los condenados a la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, persigue algún fin constitucionalmente legítimo o es una restricción gratuita

de uno de los derechos de participación política establecidos en el artículo 40 de la Constitución? En tales eventos, tanto exigencias de racionalidad argumentativa como el respeto a los principios de *favor libertatis* y de *presunción de validez* de las leyes y demás actuaciones del poder público, aconsejan tratar el caso como difícil pues, de este modo, la fundamentación de la norma adscrita de derecho fundamental que se aplique al caso, deberá considerar el conflicto entre razones a favor y en contra de la constitucionalidad de las medidas enjuiciadas, en lugar de fundamentar de manera unilateral la decisión para el caso⁷⁸.

Así pues, el principio de proporcionalidad sólo interviene en los llamados *casos difíciles*, esto es, cuando la determinación del contenido definitivo de los derechos requiere resolver una colisión entre las razones a favor de consolidar la protección *prima facie* de un contenido *ius fundamental*⁷⁹. En tales casos, esta herramienta permite estructurar la fundamentación de la norma que decide el caso mediante un derrotero argumentativo compuesto por los siguientes pasos:

1. La adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental de la norma o posición que resulta afectada por la medida objeto de control, la cual comporta de modo correlativo, la calificación de la norma enjuiciada como una intervención en el ámbito de la disposición *ius fundamental* relevante⁸⁰.

78 BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., p. 144.

79 En términos generales, un caso puede considerarse difícil cuando: 1) no existe una disposición que regule el supuesto planteado; 2) existe una norma relevante que establece una solución clara al caso, pero esta se considera injusta o socialmente perjudicial; 3) existe una disposición relevante, pero su contenido normativo no determina una solución claramente aplicable al caso planteado, lo cual requiere sustituir su formulación lingüística por otra que elimine la indeterminación; 4) existe más de una disposición relevante y/o más de una norma aplicable al caso, cada una de las cuales establece una solución jurídica diferente (antinomia); 5) existe un precedente (norma adscrita concretada por vía jurisprudencial en casos anteriores), que a la luz de un nuevo caso se considera necesario modificar. En los sistemas jurídicos constitucionalizados, dotados de una constitución normativa y con un amplio contenido material, los casos difíciles suelen encajar en los tres últimos supuestos, debido a que la profusión e indeterminación de los principios constitucionales permite ofrecer soluciones normativas a los más variados casos, lo cual reduce considerablemente los supuestos de auténticas lagunas normativas (hipótesis 1), e igualmente permite canalizar jurídicamente las objeciones de injusticia o inconveniencia social que merezca una determinada solución normativa (hipótesis 2), transformando así muchas de estas objeciones en antinomias entre principios constitucionales.

80 Es pertinente resaltar la diferencia entre esta adscripción *prima facie* que se efectúa como presupuesto previo a la aplicación del principio de proporcionalidad y la adscripción definitiva

2. El examen de la *legitimidad del fin* perseguido con la medida enjuiciada⁸¹.

Estos dos primeros pasos permiten entablar la colisión entre razones normativas *prima facie* en contra y a favor de la norma enjuiciada, respectivamente. En esa medida, pueden ser considerados como presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, que consiste propiamente en:

3. El examen de la *idoneidad* de la medida enjuiciada para contribuir al logro de la finalidad perseguida.
4. El examen de *necesidad*, dirigido a establecer si la medida enjuiciada es la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revistan al menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido con la intervención.

que tiene lugar, tras la aplicación de dicho principio, cuando se concreta la norma adscrita de derecho fundamental aplicable a la decisión del caso. La primera es condición necesaria para situar los términos del debate o, en palabras de BIN, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Guiffré Editore, Milano, 1992., p. 62. La “topografía del conflicto”, mientras la segunda ofrece la solución normativa a tal conflicto. En otras palabras, mientras la primera es un *presupuesto* de la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad, la segunda expresa el *resultado* de dicha aplicación.

⁸¹ En la formulación más usual, este examen aparece integrado en el subprincipio de idoneidad. Sin embargo, es aconsejable separar el juicio acerca de la legitimidad del fin, como una etapa previa y distinta del examen de idoneidad de la medida enjuiciada, debido a que ambos juicios son de distinta naturaleza: mientras en el primero predominan las premisas normativas y analíticas, en el segundo intervienen ante todo premisas de naturaleza empírica. Por otra parte, sólo tras examinar la legitimidad del fin legislativo se determina el principio que *prima facie* respalda la constitucionalidad de la intervención en derechos fundamentales, por lo cual sólo a partir de ese momento, se entabla la colisión entre principios que debe ser resuelta con la aplicación del principio de proporcionalidad. Así pues, la separación del examen del fin de la norma del contenido del subprincipio de idoneidad, si bien no comporta modificaciones de fondo en la estructura del principio de proporcionalidad, sí resulta aconsejable porque contribuye a dotarla de claridad al establecer una distinción pertinente, debido a que son diversos tanto el tipo de argumentos como los problemas que plantea el examen de la legitimidad del fin y de la idoneidad del medio. En la doctrina, tal separación la realizan: MEDINA GUERRENO, Manuel. *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw Hill, Madrid, 1996., pp. 127 y ss. PRIETO SANCHIS. *El juicio de ponderación*. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003a., p. 199. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi, Pamplona, 2003., pp. 67, 121 y ss.

5. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* de la ley, con el cual se trata de establecer si la afectación del derecho fundamental resulta justificada por la importancia de la realización del fin que con ella se persigue, lo cual supone llevar a cabo una *ponderación* entre el peso de las razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada.

Empleando dicha estructura argumentativa en el caso de nuestro ejemplo inicial, encontramos que se verifican los presupuestos para aplicar el principio de proporcionalidad, pues la prohibición impuesta por la alcaldía municipal del Líbano (Tolima), a los miembros de la congregación religiosa de utilizar medios de amplificación e instrumentos musicales que puedan ser escuchados más allá de los confines del templo, supone una restricción de la libertad de cultos (1), pero a la vez persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la protección del derecho a la intimidad de los vecinos frente a los ruidos provenientes del templo (2).

Al aplicar los subprincipios de la proporcionalidad, la Corte encontró que la medida adoptada por la administración municipal, consistente en prohibir a los fieles la utilización de instrumentos y mecanismos de amplificación que pudieran escucharse desde el exterior del templo, constituía un medio idóneo para alcanzar el fin de garantizar el derecho a la intimidad de los vecinos (3). Sin embargo, consideró que la medida no satisfacía el requisito de necesidad, argumentando que existe una alternativa menos lesiva para la libertad de cultos y suficientemente idóneo para proteger el derecho a la intimidad. Alternativa que consiste en ordenar a dicha comunidad religiosa que adopte las medidas necesarias para garantizar que durante la celebración de su culto no se superen los niveles de presión sonora autorizados por las normas vigentes que regulan la emisión de ruidos (4).

Dado que los subprincipios de la proporcionalidad se aplican de manera sucesiva y escalonada, al establecer que la medida enjuiciada no satisface el requisito de necesidad, es posible afirmar que la prohibición impuesta por la alcaldía del Líbano a la congregación religiosa, constituía una vulneración a la libertad de cultos. En este caso, no hace falta proseguir con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que sólo se efectúa en caso de que la medida enjuiciada supere los juicios de idoneidad y necesidad.

Una vez esclarecida la función que desempeña el principio de proporcionalidad, a continuación nos referiremos a las relaciones que existen entre dicha estructura argumentativa y otras herramientas empleadas en la interpretación constitucional.

2.4 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y OTRAS HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional comparada han desarrollado otras herramientas de interpretación y argumentación constitucional por medio de las cuales se examina la justificación de intervenciones en derechos fundamentales. Entre ellas, se destacan las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales, así como las nociones de “razonabilidad” y “ponderación”. Ahora, examinaremos la relación que existe entre estas herramientas y el principio de proporcionalidad, con el fin de mostrar cómo este último ofrece una estructura que alcanza mayor rigor analítico y en esa medida, confiere mayor racionalidad a la argumentación constitucional de la que ofrecen algunas de estas técnicas interpretativas (así ocurre respecto de las teorías del contenido esencial). También se mostrará cómo algunas de estas técnicas constituyen denominaciones específicas que adopta el principio de proporcionalidad cuando se emplea en el control de cierto tipo de medidas (como ocurre con el llamado “test de razonabilidad”), o se trata de herramientas argumentativas que quedan comprendidas dentro del principio de proporcionalidad.

2.4.1 Las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales

La noción de “contenido esencial” de los derechos fundamentales fue incluida en algunos textos constitucionales, como el alemán y el español, para designar el contenido del derecho fundamental que no puede ser afectado por el legislador al momento de expedir regulaciones que establezcan límites al ejercicio de tales derechos. Ello explica que durante muchos años, buena parte de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales en materia

de derechos fundamentales provenientes de estos países, hayan gravitado acerca de esta noción, tratando de ofrecer criterios para establecer cuándo resulta afectado el “contenido esencial” de un derecho⁸².

Debido a la influencia que el constitucionalismo europeo ha tenido en el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional, así como a la positivización expresa del “núcleo esencial” en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994, artículos 6º y 7º), como “límite a los límites” que puede imponerse a los derechos fundamentales en estados de excepción, también nuestra jurisprudencia constitucional, sobre todo en sus primeras épocas, estructuró la interpretación de los derechos fundamentales acerca al concepto de “núcleo” o “contenido esencial”⁸³.

Entre las diversas teorías propuestas para dar sentido a esta noción, para los propósitos del presente análisis resulta de especial importancia distinguir entre las llamadas teorías *absolutas* y las teorías *relativas* del contenido esencial.

Las teorías *absolutas* se caracterizan por entender que dentro del conjunto de todas las posiciones que cabe adscribir a una disposición de derecho fundamental – verbigracia, la libertad de expresión - algunas de estas conforman el llamado contenido esencial del derecho, indisponible para el legislador – por ejemplo: el derecho de todo individuo a expresar de manera respetuosa opiniones críticas frente al gobierno de turno - mientras que las restantes harían parte de la periferia o del contenido accidental del derecho - como lo sería en nuestro ejemplo, las expresiones empleadas por los comerciantes al publicitar sus productos - sobre el cual sí puede recaer la actividad reguladora del legislador.

⁸² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994. MARTÍNEZ PUJALTE. Ob. Cit.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-002 de 1992, MP. Alejandro Martínez, que niega el amparo solicitado por una estudiante expulsada de la universidad, argumentando que no se vulnera el contenido esencial del derecho a la educación. Sentencia T-426 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes, que se amparan los derechos fundamentales de petición y seguridad social de un solicitante de sustitución pensional. Sentencia C-179 de 1994 MP. Carlos Gaviria, que examina la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Estados de Excepción.*

Se ha señalado con acierto, que estas teorías tienen dos importantes méritos: en primer lugar, destacar que no todas las posiciones pertenecientes a un derecho fundamental ostentan el mismo grado de importancia material, pues habrá algunas que cuenten a su favor con razones mucho más poderosas que otras para ser protegidas. En segundo lugar, llamar la atención sobre el hecho de que en ningún caso los derechos fundamentales pueden quedar vacíos de contenido, que la actividad limitadora del legislador no puede implicar la completa desaparición del derecho, sino que debe en todo caso dejar a salvo un conjunto de posiciones o formas de ejercicio que, precisamente debido a su especial importancia, conformarían algo así como un “coto vedado” frente a las decisiones de las mayorías⁸⁴.

Sin embargo, las teorías absolutas no suministran criterios plausibles para definir cuál sea el “contenido esencial”, pues aludir a que forman parte de dicho contenido aquellos elementos “sin los cuales el derecho deja de ser lo que es”, que pertenecen a la “naturaleza” del derecho o los “intereses jurídicamente protegidos que dan vida al derecho”, no logra superar un marcado intuicionismo y un aire de razonamiento circular, pues señalar que la esencia del derecho es aquello que pertenece a su naturaleza o que le da vida al derecho, supone, en definitiva, afirmar que “la esencia es lo esencial”⁸⁵. En segundo lugar, una consecuencia de sus planteamientos supone admitir que el contenido no esencial del derecho quede por completo a merced del legislador que podría limitarlo e incluso suprimirlo por completo, sin tener que ofrecer justificación alguna. Por último, las teorías absolutas conciben cada derecho fundamental como una sustancia cuyos contornos pueden delimitarse con precisión al margen de su relación con los demás derechos y bienes jurídicos merecedores de protección constitucional⁸⁶.

Por su parte, las llamadas teorías *relativas* del contenido esencial pretenden dotar de sentido a esta noción, superando las objeciones que pesan en contra de las teorías absolutas. En su versión más conocida, sostiene que

84 BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 418 y ss.

85 *Ibid.* El principio de proporcionalidad en la legislación penal. En: *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005a., p.131.

86 *Ibid.* Ob. Cit. 2003., pp. 414 y ss.

el contenido esencial del derecho es el que resulta de aplicar el principio de proporcionalidad. Esto es, aquellos contenidos del derecho cuya restricción no resulte idónea para alcanzar un fin legítimo, sea innecesaria o desproporcionada, formarán parte del contenido esencial que no se define en abstracto sino a partir de las relaciones que en cada caso concreto, se establecen entre las posiciones protegidas *prima facie* por un derecho fundamental y los restantes contenidos constitucionales⁸⁷. Desde esta perspectiva, existiría una relación de identidad entre el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, toda vez que este último interviene siempre que se trata de identificar el contenido esencial del derecho.

Sin embargo, el profesor Carlos Bernal propone una versión de la teoría relativa que plantea de un modo más adecuado, sus relaciones con el principio de proporcionalidad. Sostiene que el contenido esencial del derecho fundamental estaría conformado por todas las normas y posiciones *definitivas* que pueden adscribirse a una disposición *ius fundamental*, es decir, el contenido esencial coincide con el *contenido definitivo* del derecho. De acuerdo con esta concepción, el principio de proporcionalidad sólo interviene para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales en los casos difíciles. Pero en los casos fáciles, cuando la determinación del contenido del derecho no requiere resolver una colisión entre principios constitucionales porque no existe alguna razón *prima facie* admisible que se oponga a consolidar como definitiva una posición incluida dentro del contenido inicial del derecho, dicha posición formará parte del contenido esencial del derecho fundamental en cuestión.

Así, por ejemplo, una ley que condicione la concesión de la libertad provisional a que el sindicado suscriba un acta en la que se compromete a suministrar a las autoridades judiciales toda la información que conduzca al esclarecimiento de los hechos, restringe uno de los contenidos que, sin duda, pueden adscribirse con carácter definitivo al derecho fundamental a no autoincriminarse y, por tal motivo, vulnera el contenido esencial de este derecho, sin que para fundamentar tal conclusión haga falta emplear el principio de proporcionalidad⁸⁸. Entretanto, para establecer si afecta el contenido esencial de este de-

⁸⁷ ALEXY. Ob. Cit. 1986., pp. 286 y ss.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-776 de 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

recho una norma que disponga la inmovilización del vehículo cuyo conductor se rehúse a la práctica de una prueba de alcoholemia, habrá que resolver, con ayuda del principio de proporcionalidad, la colisión que se plantea entre el principio que ordena la protección de la vida e integridad de quienes transitan por las carreteras, que podría verse amenazada por la circulación de conductores ebrios, y el derecho a no autoincriminarse, que comprendería prima facie el derecho a no someterse a la práctica de pruebas de cuyo resultado se puedan derivar consecuencias sancionadoras.

¿Cómo ha sido interpretada la noción de contenido esencial en la jurisprudencia constitucional colombiana? Si bien en las primeras sentencias en las cuales incluye esta noción, la Corte Constitucional emplea criterios cercanos a las teorías absolutas, también se advierte su afán por aproximar dicha noción a las exigencias del principio de proporcionalidad. Así se advierte en la temprana sentencia T-426 de 1992, cuando afirma que:

La ponderación de valores o intereses jurídico-constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

Esta deriva hacia una interpretación del contenido esencial desde la perspectiva de las teorías relativas y se consolida en sentencias posteriores, como la C-142 de 2001, en la cual la Corte reitera de manera expresa, lo afirmado en la sentencia antes citada y emplea el principio de proporcionalidad para establecer, si una regulación que dejaba sin efectos los votos contenidos en actas viciadas de nulidad, desconocía el núcleo esencial del derecho al sufragio.

De la anterior exposición, es posible concluir que desde la perspectiva de las teorías relativas, que ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta argumentativa con ayuda de la cual se define el contenido esencial de los derechos fundamentales en los casos difíciles.

2.4.2 El concepto de “razonabilidad”

La razonabilidad es un concepto ambiguo que en el ámbito de la argumentación jurídica, se asocia a tres significados diferentes.

En su acepción más amplia, algunas teorías de la argumentación han empleado la noción de razonabilidad para aludir a un criterio de corrección “débil”, que operaría en el ámbito del razonamiento práctico, como sucedáneo de la noción más fuerte de racionalidad, predictable de la argumentación sobre cuestiones teóricas⁸⁹. El núcleo de sentido de la razonabilidad remite a la idea de admisibilidad por parte de un auditorio ideal, conformado por personas dispuestas a evaluar una decisión no bajo la óptica de sus intereses particulares, sino atendiendo a criterios imparciales y universalizables, esto es, por lo que Perelman denomina un “auditorio universal”. En tal sentido, Manuel Atienza emplea esta noción para calificar las decisiones jurídicas que se adoptan en los casos difíciles, esto es, aquellos para los cuales las normas del sistema jurídico ofrecen respuestas incompatibles entre sí, no ofrecen respuesta alguna, o ésta resulta valorativamente inadmisible. En tales casos, la decisión que se adopte será razonable si logra un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que deben ser tenidas en cuenta para decidir y se basa en argumentos compartidos por la comunidad a la cual se dirige⁹⁰.

En un segundo sentido, la razonabilidad se emplea como sinónimo de “no arbitrariedad”, con el fin de descalificar como irrazonables aquellos ejercicios de poder que no estén motivados por una finalidad discernible, cuando supongan un sacrificio gratuito de los derechos de los individuos afectados por la actuación así calificada, porque ésta no se oriente al logro de un propósito jurídicamente relevante⁹¹. Así entendida, la exigencia de razonabilidad se integra al principio de proporcionalidad

⁸⁹ Se halla aquí latente la distinción entre usos *teóricos* y *prácticos* de la razón. La primera se refiere al uso de la razón que busca responder a la pregunta de ¿cómo es el mundo? y que se despliega, de manera paradigmática, en el conocimiento científico. Se alude, en cambio, a un uso práctico de la razón, cuando se orienta a responder a cuestiones relativas a cómo orientar la acción humana, ya sea en el plano individual o colectivo. El ámbito de la razón práctica es, por lo tanto, el de la moral, el derecho, la política.

⁹⁰ ATIENZA. *Para una razonable definición de 'razonable'*. En: *Doxa*, 4. Barcelona, 1987, pp. 193 y ss.
⁹¹ BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2005., p. 69.

dentro de los juicios de *legitimidad del fin* e *idoneidad* de la intervención en derechos fundamentales, el primero de los cuales constituye un presupuesto para que se plantee la colisión entre principios constitucionales que da lugar al empleo de dicha estructura argumentativa, mientras que el segundo, constituye uno de los subprincipios de la proporcionalidad. En efecto, si no logra determinarse cuál es la finalidad perseguida por una medida que afecta los derechos fundamentales o se establece que dicha finalidad constituye una razón definitivamente inadmisible en la argumentación constitucional, por ejemplo: por tratarse de un fin proscrito por la Constitución (piénsese en una medida que con el fin de fomentar la adhesión a la religión católica, imponga como obligatoria su enseñanza en los colegios públicos), podrá afirmarse que la medida en cuestión es irrazonable y, al no tener a su favor un principio constitucional que le sirva de sustento, constituye un buen ejemplo de un caso fácil de vulneración de la libertad religiosa.

Pero la razonabilidad, entendida en el sentido de no arbitrariedad, también implica examinar la relación entre la medida enjuiciada y el fin legítimo que le sirve de sustento, de tal suerte que si una actuación del poder público invoca a su favor una finalidad constitucionalmente admisible, pero los medios empleados no contribuyen en modo alguno al logro de dicho fin, esto es, si resultan inidóneos para alcanzar el objetivo propuesto, también habrá lugar a descalificar como irrazonable la medida en cuestión.

En tercer lugar, dicha noción se integra a la expresión “test de razonabilidad”, para designar una herramienta argumentativa empleada por los tribunales para establecer cuándo una diferencia de trato constituye una violación del principio de igualdad. Como pudo apreciarse en el examen de la jurisprudencia constitucional⁹², la Corte Constitucional ha entendido que el “test de razonabilidad” se orienta a verificar las siguientes cuestiones:

- a) *La existencia de un objetivo perseguido mediante el establecimiento del trato desigual*

92 Supra. 2.2.1.

- b) *La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución*
- c) *La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad de ese trato y el fin perseguido (sentencia C-022 de 1996).*

Puede advertirse que las etapas (a) y (b) del “test de razonabilidad” corresponden a la pregunta por la *legitimidad del fin*, que constituye uno de los presupuestos a verificar antes de aplicar los subprincipios de la proporcionalidad. A su vez, como ha señalado la Corte, *el concepto de razonabilidad se concreta en el de proporcionalidad* que implica evaluar si el trato desigual es (1) *adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato* (sentencia C-022 de 1996). En definitiva, cabe concluir que el llamado “test de razonabilidad” es el nombre específico que adopta el principio de proporcionalidad cuando se aplica al control de medidas que afectan el derecho a la igualdad.

2.4.3 El concepto de “ponderación”

En un sentido amplio, se alude a la ponderación como un método de razonamiento, opuesto a la subsunción, mediante el cual se balancean o sopesan los argumentos que se aducen a favor y en contra de una determinada decisión. En muchas ocasiones, se advierte un uso intercambiable de los conceptos de ponderación y principio de proporcionalidad, tanto en su uso jurisprudencial como en las elaboraciones doctrinales al respecto, pero cuando se trata de precisar las relaciones entre ambos conceptos, un importante sector doctrinal sostiene que la ponderación es el método de razonamiento que estructura el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, pues es allí donde, una vez verificada la idoneidad y la necesidad de la medida, tiene lugar el balance entre los principios que juegan a favor y en contra de su constitucionalidad⁹³.

93 BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 563 y ss.

Tras este examen de los diversos aspectos que involucra el principio de proporcionalidad como herramienta de interpretación y argumentación constitucional, corresponde ahora examinar cómo ha sido entendido el principio de proporcionalidad en el ámbito penal y el papel que desempeña en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que tienen lugar con ocasión del ejercicio de poder punitivo.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Responda las siguientes preguntas:

1. ¿Por qué se afirma que la utilización del principio de proporcionalidad se vincula a una justificación instrumental del Estado y del Derecho y a una afirmación de la libertad personal como punto de partida de la relación entre individuo y Estado, cuya excepción es preciso justificar?
2. ¿Podría ofrecer argumentos constitucionales que permitan afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano se edifica sobre los anteriores presupuestos?
3. Teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas sobre la función que desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional, ¿podría afirmarse que éste representa un límite sustantivo a la actividad de los poderes públicos, adicional a los ya establecidos por los derechos fundamentales?
4. ¿Qué relación existe entre el principio de proporcionalidad, el contenido definitivo de los derechos fundamentales y las normas adscritas de derecho fundamental?
5. ¿Constituye el principio de proporcionalidad una herramienta argumentativa a emplear en todos los casos que involucren la interpretación de derechos fundamentales?
6. ¿Qué relación existe entre el concepto de núcleo esencial y el principio de proporcionalidad?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

1. Un ciudadano demandó ante la Corte Constitucional el artículo 133, numeral 2, del Estatuto de Notariado (Decreto 960 de 1970), que prohíbe designar a las personas sordas, mudas o ciegas para ocupar el cargo de notario.
 - Teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-093 de 2001 y C-673 de 2001, ¿cuál debe ser la intensidad con la cual se aplique el juicio de igualdad en este caso?
 - Luego de leer la sentencia C-076 de 2006, donde la Corte examina la constitucionalidad de la norma antes mencionada: (a) indique cuál fue la intensidad con la cual se practicó el juicio de igualdad; (b) compare las etapas de este juicio que fueron empleadas en la sentencia, con la estructura del principio de proporcionalidad; (c) dentro de cuál de estas etapas se sitúan los argumentos dados por la Corte para declarar inconstitucional la prohibición de designar a personas sordas y mudas para ocupar el cargo de notario.
2. Revise el caso planteado en la autoevaluación de la Unidad 1 de este módulo (Resolución de la DIMAYOR). Examine la constitucionalidad de esta medida con ayuda del principio de proporcionalidad, indicando: (a) si concurren los presupuestos para que haya lugar al empleo de esta herramienta argumentativa; (b) el contenido específico de cada una de las etapas que lo integran (juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), y su aplicación al examen de resolución adoptada por la DIMAYOR.
- Confronte los resultados de su argumentación con los de sus demás compañeros de grupo, con el fin de establecer los puntos de acuerdo y las divergencias en las valoraciones efectuadas en cada una de las etapas que integran el juicio de proporcionalidad.

J

JURISPRUDENCIA

Sobre el empleo del principio de proporcionalidad como integrante del “test de razonabilidad” de medidas que establecen tratos desiguales, ver las sentencias T-422 de 1992 (concurso de méritos en entidad pública); T-230 de 1994 (discriminación de trabajadores sindicalizados en la asignación de horas extras); C-022 de 1996 (aumento de puntaje en las pruebas del ICFES para bachilleres que prestan servicio militar); T-352 de 1997 (exención de requisitos tributarios a la Iglesia Católica); C-093 de 2001 (edad mínima para adoptar); C-673 de 2001 (aplicación de normas de escalafón docente a educadores no oficiales).

Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de medidas que afectan otros derechos fundamentales, véase las sentencias de constitucionalidad C- 309 de 1997 (cinturón de seguridad); C-741 de 1999 (obligación de llevar calcomanía que acredita el pago de impuestos y seguro obligatorio de vehículos); C-142 de 2001 (exclusión de los votos de las actas o registros electorales declarados nulos); C-802 de 2002 (Estado de conmoción interior). También las sentencias de tutela T-015 de 1994 (expulsión de estudiantes); T-630 de 97 (no recepción de correspondencia y suspensión de citófono a residentes morosos en el pago de cuotas de administración); SU-642 de 1998 (obligación de cortar el cabello en guardería infantil); T-1321 (prohibición de emplear amplificadores e instrumentos musicales en culto religioso).

Unidad 3

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Al finalizar el estudio de esta unidad, el y la discente estará en condiciones de identificar los distintos significados asociados al principio de proporcionalidad en el derecho penal – proporcionalidad de las penas y proporcionalidad en sentido amplio – así como las relaciones que existen entre ellos. También podrán identificar los contenidos específicos que asume el principio de proporcionalidad en sentido amplio cuando se proyecta en el control de intervenciones penales y su relación con los límites sustantivos al poder punitivo desarrollados por el derecho penal liberal. Finalmente, estarán en condiciones de formular argumentos que avalan la utilización, en el sistema jurídico colombiano, del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa para controlar la intervención en derechos fundamentales que se produce en el momento de la determinación judicial de la pena.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Con el estudio de esta unidad, el y la discente estará en capacidad de:

- Diferenciar el principio de proporcionalidad de las penas del llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio, y establecer de que manera este último también incorpora la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena presente en el primero.
- Identificar los contenidos específicos que asume el principio de proporcionalidad en sentido amplio cuando se proyecta en el control de intervenciones penales y cómo se relacionan con los límites sustantivos al poder punitivo desarrollados por el derecho penal liberal.
- Identificar las sentencias más relevantes en las cuales la Corte Constitucional colombiana ha utilizado el principio de proporcionalidad en el control de intervenciones penales en derechos fundamentales.
- Ofrecer argumentos que apoyen la utilización del principio de proporcionalidad en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que se producen con ocasión del ejercicio del poder punitivo, particularmente en el momento de la determinación judicial de la pena.

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA PREPARATORIA

Antes de emprender el estudio de esta unidad, seleccione tres sentencias proferidas por usted en su trabajo como juez o jueza penal y en las cuales haya utilizado el principio de proporcionalidad de las penas o aplicado el artículo 3 del CP, para fundamentar su decisión. Examine cuál fue la interpretación que de ellos hizo en la sentencia. Esta actividad le permitirá confrontar la interpretación y aplicación que ha efectuado del principio de proporcionalidad en su actividad como juez o jueza penal, con los elementos teóricos que serán tratados en esta unidad.

En el ámbito penal, tradicionalmente se ha identificado el principio de proporcionalidad con la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y la del delito. Sin embargo, en las últimas décadas, bajo el influjo del significado dado a este concepto en la jurisprudencia constitucional, un amplio sector de la doctrina penal entiende el principio de proporcionalidad como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad⁹⁴. A continuación, examinaremos cada uno de estos modos de entender el principio de proporcionalidad en materia penal, con el fin de establecer tanto las diferencias como las relaciones entre ambos y señalar de qué manera el principio de proporcionalidad de las penas se integra dentro de la proporcionalidad entendida en sentido amplio. Luego examinaremos la manera como el principio de proporcionalidad ha sido empleado por la Corte Constitucional colombiana en el control de intervenciones penales en derechos fundamentales y, finalmente, expondremos las razones que avalan el empleo de esta herramienta argumentativa en el control de las intervenciones en derechos fundamentales que se producen en el momento de la determinación judicial de la pena.

3.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

En sus orígenes, la reflexión sobre la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada ante todo, a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados. Así entendido este principio, presenta un contenido reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal pues, por una parte, tan sólo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no

⁹⁴ A la distinción entre proporcionalidad en sentido estricto (proporcionalidad de las penas), y en sentido amplio en materia penal se refieren, entre otros: LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. Cit., p. 161. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Edesa, Madrid, 1999., p. 137. SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal*. En: *La Ley*, 4. Buenos Aires, 1994., p. 1117. CUERDA ARNAU, María Luisa. *Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal*. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Universitat – Instituto de Criminología. Valencia, 1997., p. 452. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Los principios del derecho penal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas*. 2002. En: www.iustel.com/biblio.asp

interviene en la previa elección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación. Para decirlo en los términos de la conocida distinción de Ferrajoli, tal principio no nos dice algo acerca de *cuándo y cómo prohibir*, sino que más bien se refiere al *cómo* (y más propiamente al *cuánto*) *castigar*⁹⁵. Por otra parte, no exige que la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna, sino tan sólo que su aflictividad no supere la gravedad del delito al cual se vincula como consecuencia jurídica. Por ello en adelante, se hablará de *proporcionalidad de las penas* para designar este primer foco de significado del principio en cuestión.

A ella se refieren, entre muchos otros, autores como Montesquieu, quien advierte que *“es esencial que las penas estén proporcionadas entre sí, porque es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofende a la sociedad que lo que menos la hiera”*⁹⁶. Guiado por esta misma preocupación Beccaria considera que *“(n)o sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraijan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas”*⁹⁷.

Como ha puesto de manifiesto Ferrajoli, será en el clima ideológico de la Ilustración cuando el principio de proporcionalidad alcance su impulso definitivo, una vez llegan a madurar los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la igualdad, la certeza y, ante todo, la mensurabilidad y calculabilidad de las penas. En particular, el progresivo abandono del amplio catálogo de penas infamantes y corporales propias del Antiguo Régimen y su sustitución por penas abstractas y convencionales como la privación de la libertad y la multa representarán el “presupuesto técnico” de la idea de proporcionalidad de las penas, pues con ello será posible fraccionar el castigo en unidades de tiempo o de dinero, lo cual a su vez posibilitará comparar en función de su *quantum*, la gravedad de

95 FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989, p. 353.

96 MONTESQUIEU. *Del espíritu de las Leyes*. Trad. M. Báquez y P. de Vega. Tecnós, Madrid, 2000., p. 66.

97 BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Trad. J. A. de las Casas. Alianza. Madrid, 1993., p. 35.

sanciones hasta ese entonces incommensurables, por tratarse de penas de distinta clase o no susceptibles de graduación⁹⁸.

Así pues, la *gravedad de la pena* dependerá no sólo de la importancia del bien o derecho que resulta afectado con su imposición, sino también de la cantidad de dicha afectación. Por su parte, los criterios que han de tenerse en cuenta para determinar la *gravedad del delito* serán distintos, según que las exigencias del principio de proporcionalidad de las penas se proyecten al momento de la creación de tipos penales, la llamada *proporcionalidad en abstracto* o al momento de su aplicación judicial, cuando se habla de la *proporcionalidad en concreto*⁹⁹.

3.1.1 Proporcionalidad de las penas en abstracto y en concreto

En la fase de creación de tipos penales, el principio de proporcionalidad de las penas requiere que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador, esto es, el marco penal abstracto, guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito. Este último extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. Ambos criterios se conjugan para determinar la entidad del daño causado por la acción que se incrimina, pero aun cuando su consideración es necesaria para satisfacer las exigencias del principio de lesividad, no es con todo, suficiente para determinar la gravedad del delito, ya que si sólo se tomara en cuenta estos elementos, no resultaría contrario al principio de proporcionalidad de las penas, por ejemplo: establecer la misma sanción para el homicidio doloso y para el homicidio imprudente, dado que en ambos casos el resultado lesivo es el mismo. De ahí que en virtud del principio de culpabilidad, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes para efectos de determinar la mayor o menor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso, reflejando así el

⁹⁸ FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 392 – 398.

⁹⁹ AGUADOCORREA. Ob.Cit., p.282. URQUIZOOLAECHEA, José. *Principio de proporcionalidad penal*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Tecnós, Madrid, 2002., p. 204.

diferente desvalor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que sin quererlo, ha podido evitar.

Como puede suponerse, cada uno de los criterios que han de emplearse para determinar la gravedad del delito, abre camino a numerosos problemas cuya consideración excede el objeto del presente módulo. Así mismo, es problemática la comparación entre los diversos delitos, si se atiende a su gravedad; piénsese, por ejemplo: en las dificultades para establecer si es más grave un secuestro o una violación. Pero acaso, la principal dificultad que plantea la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena, se deriva de la inexistencia de una correspondencia natural y de la insalvable heterogeneidad entre unos y otras. En efecto, no existen criterios objetivos que permitan afirmar que al delito x corresponde, como sanción proporcionada, determinada clase y cantidad de pena, sino que la vinculación entre ambas se establece de manera convencional, siendo apenas el resultado contingente de una decisión adoptada por el legislador, al atender a consideraciones eticopolíticas y de oportunidad. Dado el carácter convencional de la relación entre pena y delito, la proporcionalidad entre ambos sólo puede afirmarse, si previamente el legislador ha fijado una escala de penas que ordene los castigos en función de su gravedad; escala que a su vez, refleja el desvalor que en el ordenamiento se asigna a cada uno de los delitos, según la gravedad de las penas a ellos vinculadas, así como el grado de importancia que en él se concede a los bienes protegidos por el derecho penal.

En el marco de esta escala, la relación de proporcionalidad entre pena y delito no se afirma entonces de manera aislada, sino tomando como referencia la sanción prevista por el legislador para otras conductas de gravedad similar. Este recurso a un *tertium comparisonis*, ha llevado a algunos autores a concebir el principio de proporcionalidad como un equivalente del principio de igualdad en materia penal, pues, así entendido, incorpora los dos principales contenidos y asociados a este último: por una parte, la exigencia de establecer sanciones similares para aquellos delitos que desde un punto de vista externo a la valoración efectuada por el legislador, sean considerados de igual gravedad; por otra, la prohibición de establecer la misma pena para conductas que puedan considerarse de distinta gravedad, así como la de sancionar un delito

menos grave con una pena mayor a la prevista para un hecho más grave. Desde este punto de vista, el principio de proporcionalidad reclama una igualdad “proporcionada” entre las penas¹⁰⁰.

Por otra parte, como ha sostenido Díez Ripollés, el citado principio no sólo prescribe al legislador fijar las sanciones, atendiendo a la importancia de lo tutelado, la gravedad del ataque y el ámbito establecido de responsabilidad subjetiva. También es preciso que el legislador configure las penas de modo tal, que permita al juez o la jueza modular la sanción por imponer, de acuerdo con las variaciones que en el caso concreto pueden presentarse tanto en lo que se refiere a la afectación del objeto de protección como a la estructuración de la responsabilidad¹⁰¹. Esta segunda exigencia se cumple no sólo mediante la previsión legislativa de marcos penales en lugar de penas fijas, sino también, estableciendo reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes de la culpabilidad. La previsión de este tipo de reglas en sede legislativa, representa así una condición necesaria para hacer efectiva la proporcionalidad al momento de la aplicación de la ley penal.

Y es que, en efecto, al descender del plano de la tipificación de supuestos delictivos genéricos a la determinación de la pena aplicable a un concreto hecho punible - la llamada proporcionalidad *en concreto* - el juez o la jueza tendrá que considerar criterios adicionales para calcular la gravedad del delito y establecer la pena aplicable, los cuales, debido a su carácter contingente y a su estrecha vinculación al caso, no pueden ser considerados en sede legislativa. Tales son, entre otros, el grado de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico que genera la conducta punible, la intervención real que tuvo la persona a quien se juzga en la creación de dicha lesión o riesgo, así como los factores de tipo individual y social que permiten fundamentar la menor exigibilidad de otra conducta¹⁰².

¹⁰⁰ FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989, p. 402. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995., p. 211. SÁNCHEZ GARCÍA. Ob. Cit., p. 1114.

¹⁰¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003., p. 162.

¹⁰² Además de estos criterios que permiten establecer el grado de injusto y de culpabilidad y, con ello, la “gravedad del delito”, en el sentido amplio que aquí damos a esta expresión, algunos autores se refieren a consideraciones de tipo preventivo general o especial para

3.1.2 Proporcionalidad de las penas y retribución

La exposición de las doctrinas de justificación del castigo suele tomar como punto de partida la contraposición entre teorías *absolutas* y *relativas* de la pena, siendo las primeras todas las doctrinas *retribucionistas* que conciben la pena como una “compensación” o “reparación” que se impone como retribución por el mal causado por el delito, renunciando a justificar el castigo debido a su utilidad o beneficio social, para en su lugar considerarlo como una práctica intrínsecamente valiosa, sobre la base de entender que las malas acciones merecen castigo y que es justo devolver mal por mal. Las teorías *relativas*, por el contrario, son todas aquellas doctrinas de raíz utilitarista que justifican la pena sólo como un medio al servicio de la prevención de futuros delitos. Finalmente, las teorías *unitarias* o *mixtas*, dominantes en la doctrina actual, son aquellas que integran elementos retributivos y preventivos, a fin de proponer teorías de justificación aptas para limitar los excesos en los cuales puede incurrir la prevención y superar las carencias del retribucionismo puro.

Tradicionalmente, la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito se ha vinculado a una justificación retributiva del derecho penal. A continuación, examinaremos las razones que sustentan tal relación y cómo ha evolucionado a raíz de las transformaciones experimentadas por el retribucionismo como doctrina de justificación del castigo.

tener en cuenta al momento de calcular la proporcionalidad en concreto. Si bien estas últimas pueden tener cabida en la individualización judicial de la pena, no se trata propiamente de criterios para modular la “gravedad del delito”, sino para fundamentar la disminución de la pena por debajo del umbral que correspondería a la gravedad del delito cometido, cuando la misma se revele innecesaria por razones de prevención general o especial, pero en ningún caso para agravar la situación del condenado. Sobre los criterios que han de intervenir o ser excluidos en la individualización judicial de la pena. Ver entre otros: DOLCINI, Emilio. *La commizurazione della pena*. Cedam, Padua, 1979., p. 354. DEMETRIO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999., pp. 289 y ss. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982., pp. 123 y ss.

El núcleo del retribucionismo puede resumirse en las siguientes tesis:

1. La imposición de una pena no se justifica por las consecuencias valiosas que ella pueda reportar, sino ante todo como realización de un principio de justicia que considera intrínsecamente valioso la retribución de un mal con otro mal.
2. El castigo únicamente encuentra justificación cuando es un *castigo merecido*. Y lo es sólo cuando se irroga a la persona responsable de la comisión de un delito. Ello comporta la doble exigencia de que la pena se imponga sólo como consecuencia de hechos que le sean imputables a su autor, tanto desde un punto de vista *objetivo*, esto es, que sean consecuencia de su acción u omisión, como *subjetivo*, es decir, que concurran los requisitos de imputación (que haya existido intención de cometer la conducta punible), e imputabilidad (que haya sido realizado en estado de equilibrio mental). El castigo sólo es merecido, por lo tanto, cuando puede afirmarse la *culpabilidad* de su autor.
3. La culpabilidad por el hecho opera no sólo como presupuesto sino como medida del castigo, de lo cual se deriva la exigencia de *proporcionalidad* entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito, ya no como analogía entre una y otro, a la manera de la evocación kantiana del “ojo por ojo”, sino en un sentido más cercano a la reformulación hegeliana, como equivalencia en el plano abstracto entre el *quantum* de la pena y la gravedad del delito¹⁰³.

Del conjunto de estas premisas, se desprende que el retribucionismo, entendido como doctrina absoluta de justificación de la pena, comporta una *obligación de castigar* siempre que se verifique la existencia de un delito cometido por un autor culpable, como realización de un imperativo de justicia, a la vez que representa un *límite al castigo*, pues la culpabilidad por el hecho se erige en una barrera que condiciona la imposición de las penas (sólo a los culpables), y la cantidad de las mismas (en proporción a la gravedad del delito). Por su parte, considerada desde el prisma de la

¹⁰³ HART, Hebert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. G. Carrión. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968., p. 231. ROSS. Ob. Cit., p. 185. BETEGÓN, Jerónimo. *La justificación del castigo*. 2003. En: www.iustel.com/biblio.asp

retribución, esta exigencia de proporcionalidad se proyecta igualmente en dos sentidos: como una *obligación de castigar* con una pena no inferior a la exigida por la justicia retributiva y, a la vez, como un *límite al castigo*, que proscribe imponer una pena superior a la gravedad del delito¹⁰⁴.

Sin embargo, se ha considerado acertadamente que el retribucionismo no ofrece una respuesta satisfactoria a la pregunta general por las razones que justifican la existencia de instituciones penales en una sociedad. Aducir la satisfacción de un imperativo de justicia retributiva como justificación para una práctica tan afflictiva y costosa como es el castigo estatal, además de apoyarse en premisas bastante discutibles - relativas a la bondad intrínseca de la práctica de devolver mal por mal, a la misteriosa alquimia por la cual de la suma de dos males (el delito y la pena), puede obtenerse un bien o a la creencia en el libre albedrío como fundamento del reproche que se formula a un autor, culpable por "haber podido actuar de otro modo" - resulta incompatible con una concepción instrumental del Estado y de su poder punitivo, establecidos para lograr fines relacionados con la garantía de un modelo de convivencia en el cual la libertad y los derechos de los individuos sean respetados. Pero tampoco, el retribucionismo suministra respuesta alguna a la cuestión más específica de qué actos puede el Estado calificar como delitos y castigar mediante penas; de ahí que pueda concluirse que dicha doctrina no está en condiciones de ofrecer justificación para el derecho penal en general, como institución que formaliza la práctica del castigo ni para cada una de las decisiones legislativas que se establecen al interior de un concreto sistema penal.

En ambos terrenos, las justificaciones relativas de corte utilitarista se han impuesto sobre las tesis retribucionistas, en tanto aquellas vinculan la justificación del sistema penal en general, y de las leyes penales en particular, a la consecución de efectos sociales benéficos, en concreto, a la prevención de aquellas conductas, previamente definidas como delitos que atentan contra el modelo de convivencia para cuya garantía se establece el Estado¹⁰⁵. Sin embargo, este reconocimiento se ha visto acompañado

¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal*. En: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002., p. 351.

¹⁰⁵ El escaso valor justificatorio del retribucionismo en el ámbito de la justificación general del castigo es puesto de relieve, entre otros, por: HART. *Punishment and Responsibility*. Clarendon Press, Oxford, 1968., pp. 8 y ss. RAWLS, John. *Dos conceptos de reglas*. En: *Teorías sobre la ética*.

por el consenso acerca de la necesidad de mantener los límites derivados de la idea de retribución, relativos a la exigencia de *culpabilidad* como presupuesto de la pena y de *proporcionalidad* entre pena y delito como medida del castigo. De este modo, el abandono de las doctrinas absolutas o retributivas de justificación del castigo en beneficio de justificaciones relativas o utilitarias de la pena, ha comportado una reformulación de la idea de retribución que de *fundamento* o *justificación* del derecho a castigar, pasa a ser concebida ante todo como un *límite* de aquél.

A este cambio de significado ha contribuido la distinción, subrayada por Hart, entre la retribución como “*fin general justificador*” de la pena y como criterio para su “*distribución*”, y la cual en un sentido similar, propone Rawls entre la justificación general de una práctica – “*¿por qué poseemos instituciones de castigo?*” - y la justificación de una acción particular que cae dentro de dicha práctica - “*¿por qué se castiga al individuo X y no a otro?*”. Ambos autores coinciden en señalar que mientras los argumentos utilitaristas sirven para responder a lo primero - a la justificación general del castigo - los argumentos retributivos atienden más bien al problema de su “*distribución*” - “*a quién*” y “*cuánto*” se puede castigar - así como a la justificación de la imposición de una pena en un caso concreto¹⁰⁶. Al hilo de esta distinción, sostiene Ross¹⁰⁷ de modo enfático que

La prevención [...] es la única respuesta adecuada cuando la cuestión se plantea como un problema atinente a la finalidad de la legislación penal’, mientras que, ‘la retribución, es decir, la exigencia de culpabilidad como condición previa para la imposición del castigo y la determinación de su medida, es la única respuesta satisfactoria cuando la cuestión se formula como una pregunta acerca de qué consideraciones morales restrictivas limitan el derecho del Estado a utilizar el castigo como medio para influir sobre el comportamiento’.

Fondo de Cultura Económica, México, 1974., p. 213. BETEGÓN. *La justificación del castigo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992., pp. 128 y ss. HASSEMER. *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social*. En: *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra – Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1982. FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 256 y ss. ROSS. Ob. Cit., pp. 166 y ss., que destaca además, la insuficiencia del retribucionismo para ofrecer criterios de justificación de las decisiones legislativas relativas al *qué castigar*.

¹⁰⁶ HART. Ob. Cit. 1968., pp. 8 y ss. RAWLS. Ob. Cit. 1974., pp. 213 y ss.

¹⁰⁷ ROSS. Ob. Cit., p. 184.

Este cambio de significado ha supuesto la crisis del primer aspecto de la proporcionalidad de las penas, aquél que visto desde la óptica de la retribución como *fundamento* del castigo, se refiere a la obligación inexcusable de imponer una determinada cantidad de pena como retribución por el mal causado por el delito; queda sólo en pie, por lo tanto, su segundo significado, el que establece la gravedad de los delitos, como *límite infranqueable* de las penas¹⁰⁸. Entendido como garantía y límite de la prevención, el principio de proporcionalidad de las penas impide imponer un castigo que exceda la gravedad del delito pero, a la vez, no se opone a disminuir o incluso a prescindir, de la pena cuando ello sea aconsejable por razones preventivas¹⁰⁹.

Existe, por lo tanto, un amplio acuerdo en afirmar que las garantías comúnmente asociadas a la idea de retribución (culpabilidad y proporcionalidad de las penas), representan principios restrictivos que operan como límites *externos* a la lógica de la prevención, los cuales, señala Ross¹¹⁰, expresan “*la noción moral de que el individuo no debe convertirse en víctima propiciatoria de la sociedad*”. Se trata entonces de principios éticos que deben respetar toda intervención penal para ser legítima desde un punto de vista externo, los cuales además encuentran acomodo en el plano jurídico, en cláusulas constitucionales como las que se refieren a la dignidad humana, la igualdad o consagran el modelo de Estado social y democrático de derecho.

3.2 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Hasta ahora nos hemos referido sólo al significado tradicionalmente atribuido al principio de proporcionalidad en derecho penal, esto es, al principio de *proporcionalidad de las penas* que proyecta sus consecuencias exclusivamente en el plano de determinación legal y judicial de la clase y cantidad de la sanción por imponer. Sin embargo, en los últimos años,

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. *¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?* Trad. J. M. Silva Sánchez. En: *Cuadernos de Política Criminal*, 30. Madrid, 1986., p. 688.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992., p. 259. MIR PUIG. Ob. Cit. 2002., p. 351. ROXIN. Ob. Cit. 1986., p. 691.

¹¹⁰ ROSS. Ob. Cit. 1976., p. 180.

y sin duda como una consecuencia más del “efecto de irradiación” de la constitución, y de la jurisprudencia de su máximo intérprete, sobre el resto del ordenamiento, se asiste a una reformulación y ampliación de los contenidos del principio de proporcionalidad en materia penal, a fin de aproximarla al significado dado a esta expresión por los tribunales constitucionales al momento de enjuiciar la constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales, entre ellas las del legislador penal. De este modo, un amplio sector de la doctrina sostiene que existe un *principio de proporcionalidad en sentido amplio*, que se descompone en los subprincipios de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*¹¹¹.

La reformulación del significado clásico atribuido al principio de proporcionalidad en el ámbito penal (proporcionalidad de las penas), ha supuesto una doble ampliación del mismo, tanto en lo que se refiere a sus *contenidos* como a su *proyección* en un espectro más amplio de las decisiones relativas al ejercicio del poder punitivo.

Con relación a lo primero, la llamada “proporcionalidad en sentido amplio” supone la integración más o menos sistemática de un conjunto de límites sustanciales al poder punitivo, desde hace tiempo forjados por la cultura jurídico penal, pero que habían caminado paralelos sin integrarse en una formulación conjunta. La exigencia de que las prohibiciones y las penas persigan un *fin legítimo* y que a su vez sean *idóneas* para contribuir a su consecución, representa una opción expresa por una fundamentación relativa e instrumental del derecho penal, en abierta ruptura con justificaciones absolutas como las ofrecidas por las doctrinas retribucionistas: sólo se justifica la pena en tanto un medio útil para alcanzar fines ajenos al derecho mismo, inicialmente identificados con la protección de los “*derechos naturales*” del individuo y luego con los llamados “*bienes jurídico penales*”. Por su parte, el requisito de *necesidad* supone una valoración de la pena como un mal, como una “*inmoralidad prima facie*” que sólo deviene legítima en cuanto no exista otro medio igual de eficaz para

¹¹¹ ARROYO, Luis. *Derecho penal económico y constitución*. En: *Revista Penal*, 1. Madrid, 1998. AGUADO CORREA. Ob. Cit. 1999. BERDUGO, Ignacio et al. *Lecciones de derecho penal*. Parte General. 2 ed. Praxis, Barcelona, 1999., pp. 55 y ss. CARBONELL MATEU. Ob. Cit., pp. 204 y ss. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal*. Parte General. 4 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996., pp. 75 y ss. LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. Cit. MIR PUIG. Ob. Cit.

alcanzar aquellos fines de protección¹¹². Esta idea ha sido expresada en el pensamiento penal por medio del principio de *intervención mínima*, con sus componentes de *subsidiariedad* (sólo ha de acudirse al derecho penal como *ultima ratio*, una vez ensayados y agotados todos los demás medios de protección), y *fragmentariedad* (el derecho penal sólo ha de intervenir para sancionar los ataques más graves contra los bienes jurídicos dignos de protección). Por último, la proporcionalidad en sentido estricto viene a exigir que los beneficios que se derivan de la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico, superen los costes que representa dicha protección desde la perspectiva de los derechos afectados por las prohibiciones y con las penas, cálculo que confirma una fundamentación relativa y utilitaria del instrumento penal.

Por otra parte, esta redefinición del principio de proporcionalidad ha ampliado también la proyección del citado principio en el ámbito penal, que ya no sólo establece un límite a los *castigos* sino también a las *prohibiciones* penales. En efecto, bajo este principio se agrupa un conjunto de exigencias materiales que debe satisfacer todo ejercicio del poder punitivo estatal, en tanto el mismo representa una afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, al momento de construir un modelo de aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal, es preciso tener en cuenta las diferencias que puede plantear la aplicación de cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad cuando se proyectan sobre el control de las prohibiciones y de las sanciones penales, respectivamente¹¹³.

Tomando como punto de partida la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad anteriormente esbozada¹¹⁴, a continuación examinaremos el significado concreto que adquiere cada uno de los presupuestos y subprincipios que la conforman, cuando se aplican al examen de la intervención en derechos fundamentales que se realiza por medio de la aplicación de la ley penal en los casos concretos.

¹¹² PRIETO SANCHÍS. *La limitación constitucional del legislador penal*. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003b., p. 262.

¹¹³ *Sobre la distinción entre la “norma de conducta” y la “norma de sanción” contenidas en las disposiciones de la parte especial del Código Penal*. Supra 1.2.2.

¹¹⁴ Supra. 2.3.

3.2.1 La existencia de una colisión entre principios constitucionales como presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio

Como se explicó en el capítulo anterior, el principio de proporcionalidad constituye una estructura argumentativa que se emplea en los *casos difíciles*, para determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales y de este modo, establecer si una medida que afecta a alguno de ellos constituye una restricción legítima o por el contrario, una vulneración del derecho en cuestión. Se estará en presencia de un caso difícil, cuando sea posible establecer un conflicto entre razones normativas que juegan tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada. La decisión de imponer pena en un caso concreto, siempre será un caso difícil porque requiere resolver el conflicto entre las razones en contra, suministradas por los derechos fundamentales que se ven afectados por la aplicación de la sanción, y las razones a favor de dicha intervención, representadas en los fines legítimos que con ella se pretende alcanzar. Veamos:

a) Derechos fundamentales afectados por la intervención penal

En primer lugar, procede la determinación de los *derechos fundamentales afectados prima facie*, conforme con los derroteros de una concepción conflictivista que como se estableció en los capítulos anteriores, constituye el punto de partida teórico que sustenta la aplicación del principio de proporcionalidad. En este punto, es necesario distinguir entre los derechos que son limitados por medio de la *prohibición* contenida en el tipo penal y, por otra parte, todos aquellos que son afectados por la definición legislativa de la *clase y cuantía de pena* previstas como consecuencia de la infracción de la norma de prohibición, caso en el cual ha de considerarse: a) aquellos derechos directamente afectados por la determinación legislativa de la clase de pena; b) los que se ven necesariamente intervenidos como consecuencia del régimen jurídico de ejecución de la pena (particularmente en el caso de la prisión); c) aquellos cuya afectación es una consecuencia probable de

la aplicación de la pena; d) finalmente, que la imposición de una sanción penal también supone una afectación del derecho al honor¹¹⁵.

Al determinar cuáles son los derechos fundamentales objeto de intervención ha de prestarse especial atención al fenómeno de la *concurrencia de penas*, que tiene lugar cuando en la norma de sanción se establecen dos o tres clases de penas que han de aplicarse conjuntamente como consecuencia jurídica de un determinado supuesto delictivo, como ocurre en un gran número de supuestos previstos en el Código Penal colombiano. Este último, además de prever de manera expresa penas concurrentes en las disposiciones de la parte especial, también establece de manera general, que la inhabilitación de derechos y funciones públicas se aplica como pena accesoria para todos los delitos sancionados con pena de prisión. En tales casos, deben ser tenidas en cuenta *todas* las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas por cada una de las penas previstas por el legislador para efectos de realizar la adscripción *prima facie*, pues todas estas afectaciones de derechos fundamentales tendrán que ser justificadas, no sólo en el control abstracto de la constitucionalidad de las normas penales, sino en su aplicación a los casos concretos por parte de los jueces y las juezas de conocimiento.

Esta primera etapa de la argumentación, permite determinar cuáles son las razones que *prima facie* juegan en contra tanto del establecimiento como de la aplicación de la ley penal a un caso concreto. La siguiente consiste en establecer cuáles son las razones a favor, para así entablar el conflicto entre principios que ha de resolverse mediante los subprincipios de la proporcionalidad.

b) Examen de la legitimidad del fin de la intervención penal

El segundo término de la colisión se establece, cuando se examina la *legitimidad constitucional del fin* perseguido con la intervención penal. La pregunta por los fines supone indagar por los *principios* o razones normativas *prima facie* que ordenan la consecución de un determinado estado

¹¹⁵ Supra 1.2.3. Donde se examinan los derechos fundamentales *prima facie* afectados por cada uno de los tipos de pena previstos en el Código Penal colombiano.

de cosas (la satisfacción de un derecho fundamental individual o un bien colectivo), y que se aducen para justificar la intervención legislativa.

Para ello, es preciso en primer lugar, establecer cuál es el bien o bienes jurídicos que el legislador busca proteger con su intervención y, seguidamente, verificar si la protección penal de tales bienes no está prohibida por la constitución con carácter definitivo, lo cual sólo ocurrirá cuando no sea posible hallar un principio constitucional que ofrezca *prima facie*, cobertura constitucional a la medida, y en cambio sí existan normas que operen en el razonamiento como reglas y prohíban la persecución de determinados fines¹¹⁶. Así, por ejemplo: cabría pensar que existe una prohibición definitiva de perseguir por medio del derecho penal fines tales como impedir a los colombianos entrar o salir del País por motivos ideológicos, asegurar la afiliación obligatoria a sindicatos, imponer determinados modelos de virtud (legislación perfeccionista), o proteger intereses basados en criterios de discriminación prohibidos.

Por otra parte, la protección de bienes jurídicos sería el fin último compartido tanto por la norma de conducta (la que define el tipo penal), como por la norma de sanción (que define la correspondiente pena), dado que esta última tiene por objeto asegurar la eficacia del mandato contenido en la primera. Las finalidades preventivas de la pena en sus diversas modalidades, no representan fines distintos e independientes del primero, sino tan sólo el conducto por medio del cual, las normas penales cumplen su finalidad principal de proteger los bienes jurídicos¹¹⁷. Puede afirmarse por lo tanto, que la protección del bien jurídico representa el *fin mediato* de la intervención penal, mientras que las finalidades preventivas que se pretende alcanzar con la pena, constituyen el *fin inmediato* de la intervención penal¹¹⁸.

¹¹⁶ Sobre las razones que justifican la identificación del fin del derecho penal con la protección de bienes jurídicos para efectos de orientar la determinación del fin legítimo de las normas penales, así como la opción por un entendimiento débil de dicha noción, esto es, como la búsqueda de fines no prohibidos por la Constitución con carácter definitivo. LOPERA MESA. Ob. Cit. 2006., pp. 329 y ss.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Alcance y función del Derecho penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Madrid, 1989., p. 47. KINDHÄUSER, Urs K. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el derecho penal económico*. En: *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. BOE, Madrid, 1995., p. 442. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986., pp. 283 – 287.

¹¹⁸ Sobre esta distinción, BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 715 y ss.

Esta relación entre la protección de bienes jurídicos como fin mediato o último de toda intervención penal y fines de la pena como fines inmediatos que constituyen un medio para el logro de los primeros, es previsible en todas las fases de la intervención penal (legislativa, judicial y ejecución). Sin embargo, cobra especial importancia en el momento judicial, cuando se decide acerca de la aplicación de una sanción penal a un individuo, pues en esta fase la justificación de la afectación de derechos fundamentales que comporta la pena está ligada a la pregunta por los fines que en el caso concreto, se pretenden alcanzar con su imposición y cómo mediante ellos, puede lograrse el fin último de protección de bienes jurídicos.

Por tal razón, es preciso examinar cuáles son los fines que se asignan a las sanciones penales en el artículo 4 del Código Penal, ya que dicho precepto define el marco dentro del cual debe moverse la argumentación que en cada caso desarrolle el juez o la jueza acerca de los fines que persigue la imposición de una pena en concreto.

Los fines de la pena en el sistema penal colombiano

El artículo 4 CP señala que “*la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión*”. Aun cuando el legislador pareciera emplear los términos “fines” y “funciones” de la pena como sinónimos, si se tiene en cuenta la diferencia entre ambos conceptos y se considera que el lenguaje del derecho tiene un carácter predominantemente prescriptivo, dado que su función no es describir sino ordenar la realidad, habrá que entender que el citado precepto se refiere propiamente a los “fines”, esto es, a los estados de cosas que el sistema jurídico se propone alcanzar por medio del recurso a la sanción penal y que se aducen para justificar su imposición¹¹⁹.

119 En la literatura sobre la justificación del castigo se distingue entre *fines* y *funciones* de la pena, para aludir con los primeros a los objetivos que deben ser perseguidos por la sanción penal, mientras que las segundas se refieren a los efectos reales, aunque no siempre deseados, que se derivan de las penas. Mientras el discurso de los fines tiene carácter prescriptivo y da lugar a las doctrinas de justificación que se proponen en el ámbito de la filosofía del derecho penal, la reflexión sobre las funciones es descriptiva y se desarrolla desde un enfoque sociológico o criminológico, atento a mostrar cómo operan las penas en una sociedad concreta. Véase: FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., p. 214. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco.

Así mismo, la inclusión de múltiples fines a alcanzar por medio de las penas pone de manifiesto la opción por un modelo mixto de justificación del castigo, que pretende integrar las siguientes finalidades:

Prevención general

Se trata de uno de los principales fines que se adscriben a la pena por parte de las doctrinas relativas o utilitaristas de justificación del castigo. Al interior de éstas, se distingue entre la finalidad de prevención general y especial, atendiendo al *destinatario* al cual se refiera el fin preventivo. Las primeras proyectan el fin preventivo a todos los miembros de la sociedad, ya sea por vía *negativa*, intimidando a todos los asociados con la amenaza penal o *positiva*, empleando el instrumento penal para reforzar la integración social y la fidelidad al derecho¹²⁰.

En el artículo 4 CP no se emplea la distinción entre prevención positiva o negativa, con lo cual, en principio, resulta posible entender que el sistema penal colombiano se propone alcanzar el fin de la prevención general ya sea por medio de la intimidación o del reforzamiento de la fidelidad

Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989., p. 99. PÉREZ MANZANO. Ob. Cit., pp. 217 y ss. SILVA SÁNCHEZ. Ob. Cit., p. 180.

120 Siguiendo la clasificación propuesta por Santiago Mir Puig, es posible distinguir dos direcciones contrapuestas en el discurso de la prevención general positiva: por una parte, la llamada línea *fundamentadora* que el autor identifica con las teorías de Hans Welzel y Günther Jakobs. Esta modalidad de la prevención general positiva se caracteriza por suministrar una base justificatoria que amplía el alcance de la intervención del derecho penal, pues no se conforma con lograr la conformidad externa de los ciudadanos a las normas jurídicas (como en la prevención negativa o intimidatoria), sino que además pretende fortalecer con la pena, una actitud interna de fidelidad al derecho. Conforme con esta doctrina, en caso de infracción de un precepto penal, existiría la obligación de recurrir a la pena con el fin de reafirmar la vigencia de la norma infringida y mantener así la confianza en el derecho penal como instrumento capaz de asegurar las condiciones necesarias para la interacción social. Al lado de esta, Mir distingue la orientación *limitadora* de la prevención general positiva, representada en planeamientos como los de Winfried Hassemer o Claus Roxin. A diferencia de la anterior, desde esta vertiente se busca oponer frenos capaces de limitar los excesos de la prevención general intimidatoria y de la prevención especial, al considerar que sólo aquella sanción que respeta los límites derivados de la culpabilidad, la proporcionalidad y otros principios limitadores del poder punitivo, es apta para estabilizar la confianza de los ciudadanos y reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico. MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.* Ariel, Barcelona, 1994., pp. 132 y ss.

al derecho. Al margen de los problemas que pueda suponer la justificación externa de cada una de estas finalidades y la pregunta por cuál de ellas resulta más compatible con los postulados de un estado liberal, cabe afirmar que la prevención general, en cualquiera de sus variantes, constituye una finalidad de la pena *prima facie* admisible en la argumentación que debe desarrollar el juez al momento de imponer pena en un caso concreto¹²¹. Problema distinto del cual nos ocuparemos al desarrollar los subprincipios de la proporcionalidad, será la dificultad para argumentar racionalmente el cumplimiento del fin preventivo general, del cual se ha llegado a afirmar con razón, que parece ser “*la más perfecta de las ideologías, porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir*”¹²².

Prevención especial

Las doctrinas de la *prevención especial* se concentran en el individuo infractor, a fin de evitar que vuelva a delinquir en el futuro, bien por la vía *positiva* de su corrección o por la *negativa* de su neutralización o inocuización¹²³. Lo mismo que ocurre con la prevención general, el artículo 4 CP tampoco especifica si nuestro sistema penal acoge el fin preventivo especial en su vertiente positiva o negativa. Sin embargo, al enunciar el catálogo de fines, justo al lado de la “prevención especial”, aparece la “reinserción social”, lo cual podría interpretarse como una opción legislativa por ambas modalidades de la prevención especial, en la medida en que, al separar la alusión a la “prevención especial” y a la “reinserción social”, pareciera estar refiriéndose a la prevención negativa y positiva, respectivamente.

Lo anterior supondría pregonar como objetivo de la pena la corrección, la enmienda del condenado para convertirlo en un ser capacitado para vivir en sociedad o bien, su neutralización o inocuización en caso de que ese primer objetivo no pueda ser alcanzado. Ello obliga a explorar si, y bajo

121 Sobre las críticas que en el plano de la justificación externa (política y moral), se dirigen en contra de las doctrinas de la prevención general, ver: FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 274 y ss. Sobre la distinción entre el juicio de legitimidad externa y el juicio de validez constitucional, ver: LOPERA MESA. Ob. Cit. 2006., pp. 242 y ss.

122 LARRAURI PIJOAN, Elena. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*. Siglo XXI, Madrid, 1998., p. 741.

123 FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., pp. 262 y ss.

qué condiciones, cada una de estas modalidades de la prevención especial puede ser considerada como un fin de la pena constitucionalmente legítimo.

En relación con la prevención especial negativa, razones de orden constitucional se oponen a su reconocimiento como un fin legítimo para alcanzar por medio de la pena, al menos en el sentido como tradicionalmente ha sido entendida. En efecto, esta modalidad de la prevención especial busca evitar que el individuo sancionado vuelva a delinquir en el futuro, pero lo hace por medio de penas que eliminan o neutralicen por completo al condenado que no pueda ser transformado o reeducado para la convivencia social. El logro de este objetivo reclama penas inocuizadoras, como la muerte, la prisión perpetua y, en general, todos aquellos castigos que por su naturaleza, logren la exclusión del individuo «inocrregible» del sistema social.

Tal catálogo de medios punitivos ha sido expresamente proscrito en los artículos 11, 12 y 34 de la Constitución, los cuales prohíben, en general, la opción por penas que impliquen tratos crueles, inhumanos y degradantes y, en particular, las penas de muerte, destierro, prisión perpetua y confiscación, como no podría ser de otra manera en un Estado y un sistema penal que se edifican sobre el respeto a la dignidad humana.

Con todo, podría considerarse que la prevención especial negativa en sí misma considerada, resulta un fin constitucionalmente legítimo, siempre que para alcanzarlo no se recurra al catálogo de medios sancionadores al cual se hizo alusión. En tal sentido, la única interpretación constitucionalmente adecuada de la prevención especial negativa, que no pase por la exclusión definitiva del ciudadano de sus posibilidades de participación plena como miembro de la sociedad, supone entender, como lo ha sugerido Roxin, que el objetivo por alcanzar con la imposición de pena no es el de poner al individuo sancionado en imposibilidad de volver a delinquir, esto es, inocuizarlo, sino el más modesto de suministrárle, mediante la carga afflictiva que comporta la pena, una razón prudencial para que, aun cuando tenga la libertad y las posibilidades de actuación para volver a infringir la norma, se abstenga de hacerlo en el futuro¹²⁴.

¹²⁴ ROXIN. *Derecho pena*. Parte general. T. I. Trad. D. M. Luzón Pena et al. 2 ed. Civitas, Madrid, 2001., pp. 85-86.

Reinserción social

Bajo esta denominación se acoge en el sistema penal colombiano el fin de prevención especial positiva, orientado a prevenir que el individuo infractor vuelva a delinquir en el futuro, pero ya no por intimidación sino por «resocialización» del condenado. En nuestro ordenamiento, tal finalidad se vincula especialmente a la pena de prisión, según lo establece el artículo 4, inciso 2º CP en concordancia con el artículo 9 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), en el cual se indica que el fin principal de esta modalidad de pena es la resocialización.

A raíz de las críticas dirigidas contra la ideología correccionalista, hoy se admite que la interpretación constitucionalmente adecuada del fin resocializador, entiende que no es legítimo pretender imponer por medio de la pena un determinado sistema de valores al condenado, pues el respeto a la autonomía personal que forma parte del contenido de la dignidad humana, proscribe cualquier intervención coactiva para lograr que aquél varíe sus opciones morales e ideológicas o que la pena pueda buscar cualquier finalidad re-educadora en contra de la decisión libre del individuo. Se trata, en cambio, de que la sanción sirva como medio o en cualquier caso, no constituya un obstáculo para que el condenado reconstruya sus posibilidades de inserción social, en condiciones tales que le permitan llevar adelante su proyecto vital de manera digna por medio de las formas que ofrece la legalidad. En definitiva, la resocialización como fin legítimo de la pena, incorpora un mandato de no desocialización.

Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, cuando en diversas sentencias, entre ellas la C-216 de 1996, MP. Alejandro Martínez y la T-153 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes¹²⁵, señalan que:

La labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de

125 CORTE CONSTITUCIONAL. En la sentencia C-216 de 1996, se revisa la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas. En la sentencia T-153 de 1998, se declara el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas.

su reinserción al conglomerado social. Como bien lo señaló esta Corporación en su sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización (...) La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo.

Conforme con lo anterior, cuando el legislador alude a la reinserción social, está asignando a la pena, el objetivo de no desocializar al ciudadano, por lo cual impondría en consecuencia, unas garantías y unas condiciones concretas para su ejecución. Designar como fin de la pena, junto a la reinserción social, la protección al condenado, impone no sólo que el fin preventivo especial positivo sea entendido como mandato de no desocialización, sino que también exige la constatación de que se cumplan todas esas condiciones para garantizar que la ejecución de la pena no tenga ella misma un carácter criminógeno para el individuo a quien se impone.

Pese a ello, la posibilidad de alcanzar ese fin en el sistema carcelario colombiano ha sido cuestionada por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998. En esta decisión, con apoyo en una exhaustiva investigación empírica, se declara el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas. La Corte concluye que la pena de prisión no sólo resulta inidónea, sino incluso contraproducente, para alcanzar el fin de no desocialización, tras constatar las condiciones de hacinamiento, graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, violación de derechos fundamentales, violencia, corrupción y carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos que aquejan a las cárceles colombianas.

Esta situación que exigiría una reforma estructural de los centros penitenciarios del País –aún no llevada a cabo– y de las condiciones bajo las cuales se ejecuta el tratamiento penitenciario dentro de ellos, constituye

un argumento para tener en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena, y concretamente, cuando se trata de justificar el tipo de pena por imponer. La existencia de un estado inconstitucional de cosas en las cárceles de nuestro País, si bien por sí misma no es suficiente para fundamentar una renuncia a la ejecución de la pena de prisión en establecimientos carcelarios, sí constituye una razón para considerar en los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para buscar alternativas a esta modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad, dispuestas dentro del propio ordenamiento penal o cuando ello no sea posible, optar por las penas carcelarias de corta duración¹²⁶.

Retribución justa

En otro lugar de este módulo, al examinar la relación entre el principio de proporcionalidad de las penas y las doctrinas de justificación del derecho penal, se hizo alusión a los dos sentidos en los cuales puede ser interpretado el fin de “retribución justa”.

En el primero de ellos, la retribución supone la opción por una justificación absoluta del castigo, según la cual siempre que exista un delito debe imponerse una pena, no por la utilidad que ella reporte para prevenir la comisión de futuros crímenes o para evitar la violencia social que podría surgir ante la falta de una respuesta institucionalizada frente al delito, sino por un imperativo de justicia que ordenaría devolver mal con mal.

En el segundo sentido, aquella se integra a una doctrina mixta de justificación de la pena, en la cual los fines preventivos suministran una fundamentación general para la práctica institucionalizada del castigo en una sociedad, mientras que la retribución, con sus exigencias asociadas de culpabilidad y proporcionalidad, opera como un criterio de distribución del castigo, orientado a justificar “a quién” y “cuánto” se puede castigar a un individuo en un caso concreto. Desde esta perspectiva, la retribución antes que como un fundamento o justificación general del derecho por

¹²⁶ Tal como se plantea en la Unidad 3, 3.2.2.c), los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998, se introducen como razones que deben tenerse en cuenta junto con otras, para hacer la ponderación que ocurre en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

castigar, pasa a ser concebida como un *límite* al castigo, necesaria para contener la tendencia a emplear los máximos medios punitivos en aras de alcanzar los fines de prevención¹²⁷.

¿De qué manera, entonces, ha de ser entendida la retribución para que pueda ser considerada como una finalidad de la pena constitucionalmente admisible? Interpretada en el primer sentido, como una justificación absoluta del derecho a castigar, supondría una contradicción insalvable para el modelo de justificación que incorpora el sistema penal colombiano. No hay modo posible de conciliar la afirmación según la cual la pena es un fin en sí mismo, que debe imponerse por un imperativo de retribución del mal causado con el delito, aún cuando de ella no se derive ningún beneficio tangible en términos de protección de bienes jurídicos, y sostener, al mismo tiempo, que la pena es un instrumento afflictivo cuyo empleo sólo se justifica en tanto contribuya a proteger intereses sociales tanto o más valiosos de los que se ven afectados por su imposición.

Aun así, podría pensarse que el legislador simplemente quiso combinar ambas finalidades para aquellos eventos en los cuales la imposición de una pena no pueda justificarse por razones preventivas, se hiciera en todo caso, atendiendo a finalidades retributivas. Pero tal interpretación no sería admisible a la luz de la Constitución, que concibe al Estado y a sus instituciones, entre ellas las penales, no como entidades cuya existencia se justifica en sí misma, sino como instrumentos al servicio de fines externos (artículo 2 CP), que al mismo tiempo, erige el respeto a la dignidad humana como horizonte de la actividad estatal, proscribiendo así todo ejercicio de poder que no se oriente en última instancia, al logro de finalidades que puedan ser compartidas por los individuos que resultan afectados por la actuación de los poderes públicos.

La exclusión de toda forma de justificación absoluta del castigo ha sido confirmada por la Corte Constitucional, cuando afirma que:

La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso

¹²⁷ Supra 3.1.2.

a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto del individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas¹²⁸.

En consecuencia, la única interpretación constitucional admisible de la inclusión de la “retribución justa” dentro del catálogo de fines establecido en el artículo 4 CP, es aquella que la concibe como un límite a la preventión. Como elemento de una doctrina de justificación que entiende a la pena como un medio para alcanzar objetivos sociales valiosos, pero que sólo puede ser empleado respecto de ciertos individuos (que sean declarados culpables de la comisión de un delito), y en una medida tal que su contenido aflictivo no exceda al del delito por el cual se impone. Así lo ha establecido la jurisprudencia constitucional al señalar que:

La potestad punitiva del Estado, así como su política criminal y las restricciones de los derechos fundamentales inherentes a su ejercicio, están justificadas constitucionalmente por la necesidad de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y para “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Por medio del derecho penal el Estado brinda una protección subsidiaria frente a ciertas agresiones a determinados bienes jurídicos o valores constitucionales, mediante la imposición de penas, cuando estima que es necesario acudir a este mecanismo para brindarles una protección eficaz. Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es la última ratio de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil. De lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la pena.

Dentro de un sistema jurídico estructurado a partir de la dignidad del individuo, la pena es un mecanismo utilitarista de naturaleza excepcional, que se justifica en la necesidad de lograr determinado

¹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-647 de 2001, MP. Alfredo Beltrán Sierra. Declara exequible la exclusión de pena en algunos supuestos de aborto.

objetivo u objetivos, los cuales difieren dependiendo del énfasis teórico que adopte la política criminal del Estado. Por otra parte, teniendo en cuenta que es un mecanismo que implica importantes restricciones de ciertos derechos fundamentales, la pena debe ser proporcional aun cuando sea necesaria para proteger ciertos bienes jurídicos o valores constitucionales. Es decir, tanto el tiempo como las condiciones en las cuales se cumple la pena deben ser proporcionales, dependiendo de la ponderación entre los diversos baremos considerados al establecer la dosimetría como parte de la política criminal del Estado¹²⁹.

Protección al condenado

La inclusión de la protección al condenado dentro del artículo 4 del Código Penal representa la opción legislativa por un modelo de justificación que asigna al derecho penal, el doble fin de reducir la violencia social proveniente del delito (y de las reacciones informales frente a éste y que también constituyen delitos), pero a la vez de reducir la propia violencia punitiva estatal.

En efecto, si se trata de construir un modelo de justificación del derecho penal acorde con los lineamientos de un Estado constitucional de derecho, el punto de partida de esta construcción ha de ser entonces una concepción del Estado como un instrumento orientado a la garantía de los derechos y libertades de las personas, para lo cual se le confiere el monopolio del poder punitivo. Sin embargo, el derecho penal, en tanto sector del ordenamiento jurídico que administra el poder de castigar, constituye una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la libertad; de ahí que su justificación pase necesariamente por hacer frente a la contradicción que está en su origen.

129 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil. Se declara exequible la norma que adjudicaba a los Jueces de Ejecución de Penas la competencia para aprobar las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que puedan implicar modificaciones a las condiciones de cumplimiento de la condena o reducción del tiempo de privación de la libertad establecido en la sentencia condenatoria.

Es así como el derecho penal en un Estado Constitucional debe responder a la doble pretensión de contener la violencia representada por los delitos y las reacciones informales a ellos pero a la vez, reducir la propia violencia punitiva estatal con el empleo de la forma jurídica. Ambas finalidades se contraponen, toda vez que, en línea de principio, una mayor eficacia en la prevención de delitos y reacciones informales parece exigir cotas más altas de violencia punitiva estatal, a fin de disuadir a los posibles infractores y dar satisfacción a las demandas sociales de castigo. Por su parte, el fin de reducción de la violencia punitiva estatal requiere rodear toda intervención penal de un conjunto de límites y garantías que eventualmente pueden disminuir la eficacia preventiva del derecho penal, una de las cuales es precisamente la que prescribe que la violencia de la pena no ha de sobrepasar en algún caso la gravedad del delito¹³⁰.

Aunque tendencialmente incompatibles, ambas finalidades convergen, no obstante, en un objetivo común, que es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza proveniente de otros particulares, expresada en delitos y puniciones informales, y en el segundo, frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado.

La necesidad de integrar esta “segunda finalidad” de reducción de la violencia punitiva estatal al modelo de justificación del derecho penal, se aprecia de un modo más claro, al tener en cuenta que, si el único fin de las instituciones penales fuese prevenir delitos, ello se lograría de un modo más expedito, pero acaso más violento, por medio de puniciones informales privadas. De ahí que de cara a las alternativas abolicionistas, también sea preciso justificar por qué es preferible institucionalizar el castigo por medio del derecho penal en lugar de abolirlo, y ello pasa por acreditar que los costos que en términos de libertad representa la existencia del derecho penal, son menores de los que reportaría su ausencia.

¹³⁰ BAURMANN, Michael. *Strafe im Rechtsstaat*. En: *Die moderne gesellschaft im Rechtsstaat*. Karl Alber, Freiburg, 1990, pp. 111 y ss. Sostiene que: “(s)í se quisiera satisfacer sin limitación alguna la exigencia de una protección frente a abusos particulares, se advertiría al final una extensión ilimitada de la pena estatal y de la persecución penal” mientras que, por el contrario, “si se quisiera satisfacer sin limitación la exigencia de protección frente a las intervenciones estatales, sería necesaria una completa abolición de la pena estatal y de la persecución penal”.

Aquellos modelos de justificación del derecho penal que atienden a esta doble finalidad, se inscriben en lo que Ferrajoli ha denominado un “*utilitarismo penal reformado*”, porque vienen a corregir los desarrollos de las doctrinas utilitaristas de la pena, que han identificado la maximización del bienestar general con el interés social en impedir o reducir la violencia representada por los delitos¹³¹. No obstante, si se atiende a la formulación que ofrece el propio Bentham del principio de utilidad, según el cual “*la aprobación o desaprobación de una acción depende de su tendencia a aumentar o disminuir la felicidad de las personas cuyo interés está en juego*”¹³², es fácil advertir el reduccionismo en el cual incurren las doctrinas de la prevención, pues el “aumento de la felicidad” de los ciudadanos que ven protegidos sus intereses, pero al mismo tiempo amenazada su libertad por el derecho penal, no depende sólo de que se alcance una máxima garantía de sus derechos frente a los ataques provenientes de terceros, sino también frente al ejercicio de la coacción por parte del Estado.

En consecuencia, la inclusión de la protección del condenado como uno de los fines alcanzables con la imposición de las penas, confirma la opción legislativa por un modelo dual de justificación del castigo, en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia social proveniente del delito no puede hacerse con un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos del individuo infractor¹³³.

131 FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., p. 321.

132 BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Cap. 1 y 2. Athole Press, London, 1970.

133 De ahí que la exigencia de proporcionalidad de las penas aparezca vinculada no sólo a la finalidad de retribución justa, sino también al fin de protección del condenado. En ese orden de ideas, el principio de proporcionalidad de las penas encuentra fundamento en una doctrina de justificación del derecho penal atenta al doble fin de prevenir la violencia de los particulares (expresada en los delitos y reacciones informales), y a la vez reducir la propia violencia punitiva estatal. En el contexto de dicha doctrina, la realización del “segundo fin” del derecho penal, requiere establecer un *límite máximo* a la coacción que el Estado está autorizado a emplear para conseguir el fin de prevenir delitos. El principio de proporcionalidad de las penas, al prescribir que la gravedad de la pena no debe superar en algún caso la del delito conminado en abstracto o sancionado en concreto, suministra ese umbral máximo y, en esa medida, se ofrece como un medio para contener la violencia punitiva estatal dentro de límites acordes con el principio de dignidad humana que se erige en fundamento de aquellas garantías tradicionalmente asociadas a la idea de retribución, al exigir no sólo que el castigo ha de presuponer culpa, sino que ha de corresponder a la culpa.

Antes de concluir este excuso sobre los fines de la pena en la legislación colombiana, es preciso responder a dos cuestiones. La primera se refiere al papel que éstos desempeñan en cada una de las etapas argumentativas que componen el principio de proporcionalidad. Los fines preventivos (general/especial, positivo/negativo), operan como fines inmediatos que servirán como parámetro respecto de los cuales evaluar la idoneidad y la necesidad de la medida. Ambos juicios se estructuran sobre un razonamiento medios – fines, cuya aplicación de pena en un caso concreto, se examina desde la perspectiva de su adecuación para contribuir al logro de los fines que la justifican (idoneidad), y de su menor lesividad, en relación con otras medidas que revistan un grado de idoneidad equivalente para alcanzar el fin (necesidad). Dado que la pregunta por el logro de los fines preventivos también responde a esta lógica consecuencialista, está llamada a tener un papel de primer orden en los juicios de idoneidad y necesidad.

Lo anterior no significa que los fines preventivos no tengan espacio alguno en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pero aquí operarán como razones a favor de la constitucionalidad de la medida, que han de ponderarse con las razones en contra de ella, suministradas por los derechos fundamentales que se ven afectados por la imposición de la pena.

Por su parte, el fin de “retribución justa” que no desempeña papel alguno en los juicios de idoneidad y necesidad, se inserta dentro del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, derivada de dicha finalidad, constituye uno de los principales criterios que estructuran la ponderación entre las razones a favor y en contra de la imposición de la pena.

La segunda cuestión ataÑe a las consecuencias que se derivan de considerar la resocialización como fin prevalente de la pena de prisión (artículos 4 y 2 CP y 9 Ley 65 de 1993), para efectos de la justificación de la imposición de pena en un caso concreto.

Con relación a este punto, ha de tenerse en cuenta que, si bien todos los fines señalados en el artículo 4 CP han de ser considerados al momento de la aplicación judicial de la pena, pueden surgir conflictos cuando se trata de concretar las consecuencias que se derivan de cada uno de ellos para

determinar la sanción por imponer en un caso particular. Tales conflictos se presentan especialmente entre los fines de prevención general y la prevención especial intimidatoria, por una parte, los cuales tienden a justificar el empleo de los máximos medios punitivos, de sanciones “ejemplarizantes”, ya sea para lograr un mayor efecto intimidatorio o para confirmar la vigencia de la norma. Por otra parte, los fines de reinserción social, protección del condenado y retribución justa se oponen a los primeros, en tanto abogan por una reducción de la afflictividad de la pena, de modo tal que ésta no supere la gravedad del delito por el cual se impone y además de ello, tenga el menor efecto desocializador posible para el condenado.

Este segundo grupo de fines establece un límite a la sanción que en un caso concreto, es posible emplear en aras de alcanzar finalidades de prevención general y especial intimidatoria. La exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, derivada de la retribución y el mandato de protección al condenado, fija el umbral máximo de la pena por imponer. Dentro de este umbral, la clase y cuantía de la pena aplicables se determinan, atendiendo a consideraciones de prevención general y especial. Al momento de fijar la pena aplicable dentro de este umbral, de nuevo puede plantearse conflictos entre los fines de prevención general y especial intimidatoria, por una parte, y el fin resocializador, por la otra, en los casos cuando los primeros aconsejen una pena mayor a la que resultaría recomendable, atendiendo a esta última finalidad.

Tratándose de la pena de prisión, la prevalencia del fin resocializador despliega aquí sus efectos, señalando que debe optarse por la clase y cuantía de sanción que menos efectos desocializadores tenga sobre el condenado. Se ha afirmado con razón, que dicha solución es la que mejor logra conciliar ambas finalidades, pues privilegiar la prevención general supone un sacrificio del fin resocializador, mientras que lo contrario, esto es, hacer prevalecer exigencias de reinserción social no anula por completo a los primeros, ya que incluso una pena atenuada logra efectos de prevención general y especial intimidatoria¹³⁴.

134 ROXIN. *Ob. Cit. 2001., pp. 96-97.*

La segunda consecuencia de la prevalencia del fin resocializador ataÑe al empleo del principio de proporcionalidad en el momento de la determinación judicial de la pena. Tal mandato implica que la evaluación acerca de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la decisión de imponer pena de prisión, debe hacerse, tomando en cuenta no sólo fines de prevención general y especial intimidatoria, sino también de reinserción social. De tal suerte que si en un caso concreto, el recurso a la pena de prisión puede considerarse idóneo o necesario para alcanzar fines de prevención general y especial intimidatoria, pero en cambio se revela inidóneo e incluso contraproducente, para alcanzar el fin de reinserción social, lo cual tendrá consecuencias ya sea para descartar o cuando menos, plantear serias dudas acerca de la idoneidad o la necesidad de la medida en el caso concreto. Dudas que debilitarán la certeza de las razones que sustentan la imposición de la pena y que están llamadas a ser consideradas en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

3.2.2 Los subprincipios de la proporcionalidad

a) Idoneidad

El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la intervención penal constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir al logro de los fines que con ella se persiguen. Se entenderá que tal es el caso cuando pueda establecerse algún nexo de *causalidad positiva* entre dicha intervención y la creación de un estado de cosas en donde se incremente la realización de dichos fines. Por el contrario, la medida se reputará inidónea cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución o cuando su implementación, resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido, por no desplegar eficacia alguna para su consecución¹³⁵.

Tal relación de causalidad positiva entre medios y fines tiene naturaleza *gradual*, porque la idoneidad de un medio para alcanzar un fin no es una cuestión de todo o nada, de blanco o negro, sino que entre los

¹³⁵ SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Duncker & Humboldt, Berlín, 1976, p. 193. BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., p. 724.

extremos de lo absolutamente idóneo y lo manifiestamente inidóneo existe una amplia escala de respuestas intermedias, de tonos grises en los cuales la relación de causalidad positiva entre un medio y su fin puede tener mayor o menor intensidad. Pero además, la intensidad con la cual un medio contribuye al logro de un fin determinado, puede variar en función de la perspectiva desde la cual se contemple y, en el caso del juicio de idoneidad de las medidas penales, en función de los diversos fines que con ellas se persiguen¹³⁶.

En función del mayor número de perspectivas que sean consideradas en dicho examen, habrá lugar a distinguir entre versiones más o menos fuertes o débiles del subprincipio de idoneidad. La versión más fuerte entenderá que sólo es idóneo aquél medio que en relación con los demás, contribuye con mayor rapidez, plenitud, intensidad y probabilidad al logro de todos los fines que con él se persiguen, mientras que de acuerdo con la versión más débil, será idóneo aquel medio que tenga alguna relación de causalidad positiva con al menos uno de los fines que se trata de alcanzar¹³⁷.

Dos razones aconsejan optar por una versión débil del juicio de idoneidad en el momento de la aplicación de la ley penal a un caso concreto: la primera se refiere al principio de vinculación del juez o la jueza a la ley, que le ordena respetar las determinaciones del legislador para elegir los medios con los que pretende alcanzar sus objetivos de política legislativa. La segunda razón tiene que ver con una exigencia de racionalidad argumentativa, que aconseja considerar todos los argumentos relevantes para tomar una decisión respecto de la justificación constitucional de la imposición de pena en un caso concreto.

Una versión fuerte del juicio de idoneidad se aleja de esta exigencia, porque lleva a descartar *ab initio* todas aquellas medidas legislativas que no satisfagan a plenitud todos los fines que se persiguen con la imposición de la pena, sin llegar a considerar otras razones a favor de la constitucionalidad de dichas medidas y que sólo pueden ser examinadas posteriormente,

¹³⁶ *Supra* 3.2.1. b).

¹³⁷ YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismässigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*. Peter Lang, Frankfurt, 1998., pp. 136 y ss. CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 2001., p. 37. BERNAL PULIDO. *Ob. Cit.* 2003., p. 721.

cuando se analiza su necesidad o proporcionalidad en sentido estricto. La prematura inconstitucionalidad que propicia una versión fuerte del juicio de idoneidad llevaría a descartar una medida que, no obstante no ser la más idónea, a la postre podría resultar ser más benigna que otras intervenciones, posiblemente más idóneas para alcanzar el fin propuesto, pero así mismo más drásticas para el derecho fundamental afectado. Dado que la máxima satisfacción de los fines tiende a requerir a su vez de medios máximos, la aplicación de una versión fuerte del principio de idoneidad conduciría al paradójico resultado de que sólo cumplirían con este primer requisito argumentativo, aquellas medidas legislativas máximas dirigidas a una satisfacción plena del fin sin reparar en sus “costes” desde el punto de vista *ius fundamental*¹³⁸.

De ahí que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional tienda a inclinarse por una versión débil del examen de idoneidad, para admitir que satisfacen este requisito todos aquellos medios que presten alguna contribución positiva al logro del fin legislativo, sin reparar en si ellos sólo reportan una satisfacción mínima y parcial del objetivo propuesto o en la rapidez y probabilidad con las cuales la medida llega a surtir efecto. Sólo se excluyen como carentes de idoneidad, aquellas medidas cuya implementación resulta indiferente o contraproducente en relación con el fin legislativo.

Idoneidad de la norma de conducta

El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal: en el primer caso, es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues sólo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico. Por esta vía, el juicio de idoneidad de los tipos penales acoge las exigencias derivadas del *principio de lesividad*, entre las cuales se sitúa, en primer lugar, la *exterioridad de la acción típica*, condición necesaria para verificar el vínculo

¹³⁸ CLÉRICO, Ob. Cit. 2001., p. 41. BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 724 y ss. CUERDA ARNAU. Ob. Cit., p. 470.

que une la realización de la conducta prohibida con la afectación del bien jurídico. Conforme con este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fueno interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un *peligro abstracto* para el bien jurídico que fundamenta la intervención.

En el momento de la aplicación de la ley penal, corresponde al juez o la jueza de conocimiento, incorporar las exigencias del subprincipio de idoneidad de la norma de conducta, exigiendo como requisito de tipicidad de la acción descrita en abstracto en el tipo penal, la verificación de que concurren las condiciones necesarias para que su realización represente al menos un peligro para el bien jurídico cuya tutela se pretende, atendiendo al contexto causal en donde se desenvuelve la acción¹³⁹.

Idoneidad de la norma de sanción

Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar la *eficacia preventiva* que despliega la norma enjuiciada. Se trata entonces de establecer si la imposición de pena en un caso concreto constituye un medio idóneo para contribuir al logro de las finalidades de prevención general y especial que se le asignan.

139 La noción de *contexto causal* se refiere al conjunto de circunstancias adicionales que deben concurrir para que un determinado fenómeno, percibido como *causa* de otro, desencadene el resultado previsto. Así, en el ejemplo que propone este autor, consideramos que raspar una cerilla es la "causa" de que se encienda, pero ello sólo ocurre porque se dan otras condiciones tales como la presencia de oxígeno, que la cerilla no esté mojada, etc., todas las cuales conforman el "contexto causal" sin el cual no se produciría el efecto esperado. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el 'caso de la colza' desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia*. En: *Poder judicial*, 33. La Rioja, 1994, p. 100. En el caso de los delitos de peligro abstracto, se trata de comprobar si, en el caso concreto, concurría o no ese conjunto de circunstancias –el "contexto causal"– sin las cuales la mera realización de la conducta no podría desencadenar un peligro para el bien jurídico.

La racionalidad de la argumentación sobre este punto se ve afectada debido a las dificultades, tanto para comprobar, como para desvirtuar por completo la eficacia preventiva general de las sanciones penales¹⁴⁰. No obstante, por su cercanía con las circunstancias del caso, el momento de la determinación judicial de la pena ofrece elementos de juicio mayores de los que se tienen, por ejemplo: al evaluar la constitucionalidad en abstracto de una norma penal sancionadora, especialmente en lo que respecta al logro de los fines preventivo especiales, en particular de la reinserción social (o no desocialización). Con todo, la racionalidad de la argumentación dependerá de que las razones que se esgriman tanto a favor como en contra del cumplimiento de los fines preventivos por medio de la pena, vengan apoyadas en premisas empíricas respaldadas en el conocimiento experto disponible.

Teniendo en cuenta las razones anteriormente expuestas para optar por una versión débil del juicio de idoneidad, sólo sería posible excluir, por inidónea, la imposición de la pena en un caso concreto cuando se logre demostrar, con premisas empíricas avaladas por el conocimiento técnico y científico disponible, que tal sanción no contribuye en modo alguno al logro de ninguno de los fines preventivos que se le asignan.

Más frecuente serán las situaciones de “empate”, en las cuales no existen razones suficientes para desvirtuar la eficacia preventiva general y especial intimidatoria de la sanción penal, pero en cambio existen argumentos suficientes para afirmar que su imposición no sólo no contribuye al fin de reinserción social del condenado, sino que incluso se revela contraproducente para alcanzar dicho objetivo. En tales casos, habría lugar a considerar que la imposición de la pena satisface el requisito de idoneidad, dado que puede contribuir a alcanzar algunos de los fines que la justifican. Tales dudas deben ser resueltas en este momento de la argumentación a favor de afirmar la idoneidad de la medida, pues así lo impone el principio de vinculación del juez a la ley, en virtud del cual sólo puede excluirse la idoneidad de las medidas que adopta el legislador cuando no existen dudas al respecto.

140 LOPERA MESA. *Ob. Cit. 2006.*, pp. 419 y ss.

Resolver de tal modo las situaciones de empate permitirá proseguir con la aplicación de los restantes subprincipios de la proporcionalidad. No obstante, las dudas acerca de la idoneidad de la sanción para contribuir a la reinserción social del condenado, que constituye un fin prevalente en el caso de la pena de prisión, cobrarán relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como argumentos para debilitar la certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor de la imposición de la pena.

b) Necesidad

Acreditada la idoneidad de la aplicación de la prohibición y de la sanción penal en un caso concreto, la argumentación continúa con el juicio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su *eficiencia*, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.

Necesidad de la norma de conducta

Proyectado al momento de la aplicación de la ley penal, el subprincipio de necesidad requiere optar por aquella interpretación del tipo penal que, siendo idónea para proteger el bien jurídico, sea la menos lesiva para el derecho fundamental afectado por la prohibición penal. Se trata así de procurar interpretaciones que circunscriban el ámbito de lo prohibido sólo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito sólo al

mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela. Ello supone introducir al juicio de necesidad de la norma de conducta buena parte de las exigencias asociadas en materia penal al *principio de fragmentariedad*.

Necesidad de la norma de sanción

Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al *principio de subsidiariedad* en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de *alternativas al derecho penal*, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de *penas alternativas*. De acuerdo con lo anterior, el juicio de necesidad de la norma de sanción incorpora dos aspectos: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extra-penales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en un segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y la cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva.

Búsqueda de alternativas al derecho penal: En este grupo de medidas, se incluyen tanto las alternativas no sancionadoras (medidas de política social, mecanismos extrapenales de solución de conflictos, estímulos positivos, campañas educativas, medidas de vigilancia policial, etc.), como las sanciones de naturaleza civil o administrativa. En general, el espacio para su consideración en el momento de la aplicación de la ley penal es bastante limitado, debido a la vinculación del juez a la decisión político criminal del legislador de sancionar con pena un determinado comportamiento. Sin embargo, la existencia de alternativas extrapenales para proteger el bien jurídico y la comprobación de que el legislador ha utilizado el derecho penal como *prima o única ratio*, aunque no constituya un argumento suficiente para descartar la necesidad de la imposición de pena en un caso concreto, sí está llamada a cobrar relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como un argumento que debilita la certeza sobre las premisas que fundamentan la necesidad de la intervención legislativa.

No obstante, las posibilidades de hacer efectivas las exigencias del subprincipio de necesidad al momento de decidir sobre la imposición de pena en los casos concretos son mayores en los eventos en que el propio legislador ha dispuesto de manera paralela mecanismos sancionatorios de naturaleza penal y extrapenal (civil, administrativa). En tales casos, el juez o la jueza podrían condicionar el juicio de necesidad de imposición de la pena, a la verificación de que los mecanismos de naturaleza extrapenal dispuestos por el propio legislador han sido empleados y, no obstante, se han mostrado insuficientes para lograr la protección del bien jurídico tutelado. Así, por ejemplo: en los delitos de inasistencia alimentaria, la necesidad de imposición de pena sólo podría afirmarse cuando se haya intentado obtener el cumplimiento de la obligación alimentaria por la vía civil o por medio de la conciliación prevista en el proceso penal y haya reiteradas muestras de incumplimiento por parte del obligado, pese a contar con los medios económicos que le permitirían satisfacer su obligación.

Búsqueda de penas alternativas: Cuando tras la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuarse la necesidad de recurrir al derecho penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios punitivos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma enjuiciada. En este punto, comienza la segunda fase del juicio de necesidad de la norma de sanción, en donde ya no se trata de buscar alternativas al derecho penal sino de explorar la posibilidad de establecer penas alternativas y, en particular, alternativas a la pena de prisión.

En dicha búsqueda, el juez o la jueza deben contemplar como alternativas ya sea la *sustitución* de las penas principales previstas en abstracto, en la norma penal por alguna de las sanciones previstas para este efecto en el Código Penal o bien la opción por una *pena menor* a la establecida en la norma aplicable al caso, ya sea que se trate de reducir su cantidad o cuando estén previstas varias sanciones para el mismo hecho, optar sólo por una (o algunas), de ellas.

El margen de acción del cual dispone el juez o la jueza para descartar, por innecesaria, la imposición de la pena prevista en abstracto por el legislador es muy reducido, salvo en los casos cuando el mismo Código

Penal faculta al juez o la jueza para imponer penas sustitutivas (la prisión domiciliaria o la ejecución condicional de la condena en el caso de la pena de prisión; la amortización mediante trabajo comunitario en el caso de la multa). En los demás supuestos, la existencia de sanciones alternativas igualmente idóneas para alcanzar los fines preventivos y menos lesivas para los derechos fundamentales afectados por la imposición de pena, sólo podrían justificar la sustitución o la aplicación de una pena menor en aquellos casos en los cuales pueda afirmarse con certeza que todos los fines que el legislador se propuso alcanzar, pueden ser satisfechos con una pena sustitutiva o con la aplicación de una pena menor.

Las dudas al respecto, deberán ser resueltas en este momento de la argumentación, a favor de afirmar la necesidad de imponer la pena prevista por el legislador, en virtud del principio de vinculación del juez o la jueza a la ley. No obstante, tales cuestionamientos cobrarán relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como argumentos para debilitar la certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor de la imposición de la pena.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

Una vez acreditada la idoneidad y la necesidad de la imposición de pena, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En el momento de la determinación judicial de la pena, este juicio se concreta en una ponderación entre los *beneficios* que cabe esperar de la aplicación de la pena, desde la perspectiva de la protección del bien jurídico cuya tutela se pretende, y los *costes* para los derechos fundamentales que se verían afectados con la imposición de pena. Se trata de establecer si, en el caso concreto, el grado de satisfacción de los principios constitucionales que justifican la aplicación de la pena logra compensar el grado de afectación de los principios constitucionales que suministran razones *prima facie* en contra de su imposición.

Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego, es preciso atender a tres variables: en primer término, el *grado de afectación / satisfacción* que para ellos se deriva de la

medida enjuiciada (en este caso de la aplicación de la sanción penal a un caso concreto); en segundo lugar, su *peso abstracto*, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la *seguridad de las premisas empíricas* que sustentan los argumentos a favor y en contra de la imposición de pena¹⁴¹.

Para establecer la intensidad con la cual la imposición de la pena afecta los derechos fundamentales, es preciso atender los siguientes criterios: a) el *alcance* de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor, cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas a él que se vean afectadas por la sanción penal; b) la *probabilidad* de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la imposición de la pena y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental; c) la *duración* de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanta mayor sea la duración de la pena, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con ella; d) la *comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza*, en virtud de la cual, la afectación de derechos se considerará especialmente intensa cuando la sanción aplicable sea mayor que la establecida para hechos de similar o mayor gravedad.

La intensidad con que la imposición de pena contribuye a la protección del bien jurídico cuya tutela se pretende, se determina en función de los siguientes criterios: a) la *lesividad de la conducta sancionada*, pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta que da lugar a la imposición de pena, tanto más contribuirá su castigo a la protección de dicho bien jurídico, de tal suerte que la represión de una conducta lesiva representa una contribución más intensa a la protección del bien jurídico, respecto de la penalización de conductas que sólo representan un peligro concreto y, a su vez, estas últimas se sitúan en un umbral de satisfacción mayor del que representa la sanción de conductas que sólo constituyen un peligro abstracto para el bien jurídico; b) la *modalidad de imputación subjetiva*, con lo cual la intervención penal dirigida a sancionar un ataque doloso al

¹⁴¹ ALEXY. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. C.P. Bernal. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66. Madrid, 2002., pp. 37 y ss. BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 760 y ss. Ibíd. *Estructura y límites de la ponderación*. En: *Doxa*, Barcelona; 2003a., pp. 227 y ss.

bien jurídico representará un nivel de satisfacción mayor del que supone la sanción de ataques imprudentes, debido al mayor desvalor de acción de los primeros; c) *la contribución que preste al logro de los fines previstos en el artículo 4 CP*, que será mayor cuanto mayor sea la cantidad de fines que pueden verse en alguna medida satisfechos con la imposición de pena y cuanto mayor sea la intensidad de dicha contribución.

Mediante la variable del peso abstracto, se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que ellos ostenten en el sistema jurídico. Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son: a) la *jerarquía constitucional* de los principios, conforme con la cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador carentes de respaldo constitucional directo), respecto de los principios constitucionales de primer grado (que cuentan con apoyo en una disposición constitucional)¹⁴²; b) la *prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos*; c) la cercanía de la posición afectada o protegida por la intervención al *espectro central de aplicaciones del derecho fundamental*; d) la vinculación de la posición afectada o protegida con el *principio democrático y la dignidad humana*; f) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en *decisiones precedentes referidas a casos análogos*.

Con la tercera de las variables que intervienen en la ponderación, se confiere relevancia a la calidad epistémica de las premisas que respaldan los argumentos a favor y en contra de la medida enjuiciada, en este caso de la imposición de pena en un caso concreto, exigiendo que tal calidad sea mayor, cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales que se trata de justificar. Mientras las premisas empíricas que respaldan la imposición de la pena versan principalmente sobre el grado de idoneidad y la necesidad de la sanción penal, las premisas que operan en su contra son

¹⁴² Sobre la distinción entre principios constitucionales de primero y segundo grado, ALEXY. Ob. Cit. 1986., p. 132. BERNAL PULIDO. Ob. Cit. 2003., pp. 706 y ss.

aquellas referidas a su grado de lesividad para los derechos fundamentales y a su falta de necesidad para alcanzar fines preventivos.

La certeza de las premisas relativas al *grado de idoneidad* de la medida depende de la calidad de las pruebas que para el caso respalden su eficacia preventiva y de la inexistencia de datos que indiquen su nula utilidad o su carácter contraproducente para la protección del bien jurídico. Por su parte, la certeza de las premisas relativas al *grado de lesividad* depende de que la afectación de derechos fundamentales se produzca de modo necesario o sea sólo una consecuencia probable de la imposición de la pena. Finalmente, la seguridad de las premisas relativas a la *necesidad* de la medida enjuiciada será mayor cuando se acredite que antes de acudir a la sanción penal se implementaron otro tipo de medidas, que éstas resultaron insuficientes para lograr el efecto de protección deseado; por el contrario, la certeza sobre la necesidad de la intervención será menor cuando no hayan existido tales medidas previas, cuantos más hayan sido los medios considerados como alternativas plausibles para reemplazar la intervención penal y cuando la comparación entre la medida legislativa y el medio alternativo desde la perspectiva de su idoneidad y menor lesividad haya dado como resultado un empate¹⁴³.

Ha de advertirse, sin embargo, que la aplicación de los criterios de ponderación antes señalados no elimina la discrecionalidad que subyace a la atribución de mayor peso a un principio sobre su contrario. Con todo, en la medida en que tales criterios puedan ser intersubjetivamente fundamentados, su utilización si puede aportar racionalidad a las elecciones valorativas que se llevan a cabo en la determinación judicial de la pena.

Finalmente, no cabe asimilar por completo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, como parecen entender algunos autores¹⁴⁴. Entre ambos juicios median importantes diferencias: la proporcionalidad de las penas atiende a una lógica retributiva y no a un cálculo de utilidad; en ella se comparan dos males, a fin de garantizar que la gravedad de la pena no exceda la del

¹⁴³ LOPERA MESA. Ob. Cit. 2006., pp. 525 y ss.

¹⁴⁴ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. Ob. Cit., p. 80. CUERDA ARNAU. Ob. Cit., p. 475. BERDUGO, et al. Ob. Cit., p. 59. AGUADO CORREA. Ob. Cit., p. 148.

delito en abstracto conminado o en concreto sancionado. En cambio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto atiende a una lógica consecuencialista, pues representa un balance entre los *costos* previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales y los *beneficios* para la protección de bienes jurídicos que pueden derivarse de la imposición de una pena. No se trata aquí, por lo tanto, de comparar dos males, sino de ponderar entre los males y los bienes que previsiblemente puedan derivarse de la imposición de pena en un caso concreto.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la proporcionalidad entre pena y delito no ocupe lugar alguno en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Tiene razón Juan Antonio Lascuraín cuando señala que la primera no resulta negada sino que, por el contrario, queda comprendida dentro de la más amplia ponderación que se lleva a cabo en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹⁴⁵. Ello es así porque mientras en la columna de los “costes” se integra el examen de la gravedad de la pena como una de las variables a considerar al momento de determinar el grado de afectación de los derechos fundamentales que resultan directamente intervenidos o amenazados por la aplicación de la sanción, en la columna de los “beneficios” se tiene en cuenta la gravedad del delito (valor del bien jurídico y lesividad de la conducta), como un criterio para determinar el grado de satisfacción del bien jurídico, que será mayor cuanto más grave sea la conducta que se trata de prevenir mediante la pena. Lo anterior implica que, para mantener la proporcionalidad entre ambos, aumentos en la clase y cuantía de la sanción (gravedad de la pena), deben ser compensados por aumentos en la importancia del bien jurídico y en la lesividad de la conducta incriminada (gravedad del delito).

145 LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. Cit., pp. 174 – 188.

3.3 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CONTROL DE INTERVENCIONES PENALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sin duda, uno de los ámbitos más relevantes en los cuales la jurisprudencia constitucional ha empleado el principio de proporcionalidad, ha sido en el control de las afectaciones en derechos fundamentales que se producen con ocasión del ejercicio del poder punitivo estatal. La Corte Constitucional se ha valido de esta estructura argumentativa para examinar la constitucionalidad de normas penales sustantivas, procesales y de ejecución.

Una de las primeras sentencias en emplear argumentos basados en el principio de proporcionalidad es la C-275 de 1993, donde se declara inconstitucional el incremento de pena para el delito de lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, realizado mediante un Decreto de commoción interior, por considerar que el carácter necesariamente transitorio de esta figura de excepción tornaba inidóneo el incremento punitivo en cuestión¹⁴⁶.

En la sentencia C-364 de 1996, la Corte emplea argumentos de proporcionalidad para declarar inconstitucional la norma de la Ley 228 de 1993 que establecía para la contravención de hurto calificado un tratamiento punitivo más severo del que merecía la misma conducta cuando, por su cuantía, era calificada como un delito. Siguiendo una argumentación similar, la sentencia C-746 de 1998, MP. Antonio Barrera Carbonell, declaró parcialmente inexequibles las normas de la misma Ley que consagraban un trato más severo a las personas que cometieran la contravención especial de hurto simple agravado, respecto de los procesados

¹⁴⁶ También en la sentencia C-144 de 1997, al revisar la constitucionalidad de la ley aprobatoria del protocolo contra la pena de muerte, la Corte aduce, a manera de *obiter dictum*, un argumento referido a la inidoneidad de la pena capital, señalando que: “No existe ningún estudio concluyente que demuestre la eficacia de esta sanción, ya que no se ha podido establecer una relación significativa entre la pena de muerte y los índices de delincuencia. Su aplicación no ha disminuido los delitos sancionados con ella; su abolición no se ha traducido por aumentos de esos delitos. Es más, en algunos casos, la relación parece ser la inversa a la prevista. Por ejemplo en países como Canadá, Alemania o Italia, el índice de homicidios disminuyó cuando se abolió la pena de muerte para ese delito. No deja de ser pues sorprendente que esta sanción drástica se haya justificado o se justifique con base en unos presuntos efectos disuasivos que nunca han logrado demostrarse”.

por el delito de hurto simple agravado, pues “mientras a las primeras no se les permite la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado a la víctima, sino simplemente la disminución de la pena, a las segundas si se les admite que puedan acudir al referido mecanismo procesal”.

Entre tanto, en la sentencia C-070 de 1996, se declaró la exequibilidad condicionada de la norma del Código Penal de 1980 que establecía una circunstancia genérica de agravación para el hurto sobre bienes de valor mayor a \$100.000. En esta sentencia, la Corte sostuvo que una interpretación literal de dicha norma generaba un aumento de penas para los delitos contra el patrimonio económico, en desmedro de la libertad personal, como consecuencia exclusiva del fenómeno de pérdida de poder adquisitivo de la moneda, lo cual suponía un tratamiento punitivo irrazonable y contrario al principio de proporcionalidad entre la ofensa y la sanción¹⁴⁷. Esta sentencia reviste especial importancia para el tema que nos ocupa, porque contiene interesantes consideraciones sobre los fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad y su relación con otros límites sustantivos al poder punitivo, como son los principios de antijuridicidad y culpabilidad:

[...] la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP artículos 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP artículo 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad - medidas

¹⁴⁷ Véanse también las sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998, en las cuales la Corte se pronuncia en relación con la constitucionalidad de normas penales que establecen circunstancias de agravación similares.

civiles, administrativas, laborales -, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.

Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP artículo 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga levisa. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP artículo 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.

Por su parte, en la sentencia C-205 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, se declara inexequible la norma que penalizaba, como una modalidad de receptación, el comercio de autopartes usadas sin demostrar su procedencia lícita. Se argumenta que, además de vulnerar el principio de estricta legalidad, dicha norma supone una afectación injustificada de la libertad personal, que no se orienta a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado, toda vez que penaliza la conducta de quien realiza una actividad socialmente adecuada (comerciar con autopartes usadas), pero no logra demostrar la procedencia lícita de estos bienes. En tales condiciones, la norma enjuiciada deviene inidónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo pues, como señala la Corte en esta sentencia:

El principio de proporcionalidad implica un juicio sobre la idoneidad del tipo penal, en el sentido de que este último realmente apunte a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado. Así las cosas, todos los poderes públicos se encuentran constitucio-

nalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipio de aquel de proporcionalidad, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen.

En la sentencia C-355 de 2006, MP. Jaime Araújo y Clara Inés Vargas Hernández, se emplean argumentos de proporcionalidad para considerar que “*la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad*”¹⁴⁸.

En la misma decisión, al examinar la constitucionalidad de la norma que establecía una circunstancia agravante para el aborto practicado a menor de 14 años con su consentimiento, la Corte efectúa interesantes consideraciones en materia de idoneidad, al señalar que, si como fundamento de dicha agravante se aduce la protección del menor:

Esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando

148 *En consecuencia, se declara la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.*

esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexequible.

En sentencias más recientes, como la C-575 de 2009, la Corte declaró inconstitucional la norma que penalizaba el ultraje a emblemas o símbolos patrios, argumentando que los propósitos perseguidos por la norma se pueden alcanzar con medidas menos gravosas respecto de otros derechos y principios constitucionales, lo que la convierte en una medida innecesaria y, por lo tanto, en una afectación injustificada de la libertad de expresión.

Pero la Corte no sólo ha utilizado el principio de proporcionalidad desde su vertiente clásica de *prohibición de exceso*, orientada a excluir aquellas medidas que supongan una vulneración de derechos fundamentales, concebidos como derechos de defensa, sino que también ha empleado esta herramienta desde la perspectiva de la *prohibición de infraprotección*, esto es, con el fin de evaluar la constitucionalidad de medidas que puedan incurrir en violación de derechos fundamentales de prestación. Esta última vertiente adquiere particular importancia en materia penal, en donde se discute si los deberes de protección que la constitución impone respecto de ciertos bienes jurídicos fundamentales comportan un mandato de protección por medio del derecho penal.

Tal perspectiva de análisis fue empleada en la sentencia C-459 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes, en la cual se declara la constitucionalidad condicionada de la norma del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente, que regulaba los delitos cuya persecución penal requiere querella, para entender que aquellos cometidos contra menores no quedaban sujetos a dicha regulación sino que, por el contrario, eran siempre inves-

tigables de oficio, porque condicionar su persecución a la formulación de una querella suponía una vulneración del deber estatal de protección penal de los derechos de los niños.

Por su parte, en la sentencia C-916 de 2002, MP. Manuel José Cepeda, la Corte empleó el principio de proporcionalidad desde esta perspectiva para declarar la constitucionalidad condicionada de la norma del Código de Procedimiento Penal que establece un monto máximo de mil salarios mínimos legales mensuales a la indemnización de daños ocasionados por conductas punibles, bajo el entendido de que dicho tope sólo era aplicable a la *indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal*. Aplicar dicho límite a los perjuicios materiales y a los morales cuya cuantía pueda ser determinada objetivamente, suponía una vulneración del derecho de las víctimas a la reparación integral.

También la Corte ha empleado el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la prohibición de infraprotección para reiterar que el reconocimiento constitucional de un determinado bien jurídico no necesariamente comporta una obligación de protegerlo por medio del derecho penal. Tal es el caso de la sentencia C-226 de 2002 que examina la constitucionalidad de la cláusula derogatoria contenida en el actual Código Penal (Ley 599 de 2000), en tanto con ella se despenalizaron los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, establecidos en el Código Penal de 1980. Luego de admitir que el matrimonio es una institución reconocida y protegida por la Constitución, la Corte señala que ello no implica, en modo alguno, que la ley deba penalizar la bigamia y el matrimonio ilegal, pues el legislador bien puede optar por alternativas de protección, como las sanciones civiles que no comportan la carga afflictiva del derecho penal. En definitiva, se descarta que la protección penal de la institución del matrimonio forme parte del ámbito de lo constitucionalmente necesario.

En el mismo sentido, la sentencia C-393 de 2002, MP. Álvaro Tafur, declara exequible la norma que excluye la sanción penal en el caso de las injurias entre litigantes, por considerar que la protección constitucional del derecho al honor no impone un deber absoluto de tutela penal. Por consiguiente, está permitido al legislador excluir del ámbito de lo punible las injurias que profieren los abogados en el curso de un litigio, sin que ello

suponga un trato discriminatorio respecto de las demás personas, toda vez que esta desigualdad de trato constituye un medio idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto para proteger otros fines legítimos, como ocurre en este caso con el derecho de defensa.

Por otra parte, la Corte se ha valido del principio de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de algunos procedimientos probatorios empleados en el proceso penal. Es el caso de la sentencia C-822 de 2005, MP. Manuel José Cepeda, que declara la constitucionalidad condicionada de las normas del CPP que regulan la práctica de inspecciones corporales, registros personales, obtención de muestras que involucren al imputado y exámenes corporales a lesionados o víctimas de delitos sexuales. Se trata de una sentencia hito en el tema que nos ocupa, porque en ella se realiza una aplicación del principio de proporcionalidad más rigurosa y sistemática de la que se aprecia en otros pronunciamientos de la Corte, evidenciando así el grado de madurez alcanzado por la jurisprudencia encargada de desarrollar esta estructura argumentativa.

En esta sentencia, la Corte se ocupa expresamente de determinar la intensidad con que debe evaluarse la constitucionalidad de las medidas enjuiciadas. Se afirma que, por suponer una afectación media o alta de derechos fundamentales de las personas sometidas a este tipo de prácticas probatorias, ellas requieren la utilización de un juicio de proporcionalidad estricto, el cual *"implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del imputado, frente a los fines buscados"*.

Luego de ello, tras reconocer la potestad de configuración que asiste al legislador penal, la Corte reitera la pertinencia de evaluar si las restricciones a derechos fundamentales que se producen en el ámbito del procedimiento penal satisfacen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En segundo lugar, efectúa un examen de la constitucionalidad en abstracto de cada una de las normas acusadas, empleando para ello el principio de proporcionalidad, como resultado del cual declara su constitucionalidad condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia. Sin embargo, advierte

que el examen de su proporcionalidad en abstracto no releva al juez de control de garantías de su obligación de evaluar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad en el caso concreto.

De este modo, la Corte reitera la distinción entre el momento del control en abstracto de una norma y el examen de su constitucionalidad en concreto, que le corresponde realizar al juez o jueza en el momento de aplicarla a un caso particular, afirmando que cuando una norma ha sido declarada exequible en abstracto, aún queda un espacio para que el juez o la jueza pueda argumentar que su aplicación en un caso concreto deviene injustificada, cuando ello suponga una intervención inidónea, innecesaria o desproporcionada en derechos fundamentales. Cabría concluir que esta obligación de enjuiciar la constitucionalidad en concreto de la intervención en derechos fundamentales que representa el ejercicio del poder punitivo no se circumscribe al ámbito de la aplicación de las normas procesales, sino que también ha de afirmarse respecto de las normas sustantivas que ordenan la imposición de pena.

3.4 FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Hasta aquí, se han examinado los significados que recibe el principio de proporcionalidad en materia penal, los contenidos específicos que asume el llamado principio de proporcionalidad en sentido amplio cuando se proyecta en el momento de la aplicación de la ley penal a casos concretos, así como el modo en que dicha herramienta argumentativa ha sido empleada por la Corte Constitucional para enjuiciar de las afectaciones en derechos fundamentales que se producen con ocasión del ejercicio del poder punitivo estatal.

Ahora bien, ¿qué razones justifican el empleo del principio de proporcionalidad en la justificación de las decisiones relativas a la determinación judicial de la pena por parte de las juezas y jueces de conocimiento?

En otro lugar, hemos explorado una línea de fundamentación del principio de proporcionalidad que lo relaciona con el Estado constitucional, como herramienta argumentativa para hacer frente a la tensión entre democracia y derechos, constitutiva de este modelo de organización política¹⁴⁹. Por su parte, en las dos primeras unidades de este módulo, se ha destacado cómo el principio de proporcionalidad constituye pieza clave de una teoría conflictivista de los derechos fundamentales, que ofrece una adecuada reconstrucción de su estructura normativa, del modo como operan en el razonamiento jurídico, así como del papel que éstos desempeñan en el Estado constitucional.

Queda entonces por explorar, su fundamentación jurídico positiva en el ordenamiento colombiano donde, pese a no contar con una consagración constitucional expresa, el principio de proporcionalidad es ampliamente utilizado en el control de medidas que afectan los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, en sentencia C-916 de 2002, MP. Manuel José Cepeda, define el principio de proporcionalidad como “*una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política*”, como:

(…)*un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme con la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del Estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C).*

Por su parte, en la sentencia C-822 de 2005, MP. Manuel José Cepeda, en la cual retoma consideraciones sobre el tema efectuadas en sentencias anteriores, como la C-226 de 2002, MP. Álvaro Tafur, la Corte prosigue en

¹⁴⁹ LOPERA MESA. Ob. Cit. 2006., pp. 75 y ss.

la tarea de ofrecer una fundamentación constitucional indirecta de dicha herramienta argumentativa, señalando que:

La jurisprudencia constitucional ha deducido este principio de proporcionalidad, entre otros, de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 5 — del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, 6 — del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas —, y del 214 de la Constitución — que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.

Al examinar las líneas de fundamentación del principio de proporcionalidad que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional, se encuentra que en efecto, un empleo cuidadoso de esta herramienta constituye un medio para procurar la efectividad y garantizar el carácter inalienable de los derechos fundamentales. Como se explicó en unidades anteriores, el principio de proporcionalidad se vincula con una concepción de los derechos fundamentales que expande al máximo su contenido normativo, al otorgar protección *ius fundamental prima facie* a toda modalidad de ejercicio que pueda ser vinculada interpretativamente a una disposición específica de derecho fundamental o, en su defecto, a la cláusula que ampara el libre desarrollo de la personalidad, que constituye la plasmación constitucional del derecho general de libertad. Como consecuencia de lo anterior, quien pretenda restringir el contenido *prima facie* amparado por tales derechos, debe aducir a favor de esta limitación, razones más fuertes que las que sustentan la protección del derecho en cuestión.

Pero además de esta obligación general de justificar toda limitación a derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad ofrece una estructura argumentativa que fortalece el grado de resistencia constitucional de los derechos, en función de la gravedad de las limitaciones que pretendan imponerse sobre los mismos. De tal suerte que, cuanto más drásticas sean las limitaciones que se pretenden imponer a un derecho fundamental, mayor será la carga argumentativa que deba satisfacer y,

por lo tanto, serán menores las posibilidades de derrotar en una ponderación a las razones que se oponen a la restricción del derecho.

Por otra parte, la vinculación del principio de proporcionalidad con el respeto a la dignidad humana se aprecia al constatar que ésta última proscribe toda instrumentalización de la persona como medio al servicio de fines que le resulten ajenos. De allí se deriva la obligación de que toda actuación estatal deba estar justificada por el logro de fines que también conciernen y, por ello, puedan ser compartidos, por las personas cuyos derechos se vean afectados como resultado de dicha actuación. En otras palabras, el respeto a la dignidad humana, en el sentido de no instrumentalización de los individuos, veda toda justificación absoluta de la actuación estatal y, por el contrario, impone concebirla como un instrumento al servicio de fines que, en última instancia, se orienten a la protección de las personas y sus derechos.

El principio de proporcionalidad permite concretar dicha exigencia, al reclamar que toda afectación de derechos fundamentales pueda invocar en su favor un fin constitucionalmente legítimo y, por lo tanto, también concerniente a los individuos sobre quienes recae dicha afectación. También reclama que la medida en cuestión, sea idónea y necesaria para alcanzar dicho fin, como también que no comporte un sacrificio desproporcionado de los derechos individuales que sufren menoscabo como resultado de su implementación.

Pero además de esta fundamentación constitucional indirecta, la utilización del principio de proporcionalidad encuentra apoyo legislativo expreso en materia penal y específicamente, en lo relacionado con la determinación judicial de la pena. Así, el artículo 59 CP impone a las juezas y jueces la obligación de incluir en la sentencia una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para orientar dicha motivación, el artículo 3 CP señala que *“la imposición de la pena responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”*.

En este módulo ha quedado suficientemente expuesto que el juicio de necesidad constituye uno de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por su parte, al examinar las relaciones entre el principio de proporcionalidad y el concepto de razonabilidad, vimos que este último, cuando es empleado como sinónimo de “no arbitrariedad”, para exigir que toda actuación del poder público se oriente al logro de una finalidad discernible, se integra al principio de proporcionalidad dentro de los juicios de *legitimidad del fin* e *idoneidad* de la intervención en derechos fundamentales. Entre tanto, si se entiende como la exigencia de efectuar un “test de razonabilidad”, constituye el nombre específico que adopta el principio de proporcionalidad cuando se aplica al control de medidas que afectan el derecho a la igualdad.

En conclusión, cabe afirmar que los artículos 3 y 59 del CP consagran expresamente una obligación dirigida a las juezas y jueces penales, de emplear el principio de proporcionalidad en la fundamentación de las decisiones relativas a la individualización de la pena.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Responda y argumente:

1. ¿Qué diferencias encuentra entre el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad en sentido amplio?
2. ¿Por qué se afirma que el principio de proporcionalidad de las penas está vinculado a una justificación retributiva, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio se vincula a una justificación utilitarista del derecho penal?
3. ¿De qué manera se integra la exigencia de proporcionalidad de las penas dentro del principio de proporcionalidad en sentido amplio?
4. ¿Qué significado adquiere el principio de proporcionalidad de las penas según se vincule a un entendimiento de la retribución como *doctrina absoluta de justificación del castigo* o como *límite a la prevención*?
5. Presupuesto para que tenga lugar la aplicación del principio de proporcionalidad es la existencia de una colisión entre principios que suministran razones *prima facie* a favor y en contra de la constitucionalidad de una intervención en derechos fundamentales. ¿Qué principios suministran las razones en contra y a favor de la constitucionalidad de la decisión judicial de imponer pena en un caso concreto?
6. ¿Qué relación existe entre la finalidad de protección de bienes jurídicos y los fines que se pretenden alcanzar por medio de la imposición de pena?
7. ¿Qué significado debe darse al mandato de resocialización para que pueda considerarse un fin constitucionalmente legítimo de la pena de prisión?
8. ¿Bajo qué condiciones, la prevención especial negativa puede ser considerada como un fin constitucionalmente legítimo de las penas?

Ap

9. ¿Cómo debe entenderse el fin de “retribución justa” para que resulte compatible con los demás fines de la pena establecidos en el artículo 4 CP y pueda considerarse un fin constitucionalmente legítimo de las sanciones penales?
10. ¿Qué consecuencias podrían derivarse de la prevalencia del fin resocializador (artículo 4 CP y 9 Ley 65 de 1993), así como de la declaratoria de un estado inconstitucional de cosas, aún no superado, en las cárceles colombianas (sentencia T-153 de 1998), para la justificación de las decisiones judiciales relativas a la imposición de pena de prisión en un caso concreto?
11. ¿Por qué se afirma que el fin de protección al condenado incluido en el artículo 4 CP supone que la reducción de la violencia punitiva estatal constituye uno de los fines justificadores del derecho penal en Colombia?
12. ¿Qué papel desempeñan los fines de la pena establecidos en el artículo 4 CP en los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?
13. ¿Qué razones aconsejan una versión débil del juicio de idoneidad y, conforme con éste, cuáles son los presupuestos para excluir la idoneidad de la aplicación de pena en un caso concreto?
14. En el juicio de necesidad, se compara la medida enjuiciada con otros medios alternativos, ¿cuáles son las dos perspectivas desde las cuales se efectúa tal comparación?
15. ¿Qué consecuencias tiene que el legislador haya establecido de manera paralela mecanismos sancionadores de naturaleza extrapenal, para efectuar el juicio de necesidad de la pena a imponer en un caso concreto?
16. Cuando se efectúa el juicio de necesidad, ¿de qué margen de acción dispone el juez o la jueza para buscar alternativas a la pena prevista legalmente para el caso concreto?
17. ¿Cuáles son las variables que se deben en cuenta en la ponderación que se efectúa en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto?

Ap

18. ¿Por qué se afirma que los artículos 3 y 59 del CP imponen a los jueces y a las juezas penales, la obligación de emplear el principio de proporcionalidad para motivar las decisiones relativas a la determinación de la pena?

Señale con una X la respuesta correcta:

1. Teniendo en cuenta los límites funcionales que circunscriben la labor judicial, ¿qué medios alternativos estarían excluidos de la consideración del juez cuando examina la necesidad de la pena a imponer en un caso concreto?
 - Mecanismos no sancionadores (medidas de política social, campañas educativas, medidas de vigilancia policial, etc.).
 - Mecanismos sancionadores de naturaleza civil o administrativa establecidos por el legislador para el delito correspondiente.
 - Penas sustitutivas establecidas en el Código Penal.
 - Una pena menor a la establecida por el legislador para el delito correspondiente.
2. ¿Qué se entiende por *fin legítimo* de una intervención penal para efectos de enjuiciar su constitucionalidad en concreto?
 - Protección de un derecho fundamental.
 - Fin no prohibido por la Constitución con carácter definitivo.
 - Protección del interés general
 - Protección de un bien jurídico expresamente consagrado en la Constitución.
3. ¿En cuál de los subprincipios de la proporcionalidad se evalúa el peso abstracto de los principios en colisión?
 - Examen de la legitimidad del fin
 - Examen de necesidad

Ap

- Examen de proporcionalidad en sentido estricto
 - Examen de idoneidad
4. ¿Cuáles son los dos aspectos que se evalúan en el juicio de necesidad, al comparar la medida enjuiciada con los medios alternativos?
 - Peso abstracto y seguridad de las premisas empíricas
 - Idoneidad equivalente y menor lesividad
 - Legitimidad del fin y aptitud del medio para alcanzarlo
 - Menor lesividad e intensidad de la afectación en derechos fundamentales
 5. ¿Qué principios limitadores del derecho penal se incorporan en el juicio de necesidad?
 - Fragmentariedad y subsidiariedad
 - Legalidad y culpabilidad
 - Lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos
 - Proporcionalidad de las penas y eficacia preventiva

El inciso segundo del artículo 34 del CP dispone: *"En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria"*.

Responda y argumente:

- ¿Qué finalidades de la pena podrían fundamentar esta decisión legislativa?
- ¿Qué interpretación del fin de "retribución justa" establecida en el artículo 4 CP sería compatible con dicho precepto?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Matías, padre de dos hijos menores de edad y separado hace dos años de su esposa Sara, incumple por segunda vez el pago de la cuota alimentaria, pese a contar con un empleo en el sector público que le garantiza ingresos suficientes para responder por esta obligación. Matías no ha pagado las cuotas como retaliación a los agravios de los que ha sido objeto por parte de su ex cónyuge, quien, al enterarse de que Matías tiene una nueva relación le ha impedido visitar a sus hijos y le ha amenazado con una denuncia penal.

En efecto, Sara presenta la denuncia penal sin haber agotado antes la vía civil, y durante el proceso se niega a aceptar cualquier fórmula conciliatoria.

El abogado defensor sostiene que no hay lugar a imponer la pena establecida en los artículos 233 y 234 CP porque no se ha intentado obtener el cumplimiento de la obligación por la vía civil.

Le corresponde a usted determinar:

- Si en este caso concurren los presupuestos para aplicar el principio de proporcionalidad.
- Identificar las exigencias específicas que plantea cada uno los subprincipios que integran esta estructura argumentativa.
- En cuál de los subprincipios de la proporcionalidad tiene cabida el argumento propuesto por el defensor.

J

JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional ha empleado el principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de medidas penales en las sentencias C-275 de 1993 (incrementos de penas realizados mediante Decretos de conmoción interior); C-364 de 96 y C-746 de 1998 (disparidad de trato para el delito y la contravención de hurto calificado establecida en la Ley

J

228 de 93); C-070 de 1996 (circunstancia genérica de agravación del hurto para bienes con valor superior a \$100.000); C-205 de 2003 (penalización del comercio de autopartes sin demostrar procedencia lícita); C-305 de 2006 (exclusión de pena en algunos supuestos de aborto); C-575 de 2009 (ultraje a emblemas o símbolos patrios).

Sobre la utilización del principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la prohibición de infraprotección ver las sentencias C-459 de 1995 (querella en delitos contra menores); C- 916 de 2002 (monto máximo de indemnización por daños derivados del delito); C-226 de 2002 (despenalización de bigamia y matrimonio ilegal); C-393 de 2002 (injurias entre litigantes).

Sobre el principio de proporcionalidad en el control de procedimientos probatorios penales ver la sentencia C-822 de 2005

Unidad 4

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Al finalizar el estudio de esta de unidad, el y la discente estará en condiciones de emplear el principio de proporcionalidad, con sus correspondientes subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para motivar en casos concretos las decisiones relativas a la individualización y dosificación de la pena.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Examinar las posibilidades y los límites de la aplicación del principio de proporcionalidad en las diversas decisiones relativas a la individualización y dosificación de la pena.
- Emplear el principio de proporcionalidad para motivar en casos concretos las decisiones relativas a si hay lugar a pena, su calidad y cantidad.

La determinación de la consecuencia jurídica que sigue a la realización de una conducta punible, ya sea en abstracto por parte del legislador o en concreto por el juez o la jueza, es un momento de la fijación de la responsabilidad penal en verdad complejo, entre otras cosas, porque supone incorporar variables de naturaleza dogmática, político-criminal, etc., pero sobre todo porque en ese momento se “... juega la vigencia real del diseño constitucional adoptado; esto, obviamente, sin olvidar que también constituye el más claro ejercicio de la función judicial”¹⁵⁰.

Dentro de las decisiones que deben adoptarse en esta etapa, se encuentran aquéllas relativas a si hay lugar a pena, a su calidad y a su cantidad. En estos aspectos deben materializarse diversas exigencias, según se trate de la determinación legal o judicial de la pena, pero sin duda en ambos momentos, con sus respectivos matices, puede emplearse el principio de proporcionalidad con sus correspondientes subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, se puede señalar que en Colombia se ha incorporado un *sistema judicial de individualización de la pena de tendencia mixta*. Éste se caracteriza porque son los jueces y las juezas a quienes corresponde la individualización de la pena en el caso concreto, aunque tal procedimiento está condicionado por unas decisiones previas del legislador acerca a la calidad y la cantidad de la pena. De este modo, la discrecionalidad judicial en cuanto a la determinación de la consecuencia jurídica no es ilimitada, pues además de las decisiones del legislador relativas a la clase de pena a imponer respecto de cada delito, los jueces tendrán que atender a un conjunto de agravantes y atenuantes genéricas, así como de otros factores, para determinar en el caso concreto el *quantum* de ella¹⁵¹.

Así mismo, en este sistema se distinguen tres fases: *Determinación legislativa de la pena, individualización judicial de la pena e individualización operativa de la pena*. La primera no es más que la adopción por parte del legislador de las decisiones en abstracto respecto de las penas y las medidas de seguridad que le siguen a la comisión de un delito. En este contexto, se suele decir que el legislador decide el marco penal dentro del cual debe

¹⁵⁰ VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., p. 1085.

¹⁵¹ POSADA y HERNÁNDEZ. Ob. Cit., pp. 228-229.

moverse el juez para adoptar las decisiones cualitativas y cuantitativas de la pena en un caso particular¹⁵².

La segunda es la individualización de la pena en concreto por parte del juez o de la jueza; etapa que se entrecruza con el problema relativo a los espacios de discrecionalidad asignados a la función judicial, a la libertad que tienen los jueces y las juezas de elegir, una vez demostrada la existencia del hecho punible, si hay o no lugar a pena, la calidad y la cantidad de ella.

La tercera involucra las decisiones atinentes a la ejecución de la pena. En un primer momento, la relativa a la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuya decisión corresponde al juez de conocimiento; en el segundo, se adoptarán aquéllas relativas al control de legalidad de la ejecución de la condena, que le compete al juez o a la jueza de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Para atender a los objetivos del módulo, se tratarán las cuestiones implicadas en la segunda fase, y aquéllas atinentes al subrogado de ejecución condicional de la pena de prisión.

Anticipando desde ya una interpretación posible del espacio de libertad que tienen los jueces y las juezas para individualizar en el caso concreto la pena por imponer, habrá que decir que el legislador colombiano ha delimitado muchos de los aspectos para tener en cuenta al momento de decidir la calidad y cantidad de pena por imponer en un caso concreto, lo cual directamente repercute en una disminución de la discrecionalidad judicial.

En efecto, el ordenamiento colombiano regula en la fase de determinación legal la mayoría de los aspectos relativos a la calidad de la pena. Así, en la parte general del Código Penal se establecen un conjunto de preceptos sobre las consecuencias jurídicas de la conducta punible -Título IV CP-, definiendo las penas principales (artículo 34, 35, 37, 39 y ss. 43 y ss. CP), las penas sustitutivas (artículo 36 y 38 A, CP), y los respectivos requisitos (artículos 38, 40 CP), las penas accesorias (artículos 52 y 53 CP). Con relación al aspecto cuantitativo, se han establecido los criterios y reglas para la

152 DEMETRIO. *Ob. Cit.*, pp. 41 y ss. POSADA y HERNÁNDEZ. *Ob. Cit.*, p. 228).

determinación de la punibilidad (artículos 54 y ss. CP), los parámetros para la fijación de los mínimos y máximos de pena aplicables (artículo 60 CP), los fundamentos para la individualización de la pena (artículo 61 CP), etc.

En la parte especial, junto a cada figura delictiva se definen las penas principales, en algunos casos, disponiéndose su aplicación conjunta, así como el marco punitivo genérico, de un mínimo a un máximo, y los factores que lo precisan (circunstancias agravantes o atenuantes específicas). En algunas hipótesis se ha establecido el *quantum total*, por ejemplo: el párrafo segundo del artículo 418 CP, que respecto del delito de revelación de secretos dispone: “si de la conducta resultare perjuicio la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales vigentes, e *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años*”.

Frente a este panorama puede entenderse que, como lo ha señalado la doctrina, la *determinación judicial de la pena* es:

una actividad propia y autónoma del juez penal cual conoce la causa, por medio de la cual efectúa en la sentencia de única o de segunda instancia, la asociación entre los hechos plenamente demostrados y calificados en el proceso penal con las normas penales aplicables al hecho punible, estableciendo a partir de ellas, bajo un plano de carácter prescriptivo vinculado bajo los principios de individualización y legalidad, la clase y cuantía genérica representada por el marco penal típico concreto que contempla la calificación jurídica específica, que sirve como marco de referencia técnico para la individualización “strictu sensu” de la pena aplicable al autor¹⁵³.

En este punto, cabría entonces preguntarse ¿no podrían, los jueces y juezas, apoyados en razones fundadas, superar ese espacio de juego delineado en abstracto por el legislador para la determinación judicial de la consecuencia jurídica que le sigue a la comisión de un hecho punible concreto? ¿Cuáles son las posibilidades que tienen los jueces y las juezas de emplear el principio de proporcionalidad para realizar

¹⁵³ *Ibid.*, p. 326.

control constitucional en concreto, de esas decisiones relativas a la pena y que afectan derechos fundamentales?

La respuesta a estos interrogantes requiere indagar acerca de cómo han de interpretarse las normas creadas por el legislador para la determinación de la pena. Si se entiende que éstas son mandatos definitivos e inamovibles para los jueces y las juezas, habría que manifestar que las posibilidades de emplear el principio de proporcionalidad en la individualización judicial de la pena son escasas.

Si por el contrario, se concibe que estos preceptos incorporan mandatos abstractos relativos a la determinación e individualización de la pena que en el caso concreto, pueden llegar a entrar en colisión con otras normas que aconsejan minimizar la intensidad de la respuesta penal, se podría encontrar en el principio de proporcionalidad una herramienta adecuada para argumentar de una manera suficiente la decisión de apartarse, para el caso enjuiciado, de las decisiones adoptadas por el legislador en el momento de la determinación legal de la pena.

A favor de esta última interpretación, está el hecho de que las decisiones legislativas se adoptan en abstracto, característica que puede dar lugar a que en el caso concreto, el acatamiento del mandato legislativo resulte desproporcional¹⁵⁴, por las condiciones particulares del hecho enjuiciado (que no pueden ser advertidas en el nivel de la determinación legal de la pena).

¹⁵⁴ En este sentido son elocuentes las palabras de Hart: "Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores), que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de los propósitos. Si el mundo en donde vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. [...]. Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos" HART. *The Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford, 1961., p. 160.

Si a ello se suma que la pena constituye una afectación de derechos fundamentales y que éstos suministran, por lo tanto, una razón *prima facie* en contra de su aplicación, habría que concluir que la determinación de la pena constituye siempre un caso difícil en el cual el juez y la jueza deben efectuar una ponderación entre los principios constitucionales en conflicto para fundamentar su decisión (uno de los cuales establece su vinculación a la ley), en lugar de limitarse a la subsunción del evento a juzgar dentro de la regla suministrada por el legislador.

En este sentido, y atendiendo a la vinculación de los jueces y de las juezas a las decisiones político criminales del legislador, cuando se trata de optar en un sentido distinto al señalado en abstracto en la ley penal, se deberá presentar exhaustivamente las razones que aconsejan tal proceder, siendo el principio de proporcionalidad la herramienta para efectuar tal tarea. Precisamente, la consagración de este mandato en el artículo 3 CP supone la previsión por parte del legislador de que lo que es proporcional en abstracto puede presentarse en el caso concreto como desproporcional.

Incluso, si se repara en la ubicación del precepto dentro de las normas rectoras y el mandato legal del artículo 13 CP, de que éstas orienten la interpretación de las demás normas y prevalezcan sobre ellas, podemos advertir que es obligatorio para el intérprete que, al momento de decidir sobre la pena en concreto, indague sobre si ella es necesaria, proporcional y razonable. Además, como se recordará, esta exigencia se vincula al deber de motivar las decisiones relativas a la determinación judicial de la pena, dispuesta en el artículo 59 CP: “*toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*”¹⁵⁵.

Extraer las consecuencias normativas del principio de proporcionalidad podría parecer algo inusual en nuestra cultura jurídica, donde ha imperado una tradición fuertemente legalista. En este módulo defendemos que la utilización de esta herramienta puede y debe ser algo más que una cláusula de estilo de la que no se deriva consecuencia alguna. Igualmente, buscamos evidenciar que una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad no riñe con el mandato de vinculación del juez a la

¹⁵⁵ *Supra* 3.4

ley; por el contrario, éste le permite hacer una interpretación y una aplicación integral de todos los mandatos legales y constitucionales que está llamado a tener en cuenta al momento de fundamentar la imposición de una pena.

Conforme con ello, procede ahora examinar las posibilidades de aplicación del principio de proporcionalidad en cada una de las decisiones que atañen a la individualización judicial de la pena.

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA PREPARATORIA

Responda y argumente:

- ¿Qué consecuencias genera para la determinación judicial de la pena la norma rectora establecida en el artículo 3 CP?
- ¿Cuáles son las características del sistema de determinación judicial de la pena en Colombia?
- Explique por qué las decisiones que atañen a la determinación de la pena constituyen siempre casos difíciles, que no pueden fundamentarse mediante la mera subsunción del evento a juzgar dentro de la regla suministrada por el legislador.

4.1. DECISIÓN SOBRE LA IMPOSICIÓN DE PENA: ¿HAY O NO LUGAR A IMPONER PENA EN EL CASO CONCRETO?

La decisión relativa a si hay lugar a pena requiere como condición *sine qua non* la prueba de la existencia de un comportamiento típico, antijurídico y culpable. No obstante, en diversas ocasiones, pese a la afirmación de que se está ante una conducta punible, puede no haber lugar a consecuencia jurídica alguna. Así, por ejemplo: la Corte Constitucional en la sentencia C-647 de 2001 indica:

En casos excepcionales previstos por la ley, puede el Estado prescindir de la aplicación de la pena, en virtud de la existencia de circunstancias especiales que constituyen un factor negativo de punibilidad. Ello sucede tanto en la existencia de lo que la doctrina ha denominado excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también conocidas como causales personales de exclusión de la punibilidad, así como en las causales de extinción de la pena.

En consecuencia, pese a la existencia de un conducta punible, no hay lugar a pena si no se cumplen los requisitos de una condición objetiva de punibilidad, si se satisfacen los elementos de una excusa legal absolutoria, o se verifica que concurre alguna de las causales de extinción de la acción y de la sanción penal, como por ejemplo, las reguladas en los artículos 82 a 88 del CPP¹⁵⁶. Ahora bien, dado que estas causales están taxativamente previstas por el legislador y que en su mayoría responden a consideraciones de política-criminal, cabrá preguntarse si éstas revisten carácter excepcional y, en consecuencia, no pueden ser empleadas por el juez o jueza para justificar la decisión de prescindir de la pena cuando se encuentre ante una situación que, a pesar de ameritar análogo tratamiento, no está cubierta expresamente por ellas.

Para una mayor claridad en la descripción del problema por dilucidar, conviene fijar la atención en las excusas legales absolutorias y en las condiciones objetivas de punibilidad. En la doctrina, se adelanta una

¹⁵⁶ VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., pp. 1182-1207.

importante discusión que no es pertinente describir aquí, acerca de si se trata de elementos vinculados con el injusto o la culpabilidad o por el contrario, son localizables en una cuarta categoría designada como punibilidad¹⁵⁷. Aquí se entiende que éstas se encuentran conectadas con casos en los que se verifica una ponderación entre finalidades extrapenales y la necesidad de pena.

En este sentido, Claus Roxin¹⁵⁸ destaca que

sólo si se prescinde de los elementos, relativamente numerosos, que equivocadamente se ubican entre las condiciones objetivas de punibilidad o entre las causas de exclusión o supresión de la punibilidad, resalta con claridad lo característico de la cuarta categoría del delito más allá del injusto y la culpabilidad: se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena.

Esto significa, por ejemplo: que cuando el legislador decide en el artículo 228 CP que “*las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes*”, ha hecho prevalecer sobre las necesidades preventivas de pena, la finalidad de que los litigantes, apoderados o defensores, se expresen con claridad y libertad, y que la prohibición de injuriar no afecte su libertad para la defensa de la causa que les corresponda, al eximirles de la obligación de valorar y sopesar, al momento de intervenir en el foro judicial, si con sus palabras están o no infringiendo la ley penal.

Percibidas de este modo, es decir, como decisiones legislativas fundadas en una ponderación que privilegia otros cometidos del Estado frente a las necesidades preventivas de la pena, las normas que consagran excusas legales absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad sólo pueden ser aplicadas

¹⁵⁷ ROXIN. Ob. Cit. 2001., pp. 969-989. POSADA y HERNÁNDEZ. Ob. Cit., pp. 193-200. GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997. BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983.

¹⁵⁸ ROXIN. Ob. Cit. 2001., p. 977.)

en los casos previstos estrictamente en la ley, dado que es el legislador quien ostenta la libertad configurativa de la política criminal en Colombia.

Lo anterior, permite evidenciar el estrecho marco de acción que tienen los jueces y las juezas en el caso concreto para decidir no imponer una sanción penal en casos de exención no previstos por el legislador, cuando se está ante la prueba de que se ha realizado un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Sin embargo, esas decisiones legislativas, sí permiten vislumbrar que no siempre que hay un culpable de un comportamiento punible, se sigue indefectiblemente la imposición de una pena.

No sólo razones de política criminal aconsejarían que, pese a la existencia de un comportamiento punible, se renunciase a la imposición de una pena. También ello ocurrirá cuando no es necesaria su atribución de acuerdo con los fines preventivos generales y especiales con los cuales se pretende lograr el fin mediato de protección de bienes jurídicos¹⁵⁹. Un supuesto que responde a esta perspectiva se encuentra expresamente regulado en el inciso segundo del artículo 34 del CP, cuando se dispone la posibilidad de que en los eventos culposos y castigados con penas no privativas de libertad se pueda prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

En tal contexto habrá que decidir si, de nuevo en este caso, se trata de un precepto de carácter excepcional. Una interpretación sistemática, que exige considerar junto a éste el mandato dispuesto en el artículo 3 CP, llevaría a la conclusión de que también se puede renunciar a la imposición de penas en los casos de delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad, cuando se encuentren razones fundadas que indiquen que en ese caso concreto la sanción penal dispuesta no es necesaria para alcanzar los fines preventivos, e incluso que su imposición puede resultar contraproducente para el fin de protección de los bienes jurídicos.

Ha de advertirse, sin embargo, que una decisión relativa a la no imposición de la pena en un caso concreto es un asunto de hondo calado. Es una opción judicial que roza los límites funcionales de la labor encomendada a los jueces y las juezas y, por ello, de ser proferida, debe ser suficientemente

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 983.

sustentada, debe respaldarse en todas las razones que permitan concluir que de no acatarla, se incurre en una afectación desproporcionada de derechos fundamentales. De este modo, en los eventos en los cuales haya lugar a adoptar esas decisiones judiciales, la cuestión exigirá desde el punto de vista argumentativo, evaluar la medida legislativa desde todos los subprincipios de la proporcionalidad, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, si se fija la atención en el juicio de idoneidad, se puede advertir que por las características que éste comporta, difícilmente podrá encontrarse allí un argumento definitivo que aconseje prescindir de la pena. Esto porque, como se recordará, para afirmar la idoneidad de la medida legislativa basta con un pronóstico favorable acerca de la probabilidad de que la imposición de la pena incremente las posibilidades de alcanzar alguno de los fines preventivos generales y especiales que con ella se persiguen.

Incluso, en el caso de existir incertidumbre acerca de si la pena es idónea para alcanzar alguno de estos fines, el principio de vinculación del juez o la jueza a la ley, impone resolver las dudas a favor de la idoneidad de la aplicación de pena y, en consecuencia, pasar a evaluarla desde el prisma de la necesidad.

Las posibilidades que se encuentran desde el punto de vista del subprincipio de necesidad para prescindir de la pena tampoco son considerables, toda vez que los límites funcionales que circunscriben la actividad de los jueces y las juezas dejan un mínimo margen de acción para emprender la búsqueda de medios alternativos a la imposición de pena. Sólo podrán acudir a medios sancionatorios no penales, cuando el propio legislador ha dispuesto de manera paralela mecanismos sancionatorios de naturaleza extrapenal (civil, administrativa); eventos en los cuales el juez o la jueza podrían condicionar el juicio de necesidad de imposición de la pena a la verificación de que los mecanismos de naturaleza extrapenal dispuestos por el propio legislador

han sido empleados y, no obstante, se han mostrado insuficientes para lograr la protección del bien jurídico tutelado¹⁶⁰.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, como se advirtió en la tercera unidad, supone realizar una ponderación entre los derechos afectados por la imposición de la pena y los principios o derechos que justificarían dicha intervención, a fin de verificar si los costos que se derivan para los primeros no superan los beneficios que se alcanzan por la satisfacción de los segundos.

Para realizar esta ponderación se debe atender a tres variables: en primer lugar, el grado de afectación de los derechos fundamentales que se ven comprometidos con la imposición de la pena, y al mismo tiempo, el grado en que se satisfacen tanto los fines inmediatos como los mediados, esto es, en el caso de la pena los fines preventivos y la protección de los bienes jurídicos. En segundo lugar, el peso abstracto o a la importancia material que ostenta cada uno de los principios o derechos enfrentados. Por último, la certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor y en contra de la imposición de la pena.

La ponderación entre principios que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, obliga a exponer y confrontar las diversas razones que pueden esgrimirse para mantener o abandonar la decisión legislativa de imponer pena en un caso concreto. De ahí que, exigencias de racionalidad argumentativa, así como el postulado de vinculación del juez o la jueza a la ley, reclaman que la decisión judicial de prescindir de la pena en un caso concreto, agote todas las etapas que integran el principio de proporcionalidad y se resuelva finalmente, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Es oportuno ejemplificar lo que se viene diciendo, afrontando la solución de un caso.

Federico, enfermo terminal de hepatitis B, se encuentra hospitalizado en condiciones críticas. Es juzgado por el delito de propagación de epidemia (artículo 370 CP), que prevé una pena de seis (6) a doce

160 Supra 3.2.2. b).

(12) años de prisión porque, pese a haber sido informado de su enfermedad, realizó prácticas que generaron un riesgo de contaminación para las personas que se encontraban en su círculo laboral y social.

En este evento, se cumplen los presupuestos para aplicar el principio de proporcionalidad porque se verifica un conflicto entre principios constitucionales. Por un lado, los derechos fundamentales que resultarían afectados con la imposición de la pena de prisión que, como ya se describió (supra 1.2.3), compromete de una manera intensa a una gran cantidad de posiciones de derecho fundamental. Por otra parte, como razón a favor de la imposición de la pena, se encuentra la protección de la salud pública que constituye un fin legítimo que encuentra sustento directo en la Constitución (artículo 49 CP). El fin de protección del bien jurídico es un fin mediato, que pretende ser alcanzado por medio de los fines preventivos asignados a la pena en el artículo 4 CP, que son en consecuencia, los fines inmediatos.

Verificados los presupuestos para aplicar el principio de proporcionalidad, procede evaluar en primer lugar, la idoneidad de la imposición de la pena para lograr los fines preventivos generales y especiales.

En este sentido, puede afirmarse que la pena podría contribuir a satisfacer los fines preventivos generales; especialmente, es probable que ésta disuada a terceros de imitar el comportamiento de Federico. No ocurre igual con los fines preventivos especiales. Hay certeza de que la pena de prisión no es idónea para alcanzar el fin de reinserción social, debido a que las condiciones empíricas que rodean su ejecución en las cárceles colombianas, llevaron a la Corte Constitucional a determinar que ésta no sólo no es idónea para alcanzar este fin, sino que incluso es contraproducente. Respecto del fin preventivo especial negativo, entendido como la finalidad de disuadir mediante la imposición de la pena al sujeto infractor de repetir su comportamiento en el futuro, las condiciones de salud de Federico, que hacen inminente su muerte, permiten pensar que probablemente la imposición de pena no tenga el efecto disuasivo que podría tener ante un sujeto cuya expectativa de vida le permita prever que puede repetir el comportamiento en el futuro.

En definitiva, podría afirmarse la idoneidad de la pena, únicamente desde el fin preventivo general. Su falta de idoneidad para alcanzar el fin resocializador no sería un argumento suficiente para emitir un juicio negativo en cuanto a su idoneidad global, pero tales dudas si resultarán relevantes en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para evaluar la intensidad de la satisfacción del fin de protección de bienes jurídicos y la certeza respecto de las razones que sustentan la intervención.

Afirmada la idoneidad de la imposición de la pena, se debe proceder entonces, a realizar el juicio de necesidad. Puesto que el legislador no ha previsto mecanismos sancionatorios paralelos de naturaleza extra-penal, sólo quedaría la búsqueda dentro del catálogo de penas, de una sanción que revista idoneidad equivalente y menor lesividad para los derechos fundamentales del condenado. En el ejemplo que estamos analizando, el artículo 68 CP, al disponer la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, suministra un medio alternativo a la ejecución carcelaria de la pena de prisión. Dando por descontada la menor lesividad del medio equivalente, y considerando que en este caso, se verifican los requisitos legales para aplicar esta modalidad alternativa de sanción, no es preciso detenerse en la comparación de ambas medidas sancionatorias (prisión/reclusión hospitalaria o domiciliaria), desde la perspectiva de su idoneidad equivalente, pues el mismo legislador ha juzgado innecesaria la ejecución carcelaria de la pena de prisión en casos de enfermedad grave.

No obstante, aún es preciso examinar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida de reclusión hospitalaria o domiciliaria, dado que también ésta representa una afectación en derechos fundamentales que debe ser justificada en cada caso. En primer lugar, se debe analizar el grado de afectación de los derechos fundamentales comprometidos con la imposición de esta modalidad de pena, y correlativamente, el grado de satisfacción de los fines preventivos (y con ellos del fin mediato de protección de la salud pública).

- a) Desde la perspectiva del *alcance de la afectación de los derechos que se produce con la reclusión domiciliaria u hospitalaria* debe considerarse que ella representa una afectación considerable de la libertad de locomoción.

Aunque pueda afirmarse que ya la libertad de locomoción de Federico se encuentra muy reducida, dado que se trata de un enfermo terminal, y que, considerando exclusivamente la afectación de este derecho, no existiría una gran diferencia entre la decisión de imponer esta modalidad de pena o la de renunciar a toda forma de castigo, si existen diferencias si se considera que la reclusión hospitalaria o domiciliaria supone una restricción de la intimidad personal y familiar del condenado, que estará sometido a la vigilancia de las autoridades penitenciarias y a la obligación de solicitar autorizaciones para ser trasladado a un lugar diferente al fijado como sitio de reclusión.

En este caso, desde la perspectiva de la *duración de la intervención en derechos fundamentales*, el término de afectación oscilará entre los seis a los 12 años, que el legislador prevé como sanción para el delito de propagación de epidemia. Aunque es probable que la sanción no alcance a cubrir todo ese lapso, dadas las condiciones de salud de Federico, no obstante, por esa misma razón, la afectación seguramente durará hasta el último día de la vida del infractor, lo que permite considerar que se trata de una afectación considerable de sus derechos fundamentales.

- b) *Desde la perspectiva del grado de satisfacción de los principios que respaldan la intervención:* la conducta dolosa de Federico generó un riesgo de propagación de la enfermedad que padece, ocasionando así un peligro concreto para la salud pública, bien jurídico protegido mediante la prohibición contenida en el artículo 370 CP. Sin embargo, al evaluar el grado en que la medida de reclusión hospitalaria o domiciliaria contribuye al logro de los fines de la pena previstos en el artículo 4 CP, encontramos que la imposición de esta modalidad de pena puede contribuir al logro de fines preventivo generales. No ocurre igual con el logro de los fines preventivo especiales, pues Federico, por su condición de enfermo terminal, no estaría en situación de reincidir en la comisión de delitos, razón por la cual, la imposición de la sanción no tendría sentido desde la perspectiva de la prevención especial negativa, como tampoco desde la perspectiva del mandato de no desocialización. Con la medida de reclusión hospitalaria o domiciliaria, tampoco se alcanza el fin de protección al condenado, ya que la no

ejecución de la sanción no expone a Federico al riesgo de reacciones punitivas informales.

En conclusión, la imposición de la sanción contribuiría a alcanzar efectos preventivo generales y retributivos¹⁶¹, al igual que a satisfacer el mandato de vinculación del juez a la norma de sanción establecida en los artículos 370 y 68 CP, pero no tendría efecto positivo alguno, desde la perspectiva de los restantes fines de la pena previstos en el artículo 4 CP.

En segundo lugar, se deberá precisar el peso abstracto de los principios en conflicto. Entre los criterios que se deben tener en cuenta para definir la importancia material de ellos, se tiene:

- a) La jerarquía constitucional de los principios. En el caso concreto, tanto los principios afectados como los que justifican la intervención penal cuentan con reconocimiento constitucional expreso, por lo cual, desde esta perspectiva, tendrían igual peso abstracto.
- b) Prioridad de los principios que reconocen bienes individuales frente a los que reconocen bienes colectivos. Los principios afectados por la intervención tienen por objeto derechos individuales estrechamente ligados a la libertad y a la dignidad humana. Respecto de los principios que justifican la intervención tenemos que la salud pública es un bien jurídico de carácter colectivo, que mantiene con los derechos individuales de la vida y la salud, una cercana relación instrumental. Desde este punto de vista, los derechos enfrentados tendrían igual peso abstracto. Igual ocurre con el principio formal que establece la vinculación del juez o la jueza a las decisiones político criminales del legislador.

En tercer lugar, se deberá evaluar la certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones a favor y en contra de la imposición de la pena.

161 *Ello si se entiende la retribución como fundamento del castigo y no, en el sentido que resulta constitucionalmente más defendible, como límite al castigo (supra. 3.2.1. b). Si se asume esta segunda concepción, la retribución no opera en la ponderación como un fin que justifique la imposición de castigo, sino como una prohibición de imponer penas que excedan la gravedad del delito y la culpabilidad del autor.*

- *Razones a favor de la imposición de la pena.* En este punto, el examen se centra en la seguridad de las premisas empíricas relativas al grado de idoneidad y necesidad de la pena para alcanzar los fines preventivos. De este modo, se puede concluir que la certeza de estas premisas es débil, atendiendo a que la probable idoneidad que se afirma respecto de la reclusión hospitalaria o domiciliaria para contribuir al fin preventivo general negativo se contrarresta con la nula eficacia de esta pena para alcanzar sus restantes fines.
- *Razones en contra de la imposición de la pena.* Puede afirmarse, con fundamento en premisas empíricas seguras, que en el presente caso, la aplicación de una pena privativa de libertad, así se trate de la modalidad sustitutiva de reclusión hospitalaria o domiciliaria, representa una afectación cierta de la libertad de locomoción, así como de la intimidad personal y familiar del condenado.

En definitiva, si se ponderan las razones a favor y en contra de la imposición de la pena de prisión a la luz de los anteriores argumentos, dicha medida constituye una afectación intensa y cierta en la libertad de locomoción y la intimidad personal y familiar; derechos fundamentales a los cuales se confiere especial importancia material por su vinculación con la dignidad humana. Entretanto, aun cuando la imposición de pena satisface el principio de vinculación del juez o la jueza a la ley, y se orienta a la protección de un bien jurídico constitucionalmente relevante, como es la salud pública, con ella sólo se logra una satisfacción media o leve de dicho bien jurídico, dado que en este caso, la privación de libertad sólo contribuye a alcanzar fines preventivo generales, sin que ocurra igual con los restantes fines que justifican la imposición del castigo. Sumado a ello, la idoneidad de la medida no se sustenta en premisas empíricas que tengan el grado de certeza suficiente para respaldar una afectación tan intensa en los referidos derechos.

Los anteriores argumentos podrían justificar la decisión de renunciar a la imposición de pena, dado que en una situación de enfermedad terminal como la que se encuentra Federico, el empeño en ejecutar una sanción privativa de libertad, así sea bajo la forma de una reclusión hospitalaria o domiciliaria, puede suponer una afectación desproporcionada de sus derechos fundamentales. Mantener la imposición de la pena, apoyándose

en la necesidad de disuadir a terceros, por medio del ejemplo, de la imitación de tal comportamiento, supondría, de nuevo por las circunstancias del caso, una vulneración intensa de la dignidad humana.

No queda duda de que estamos ante una situación en la cual la intervención penal adquiere connotaciones dramáticas; resaltarlo es importante para reiterar que, a pesar de que los jueces y las juezas tienen un marco muy restringido para prescindir de la imposición de la pena, el artículo 3 CPP ofrece una forma para hacerlo, cuando encuentren razones para afirmar que, de aplicarse la sanción penal, se incurriría en una afectación desproporcionada de derechos fundamentales.

Sin embargo, no es esta la única decisión que se impone para el caso propuesto. Entre el extremo de la imposición de pena de prisión¹⁶² y el de renunciar a toda forma de sanción por considerarla desproporcionalizada, el juez o la jueza cuentan con la posibilidad de optar por soluciones intermedias que le permitan efectuar una armonización, para el caso concreto, de los principios en conflicto. Tales soluciones serían: (1) imponer la reclusión domiciliaria u hospitalaria, siempre y cuando ésta se ejecute bajo condiciones de máxima flexibilidad que permitan al condenado recibir asistencia médica, preservar al máximo su intimidad personal y familiar, de modo tal que el sufrimiento que ya impone su condición de enfermo terminal no se vea aumentado con los rigores de la ejecución de su condena; (2) conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional, aún cuando no se verifiquen todos los requisitos legales para otorgarla¹⁶³.

¹⁶² Que el propio legislador descarta por innecesaria en este caso, según lo establecido en el artículo 68 CP, y por lo tanto, resulta una solución inadmisible en nuestro ordenamiento.

¹⁶³ Sobre los argumentos que apoyan esta alternativa de decisión, ver infra. 4.2.1

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Responda y argumente:

- • ¿Bajo qué condiciones pueden los jueces y las juezas prescindir de la pena dispuesta por el legislador para reaccionar ante la realización de un comportamiento delictivo?
- • ¿Por qué razón la decisión de prescindir de la pena dispuesta legalmente en un caso concreto debe ser fundamentada preferentemente agotando todos los juicios de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto?
- • ¿Qué papel juegan los mandatos dispuestos en el artículo 3, 4 y 59 CP en la decisión de prescindir, en un caso concreto, de la pena dispuestamente legalmente?
- • Qué relevancia tienen en el juicio de necesidad, los mecanismos sancionatorios de naturaleza extrapenal (civil, administrativa, etc.), dispuestos por el legislador de forma paralela a la sanción penal.

4.2. DECISIÓN SOBRE LA CALIDAD DE LA PENA: ¿CUÁL PENA?

La respuesta a este cuestionamiento pasa por la definición de la calidad de la pena, es decir, del tipo de pena a imponer frente a un hecho punible concreto. En este aspecto, si se recuerda el panorama relativo a las decisiones legislativas acerca a la determinación de la pena, podrá afirmarse que en el plano judicial la libertad de elección respecto de la modalidad de sanción también está intensamente condicionada. Pese a ello, las determinaciones relativas a qué tipo de pena imponer, admiten un margen de decisión mayor del que existe respecto de la decisión de renunciar a la aplicación de pena. Margen dentro del cual tiene cabida la aplicación del principio de proporcionalidad.

Ha de recordarse que el deber de acatar la pena elegida por el legislador no es absoluto, en la medida en que está condicionado por el también precepto legal de imponer la pena sólo cuando la afectación de derechos fundamentales que ella supone sea necesaria, proporcionada y razonable. Sumado a ello, es explícito en el artículo 59 CP que el deber de motivar en el momento de la individualización judicial de la pena, no sólo recae sobre las cuestiones atinentes a la dosificación punitiva, sino que éste cubre así mismo aquéllas resoluciones relativas a la calidad de la sanción.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de motivar si hay o no lugar a la imposición de pena en un caso concreto, la tarea de justificar la clase de pena por imponer, encuentra ya en el juicio de necesidad posibilidades para cuestionar la aplicación del tipo de pena prevista en abstracto por el legislador, cuando existan alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales e igualmente idóneas para satisfacer los fines preventivos.

Así mismo, como ya se ha expuesto, al justificar la clase de pena por imponer, el juicio de necesidad se orienta a la búsqueda de una *pena alternativa* a la dispuesta por el legislador, que puede consistir, ya sea en su remplazo por alguna de las sanciones sustitutivas previstas en el CP (verbi gratia: la reclusión domiciliaria como alternativa a la prisión), o bien, en la no imposición de alguna de las penas previstas conjuntamente

para un mismo delito (verbi gratia: en el artículo 177 CP, modificado por la Ley 890 de 2004 que prevé prisión de 2,666 a 7,5 años y pérdida del empleo o cargo público, la alternativa consistiría en imponer sólo una de las dos sanciones).

Cuando existan dudas acerca de la idoneidad equivalente de la pena alternativa, habrá que avanzar al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, donde podrá encontrarse razones que pueden justificar y fundamentar que para el caso concreto, procede imponer la sanción penal alternativa. En este punto de la exposición, es preciso examinar las principales modalidades de pena previstas por el legislador y las posibilidades que pueden encontrarse, de cara a los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para adoptar una decisión diversa de la contemplada por el legislador para el delito correspondiente.

4.2.1 Pena de prisión, penas sustitutivas y penas principales aplicadas conjuntamente

Pese a los problemas que puede plantear, en el juicio de necesidad, la comparación entre penas desde la perspectiva de su idoneidad equivalente y su menor lesividad, es bien posible afirmar, con carácter general, que la pena de prisión es la más lesiva entre las sanciones contempladas en el CP, atendiendo al gran número de derechos que interviene o amenaza, a la importancia de los mismos y a su mayor connotación estigmatizante.

A ello se añade un importante argumento en contra de su mayor idoneidad, que es su comprobado carácter criminógeno, de modo que la presunción (no demostrada), de mayor eficacia preventiva que suele atribuirsele debido a su mayor gravedad se ve, por otra parte, socavada por su efectiva (y probada), contribución a la reproducción de la criminalidad.

En este sentido, vale recordar la mencionada sentencia T-153 de 1998. La declaración que en ella se hace de un estado constitucional de cosas en las cárceles colombianas, aún no superado, con la consiguiente imposibilidad de alcanzar los fines de resocialización y de protección del condenado, son argumentos que deben ser tenidos en cuenta en la búsqueda

de penas alternativas; máxime si ellas están también consideradas por el legislador para el delito correspondiente. Estos argumentos permitirían fundar la falta de necesidad, y por lo tanto, la no justificación de imponer la pena de prisión como sanción para determinados delitos, en aquellos casos en que sea posible establecer la existencia de una pena alternativa que globalmente considerada, resulte ser más eficiente.

En la confección del inventario de alternativas a la pena de prisión que con carácter general, revisten menor lesividad para los derechos fundamentales, ha de incluirse la reclusión domiciliaria y el subrogado de la condena de ejecución condicional, por tratarse de opciones contempladas por el propio legislador.

En este punto, el principio de necesidad impone al juez o a la jueza optar por algunas de estas alternativas cuando en el caso concreto se verifique el cumplimiento de los requisitos objetivos –relativos a límites cuantitativos de la pena y a la gravedad de la conducta punible, etc. -, y subjetivos –relativos a los antecedentes personales, familiares y sociales de todo orden, etc., previstos en los preceptos legales correspondientes (artículos 38 y 63 CP). En este orden de ideas, si no se verifica el presupuesto objetivo para otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional, la alternativa a considerar en lugar de la prisión sería la reclusión domiciliaria.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, al momento de evaluar la procedencia del otorgamiento de la prisión domiciliaria o del subrogado de la condena de ejecución condicional, es preciso efectuar una interpretación sistemática de los artículos 38 num. 1 y 63 num. 1, donde se establecen los límites cuantitativos de pena a la luz del incremento general de penas previsto por el legislador en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de modo tal que también los topes máximos para conceder la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena se incrementen en la misma proporción.

Como se recordará, la finalidad que animó la expedición de esta Ley, y particularmente el incremento de penas establecido en su artículo 14, fue adecuar el monto de las sanciones establecidas en el Código Penal al sistema de rebajas de penas que entró en vigencia por colaboración para

facilitar la implementación del sistema penal acusatorio. La importancia de tener en cuenta la particular finalidad de esta ley como criterio que oriente su interpretación ha destacado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de abril de 2007 (rad. 24986), y en sentencia de tutela 24021 del 7 de febrero de 2006, que cita algunos apartes del trámite previo a la aprobación y sanción de la Ley 890 en los cuales se afirma que:

- i) *Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modifican las penas...¹⁶⁴ (resaltado fuera de texto).*
- ii) *La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley 599 de 2000, se aclara), está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de 'colaboración' con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan¹⁶⁵ (resaltado fuera de texto).*
- iii) *El primer grupo de normas (aquellas relativas a la dosificación de la pena, se aclara), está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal (Ley 906 de 2004, se precisa) de rebaja de penas y colaboración con la justicia, que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos, y a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del proceso penal'¹⁶⁶ (resaltado fuera de texto).*
- iv) *Teniendo en cuenta que se hace necesario ajustar las disposiciones del Código Penal a los requerimientos que implica*

¹⁶⁴ Exposición de motivos del Proyecto de ley por el cual se modifica la Ley 599 de 2000.

¹⁶⁵ Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Senado.

¹⁶⁶ Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

la adopción y puesta en marcha del sistema acusatorio, solicitamos a la Plenaria de la Cámara de Representantes dar segundo debate al proyecto de ley número 251 de 2004 Cámara, 01 de 2003 Senado¹⁶⁷ (resaltado fuera de texto).

v) *El actual proyecto de ley, insisto hasta la saciedad, únicamente tiene una justificación y una explicación: permitir poner en funcionamiento el Código de Procedimiento Penal, que se convertirá en ley de la república y que fue expedido por esta Corporación¹⁶⁸ (resaltado fuera de texto).*

vi) *Lo que hay que modificar son algunos artículos del Código, en razón a que como entra a operar el sistema acusatorio será necesario aumentar algunas penas para que haya margen de negociación, porque de lo contrario la sociedad se vería burlada con base en las rebajas que pueda hacer el fiscal¹⁶⁹ (resaltado fuera de texto).*

Como viene de verse, es evidente que por voluntad del legislador, el incremento general de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se encuentra atado exclusivamente a la implementación del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), de donde puede concluirse que en aquellos distritos judiciales en los cuales aún no se ha implementado el referido sistema procesal, no tiene aplicación el aumento de penas y por lo tanto, rigen los extremos punitivos establecidos en la Ley 599 de 2000¹⁷⁰.

Así las cosas, dado que la finalidad que animó al legislador al expedir la Ley 890 de 2004 fue exclusivamente la de facilitar la implementación del sistema penal acusatorio y no la de endurecer las condiciones para el otorgamiento de la prisión domiciliaria o del subrogado de la condena de ejecución condicional, se impone una interpretación teleológica y siste-

167 Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

168 Intervención del Vicefiscal General de la Nación en el segundo debate al Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

169 Discusión en segundo debate del Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

170 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Fallo de tutela 24021 del 7 de febrero de 2006.

mática de dichas normas, orientada además por el principio de maximización de la libertad. Una interpretación que adecúe los topes máximos fijados por el legislador en los artículos 38 y 63 CP a la nueva escala de penas resultante del incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. De este modo, se evita una consecuencia que además de desproporcionada, no formaba parte de la intención del legislador, como es la de excluir la posibilidad de optar por estos mecanismos sustitutorios de la ejecución carcelaria de la pena de prisión para el caso de personas condenadas por delitos cuya pena, antes del aumento general de la Ley 890, no excedía los límites establecidos en los artículo 38 y 63 del CP.

Los problemas surgen cuando, incluso de acuerdo con la anterior interpretación, no se verifican los requisitos ni para conceder el subrogado ni para otorgar la reclusión domiciliaria y, no obstante, imponer y ejecutar la pena de prisión suponga un trato desproporcional en el caso concreto¹⁷¹.

Si se trata de enfocar la atención en el subprincipio de necesidad para afrontar estos supuestos, sólo podría afirmarse con certeza que procede la sustitución de la pena de prisión cuando se concluya, igualmente sin dudas, que la reclusión domiciliaria comporta una idoneidad equivalente para alcanzar los fines que se pretende lograr con la prisión, ya que desde la perspectiva de su menor lesividad hay obvias razones para afirmar que se trata de una medida que afecta de una manera menos intensa los derechos fundamentales¹⁷².

¹⁷¹ LEY 750 DE 2002. Que regula los presupuestos de la prisión domiciliaria para las mujeres u hombres cabeza de familia (según la interpretación extensiva efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2003), supone una previsión legal de un caso en el cual imponer y ejecutar la pena de prisión es abiertamente desproporcional, no sólo por las intensas afectaciones que genera para los derechos fundamentales del infractor o la infractora, sino porque a ello se suma la vulneración de derechos de otras personas de su entorno familiar. Estas razones auspiciaron que el legislador se decidiese en esos eventos por la sustitución de la pena de prisión, sin consideración a ningún límite cuantitativo.

¹⁷² En este caso, habría lugar a afirmar que la mayor idoneidad en términos preventivos generales de la pena de prisión, sumada a su comprobada ineeficacia para contribuir al logro del fin resocializador, se contrapone a la probable menor idoneidad preventiva general de la reclusión domiciliaria y a su mayor aptitud para evitar la desocialización del condenado. Así las cosas, en términos generales, podría concluirse que la reclusión domiciliaria tendrá una idoneidad equivalente a la prisión, si se compara desde la perspectiva de todos los fines que el legislador se propone alcanzar con esta última, máxime si se tiene en cuenta que la resocialización constituye el fin prevalente a alcanzar con la ejecución de la pena de prisión.

Al considerar la sustitución de la prisión por la reclusión domiciliaria, se presentará un conflicto entre las exigencias impuestas por la prevención general y el fin resocializador, ya que mientras la primera aconsejaría la pena más drástica, este último impondría optar por el medio menos desocializador. Pero a su vez, en estos casos se plantea una antinomia de segundo grado entre dos criterios contrapuestos que suministra el ordenamiento jurídico para resolver la colisión entre prevención general y resocialización:

- Así, por una parte, la propia ley penal establece la prevalencia del fin resocializador (artículo 4 inc. 2 CP y artículo 9 Ley 65 de 1993), lo cual en este caso, suministra una razón para sustituir la prisión por la reclusión domiciliaria, no sólo porque sus menores efectos desocializadores, sino porque dicha solución no anula por completo los efectos preventivos generales o intimidatorios que se busca alcanzar con la pena.
- Por otra parte, el principio que ordena la vinculación del juez o la jueza a las decisiones político criminales del legislador, suministra una razón para no sustituir la prisión por la reclusión domiciliaria en aquellos casos en los que expresamente el legislador haya excluido tal posibilidad.

Una manera adecuada de resolver esta colisión en el contexto de la aplicación del principio de proporcionalidad, es emplear el principio de vinculación del juez o la jueza a la ley para resolver las dudas que se plantean en el juicio de necesidad a favor de la decisión legislativa. Tal solución permite avanzar al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, momento cuando la prevalencia del fin resocializador será uno de los criterios para tener en cuenta al momento de establecer el peso de los principios que intervienen en la ponderación que tiene lugar en esta etapa final de la argumentación.

Así, la incertidumbre acerca a la mayor efectividad de la pena de prisión para alcanzar los fines preventivos generales y la certeza de que con ella no se alcanza el fin de no desocialización, son argumentos para tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto; concretamente, al evaluar la calidad de las premisas empíricas que respaldan la idoneidad y necesidad de la pena de prisión. Si, junto con los demás criterios,

puede concluirse que se está ante una afectación de derechos fundamentales desproporcionada, habrá que optar por la reclusión domiciliaria pese a que no se cumplan todos los presupuestos que dan lugar a ella.

Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la imposición de la pena de prisión no supere el juicio de necesidad porque se reúnen los presupuestos para sustituirla por la reclusión domiciliaria, también es preciso evaluar la proporcionalidad en sentido estricto de esta modalidad de pena privativa de libertad atendiendo a las condiciones particulares del caso a decidir. Si se llega a la conclusión de que la imposición de esta pena también es desproporcionada, deberá evaluarse la posibilidad de suspender condicionalmente su ejecución. Con todo, ha de admitirse que esta opción estaría reservada en nuestro sistema jurídico para casos verdaderamente extremos, en los cuales la afectación de derechos fundamentales sea de tal magnitud que logre derrotar las razones para atender los límites previstos de modo general por el legislador para que proceda la suspensión de la ejecución de la pena¹⁷³.

Aceptando que se está ante eventos de extrema dificultad, debido a que se trata de adoptar una decisión que roza los límites funcionales a los que está vinculada la labor judicial, habrá que considerar las soluciones posibles y evaluar los costos de cada una de ellas. En este punto, se puede anticipar que cualquiera de las alternativas por las cuales se decida el juez o jueza para resolver este dilema, le implica apartarse de mandatos legislativos.

En efecto, si no se concede la reclusión domiciliaria y la suspensión condicional de la pena, porque no se cumplen todos los requisitos previstos en la ley, se estaría desconociendo que el legislador ha ordenado que la imposición de la pena responda a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (artículo 3 CP). Así mismo, se incumpliría el mandato dispuesto en el artículo 4 CP, y reiterado en el artículo 9 de la Ley 65 de 1993, que establece la reinserción social como fin prioritario de la ejecución de la pena carcelaria, y que impondría optar por la reclusión domiciliaria o por la suspensión condicional de la condena, ante el probado efecto desocializador de las cárceles colombianas.

173 Tales como el caso propuesto en 4.1.

Por otra parte, si se concede la reclusión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión cuando no se cumplan los requisitos dispuestos en los artículos 38 y 63 CP, significaría que el juez o la jueza se están apartando de estos mandatos legislativos, pero a su vez están acatando los contenidos en los artículos 3 y 4 del CP y, por esta vía, acogiendo el mandato constitucional de optimizar los derechos fundamentales que se ven comprometidos por la ejecución de la pena de prisión.

En ambos casos, cumpliendo la obligación de motivar dispuesta en el artículo 59 CP, se deberá justificar por qué, pese a ser desproporcionado ejecutar la pena de prisión, no se concede la reclusión domiciliaria o el subrogado de ejecución condicional, o, por el contrario, argumentar por qué se concede la reclusión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena en un evento en que no se cumplen todos los requisitos establecidos para ello.

Sin duda se trata de decisiones que comprometen intereses dignos de consideración. En todo caso, no debe olvidarse que la intervención penal implica siempre un costo para derechos fundamentales, lo que aconseja privilegiar las soluciones que supongan una afectación menor para ellos.

No se puede dejar de mencionar algunos casos que involucran problemas de características similares a las hipótesis planteadas en este apartado. Así, por ejemplo: el artículo 68A, adicionado al CP mediante la Ley 1142 de 2007, que dispone:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvos los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que ésta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-805 de 2008, bajo el argumento de que la decisión de humanizar el derecho penal, mediante el otorgamiento o exclusión de subrogados o sustitutos penales, está enmarcada en la libertad de configuración legislativa. No obstante, esta declaración de constitucionalidad en abstracto no exime a los jueces y juezas de evaluar la constitucionalidad de su aplicación en el caso concreto, no sólo en virtud de lo establecido en el artículo 4 constitucional, sino del mandato legal de motivar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la aplicación de pena en el caso concreto (artículo 3 CP).

En tal sentido ha manifestado la misma Corte Constitucional en la sentencia C-822 de 2005, en la cual como se recordará, se examina la constitucionalidad de las normas del Código de Procedimiento Penal referidas a la práctica de pruebas que implican una intervención corporal. En ella se expuso que el examen de proporcionalidad en abstracto de esas determinaciones legislativas no releva a los jueces y a las juezas de control de garantías de su obligación de evaluar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad en el caso concreto.

Pese a que esta sentencia fija la atención en decisiones que adoptan los jueces y las juezas de control de garantías, las consideraciones acerca de la necesidad de realizar en concreto el juicio de proporcionalidad en sus determinaciones, son extensibles para los jueces y juezas de conocimiento cuando estén realizando la tareas relativas a la determinación de si hay lugar a pena, qué pena y cuánta pena.

Esta regla de decisión es reiterada en la sentencia C-318 de 2008, cuando la Corte señala que la prohibición legislativa de sustituir la detención preventiva por la reclusión domiciliaria para ciertos delitos, prevista en el parágrafo del artículo 314 CPP (adicionado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007), no puede interpretarse en el sentido de excluir respecto de esos delitos el juicio de necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento, que en todo caso debe efectuar el juez. Tampoco la prohibición de sustituir la detención preventiva por reclusión domiciliaria en los supuestos en los que el legislador ha reconocido la necesidad de modular

los rigores de la intervención punitiva para proteger a sujetos en situación de vulnerabilidad (ancianos, mujeres gestantes y enfermos graves).

La Corte sostiene que una aplicación aislada de la regla de exclusión contenida en el parágrafo del artículo 314 CPP, lleva a desconocer las normas que imponen la protección de estos sujetos y, en general, la exigencia de fundamentar la necesidad de las medidas que comportan privación de libertad. Por lo tanto, señala que dicha norma sólo es constitucional si se interpreta en consonancia con los principios de afirmación de la libertad y el consecuente carácter excepcional de sus limitaciones. También indica que es preciso efectuar una interpretación restrictiva, adecuada, proporcional y razonable de las normas que autorizan preventivamente la privación de la libertad, en virtud de los principios de necesidad y gradualidad que informan dichas medidas. Así, expone que:

Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con éstos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables [...] Una interpretación del parágrafo acusado según la cual, éste contiene una prohibición absoluta de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado, en todos los eventos allí enunciados, es inconstitucional por vulneración de los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad.

La Corte reitera la necesidad de que el juez fundamente en el caso concreto, la justificación de las medidas privativas de libertad. Para ello afirma que:

La determinación de la necesidad y gradualidad de la medida, en los eventos previstos en los numerales 2, 3, 4, y 5, exige valoraciones que entrañan la consideración de múltiples elementos empíricos y probatorios que por ende no pueden ser suministrados a priori por el legislador. Por lo tanto, las exigencias de igualdad material imponen que el examen sobre el cumplimiento de los fines de la medida de

aseguramiento, su necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad se efectúe en concreto.

Las anteriores reglas jurisprudenciales también son aplicables cuando se trata de fundamentar la privación de libertad que tiene lugar por medio de la imposición de la pena de prisión, para entender que: 1. La existencia de normas que establecen exclusiones para la sustitución de penas o la concesión de subrogados deben interpretarse de manera armónica con los preceptos constitucionales y otras normas legales que aminoran la intensidad de la intervención penal con el fin de proteger a sujetos en situación de vulnerabilidad, como mujeres gestantes, personas de la tercera edad, enfermos graves, entre otros. 2. La existencia de dichas reglas de exclusión de beneficios no sustraen al juez del deber de fundamentar en el caso concreto la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de libertad y otros derechos fundamentales.

Faltaría justificar por qué, apartarse del mandato del legislador consagrado en el artículo 68 A y en consecuencia, no excluir los beneficios que aminoran la drásticidad de la pena de prisión, es una determinación judicial que podría ser fundamentada, empleando el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, la exclusión de los beneficios en las condiciones previstas en el artículo 68 A CP, responde a la finalidad de reaccionar más drásticamente ante las hipótesis de reincidencia de cara a la búsqueda de finalidades preventivas negativas, tanto generales como especiales. Sin embargo, es tarea del juez argumentar que el logro de este fin en el caso concreto, mediante la exclusión de beneficios, satisface las exigencias de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad establecidas en el artículo 3 CP.

En este sentido, puede mencionarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de octubre de 2009 (proceso 31568, MP. Alfredo Gómez Quintero), planteó una interpretación restrictiva del artículo 68A CP, conforme con la cual, la cláusula de exclusión de beneficios allí prevista, no comprende la rebaja de penas establecida en el artículo 269 CP. Esta concepción se basa en el argumento de que la rebaja de pena por reparación en los delitos contra el patrimonio es un derecho que debe reconocerse y, que, por ello, no está incluido en los supuestos de exclusión del referido artículo.

Pese a que la Corte Suprema no acude explícitamente al principio de proporcionalidad para fundamentar tal interpretación restrictiva, su decisión si respalda la afirmación de que cuando se trata de la exclusión de beneficios para los condenados reincidentes (artículo 68A CP), existe para el juez o la jueza un deber de motivación conforme con las exigencias dispuestas en los artículos 3 y 59 CP. La decisión adoptada por la Corte en este caso confirma que, en lugar de interpretación irrestricta y de una aplicación mecánica de la cláusula de exclusión establecida en el artículo 68 CP, es deber de los jueces y juezas examinar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de dicha medida en el caso concreto que les corresponde resolver.

En segundo lugar, si bien como sostiene la Corte en la sentencia C-805 de 2008, la negación de los beneficios a los que se refiere el artículo 68 A CP no es formalmente una sanción penal, debe tenerse en cuenta que tal exclusión sí representa una afectación más intensa para los derechos fundamentales de los reincidentes que, como tal, debe siempre justificarse, empleando para ello el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, tal como se expresó al iniciar este apartado, cuando la prisión esté dispuesta en abstracto como una pena principal concurrente con otras (multa y penas privativas de otros derechos), hay un espacio para hallar medios alternativos a ella. En este caso, siempre que pueda argumentarse que las demás penas establecidas en la norma enjuiciada presentan la suficiente idoneidad, porque su contenido afflictivo no es inferior al beneficio probable del delito, el mantenimiento de la privación de libertad como pena adicional quedaría privado de toda justificación, desde la perspectiva del subprincipio de necesidad.

La falta de necesidad de la prisión justificaría la inaplicación parcial de la norma, manteniendo el resto de las penas en ella previstas, que pasarían en todo caso a ser examinadas a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Por tal motivo, conviene examinar los problemas que plantea su justificación a luz de este principio.

4.2.2. Pena de multa, amortización y arresto como pena sustitutiva

Atendiendo a los bienes de los cuales priva a los condenados o condenadas, se ha considerado que la pena de multa es menos afflictiva que la de prisión. No obstante, también se han formulado objeciones contra las penas pecuniarias desde la perspectiva del principio de igualdad, dado que su imposición no discrimina la diversa capacidad de pago de los infractores y las infractoras¹⁷⁴.

Un modo de paliar en gran medida estas críticas, está relacionado con la fijación del *quantum* de ella atendiendo a la capacidad económica de los condenados o condenadas. De allí se deriva un límite - adicional al cual impone el principio de proporcionalidad de la pena-, relativo a que con ésta no puede afectarse el mínimo económico vital, como lo estableció la Corte Constitucional en las sentencias C-823 y C-932, ambas de 2005. Conforme con tal límite, podrá encontrarse eventos en donde al momento de definirse la cuantía de la multa por imponer, su fijación quede por debajo de la pena que proporcionalmente corresponde, de acuerdo con la gravedad del injusto y la culpabilidad.

Esta forma de concebir la pena de multa ha sido acogida en gran medida por el legislador colombiano, en el artículo 39 CP, en el cual distingue dos modalidades de esta pena: multa en cuantía fija y sistema de unidad progresiva de multa. Además, establece que su cuantía deberá ser fijada en forma motivada por el juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, *la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar*.

¹⁷⁴ FERRAJOLI. Ob. Cit. 1989., p. 416. CACHÓN CADENAS, Manuel y CID MOLINÉ, José. *La pena de días multa como alternativa a la prisión*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 43-44. GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000., pp. 140 y ss.

La previsión de la capacidad económica del condenado como límite a la definición cuantitativa de la multa, también se advierte cuando el legislador, en el artículo 39 CPP, establece las reglas de aplicación de la modalidad progresiva de unidad de multa, teniendo en cuenta los ingresos del condenado como criterio para determinar el grado dentro del cual se realizará la dosificación.

Por su parte, los mecanismos de amortización, ya sea por plazos o mediante trabajo no remunerado en asuntos de inequívoca naturaleza e interés estatal, son disposiciones que permiten paliar la afección al derecho de igualdad que supone imponer una pena pecuniaria sin atender a la capacidad económica del condenado o condenada, o sin considerar si con ello se produce una mayor afflictividad en los casos en los cuales se pueda afectar el mínimo vital, respecto de otros en los que sufragarla no desencadene tal resultado¹⁷⁵.

Mayores problemas suscitan en nuestro ordenamiento dos cuestiones: la primera es lo preceptuado en el artículo 40 CP, relativo a la conversión de multa en arrestos progresivos, que puede llegar a ser de arresto ininterrumpido. La segunda es la adición del inciso penúltimo al artículo 63 CP, por medio del artículo 4 de la Ley 890 de 2004, en el cual se dispone supeditar al pago total de la multa la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional¹⁷⁶.

En cuanto al primer problema, puede afirmarse que el legislador ha previsto la pena de multa, como única sanción, sólo respecto de aquéllos hechos delictivos que juzga de menor entidad. En ese orden de ideas, sustituir esta pena por la de arrestos progresivos –y potencialmente la de arrestos ininterrumpidos-, puede generar una afectación desproporcionada de la libertad y de los demás derechos fundamentales comprometidos con el encierro carcelario¹⁷⁷, lo cual plantearía problemas para justificar dicha sustitución en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

¹⁷⁵ Sobre la modalidad de sustitución de la multa por trabajo comunitario: CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ. Ob. Cit. 1997., p. 46.

¹⁷⁶ FERRAJOLI. *Imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. P. Andrés Ibáñez et al. Trotta, Madrid, 1997., p. 416. POSADA y HERNÁNDEZ. Ob. Cit. 2001., p. 258.

¹⁷⁷ CACHÓN CADENAS y CID MOLINÉ. Ob. Cit., p. 46.

El segundo problema surge al subordinar la suspensión de la condena de ejecución condicional al pago total de la multa, caso en el cual se presenta un conflicto entre los fines preventivos generales y especiales. Condicionar la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional al pago efectivo de la pena de multa, supondrá privilegiar los fines preventivos generales sobre el fin resocializador, debido a que la decisión de no ejecutar la pena de prisión, se enmarca en la búsqueda de reacciones menos drásticas para reducir las posibilidades de que los infractores e infractoras se expongan a ambientes desocializadores.

Conforme con el artículo 3 CP, en ambos eventos se debe justificar la decisión de sustituir la multa por arrestos en caso de impago, o de negar el subrogado, atendiendo a las exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sólo podría afirmarse que estas medidas son necesarias cuando no existan otras alternativas para alcanzar los fines que se persiguen con el pago de la multa. En este caso las alternativas a considerar son dos: la sustitución de la multa por trabajo comunitario o su ejecución coactiva, dispuestos como alternativas por el propio legislador en los artículos 39-7 y 41 CP.

4.2.3. Penas privativas de otros derechos

En la primera unidad del módulo, se examinaron las posiciones de derecho fundamental que se ven comprometidas con las penas privativas de otros derechos –reguladas entre los artículos 43 y ss. CP. Pese a que con carácter general, pueda afirmarse la menor lesividad de estas sanciones, si se les compara con la pena de prisión, en todo caso éstas comportan un contenido afectivo considerable que es menester justificar.

Lo anterior se advierte con especial claridad en el caso de penas como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (artículo 44 CP), para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria y comercio (artículo 46 CP), para el ejercicio de la patria potestad (art 47 CP), o la pérdida de empleo o cargo público (45 CP). Todas ellas comprometen derechos íntimamente ligados al ejercicio de la ciudadanía, a las condiciones de participación en el sistema social o al desarrollo de las relaciones familiares; aspectos todos ellos de vital importancia para las

personas, muchos de las cuales forman parte del contenido esencial de derechos fundamentales. Por tal motivo, al enjuiciar su proporcionalidad se les deberá conceder un peso abstracto considerable en la ponderación que tiene lugar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Incluso el carácter aflictivo de algunas de estas penas, se ve agravado por la indeterminación en abstracto de su contenido. Así ocurre con la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, cuya regulación no define con precisión cuáles de estos derechos y funciones serán objeto de limitación, lo que podría dar lugar a una auténtica privación de la ciudadanía, si el juez o la jueza al imponer esta pena en una caso concreto, no reduce tal indeterminación, fijando claramente qué derechos serán restringidos como consecuencia de su aplicación y exponiendo las razones por las cuales su limitación supera cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad.

Así, por ejemplo: en el caso de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, el juez o la jueza en el momento de su individualización debe fijar en concreto, qué derechos de los regulados en el artículo 40 de la Constitución van a ser limitados con la pena. Un criterio fundamental para su selección, será que el infractor o la infractora se hayan valido de ellos –o hayan realizado un ejercicio abusivo de estos– para facilitar la comisión del delito.

Tal criterio ha sido justamente empleado por el legislador cuando en el primer párrafo del artículo 52 CP señala que:

"Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a las que fue objeto de condena".

Respecto de este precepto, se puede señalar que la inclusión de las penas privativas de derechos como sanciones principales es una decisión que adopta el legislador frente a cada figura delictiva. De ese modo, en la

parte especial, la evaluación de si el ejercicio de esos derechos constituye un abuso o ha favorecido la comisión de la conducta punible, se ha realizado en abstracto. Si, como ya se argumentó, esas valoraciones en abstracto pueden ser derrotadas en concreto, habrá para los jueces y las juezas la obligación de determinar por qué en esos casos imponer y ejecutar esta pena, es necesario, razonable y proporcional conforme con el artículo 3 CP.

Así mismo, este límite para la imposición de las penas privativas de otros derechos como accesorias, no se desvirtúa cuando el legislador dispone que, en todo caso, la pena de prisión conllevara la accesoria de inhabilitación. Tal previsión responde a la idea de que cuando se trata de los delitos castigados con pena de prisión será necesario añadir un plus de afflictividad para satisfacer fines de prevención general y especial intimidatoria. Dado que esta valoración se ha realizado en abstracto, la aplicación de esta norma a los casos concretos debe en todo caso armonizarse con la exigencia de proporcionalidad, en el marco del artículo 3 CP, al momento de cumplir con la especial exigencia de motivación para las penas accesorias dispuesta en el artículo 52 CP.

Por último, para ilustrar con un caso, las posibilidades y límites que ofrece el principio de proporcionalidad para justificar las decisiones relativas al tipo de pena por imponer, vale el siguiente ejemplo:

Pedro, funcionario público, realiza un nombramiento sin el cumplimiento de los requisitos legales, atendiendo a una orden de su superior jerárquico con quien tiene una relación de estrecha subordinación. Por tal motivo es condenado por el delito prevaricato por acción, regulado en el artículo 413 CP (modificado por la Ley 890/2004), que dispone pena de prisión de 4 a 12 años, multa de 50 a 200 s. m. l. m. v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a ocho años. En el contexto de la audiencia 447 CP, el defensor solicita prescindir de la pena de prisión y de multa por considerar que con la pena de inhabilitación se cumplen los fines de la pena, por lo que aplicar conjuntamente las tres penas supondría un trato desproporcional.

Antes de iniciar el juicio de proporcionalidad de las penas impuestas para ser aplicadas acumulativamente, corresponde verificar, si hay una colisión entre principios con respaldo constitucional. En el caso tenemos, por una parte, como razones en contra de la intervención, que con la pena de prisión se ve afectada la libertad de locomoción y todos los derechos restringidos por la ejecución de esta pena, así como aquéllos que pueden verse afectados por las condiciones reales de ejecución, según lo establecido por la Corte en sentencia T-153 de 1998. En cuanto a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se puede advertir que ella compromete todos los derechos políticos consagrados en el artículo 40 CP; y con la pena de multa se afecta el patrimonio económico. Además, esta amenaza el derecho fundamental de libertad cuando su incumplimiento da lugar al arresto. Por último, se debe considerar también que la imposición de toda sanción penal comporta siempre una afectación del derecho al honor. Por otra parte, y como razones a favor de la intervención en derechos fundamentales por medio de las respectivas penas, se encuentra que con ellas se busca la protección del bien jurídico administración pública, que podría hallar sustento constitucional en el artículo 209 CP. Este fin de protección de bienes jurídicos se pretende alcanzar mediante los fines preventivos, que son en consecuencia, los fines inmediatos por alcanzar con la imposición de tales penas.

Para evaluar, si la imposición acumulativa de las tres penas satisface las exigencias impuestas por el principio de proporcionalidad, se debe iniciar con el juicio de idoneidad de la medida legislativa para el logro de los fines preventivos.

Así, desde la perspectiva del fin preventivo general negativo, la imposición de las tres penas podría considerarse idónea para generar el efecto disuasorio buscado. Desde el punto de vista de la prevención especial, se encuentra que la pena de prisión y la inhabilitación son penas que restringen las posibilidades del individuo de participar en el sistema social en condiciones de normalidad. La primera incluso, es criminógena y la segunda impedirá que esta persona siga participando en la sociedad, cumpliendo el rol de funcionario que ha venido desempeñando, por lo cual puede advertirse con certeza que estas penas no son idóneas para satisfacer el fin resocializador.

En consecuencia, la idoneidad de la imposición acumulativa de las penas puede afirmarse únicamente desde el fin preventivo general. Dado que con ella se persiguen ambos fines, la inidoneidad de la pena de prisión respecto del fin preventivo especial no sería un argumento suficiente para emitir un juicio negativo en este aspecto, considerando además que el principio de vinculación del juez o la jueza a la ley, impone resolver las dudas que surjan en este momento de la argumentación a favor de afirmar la idoneidad de la imposición acumulativa de penas, adoptada en abstracto por el legislador.

A continuación procede evaluar, si existe un medio alternativo de idoneidad equivalente para el logro de los fines preventivos y menor lesividad para los derechos fundamentales. En el caso planteado, la defensa solicita que se prescinda de la pena de prisión y de multa y se imponga sólo la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas argumentando que basta con ella para alcanzar los fines preventivos.

En este orden de ideas, es evidente que la imposición de la pena de inhabilitación como sanción única supone una menor afectación a los derechos fundamentales que la que resultaría de la imposición de las tres penas. El problema se plantea al comparar ambas alternativas desde la perspectiva de su idoneidad equivalente, porque es verdad que en el caso concreto la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tiene para el infractor un gran potencial afflictivo que puede ser suficientemente idóneo para alcanzar los fines de prevención negativos. No obstante, se debe considerar que la imposición de las penas de prisión y multa junto con ella, podrían intensificar ese efecto disuasorio.

Si se examina la idoneidad equivalente desde del fin resocializador, podría decirse que la alternativa propuesta por la defensora es más idónea porque disminuye el potencial desocializador que implica la imposición adicional de la pena de prisión. Esto generaría entonces una situación de empate si se evalúa la idoneidad equivalente, pues desde el fin preventivo negativo podría considerarse más idónea la imposición de las tres penas, pero desde el fin preventivo especial positivo, sería más idónea la imposición de la pena inhabilitación como sanción única.

Tal situación de empate debe resolverse a favor de la decisión del legislador de imponer conjuntamente las tres penas, atendiendo al principio de vinculación del juez a la ley, por lo que se debe avanzar al siguiente escalón de la evaluación de la medida, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En el presente caso, se está ante una afectación grave de múltiples derechos fundamentales, como la libertad, los derechos de participación política y el patrimonio económico, etc. Desde la perspectiva de la satisfacción del fin de protección, en el bien jurídico, administración pública, debe evaluarse el grado de injusto y la culpabilidad de Pedro, en la realización del comportamiento punible. De este modo, y atendiendo a la gravedad del injusto, se puede advertir que la contratación de una persona sin el lleno de los requisitos establecidos en el manual de funciones, no lesiona pero sí pone en peligro el bien jurídico administración pública, al posibilitar el acceso a una persona poco idónea para el cargo. Atendiendo al grado de culpabilidad, se puede afirmar que le es menos exigible a Pedro el comportamiento adecuado a derecho, atendiendo a que realizó la conducta bajo las órdenes de su jefe, con quien tenía una alta subordinación. Finalmente, considerando la contribución al logro de los fines de la pena previstos en el artículo 4 CP, se tiene que el cumplimiento acumulativo de las sanciones puede tener efectos positivos desde la perspectiva de la prevención general y especial negativa, más no desde el fin de no desocialización. En definitiva, aplicando estos criterios, el grado de satisfacción del fin de protección de los bienes jurídicos es medio.

En cuanto al peso abstracto de los principios en conflicto, las sanciones penales afectan derechos fundamentales estrechamente vinculados con el principio democrático y la dignidad humana. Mientras que el bien jurídico protegido, si bien cuenta con respaldo constitucional, es de naturaleza colectiva, lo cual le confiere un peso abstracto menor al de los derechos fundamentales afectados por la pena. Sin embargo, a favor de la imposición conjunta de las penas, también juega el principio que ordena la vinculación del juez o la jueza a la ley, lo cual ostenta un elevado peso abstracto en la ponderación.

Desde la perspectiva de la certeza de las premisas empíricas que respaldan la intervención en derechos fundamentales, existen dudas acerca de la idoneidad que tendría la imposición conjunta de las tres penas para alcanzar el fin resocializador, dado que existen argumentos para afirmar que dichas sanciones resultarían contraproducentes para el fin de evitar la desocialización del condenado. Por su parte, también es incierta la necesidad de esta medida porque en el caso concreto de Pedro, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tiene un especial carácter afflictivo que se traduce en una mayor capacidad disuasoria respecto de la que tendría frente a personas que no hubieran dedicado su vida a la función pública.

Todas estas razones, permiten afirmar la desproporción de la aplicación conjunta de las tres sanciones, y suministrarían argumentos para considerar que en el caso concreto el fin de protección que se persigue, se alcanza con la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Una vez adoptada tal decisión se deberán precisar los derechos políticos del infractor que se verán afectados o restringidos con esta sanción.

Ap

ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Responda y argümente:

- ¿Cuáles de los subprincipios de la proporcionalidad considera usted que ofrece mayores herramientas para resolver los problemas que implica la justificación de las decisiones relacionadas con el tipo de pena a imponer en el caso concreto?
- ¿Qué alternativas a la imposición y a la ejecución de la pena de prisión podrían ser consideradas al examinar la necesidad de esta sanción en un caso concreto?
- ¿Bajo qué condiciones es posible, en un caso concreto, conceder la sustitución de la pena de prisión por reclusión domiciliaria o la suspensión de la condena de ejecución condicional, pese a que no se verifiquen todos los requisitos dispuestos en los artículos 38 y 63 CP?
- ¿Qué argumentos pueden exponerse para fundamentar que la exclusión de beneficios para reincidentes debe motivarse en cada caso atendiendo a las exigencias previstas en el artículo 3 CP?
- ¿Qué problemas plantea la justificación de la pena a imponer en los casos de conversión de la multa en arresto y sujeción del otorgamiento del subrogado al pago de ella, desde el prisma del juicio de proporcionalidad?
- ¿Por qué razón y con qué criterios debe el juez o la jueza determinar con precisión los derechos limitados por la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas?

4.3. ¿CUÁNTA PENA? DOSIFICACIÓN DE LA PENA Y SISTEMA DE CUARTOS

4.3.1. Determinación, individualización estricta y dosificación de la pena

La definición de la cantidad de pena que proporcionalmente corresponde imponer en cada caso es una tarea judicial que se encuentra también delimitada en la etapa de predeterminación legal. De este modo, como se planteó al iniciar la unidad, el legislador en abstracto decide sobre los montos mínimo y máximos de pena para cada figura delictiva. Así mismo, dispone un conjunto de factores que precisan ese marco penal, ya sea agravándolo o atenuándolo de manera específica o genérica. También fija los criterios conforme con los cuales se aplican los factores que modifican el marco punitivo abstracto (artículo 60 CP), así como los fundamentos y reglas para la dosificación de la pena dentro de ese mismo margen (artículo 61 CP).

Para llegar a la determinación judicial de cuánta pena le corresponde a un comportamiento punible se deben agotar diversos niveles valorativos. En primer lugar, se debe proceder a la determinación del *marco penal genérico* aplicable, teniendo en cuenta las modificaciones genéricas y específicas, de cada una de las penas principales y accesorias mensurables, dispuestas para cada uno de los delitos realizados¹⁷⁸.

En la determinación de este marco deben considerarse, además de las circunstancias específicas, agravantes y atenuantes genéricas como:

Agravantes: 1) el concurso ideal y el concurso material (artículo 31 CP) –la aplicación de las reglas cuando se trata de pluralidad de hechos punibles imponen que previamente se haya dosificado la pena que en estricto sentido le corresponde a cada delito realizado; esto permite seleccionar la sanción punitiva más drástica, que es sobre la que se efectúa el aumento punitivo-. 2) el delito continuado y masa (artículo 31, parágrafo CP).

¹⁷⁸ POSADA y HERNÁNDEZ. Ob. Cit., p. 329.

Atenuantes: 1) la tentativa (artículo 27); 2) la complicidad (artículo 30 in CP 3); 3) el concurso de personas en los tipos especiales y de propia mano (artículo 30 in CP 4); 4º) el exceso en las causales de justificación (artículo 32, num. 7, in CP 2º); 5) el error de prohibición vencible (artículo 32, numero. 11); 6) la realización de la conducta por la influencia de apremiantes situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56); 7) la ira y el intenso dolor (artículo 57).

En este punto, también deberán los jueces y juezas atender a las reglas dispuestas en el artículo 60 CP para la determinación de los límites mínimos y máximos de pena¹⁷⁹.

En segundo lugar, la averiguación del *marco penal concreto*, que inaugura lo que se conoce como individualización judicial de la pena en estricto sentido e implica las siguientes actividades:

- 1) *La delimitación del margen de las penas principales y accesorias mensurables, que consiste en determinar la diferencia entre el mínimo y el máximo del marco punitivo abstracto; así, por ejemplo, para un marco penal abstracto de 13 a 25 años de prisión, el margen será de 12 de años.*
- 2) *El comienzo de la concreción punitiva, que se efectúa aplicando el artículo 61 incisos 1 y 2 CP, que establece el sistema de cuartos y fija los criterios para determinar en qué cuarto debe moverse el juez para dosificar la pena. Entre ellos, se encuentran las circunstancias de mayor o menor punibilidad consagradas en los artículos 55 y 59 CP¹⁸⁰.*

En tercer lugar, la dosificación del *quantum* de pena a imponer en el caso concreto, teniendo en cuenta los artículos 54 a 61 CP, que establecen criterios relativos al grado de injusto, al grado de culpabilidad y a la necesidad y función de la pena en un caso concreto, que se debe determinar conforme con el artículo 3 CP¹⁸¹.

¹⁷⁹ VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., pp. 1093-1105.

¹⁸⁰ POSADA y HERNÁNDEZ. Ob. Cit., pp. 414 y ss.

¹⁸¹ VELÁSQUEZ V. Ob. Cit., pp. 1130 y ss.

En cuarto lugar, sobre la cantidad de pena establecida en la etapa anterior se debe aplicar las rebajas dispuestas en el CPP, bajo la denominación de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado (artículos 351, 352, 356 num. 15 y 367 in 3 CP).

Conviene ilustrar en un caso concreto, las fases que involucra la definición judicial del *quantum* de pena por imponer:

Alfonso encargado de la vigilancia en un parqueadero de reconocido prestigio en la ciudad de Medellín decide, el 1 de agosto de 2009, sustraer un vehículo de uno de los usuarios de este establecimiento y, además, destruye unos documentos pertenecientes al propietario del vehículo, que eran de suma importancia para él. El valor del vehículo se estima en cincuenta millones de pesos (50.000.000). Este hecho fue realizado por el infractor el mismo día que presentó su renuncia, motivado por una acalorada disputa sostenida con su empleador por haber llegado media hora tarde a su trabajo. Adicionalmente, después de haber realizado el hecho, difunde un rumor acerca a la falta de condiciones de seguridad para los vehículos en ese establecimiento público.

Alfonso es condenado por hurto calificado (artículo 240 CP), por haber cometido este delito sobre medio automotor; precepto que además dispone una circunstancia de agravación cuando la conducta es realizada por el encargado de la custodia material de los bienes. Así mismo, el juez de conocimiento, al dictar el sentido del fallo, determinó que no concurría ninguna circunstancia de menor punibilidad, entre otras cosas, porque en ese mismo año, Alfonso había sido condenado por un delito de inasistencia alimentaria. Y, en cambio, si se encuentran de mayor punibilidad porque la conducta se ejecutó por motivo abyecto o fútil y además en su ejecución, al destruir la documentación y difundir el rumor de la falta de seguridad para los vehículos en tal establecimiento público, se hicieron más nocivas las consecuencias de la conducta punible.

Para realizar la dosificación de la pena, como se expuso, se debe precisar el marco punitivo abstracto. De este modo se debe atender a los siguientes datos:

El artículo 241 CP, dispone para esta modalidad de hurto calificado, una pena de prisión que va de siete a 15 años, lo cual equivaldría a un mínimo de 84 y un máximo de 180 meses. Además, sobre ese marco debe aplicarse el aumento punitivo de una sexta parte a la mitad por concurrir en él la calidad de custodio del bien hurtado; en este caso, la sexta parte corresponde a 14 y la mitad a 90 meses.

Atendiendo a la regla del artículo 61-4 CP, que dispone que si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción, tenemos que el marco punitivo genérico, quedaría así: el mínimo será de 98 y el máximo de 270 meses.

Correspondería ahora, determinar el marco punitivo concreto, que como se recordará es el rango de pena que se obtiene restando el *quantum* mínimo del máximo. En el ejemplo, se trataría de 172 meses. De acuerdo con el artículo 61 CP, y aplicando el sistema de cuartos, se deben delimitar cuatro submárgenes de pena; este procedimiento implica primero dividir tal cantidad, esto es, 172 meses, entre cuatro; segundo determinar, entre el mínimo y el máximo, los cuatro rangos o cuartos de pena. De este modo, en el caso que nos ocupa, aplicando estas reglas tenemos:

- a) El cuarto mínimo irá de 98 a 141 meses de prisión.
- b) El primer cuarto medio, irá de 141 a 184 meses.
- c) El segundo cuarto medio irá de 184 a 227 meses.
- d) El cuarto máximo supondrá un rango que va de 227, al máximo de pena, 270 meses de prisión.

El siguiente paso es la selección del cuarto sobre el cual se efectuará la dosificación final de la pena. En el ejemplo, concurren únicamente circunstancias de mayor punibilidad (art 58 CP), por lo cual de conformidad con el artículo 61 CP, es preciso moverse en el cuarto máximo de pena, esto es, entre 227 a 270 meses de prisión.

En definitiva, el juez o la jueza podrían imponer una pena que va desde 227 a 270 meses de prisión, lo cual convertido en años, resultaría: un mínimo de 18,9166 y un máximo de 22,5 años de prisión para este comportamiento. A esta solución, deberá añadirse la exclusión de beneficios dispuesta en el artículo 68 A CP, atendiendo a los antecedentes penales.

En este punto, se debe destacar que la definición de cuánta pena, pese al bien delineado cuadro legislativo, admite un considerable margen de discrecionalidad que no puede ser empleado sin atender a que los costos de las decisiones que afectan posiciones *iustitiales* de gran importancia material, deben ser justificados.

Sumado a ello, en la determinación en estricto sentido de cuánta pena imponer ante un comportamiento punible, es preciso considerar los límites relativos a la prohibición de doble valoración, especialmente cuando se trata de los factores específicos o genéricos de agravación que modifican el marco penal, o los criterios de mayor punibilidad establecidos en los artículos 55 y 58 CP¹⁸².

De igual modo, puesto que el respeto por los derechos fundamentales impone cuotas de justificación altas a las resoluciones que puedan afectarlos, toda duda que surja en la determinación judicial que se tome respecto de cuestiones no resueltas en abstracto por el legislador con relación a la definición cuantitativa de la pena, debe ser resuelta a favor del procesado, atendiendo al principio interpretativo *in dubio pro libertate*, que se deriva de la interpretación de los derechos fundamentales como mandatos de optimización.

Llegados a este punto, procede examinar las posibilidades que tienen los jueces y juezas para emplear el principio de proporcionalidad en la fundamentación de tales determinaciones.

Así, se insiste que en la determinación cuantitativa de la pena, se debe tener en cuenta las exigencias de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad establecidas en el artículo 3 CP. Conforme con ello, estas condiciones

182 POSADA y HERNÁNDEZ. *Ob. Cit.*, pp. 442-445.

desplegarán sus efectos cuando los jueces y juezas procedan a dosificar la pena dentro del cuarto resultante al aplicar los criterios previstos en abstracto por el legislador.

Volviendo al ejemplo planteado, para fijar la cantidad exacta de pena que le corresponde a Alfonso, se deberá evaluar cuál es el *quantum* necesario, proporcional y razonable. Cantidad que según resulta de la aplicación del sistema de cuartos, oscilará entre un mínimo de 18,9166 y un máximo de 22,5 años de prisión. Si de estos juicios se advierte que se está ante penas severas –prisión- y de larga duración- lo aconsejable sería imponer la pena menor, esto es, 18,9166 años de prisión.

En todo caso, tal como se expuso en la tercera unidad, el legislador ha determinado en abstracto, y atendiendo a razones político criminales, la escala de penas que proporcionalmente le corresponden a cada figura delictiva¹⁸³. Cuando se trata de determinar, en concreto, cuál es la pena proporcional al delito cometido, se acudirá a la comparación de las penas previstas en el ordenamiento jurídico para otros delitos; en otras palabras, se atenderá a las decisiones del legislador relativas a la ordenación de las penas en función de su gravedad; al desvalor que asigna a cada uno de los delitos según la gravedad de las penas a ellos vinculadas, así como la importancia de los bienes protegidos por el derecho penal.

La necesidad de la comparación entre sanciones penales para determinar la proporcionalidad de una de ellas en un caso concreto vincula el principio de proporcionalidad con el de igualdad en materia penal. Esta situación, a su vez, genera dos consecuencias: por una parte, la exigencia de establecer sanciones similares para aquellos delitos que sean considerados de igual gravedad; por la otra, la prohibición de disponer igual pena para conductas que puedan considerarse de distinta gravedad, así como la de sancionar un delito menos grave con una pena mayor a la prevista para un hecho más grave.

Si de nuevo se repara en el ejemplo de Alfonso, se encuentra que la pena de prisión que el legislador dispone para el hurto calificado y agravado es considerablemente más drástica que las previstas para otros

¹⁸³ *Supra* 3.1.1.

comportamientos que atentan contra el mismo bien jurídico; así, por ejemplo, el artículo 246 CP (modificado por la Ley 890 de 2004), que determina para el delito de estafa, un marco punitivo que va de 2,666 a 12 años de prisión. Incluso en su modalidad agravada, artículo 247 CP (modificado por la Ley 890 de 2004), se dispone, un mínimo de 5,333 y un máximo de 12 años. Lo mismo vale para otros delitos, por ejemplo: el abuso de confianza calificado, artículo 250 CP (modificado por la Ley 890 de 2004), con una pena de prisión de cuatro a nueve años o el delito de daño en bien ajeno, artículo 265 CP (modificado por la Ley 890 de 2004), cuya pena de prisión es de 2,333 a 7,5 años.

Además, la dosificación de la pena que le corresponde a Alfonso, de acuerdo con las reglas previstas por el legislador, implica que los jueces y juezas para establecerla, deban moverse en un margen punitivo que va de 18,9166 a 22,5 años de prisión. Ello supone una pena superior a la sanción mínima de 17,33 años de prisión establecida para el homicidio simple (artículo 103 CP, modificado por la Ley 890 de 2004), sobre cuya mayor gravedad no es preciso argumentar.

Situándonos en la hipótesis de que la pena por imponer a Alfonso, sea la mínima posible, esto es, 18,9166 años de prisión, en todo caso, ella resulta desproporcionada para el hecho realizado. A lo anterior, cabe añadir que según el artículo 52 CP, también se impondría la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al igual que la exclusión de los beneficios a los cuales se refiere el artículo 68 A CP. Cabría entonces preguntarse, si es posible dosificar la pena dentro de un cuarto punitivo inferior, para satisfacer el mandato dispuesto en el artículo 3 CP.

Ante tal cuestionamiento, se puede responder afirmativamente, bajo el presupuesto de que de nuevo en este aspecto de la determinación judicial de la pena, se verifica un conflicto entre principios con respaldo constitucional que debe ser resuelto. Surge aquí la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la tarea de motivar las resoluciones en este tipo de casos difíciles, cuando de la aplicación de las reglas legales para individualizar la pena, resulte una afectación desproporcionada a los derechos fundamentales.

Así mismo, dado que determinar cuánta pena corresponde a un comportamiento punible debe atender a la necesidad y la finalidad que ella ha de cumplir en el caso concreto (artículo 61 CP), conviene recordar que este juicio, debe entenderse en el marco de la prevención (artículo 3 CP). Esto a su vez, requiere determinar el papel que cumplan los fines preventivos en la individualización judicial de la pena. En este sentido, puede señalarse que el mínimo de pena necesaria en un caso concreto debe ser fijado, atendiendo a los fines preventivos generales, los cuales, como lo corrobora la existencia del artículo 34 CP, podrían alcanzarse incluso sin ella.

En los casos planteados en este numeral, por supuesto, no se trata de prescindir de la pena, sino de la imposición de una cuantitativamente menor pero igualmente idónea para alcanzar los referidos fines. Se trata de un problema por resolver con ayuda del subprincipio de necesidad, el cual suministra criterios para buscar alternativas sancionadoras menos aflictivas y con un grado de idoneidad equivalente para alcanzar los fines preventivos.

De este modo, y reiterando, la *búsqueda de penas alternativas*, puede orientarse también en la dirección de una pena cuantitativamente menor a la prevista por el legislador. Ésta, desde la perspectiva de su menor lesividad para los derechos fundamentales, sería preferible, presentándose quizás, mayores problemas para plantear su idoneidad equivalente, dado que una pena más drástica podría considerarse en principio, más apta para alcanzar fines preventivos generales y especiales intimidatorios, pero definitivamente resulta contraproducente ante el fin resocializador. En consecuencia, las posibles dudas en cuanto a la idoneidad equivalente de una pena inferior, obligará a avanzar hasta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, podría hallarse en muchos de los eventos, especialmente aquéllos en los que procede la imposición de una pena drástica –prisión- y de larga duración, razones definitivas para derrotar la premisa del legislador de que esa cantidad de pena es la mínima necesaria para alcanzar los fines preventivos¹⁸⁴.

¹⁸⁴ GRACIA MARTÍN. Ob. Cit., pp. 228-229, afirma: "Las penas privativas de larga duración originan una problemática propia que se focaliza sobre todo en los efectos perniciosos, en algunos casos irreversibles, que produce su ejecución en la personalidad del condenado [...] En este sentido, debería atenderse seriamente a las estimaciones de la moderna ciencia del derecho penal en el sentido de que una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir una destrucción espiritual, un deterioro irreversible en la personalidad del recluso".

Uno de los criterios a considerar en la ponderación que se lleva a cabo en este juicio, es la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales que se produce con la intervención penal. Entre los parámetros que se deben tener en cuenta para establecerla se emplea la *comparación de la pena a imponer con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza*. La afectación de derechos fundamentales será considerada especialmente intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad; piénsese en las penas previstas para el hurto calificado y agravado (artículos 239, 240, 241 CP), respecto del mínimo de pena establecido para el homicidio simple (artículo 103 CP).

En el ejemplo de Alfonso, si luego de realizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se afirma que dosificar la pena dentro del cuarto máximo, conforme con las reglas previstas en el CP, tendría como resultado una pena que afecta desproporcionadamente derechos fundamentales, podría optarse por realizar la tarea de dosificación dentro del cuarto mínimo. Ello podría dar lugar a una pena de prisión que oscilaría entre un mínimo de 98 a 141 meses de prisión (en años corresponde a un mínimo de 8,1666, y un máximo de 11,75).

Así mismo, cabe cuestionarse qué pasa, si después de decidir que la pena por imponer a Alfonso es de 8,1666 años de prisión, se sigue sin estar ante una pena que satisfaga las exigencias del artículo 3 CP, ya sea porque globalmente considerada una sanción cuantitativamente menor, podría alcanzar los fines preventivos generales y favorecer la satisfacción del fin resocializador o, porque pese a la existencia de dudas acerca de la idoneidad equivalente de ambas sanciones, se encuentra que en la ponderación de los principios en conflicto, las razones en contra de imponer la pena mayor pesan más que aquéllas que aconsejan mantenerla para alcanzar los fines preventivos generales.

En la línea de las ideas expuestas, el juez o la jueza se encontrarían ante una decisión de gran envergadura, porque supone fundamentar la disminución de la pena por debajo del umbral que, según el juicio del legislador, correspondería a la gravedad del delito cometido. No obstante, sin desatender la relevancia de la vinculación de las decisiones judiciales a la

ley, habrá que insistir en que optar por una pena mínima a la establecida en abstracto, supondría también acatar lo preceptuado en la ley, toda vez que el artículo 3 CP exige que la imposición de la pena responda a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como condición para que la restricción de derechos fundamentales que ella comporta pueda considerarse constitucionalmente justificada.

En este punto, faltaría indicar cómo determinar la pena alternativa, esto es, aquélla que por su cuantía pueda satisfacer las referidas exigencias de proporcionalidad. Ello debe hacerse por medio de la comparación con la sanción prevista para delitos de similar gravedad, lo que en el caso de Alfonso supondría indagar, dentro de los comportamientos lesivos contra el patrimonio, cuál o cuáles pueden revestir una gravedad similar y para los que el legislador ha dispuesto una pena menor que la que le corresponde legalmente al hurto calificado y agravado. Así mismo, dicho juicio comparativo se podría realizar con otros comportamientos que sin tutelar el bien jurídico patrimonio económico supongan una similar gravedad a la del hurto calificado y agravado, por ejemplo, el delito de calumnia, artículo 221 CP (modificado por la Ley 890 de 2004), sancionado con una pena de prisión mínima de 16 y una máxima de 72 meses (en años: 1,33 a seis años de prisión). Para apreciar la desproporción de la pena dispuesta para el hurto, basta con preguntarse si resulta más grave para una persona ser despojada de un vehículo o ser denunciado falsamente de la comisión de un delito.

4.3.2 La determinación judicial de la pena en el sistema de menores y los fundamentos para individualizarla conforme con el artículo 61 CP

En la práctica judicial, se plantea con frecuencia la cuestión de si es posible la aplicación extensiva de las reglas que fundamentan la individualización de la pena –artículo 61 CP- al régimen penal para los menores. En este sentido, vale la pena resaltar que el sistema de cuartos, al establecer criterios estrictos para la imposición de los máximos de pena, limita la discrecionalidad del juez o la jueza, especialmente en los casos cuya

gravedad podría dar lugar a imponer la pena más drástica dispuesta por el legislador.

Tal problemática fue planteada en una sentencia de segunda instancia, del 23 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En esta decisión, con relación a un delito ejecutado por dos menores de edad, se expuso que si bien la tarea de dosificación fue realizada por el *ad quo* conforme con los preceptos legales del Código para la Infancia y la Adolescencia, procedería una redosificación punitiva, empleando las reglas del artículo 61 CP. Dentro de los argumentos centrales para fundamentar tal decisión se afirma:

Si no se acude al sistema de cuartos, esas pretendidas finalidades de las sanciones a menores constituirían un motivo para optar por una sanción más grave que la que resulta imponible atendiendo el sistema de cuartos. Así, cabría la posibilidad de que, aún en ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, el juzgador imponga la máxima sanción. Y, al proceder de esta forma, es evidente que la específica naturaleza de las sanciones imponibles a menores resultaría provechosa, no para limitar el poder punitivo del Estado, como es de esperar en el sistema sancionatorio de un régimen democrático, sino para exacerbarlo, que es la tentación de los regímenes autoritarios. En cambio, si se respeta el sistema de cuartos, la situación es diversa: al juez se le imponen más límites en el proceso de dosificación de la sanción, lo que es mucho más compatible con el sistema penal de un régimen democrático. Es más: nada se opone a que se invoquen esas específicas finalidades de las sanciones fijadas para los menores, pero no para desconocer los límites impuestos por los cuartos punitivos, sino para graduar la sanción dentro del cuarto o cuartos correspondientes. Y, entonces, la situación resultaría paradójica: en tanto que en el régimen procesal penal para adultos operaría íntegramente el principio de legalidad de la sanción, en el sistema de responsabilidad penal juvenil lo haría solo de forma limitada y, curiosamente, a instancias de una supuesta finalidad protectora que, por lo demás, como se indicó, resulta contraria a la índole afflictiva de la sanción privativa de la libertad. La aplicación del sistema de cuartos es compatible con la índole afflictiva de la privación de la libertad; restringe el

ámbito de discrecionalidad del juzgador en materia punitiva; garantiza una sujeción más estricta al principio de legalidad de la sanción y es más compatible con los sistemas procesales de tendencia acusatoria, propios de los Estados constitucionales¹⁸⁵.

Situando el análisis en esta hipótesis, la no admisión del sistema de cuartos para determinar el margen de pena sobre el cual se realizará la tasación, podría generar una situación de desigualdad que debe justificarse; fundamentación que por las razones expuestas en el transcurso del módulo, debe efectuarse desde los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Para concluir, en todas las decisiones que atañen a la determinación judicial de la pena –si hay lugar o no a imponerla, así como su clase y cuantía–, no puede perderse de vista que cualquier costo que sufraguen los derechos fundamentales debe ser justificado, si se toma en serio la idea de que precisamente en el contexto de aplicación de los preceptos relativos a la pena, se juega la vigencia real del diseño constitucional que incorpora como norte fundamental, el respeto a la persona y sus derechos.

¹⁸⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. MP. J. J. Urbano Martínez.
Radicado: 11001600071420088015201.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Responda y argumente:

1. ¿Cuáles son las posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad para motivar las decisiones adoptadas en la determinación judicial cuantitativa de la pena?
2. ¿Qué dificultades ofrece el juicio de necesidad para justificar la elección de una pena menor a la que resultaría de aplicar las reglas de determinación judicial de la pena? ¿Podrían salvarse estos problemas en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto?
3. ¿Qué papel juegan los fines preventivos generales y el fin resocializador en la determinación cuantitativa de la pena?
4. ¿Qué función cumple la comparación de la sanción a imponer en el caso concreto con las penas previstas para delitos de similar o mayor gravedad, en el principio de proporcionalidad?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Caso 1.

Leoncio fue sorprendido cuando portaba diez libras de marihuana. Este ciudadano tenía al momento de los hechos, más de 65 años de edad, no poseía residencia y se hallaba en una situación de marginalidad e indigencia. Por otra parte, carecía de antecedentes penales.

El ciudadano aceptó los cargos desde la audiencia de la formulación de la imputación y, en consecuencia, fue condenado por el delito de porte de estupefacientes (artículo 376, inc. 3, CPP), a una pena de 48 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a una pena de multa de 50 salarios mínimos, sustituida por 750 días de trabajo comunitario, atendiendo a lo establecido en el artículo 39 num. 7 CP, le fue negada la sustitución de la pena de prisión por reclusión domiciliaria.

Ae

El juez argumentó la decisión negativa de la prisión domiciliaria, debido a que el condenado no tenía domicilio conocido. Sumado a ello, la notable cantidad de droga incautada le llevó a afirmar que podría constituir un peligro para la comunidad.

La defensa interpuso recurso de apelación, solicitando que sea concedida la prisión domiciliaria, debido a que ésta puede ser cumplida en un centro de atención al anciano o al indigente.

El Tribunal que conoce del recurso de apelación falla, confirmando la negativa de la detención domiciliaria, con fundamento en la gravedad y naturaleza de la conducta punible. Sostiene que, pese a ser el condenado un hombre de la tercera edad y carecer de morada, el delito realizado – tráfico de estupefacientes – comporta un alto grado de lesividad social, atendiendo a la considerable cantidad de droga incautada. También plantea el Tribunal que el cumplimiento de la condena en un establecimiento carcelario es necesaria para satisfacer los fines de la pena -justa retribución, prevención general y especial-. La tenencia de esta cantidad de droga amenaza el bien jurídico colectivo de la salud pública, porque la drogadicción afecta el ejercicio de una vida digna y los derechos de las personas, y desde un punto de vista subjetivo, la tenencia de tan significativa cantidad, revela un actuar libre y premeditado para poner en peligro el bien jurídico tutelado, y con mayor razón cuando se trata de un adulto con capacidad para entender el sentido de sus relaciones sociales y los valores que en ella existen.

Resuelva el caso realizando las siguientes actividades:

- Identifique el problema jurídico principal que plantea el caso.

Ae

- Establezca, si se dan los presupuestos para aplicar el principio de proporcionalidad.
- De verificarse los presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, fundamentalmente una solución a la cuestión planteada por el defensor, aplicando esta herramienta argumentativa.

Caso 2

El Juzgado Tercero Penal para adolescentes sancionó a los menores Daniel y Mateo por el delito de hurto calificado y agravado (artículos 240-241 CP), cuyos extremos punitivos oscilan entre 12 y 28 años de prisión. Por tal razón se impuso la privación de la libertad en centro especializado, atendiendo a lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006.

La defensora de los menores solicita a la jueza de conocimiento que, al momento de individualizar la sanción, se atenga a lo dispuesto por el sistema de cuartos, de conformidad con el artículo 61 del CP. Esta petición la fundamenta así: 1) En el caso presente, por ejemplo: si no se sigue el sistema de cuartos, la sanción a imponer oscilaría entre uno y cinco años de privación de la libertad; en tanto que si se sigue ese sistema, la sanción sería entre uno y cinco años, pues al no imputar la fiscalía circunstancias de mayor punibilidad, el juzgador sólo puede fijar la sanción en el primer cuarto. 2) La aplicación del sistema de cuartos restringe el ámbito de discrecionalidad del juzgador en materia punitiva y garantiza una sujeción más estricta al principio de legalidad, por lo que de no acogerse dicho sistema para la determinación de la sanción a menores se generaría un trato desigual.

Ae

La fiscalía se opuso a estos argumentos señalando que cuando se trata de sanciones a menores, no opera el sistema de cuartos en consideración a la finalidad protectora, educativa y restaurativa de tales sanciones.

Decida la cuestión planteada por la defensa, teniendo en cuenta para ello el principio de proporcionalidad.

J

JURISPRUDENCIA

La Corte suprema de Justicia ha relacionado el principio de proporcionalidad en sentido amplio y el deber judicial de motivación en las siguientes providencias: sentencia del 10 de junio de 2008, proceso 25349, MP. Julio Enrique Socha Salamanca; sentencia del 8 de abril de 2008, proceso 25306, MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Acerca del principio de proporcionalidad de la pena y la dosificación punitiva, véase Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de junio de 2009, proceso 28129, MP. Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca; sentencia del 24 de enero de 2007, proceso 23518, MP. Marina Pulido Barón; sentencia del 7 de octubre de 2008, proceso 28538, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

Sobre el principio de proporcionalidad de la pena y la dosificación punitiva en los eventos de concurso de hechos punibles, se puede ver la sentencia del 14 de septiembre de 2009, proceso 32286, MP. Sigifredo Espinoza Pérez.

En cuanto al principio de proporcionalidad de la pena en los eventos de aplicación acumulativa, véase la sentencia del 17 de junio de 2009, proceso 25915, MP. Augusto Ibáñez Guzmán.

B

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Edersa, Madrid, 1999.

ALENIKOFF, Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. In: *Yale Law Journal*, 95, 5. Yale, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. 2 reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.

-----, Alexy, Robert. *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Suhrkamp, Frankfurt, 1995.

-----, Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. C.P. Bernal. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66. Madrid, 2002.

ARROYO, Luis. *Derecho penal económico y constitución*. En: *Revista Penal*, 1. Madrid, 1998.

ATIENZA, Manuel. *Para una razonable definición de 'razonable'*. En: *Doxa*, 4. Barcelona, 1987.

-----, *El Derecho como argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983.

BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. En: *Cuadernos de Derecho Público*. 5. Buenos Aires, 1998.

B

- BASTRESS, Robert M. *El principio de la 'alternativa menos restrictiva' en el derecho constitucional norteamericano.* En: *Cuadernos de Derecho Público.* 5. Buenos Aires, 1998.
- BAURMANN, Michael. *Strafe im Rechtsstaat.* En: *Die moderne gesellschaft im Rechtsstaat.* Karl Alber, Freiburg, 1990.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Trad. J. A. de las Casas. Alianza, Madrid, 1993.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.* Athlone Press, London, 1970.
- BERDUGO, Ignacio et al. *Lecciones de derecho penal.* Parte General. 2 ed. Praxis, Barcelona, 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.
- . *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes.* En: *El Derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- . *El principio de proporcionalidad en la legislación penal.* En: *El Derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005a.
- . *Estructura y límites de la ponderación.* En: *Doxa,* Barcelona, 2003a.
- BETEGÓN, Jerónimo. *La justificación del castigo.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- BIN, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale.* Giuffrè Editore, Milano, 1992.

B

BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59. Madrid, 2000.

-----, *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

CACHÓN CADENAS, Manuel y CID MOLINÉ, José. *La pena de días multa como alternativa a la prisión*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Eunsa, Pamplona, 2000.

CID MOLINÉ, José. *El trabajo en beneficio de la comunidad*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Nomos, Baden-Baden, 2001.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal*. Parte General. 4 ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CRAIG, Paul. *Unreasonableness and proportionality in UK law*. En: *The principle of proportionality in the laws of Europa*. Hart Publishing, Oxford, 1999.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal*. En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universitat – Instituto de Criminología, Valencia, 1997.

B

- DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE OTTO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*. En: *Derechos Fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid, 1988.
- DEMETRIO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003.
- DOLCINI, Emilio. *La commizurazione della pena*. Cedam, Padua, 1979.
- , *Probleme der Strafzumessung in Italien. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 94. Frankfurt, 1982.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. M. Guastavino. 4 reimp. Ariel, Barcelona, 1999.
- ESCOBAR MARULANDA, Juan Gonzalo. *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.
- FEINBERG, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. En: *Doing and Deserving: essays in the theory of responsibility*. Princeton University Press, Princeton, 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. P. Andrés Ibáñez et al. Trotta, Madrid, 1989.

B

-----. *El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad.* En: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* Trotta, Madrid, 1996.

-----. *Imputación objetiva en el derecho penal.* Trad. P. Andrés Ibáñez et al. Trotta, Madrid, 1997.

-----. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Trotta, Madrid, 2001.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto Penale. Parte Generale.* 4 ed. Zanichelli, Bolonia, 2001.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español.* Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Entrevista a Luigi Ferrajoli.* En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.* Trotta-UNAM, Madrid, 2005.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal.* Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Los principios del derecho penal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.* 2002. En: www.iustel.com/biblio.asp

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Representación y Democracia,* en: *Derecho, Ética y Política.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

B

GOFFMAN, Ervin. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* Trad. M. A. Oyuela de Grant. Amorrortu – Murgía, Buenos Aires, 1984.

----- . *Estigma. La identidad deteriorada.* Trad. L. Guisberg. Amorrortu, Buenos Aires, 1985.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Aranzadi, Pamplona, 2003.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Sobre el concepto de causa. Un análisis de los aspectos causales en el 'caso de la colza' desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia.* En: *Poder Judicial*, 33. La Rioja, 1994.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso.* Trad. M. Jiménez Redondo. Trotta, Madrid, 1998.

HART, Herbert L. A. *The concept of Law.* Oxford University Press. Oxford, 1961.

----- . *El concepto de derecho.* Trad. G. Carrió. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

----- . *Punishment and Responsibility.* Clarendon Press, Oxford, 1968.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

B

HASSEMER, Winfried. *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social.* En: *Derecho penal y ciencias sociales.* Bellaterra - Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.

-----, *Fundamentos del Derecho Penal.* Trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero. Bosch, Barcelona, 1984.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales.* Trad. G. Carrió. 5 ed. Fontamara, México, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías.* Trotta, Madrid, 1999.

KINDHÄUSER, Urs K. *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el derecho penal económico.* En: *Hacia un derecho penal económico europeo.* Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. BOE, Madrid, 1995.

KLEINIG, John. *Punishment and Desert.* Martinus Nijhoff, La Haya, 1973.

LANDROVE, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito.* 5 ed. Tecnós, Madrid, 2002.

LARRAURI PIJOAN, Elena. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. Nueva Doctrina Penal.* Siglo XXI, Buenos Aires, 1998/b.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal.* En: *Cuadernos de Derecho Público,* 5. Buenos Aires, 1998.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurispru-*

B

dencia constitucional colombiana). En: *Nuevo Foro Penal*, 67. Bogotá, 2005.

----- . *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis – Universidad de los Andes – Universidad Nacional, Bogotá, 2004.

----- . *Interpretación constitucional*. 2 Ed. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Alcance y función del Derecho penal*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, 1989.

MAPELLI, Borja y TERRADILLOS, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3 ed. Civitas, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Penas privativas de derechos*. En: *Penas alternativas a la prisión*. Bosch, Barcelona, 1997.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.

----- . *Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal*. En: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

B

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. M. Blázquez y P. de Vega, Tecnós, Madrid, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. Duncker & Humboldt, Berlín, 1969.

-----, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Duncker & Humboldt, 1969a.

MUÑAGORRI, Ignacio. *Sanción penal y política criminal. Confrontación con la nueva defensa social*. Reus, Madrid, 1977.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 1980.

-----, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2 ed. Ariel, Barcelona, 1989.

OLLERO, Andrés. *La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal*. En: *La Ley*, 6. Buenos Aires, 1998.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de familia*. Temis, Bogotá, 2008.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986.

POSADA SEGURA, Juan David. *El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad*. Comlibros, Bogotá, 2009.

B

POSADA, Ricardo y HERNÁNDEZ, Harold M. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano. Referido a la Ley 599 del 2000.* Universidad Pontificia Bolivariana – Diké, Medellín, 2001.

POSNER, Richard. *An Economic Theory of Criminal Law.* En: *Columbia Law Review*, Vol. 85, 6. New York, 1985.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades.* En: *Derechos & Libertades*, 8. Madrid, 2000.

-----. *La filosofía penal de la Ilustración.* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

-----. *El juicio de ponderación.* En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Trotta, Madrid, 2003a.

-----. *La limitación constitucional del legislador penal.* En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Trotta, Madrid, 2003b.

-----. *El constitucionalismo de los derechos.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71. Madrid, 2004.

-----. *Constitucionalismo y garantismo.* En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.* Trotta-UNAM, Madrid, 2005.

RADBACH, Gustav. *Filosofía del Derecho.* 4 ed. Edersa, Madrid, 1959.

RAWLS, John. *Dos conceptos de reglas.* En: *Teorías sobre la ética.* Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

B

REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ, César A. *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*. En: *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996*. Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.

ROSS, Alf. *La finalidad del castigo*. En: *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*. Trad. G. Carrió. Astrea, Buenos Aires, 1976.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. D. M. Luzón Pena et al. 2 ed. Civitas, Madrid, 2001.

----- . *¿Qué queda de la culpabilidad en derecho penal?* Trad. J. M. Silva Sánchez. *Cuadernos de Política Criminal*, 30. Madrid, 1986.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal*. En: *La Ley*, 4. Buenos Aires, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Artículo 19*. En: *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas. 2001.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Duncker & Humboldt, Berlín, 1976.

SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Trad. L. M. Valdés. Cátedra, Madrid, 1990.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. En: *La Ley*. Buenos Aires, 2000.

B

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.

URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de proporcionalidad penal*. En: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Tecnós, Madrid, 2002.

VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal*. Parte General. 4 ed. Comlibros, Bogotá, 2009.

VON LISZT, Franz. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Vol. I. Reimp. Walter de Gruyter, Berlín, 1970.

YI, Zoonil. *Das Gebot der Verhältnismässigkeit in der grundrechtlischen Argumentation*. Peter Lang, Frankfurt, 1998.

Br

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Este módulo tiene su origen en una investigación matriz, cuya consulta se recomienda a quien tenga interés en estudiar con mayor profundidad muchos de los temas tratados en este módulo, así como obtener indicaciones bibliográficas más amplias:

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Sobre concepciones conflictivas de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional:

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. 2 reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Br

-----.*Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales.* Trad. C.P. Bernal. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66. Madrid, 2002.

BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59. Madrid, 2000.

-----.*La estructura de los Derechos Fundamentales.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades.* En: *Derechos & Libertades*, 8. Madrid, 2000.

-----.*El constitucionalismo de los derechos.* En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71. Madrid, 2004.

-----.*Constitucionalismo y garantismo.* En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta-UNAM, Madrid, 2005.

Ejemplos de concepciones coherentes sobre los derechos fundamentales:

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales.* Eunsa, Pamplona, 2000.

DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

Br

DE OTTO, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades, La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución.* En: *Derechos Fundamentales y Constitución.* Civitas, Madrid, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Trotta, Madrid, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Entrevista a Luigi Ferrajoli.* En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.* Trotta-UNAM, Madrid, 2005.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución.* Civitas, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

OLLERO, Andrés. *La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal.* En: *La Ley,* 6. Buenos Aires, 1998.

SERNA, Pedro y Toller, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos.* En: *La Ley,* Buenos Aires, 2000.

Sobre el principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional, su estructura, función y relación con otras herramientas de argumentación constitucional:

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Br

Para complementar el tema anterior:

BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar.* Cuadernos de Derecho Público, 5. Buenos Aires, 1998.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y límites de la ponderación.* Doxa, 26. Barcelona, 2003a.

----- . *Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes.* En: *El Derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Aranzadi, Pamplona, 2003.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional.* 2 ed. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bogotá, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El juicio de ponderación.* En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Trotta, Madrid, 2003a.

RODRÍGUEZ, César A. *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad.* En: *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996.* Siglo del Hombre – Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1998.

Sobre los significados y función que cumple el principio de proporcionalidad en el derecho penal:

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Edersa, Madrid, 1999.

Br

BEDOYA, César Augusto y DELGADO BUILES, Francisco Antonio. *Control de garantías y principio de proporcionalidad en el proceso penal acusatorio. Ley 906 de 2004.* Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad en la legislación penal.* En: *El Derecho de los derechos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005a.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal.* En: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz,* Universitat – Institut de Criminología, Valencia, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Trad. P. Andrés Ibáñez et al. Trotta, Madrid, 1989.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Los principios del derecho penal constitucional (II): El principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas.* 2002. En: www.iustel.com/biblio.asp

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional.* Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal.* Cuadernos de Derecho Público, 5. Buenos Aires, 1998.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana).* En: *Nuevo Foro Penal,* 67. Bogotá, 2005.

Br

MIR PUIG, Santiago. *Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal*. En: *Estudios en memoria de José María Lidón*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *La limitación constitucional del legislador penal*. En: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003b.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal*. En: *La Ley*, 4. Buenos Aires, 1994.

Respecto de la teoría de la punibilidad:

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. D. M. Luzón Pena et al. 2 ed. Civitas, Madrid, 2001.

BACIGALUPO, Enrique. *Delito y punibilidad*. Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

Sobre las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal comparado:

GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MAPELLI, Borja y TERRADILLOS, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3 ed. Civitas, Madrid, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. D. M. Luzón Pena et al. Civitas, Madrid, 2001.

Br

Sobre las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal nacional:

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal.* Parte General. 4 ed. Comlibros, Bogotá, 2009.

Con relación a los fines preventivos generales y sus funciones en el momento de la individualización judicial de la pena:

DEMETRIO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena.* Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal.* Parte general. Tomo I. Trad. D. M. Luzón Pena et al. 2 ed. Civitas, Madrid, 2001.

Sobre la individualización judicial de la pena en el derecho penal comparado:

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español.* Universidad de Barcelona, Barcelona, 1982.

Sobre la individualización judicial de la pena en el derecho penal nacional:

POSADA, Ricardo y HERNÁNDEZ, Harold M. *El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano. Referido a la Ley 599 del 2000.* Universidad Pontificia Bolivariana – Diké, Medellín, 2001.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General.* 4 ed. Comlibros, Bogotá, 2009.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010



Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena