

Aplicabilidad del Principio de Ponderación en la Individualización de la Pena en la Legislación Penal Colombiana.

Applicability of the Weighting Principle in the Individualization of the Penalty in Colombian Criminal Legislation.

Claudia Paola Riaño Barón¹

Fecha de Recepción:

Fecha de Aceptación:

Sumario. 1. Introducción, 1.1 Planteamiento del problema 1.2 Formulación del problema, 1.3 Justificación 1.4 Objetivos 1.5 Objetivo General 1.6 Objetivos Específicos 1.7 Metodología 2 Capítulo I, 2.1 Principio de Ponderación. 2.2 Contenido del Principio de Proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto .2.3 Características del principio de proporcionalidad 3. Capítulo II, 3.1 Constitucionalización del Derecho Penal y su impacto en la proporcionalidad de la pena 4. Capítulo III. El Principio de Proporcionalidad en la determinación judicial de la pena en el sistema colombiano, 5. Conclusiones, 6. Referencias.

Resumen. En materia de penalización de una conducta o la aplicación de régimen procesal frente a diferentes delitos la ponderación toma un papel importante desde el punto de vista de todos los derechos que tiene en juego un reo , en varias ocasiones la corte ha señalado que se debe dar un criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tal circunstancia no puede convertirse en una forma de menoscabar las garantías del procesado, haciendo, por ejemplo, más gravosa la situación del contraventor, o impidiendo al delincuente el ejercicio pleno de sus derechos.

Palabras Claves. Política Criminal, delito, ponderación, pena, principio

Abstract. In matters of criminalization of conduct or the application of the procedural regime in the face of different crimes, the weighing takes an important role from the point of view of all the rights that a prisoner has at stake, on several occasions the court has indicated that it must be given criteria of reasonableness and proportionality, such a circumstance cannot

¹Claudia Paola Riaño Barón, Abogada Egresada de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, especialista en Derecho Procesal Administrativo y Procesal Constitucional de la Universidad Juan De Castellanos, Abogada Litigante en la ciudad de Tunja, Boyacá. Abogada Regional de la Multinacional Alto Colombia S.A.S. E-mail: claudisrb28@hotmail.com. Google escolar: <https://scholar.google.es>

become a way of undermining the guarantees of the accused, making, for example, the situation of the offender more burdensome, or preventing the offender from fully exercising his rights.

Introducción

Planteamiento del Problema

El Derecho Penal se encarga de regular y establecer penas, para quien atente o violente los bienes jurídicos protegidos por las leyes y se convierte en una herramienta del Estado para contrarrestar las conductas, sin desconocer los derechos fundamentales y garantías, evitando el exceso de reprimir dichas conductas, por ello, al señalar que es la pena, la podemos entender como la justicia que exige una proporcionalidad entre el delito y la pena generando que dicha proporcionalidad constituya un principio al respecto algunos autores como: Robert alexy y Luigi Ferrajoli señalan que este principio es independiente y que debe estar considerado como principio fundamental exigiendo al juez establecer las garantías de un procedimiento y una comprensión racional y justa dando así una interpretación mas sistemática y de orientación finalista en lo que hace referencia a las normas de hermenéutica constitucional ya que este principio se encuentra integrado con la prohibición constitucional de la arbitrariedad.

Este sub principio es desarrollado a partir de varias sentencias del tribunal constitucional en donde señala que “el principio de ponderación de la pena exige en su aplicación que el medio sea idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin propuesto”(Cépeda, 2005), por ello es importante mencionar la idoneidad, el principio de necesidad y la ponderación, los cuales permiten establecer si el interés satisface otro interés concurrente, se debe buscar la alternativa menos gravosa que permita que el juez opte para conseguir el mismo fin sin desconocer los derechos fundamentales o por lo menos no afectándolos a gran medida. Por otra parte, está la ponderación, la cual se debe llevar a un juicio en concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes generando así al juez decidir sobre aquellos medios que permitan hacer efectivo la consecución del fin perseguido en materia penal.

En Colombia, “la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.” (Ley 599 de 2000, art. 4). Al igual que “la imposición de las sanciones penales, tanto de la pena como de las medidas de seguridad, debe responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad,

puntualizando en su segundo inciso que la necesidad de la pena se debe entender dentro del marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.” (Ley 599 de 2000, art. 3).

Son propias de la dogmática jurídica una disertación no tradicional, en donde encuentre un punto de equilibrio propias del derecho penal y los postulados del derecho constitucional; es hay donde surge el planteamiento de problema como ¿cuáles serían las implicaciones del principio de ponderación en la individualización de la pena en Colombia guiándolos y limitando al derecho fundamental de la libertad de las personas?

Formulación del Problema

¿Cuáles son las implicaciones del principio de ponderación para la determinación de la pena aplicable establecido en el marco punitivo de la pena una vez precisada el carácter de la individualización por parte del juez?

Justificación

La presente investigación está dirigida a la interpretación y el análisis de la aplicación por parte del juez, que hace referencia a la aplicación del principio de ponderación en la individualización de la pena en el ordenamiento colombiano. Surge la pregunta si la pena es la respuesta adecuada al delito la cual es utilizada por el legislador para el control de una conducta criminal. Se debe indagar los presupuestos, posibilidades y consecuencias de la aplicación del principio de ponderación, teniendo en cuenta que este es un principio de carácter relativo, el cual solo hace referencia a un caso en concreto. En donde exista realmente un límite de libertad frente a los derechos que se pretende amparar. La ponderación utiliza la idea de culpabilidad, en donde su fundamento es la pena y la medida de seguridad.

Se debe tener una perspectiva objetiva como subjetiva, teniendo en cuenta la voluntad del juez, es decir, que exista una adecuación cualitativa y cuantitativa de un juicio racional. Por ello el juez debe acudir a un test de razonabilidad, en donde los supuestos de hecho, la valoración y el patrón de igualdad, lleve a la justificación para un trato distinto.

Se debe tener en cuenta dos circunstancias que son la primera, si existe un trato desigual y la segunda si la validez de este objeto está de acuerdo a la constitución, este test es una directriz encaminada a los jueces, para poder obtener el restablecimiento y equilibrio entre el ciudadano, quien atento contra los bienes jurídicos y el juez, que es el encargado de imponer una sanción penal, justa, moderada y razonable de acuerdo a la ley penal.

Este juicio de ponderación permite que exista una seguridad jurídica, razón por la cual, todas las decisiones deben ser motivadas de manera explícita y con claridad, para lo cual el sentenciado debe conocer las razones que incitó al togado en su decisión. Así mismo se mide en un juicio de necesidad, el cual se concreta con la privación de la libertad las cuales se dirige a una ultima ratio, en donde este principio es de origen empírico y positivo. Así mismo la sentencia es normativa, la cual pondera los diferentes conflictos, de acuerdo a un debido proceso llevando a unos medios y a un fin. Lo cual permite que solo se pueda recurrir al derecho penal cuando no exista otro medio de control y no en todas las situaciones,

La imposición de una pena expresa un juicio global de desvalor de los hechos, mientras que la necesidad de la pena señala que es merecimiento de la pena; aquí hay que ponderar la pena y el fin perseguido para determinar si dichas medidas son acordes a los bienes que causa dicha restricción con mayor o menor grado de culpabilidad.

Objetivos

Objetivo General

Determinar la implicación del principio de ponderación para la determinación del marco punitivo de la pena una vez precisada el carácter de la individualización por parte del juez.

Objetivos Específicos

Determinar el concepto de ponderación en el ordenamiento jurídico colombiano particularmente en el derecho penal colombiano.

Identificar los mecanismos procesales en la individualización de la pena.

Señalar la concepción por parte de la corte constitucional y la corte suprema de justicia sobre el principio de ponderación en la individualización de la pena.

Metodología

Tipo

El presente artículo adopta como tipo de investigación la forma básico-jurídica, para abordar el tema de esta investigación, por tal motivo, este estudio se basa en un análisis abstracto que limitara estas concepciones jurídicas bajo un modo teórico.

Método

Para el desarrollo de esta investigación se utilizaron los siguientes métodos.

Análítico

Para descomponer, determinar, si el juez aplica el principio de ponderación individualización de la pena, se analiza la información, accediendo ir de las causas a los efectos, es decir del problema a el análisis de sus consecuencias.

Descriptivo

Se basa en una investigación de tipo descriptivo porque se puede conocer el concepto de ponderación en el ordenamiento jurídico, particularmente en la legislación penal, por medio de la descripción de cada uno de los artículos que se citan en esta investigación y como estas han contribuido al tema.

Enfoque

Es de tipo cuantitativo porque se requiere destacar la necesidad de comprender en que consiste los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano. Dentro de este ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad de la pena y sus implicaciones en el bloque de constitucionalidad juega un papel importante, para llegar a una disertación de los diferentes derechos fundamentales del imputado, lo anterior, utilizando el método de investigación cualitativa, esto bajo la alternativa hermenéutica, basada en el análisis documental, doctrinal legal y jurisprudencial establecidas como objetivos a alcanzar, refrendando parte de lo expuesto a nivel teórico, con la realidad.

Técnica de datos

De acuerdo con la metodología del articulo planteado, la investigación tendrá una recolección de datos basada en una fuente documental, utilizando herramientas primarias como la doctrina jurídico penal, las leyes, los códigos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

Hipótesis

El principio de ponderación para la determinación de la pena es aplicable dentro lo establecido en el marco punitivo de la pena una vez sea precisada el carácter de la individualización por parte del juez.

Capítulo I

Principio de Ponderación

Este principio busca una coherencia sistemática, dando una perspectiva de equidad en los derechos y principios a la aplicabilidad judicial y el cumplimiento de todas las autoridades. Es importante mencionar la reflexión sobre el derecho ya que se debe analizar las teorías jurídicas y practicas judicial al momento en que un juez deba interpretar la normas con el fin de resolver de manera correcta los diferentes casos, por tanto el juez debe buscar la realización de la justicia material en sus decisiones.

Esta postura señala que defiende el modelo silogístico de aplicación de la ley penal, a fin de que la labor judicial no sea más que afirmación o negación de hechos, pues la arbitrariedad se instala cuando el castigo no depende de la voz constante y fija de la ley si no de la errabunda inestabilidad de las interpretaciones. Solo es la afirmación o negación de los hechos pues existirá arbitrariedad cuando el castigo no depende de la interpretación de la ley. (Beccaria, 2015)

Así mismo sostiene que el modelo de garantías penales supone una labor estrictamente verificadora del juez penal mientras que los modelos autoritarios y del derecho penal máximo han pretendido liberar al juez del principio de estricta legalidad, es decir aquí se da la aplicación del principio de legalidad. (Ferrajoli, 1998)

En varias décadas se abordó este tema en los siguientes términos: en el positivismo en el siglo XX y por otro lado la hermenéutica argumentativa jurídica, el constructivismo los cuales señalan que el juez es un actor politico existe una relacion entre el objetivo de interpretacion y el sujeto que viene a interpretarla.

A partir del siglo XIX se empieza a dar una posible respuesta sobre los alcances de interpretacion juridica mediante “el modelo exegetico o jurisprudencia mecanica”(Roxin, 1997), en donde enfrenta la aplicación e interpretacion de la norma, la cual surge como la subordinacion del juez a la ley, la cual se legitima con la voluntad general lo que representa un silogismo judicial, “en todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto aquí prima la ley general sobre una accion conforme o no a la ley y por ultimo una consecuencia que puede ser la libertad o la pena.” (Beccaria, 2015)

Ahora si el legislador determina lo expuesto por kelsen (1960) en donde señala “hay que distinguir entre la interpretacion en el que determine los sentidos de la norma lo que se llama interpretacion doctrinal y aquella en la que en la que exista una interpretacion autentica”(pp.

353-355) Para la jurisprudencia conceptual como deductiva distingue la norma, la aplicación racional y la sentencia las cual genera una seguridad jurídica teniendo en cuenta que el togado solo señalara por la ley, decisiones justas, es por ello, que la escuela exegetica indicará un instrumento para una estricta subordinación del juez, quien hace referencia a referenciar legislativo, la cual busca la estricta legalidad, en donde si el legislador presentaba dudas sobre un caso concreto en cuanto al alcance de una norma, debía recurrir al poder legislativo para aclarar cual es la voluntad y así se diera una separación del poder, teniendo como consecuencia una confusión de poderes.(Blanco, 1994, pp. 229-238)

En cambio en su concepción formalista y deductivista garantizaba una postura cognoscitiva y no volitivo pues el juez debía limitarse a dar aplicación a un caso en concreto lo señalado por la ley, es decir hay una verificación de los hechos, los derechos, los cuales responden a la coherencia y al ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta que el derecho para todo los casos tiene una única solución. El modelo deductivo se expresa, como “demasiado fácil, teniendo en cuenta que basta referenciar a la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de conflictos de normas y colisiones de normas y que ninguna norma se adecue a una decisión.”(Wolfe, 1991, pp.15-31)

En el siglo XX, este carácter deductivo de la actividad judicial señala que el concepto jurídico expresado en la ley es unívoco, teniendo en cuenta que si estos son ambiguos o indeterminados esta actividad no será deductiva, para algunos autores el método exegetico permitiría llenar esos vacíos y contradicciones legales de una manera lógica sin que interviniera la voluntad de quien estará interpretando la norma. Como lo señala Zaffaroni (2000) “son reglas generales de un uso de lenguaje con términos muy generales que requieren una interpretación” aquí el funcionario judicial es quien determina si existe semejanzas relevantes y pueda aplicar una ley que reguló un caso similar o por el contrario debe que aplicar la norma en concreto.

No se puede dejar a un lado lo expuesto por la escuela del derecho libre y el realismo jurídico en donde los autores señalan que el elemento esencial del derecho es la finalidad ya que todo precepto jurídico tiene principio en objetivo práctico teniendo en cuenta que no se puede comprender una norma si no se conoce ese fin. “La finalidad del derecho es resolver conflictos de intereses por medio de la protección que la ley confiere a alguno de ellos.” (Francesco, 1988) por lo que el legislador debe conocer el origen, ocasión y el interés de la ley, así mismo la jurisprudencia a tomado un valor que permite al juez comprender el método axiológico que surge

del sistema jurídico y pueda resolver los casos dejando un lado las perspectivas formalistas y conceptuales.

Como lo expone Recasens (1986) “ el derecho autentico no es el que aparece en terminos abstractos por una norma general si no el que vive de modo real por las personas y que se debe aplicar en la sentencia y resoluciones.” Es asi que surge en el siglo XIX una escuela opuesta a la exégesis que es la escuela del derecho libre; en donde, como lo sustenta Holmes (1995) “el juez tomando la dinamica social y el sentido de la justicia ciudadana, buscando una una justicia concreta y especifica de un caso aquí el juez debe buscar el derecho libremente creado por la sociedad en vez de sentirse supeditado por la exigencias del ordenamiento legal,” en donde se explica, que el derecho no son normas generales si no las decisiones concretas de los jueces y las orientaciones pragmatica del realismo.

En el siglo XX se desarrolla el positivismo, el cual hace una interpretacion de las teoriaas generales del derecho mediante la concepcion del ordenamiento juridico y hart el cual lo hace reconstruyendo el derecho a partir de la interpretación y proceso de decisión legal. (Kelsen, 1960, pp. 232)

Como lo expresa Nuñez (2010) “la decisión judiciales es discrecional ya que los casos dificiles el juez esta obligado a decidir de forma autonoma sin estar vinculado a la regla que se quiera aplicar” ya que para kelsen(1960, pp.232) es una actividad discrecional en donde el togado hace una valoración y crea una norma particular, que brinda una norma superior en donde existe un grado de distincion entre la actividad legislativa y la de un juez; sin embargo estos dos autores no toman una perspectiva realista del derecho pues este debe ser un ordenamiento dinámico, para que el juez pueda tomarlo de sustento, dando asi una postura intermedia en el alcance de esas decisión judicial; aquí los jueces aplican y hacen reglas por medio de una teoria juridica y de ordenamiento, ya que esta dar una certeza dando un perfeccionamiento de los metodos de interpretacion, teniendo en cuenta que “ el derecho es un sistema de normas coactivas el cual debe ser conciente y complejo.”(Nuñez, 2010)

La teoria de la piramide jurídica, se ordena de forma jerarquica, escalonada el cual “es la forma en que se relacionan unas normas jurídicas dentro de un sistema desde el principio de jerarquía, en la cúspide se sitúa la constitución de un estado le sigue las leyes, los reglamentos y así sucesivamente hasta llegar a la base compuesta por las sentencias”, es decir, se hace una

distinción de las normas jurídicas y de las preposiciones jurídicas como la jurisprudencia.
(Kelsen, 1960)

La norma tiene una diversidad de opciones por lo que el juez puede aplicar la norma a de diferentes puntos de vista ya sea de manera política o moral, la que sea la más apropiada dentro de un caso concreto, es decir complementando con Kelsen (1960), la norma “no niega el carácter racional de su interpretación y aplicación de una norma en un caso concreto.”

Para Perelman (1979), los fundamentos de una decisión provienen de la lógica general a una lógica formal generando un razonamiento jurídico nuevo que permite que el togado salga de una disyuntiva entre el absolutismo racional y el escepticismo dando una razonabilidad más práctica.

De acuerdo a lo anterior, el togado al momento en que motiva una sentencia no está dando su discernimiento personal lo justo o que se ajustó a la ley, aquí el juez busca ser aceptable en su decisión. Como lo explica Perelman (1979), “frente a la persona del derecho debe buscar una decisión que se ajuste a sus pretensiones que exista una sentencia justa y razonable, frente a la comunidad debe señalar que su decisión es de acuerdo a su criterio jurídico guardando una coherencia con el sistema jurídico”

Según el pensamiento de Roxin (2016), expresa que “se debe hacer una clasificación de los casos difíciles, identificado los problemas de interpretación aplicando la norma concreta a un caso, esta norma se aplicara de acuerdo a los hechos probados y se encontrara ajustados a la coherencia” Para ello se debe generar tres requisitos uno es el de la “universalidad” aquí el juez al dar su decisión debe estar justificada en un principio o norma el cual debe tener sentido en el sistema jurídico y debe existir unas consecuencias que implique la decisión la cual debe ir de la mano con los principios y valores en el ordenamiento jurídico.

La teoría principialista, enmarca una nueva concepción del derecho, que está orientado en modelos de normas y mandatos, constituyéndose en obligaciones jurídicas en el momento de resolver conflictos de acuerdo al derecho como integridad, se destaca el uso de la fuerza y coerción como imperativo en un conjunto de reglas que obliga hacer, en este caso el togado se enfrenta a resolver un caso jurídico, en donde dicha aplicación de la norma no encuentra una relación con la generación correctiva de la obligación jurídica encuadrándolo en el supuesto normativo para resolver el conflicto de reglas ya sea por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje o porque no existe una norma jurídica aplicable (Dworkin, 1984)

El togado obtendrá hacer uso de su discrecionalidad permitiendo entender la diferencia con el positivismo jurídico en donde el legislador es racional y es una potestad suprema en el sistema normativo para dar una respuesta a los derechos en los casos difíciles, ya que si el togado a través de los elementos morales de los principios podrá responder a postulados de justicia en derecho y dar estándares en la interpretación y modelos judiciales permitiendo de esta manera a orientar a la ciencia jurídica un contenido consecuente a la sociedad en tiempos modernos dando una conexidad entre la moral y el derecho y generando así una corrección en el ordenamiento jurídico, buscando así “desmitificar la función discrecional del juez como forma de resolver los problemas frente a un caso difícil o complejo”(Dworkin, 1984)

Dworkin (1984) señala que cuando existe un caso difícil se debe hacer una disertación del postulado jurídico y los principios permitiendo así que el juez de una aplicación a los principios, orientados en el positivismo jurídico; basado en el modelo de puras reglas, en estos casos cuando no se puede dar una solución con otra norma de mismo tipo o estructura, el togado podrá emplear su criterio para dar la solución de un caso específico ya que los principios no puede medir su validez ya que no están sometidas a una autoridad que ella emana de la actividad de tribunales razón por la cual ellos coexisten, en dicha discrecionalidad contiene dos pasiones una débil la cual tiene una condición múltiple para la tomar de decisión que considera correcta y una posición fuerte la cual señala una decisión en donde existe una respuesta al derecho vigente. (Núñez, 2010)

Esta discrecionalidad permite determinar la coherencia de los procedimientos legislativos ya que este no puede ser limitado en su forma y alcance teniendo en cuenta que lo más importante es el alcance de la decisión cuya discrecionalidad concibe al derecho como un sistema de normas el cual es un modelo de puras reglas, es así como en el derecho positivo desconoce los principios y lo que hace es dar aplicación a una norma respaldada por otra norma en un caso concreto cuando no existe otra solución . (Dworkin, 1984)

los principios existen por lo que se debe dar aplicación de la norma que de diferencia a las paciones llevando a que el juez no cometa un error jurídico desconociendo unos derechos, ya que el debe abordar unos juicios para la formación de la decisión en un caso donde no exista otra solución y respaldada por el ordenamiento jurídico. (Dworkin, 1984)

El juez podrá emplear una regla distinta al principio, dando así su juicio y criterios jurídicos para tomar dicha solución generando así que no exista una discrecionalidad absoluta y que el juez no solo sea un reproductor de la ley, permitiendo que los principios sean mandatos de optimización que lleva a una ponderación en un caso de tensión (Dworkin, 1984), es por ello que una teoría interpretativa, en donde, el juez debe interpretar la norma para la aplicación de un caso, para poder llegar a una respuesta de un caso en concreto, dando la protección a los derechos individuales sin tener en cuenta los efectos sociales, conlleva a que el juez tome una providencia concreta ante la norma y los principios.

Los principios tienen un carácter central los cuales dan soluciones jurídicas en un caso determinado, el togado debe dar una solución prevaleciendo los hechos en la aplicación de la norma. (Dworkin, 1984)

El principio de ponderación de la pena es estudiado inicialmente en Alemania con Robert Alexy en 1985 en donde daba aplicación a dicho principio en los casos en donde se involucraría una norma de la ley que reconociera derechos fundamentales, el cual elaboró una teoría sobre los derechos fundamentales dando un procedimiento determinado y unas normas que el juez debe interpretar y la aplicación de los derechos fundamentales señalando que los principios son preceptos de optimización en donde existen colisión tiene lugar a la dimensión del peso en donde uno debe ceder ante el otro, limitando la posibilidad jurídica del cumplimiento de otro a lo que se llama ponderación ya que un principio tiene una jerarquía formal, que no tiene un precedente absoluto.

Cuando existe una condición en donde un principio tiene primacía sobre otro conlleva que a una consecuencia jurídica, es decir que cuando existe esta colisión hay que ponderarlo para así determinar si existe la idoneidad, necesidad y los medios fácticos y jurídicos, cuando se trata de preceptos de optimización puede ser cambiados por una ponderación racional la cual no conlleve a un solo resultado aun así teniendo en cuenta que la ponderación nos permite establecer la relación de precedencia midiendo el grado de satisfacción o afectación ya sea que determine como leves, medias y graves.

A manera de conclusión podríamos señalar que la tesis de Alexy los principios se distinguen por su vigencia aproximativa mas no por ser absoluta, en donde son todo aquello que encierra derechos, libertades, bienes jurídicos colectivos, así mismo cuando existe una colisión

entre ellos se da aplicación a la proporcionalidad en la pena al momento de cometer un delito ya sea para aumentar o disminuir de acuerdo a las causas de agravación del hecho punible (Fernando 1995), así mismo es entendido como una manera de prohibición de exceso entre “ la conducta asumida por una persona y la sanción originada por la sanción de un juez.”(Carrara, 1988)

La constitución política en sus diferentes artículos juega un papel importante como un análisis crítico del sistema penal, dentro de este principio podemos encontrar un sentido amplio y un sentido estricto, ya que este principio opera desde la perspectiva del legislador con la aplicación por parte del togado dando una relevancia a la prevención, la determinación, imposición y ejecución que se llevan a cabo de la peligrosidad criminal del individuo. (Roxin, 1997), explicando las siguientes características.

Una medida restrictiva la cual debe ser apta para lograr los fines perseguidos, debe tener un carácter empírico apoyándose en los medios y fin de los bienes jurídicos tutelados.

Asi mismo debe tener unos criterios de intervención los cuales dan la protección y idoneidad al derecho penal orientando al legislador a que no caiga en exceso y asi por parte de los órganos del estado cotejar las medidas restrictiva para la satisfacción de los fines protegidos y menos lesivos a los bienes jurídicos protegidos analizando la gravedad, lo injusto y la gravedad de la pena, esta debe buscar retribución la prevención y la resocialización generando que no afecte la dignidad humana y violación de los derechos fundamentales dando una connotación a la ley penal un sinónimo de justicia dando al imputado unas garantías humanas y jurídicas para una defensa relativamente más digna (López Zamora, S. .2021 , pp. 339-342).

Capitulo II

Mecanismos Procesales en la Individualización de la Penal

el principio de ponderación permite que cuando exista alguna controversia sea una herramienta argumentativa y pueda ser aplicada a los casos difíciles, en donde la pena minimice ese daño social que se comete con la conducta delictual y se abstenga de repetir ese comportamiento a futuro, dicha imposición debe entrar a resolver entre los derechos del infractor que puede verse afectada con la sanción y se pueda llegar a una conclusión si dicho castigo es desproporcionado ya sea porque es idóneo, al hacer el togado una individualización de la pena se

basa en el principio de legalidad ya que la sanción debe ser de acuerdo a la ley generando una garantía en cada caso.

La individualización de la pena es un proceso en el que permite que el juez de aplicación de la consecución de la medida para penar hechos y sujetos concretos para ello se tiene en cuenta los sujetos grado de participación, ejecución de ilícito, atenuantes y agravantes para que el juez pueda disminuir o aumentar, la motivación que debe tener el juez para dicha individualización en la comisión de un delito implica una determinación del fundamento y sentido de la pena para cada caso determinado, así determinar, establecer la norma y dar ejecución del castigo para dar una debida ponderación.

Ya que se presenta unos tipos penales en donde previene una misma sanción para sujetos diferentes con diferentes responsabilidades en la comisión de un hecho delictivo en donde busca permitir adecuar penas equitativas, no dañar principios procesales para no atentar contra la seguridad jurídica, tiene como función reducir la arbitrariedad del juzgador llevando lo a señalar una decisión respecto de una pena justificada y controlable aquí el juez debe considerar las circunstancias del hecho y del imputado para así respetar la individualidad de cada ser humano.

Factores y fases de la individualización de la pena

Antes de establecer el monto de la pena, una vez constatada la culpabilidad del sujeto la cual es el fundamento de lo que se parte de la individualización de la pena, se debe entrar a analizar el comportamiento desplegado por el sujeto activo el código penal indica que la culpabilidad es atribuible a cada sujeto en particular, cuando existe un caso que va dirigido a varias personas el juez debe fundamentar por separado la pena de cada sujeto, el cual debe atender a diferentes criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los grados de culpabilidad sin que se puede lesionar el debido proceso. Aquí el juez debe fundamentar la sentencia así mismo la pena la cual incluye la obligación de que esta sea razonable y proporcionada de acuerdo a la infracción, gravedad y participe.

La pena posee unas características como es la humana, la cual hace referencia al principio de dignidad humana el cual es dirigido al respeto de integridad lo cual hace la prohibición de imponer sanciones que contenga tratos malos, inhumanos y degradantes, ya que no existe castigo sin tener en cuenta el sujeto ya que esta muy unido al principio de legalidad es decir, no existen

penas sin ley escrita, estricta cierta y previa, y en materia procesal no hay pena sin el debido proceso y en penal no hay penas sin acuerdo o tratamiento penitenciario y asistencia humanitaria y resocializador, esta debe ser de acuerdo a el ordenamiento jurídico, no debe existir arbitrariedad, dando así una seguridad jurídica.

De acuerdo a la constitución política de 1991 utiliza como eje central la dignidad Humana la cual permite que exista una mayor garantía para las personas dando así una reducción a las desigualdades este nuevo constitucionalismo de derecho hace que la norma tenga una coherencia de la norma inferior a la de mayor jerarquía en un sistema jurídico concreto dando así una interpretación contextual a todos los principios y derechos constitucionales, solo sería inconstitucional la norma que en interpretación del contexto legal vigente contradiga o viole un principio de jerarquía haciendo ver que el derecho como aquel que interrelaciona con los bienes jurídicos protegidos de ahí que el artículo 11 de la constitución política de 1991 hace referencia a una igualdad material las cuales son inherente a la persona (López Zamora, S. 2021 , pp. 4-10).

La pena sera aplicada de la misma manera a todos lo que infringe la ley penal sin hacer distinción alguna fundada en pautas de razonabilidad, proporcionalidad de normas y fines. La proporcionalidad de la pena debe ser de manera cualitativa y cuantitativa conforme a la magnitud del ilícito y nivel de culpabilidad, las cuales buscan reafirmar el orden juridico, debe ser razonable, es decir, la pena debe ser prudente, equilibrada y sensata.

Esto permite que exista un proporción entre quien cometio la conducta y la sanción penal por ello va de la mano con el proporcionalidad teniendo en cuenta que ese juicio de ponderación debe hacerse de acuerdo a la normatividad penal para dar una seguridad jurídica necesaria esta sancion solo se le impondra a quien realice comportamientos de dañosidad judicial.

La imposicion de la pena debe ser señalada por los organos jurisdiccionales competentes asegurando al rea sus garantías y prerrogativas que el estado debe asgurar: Individual se refiere a que solo podra imponer la pena a la persona a quien se le atribuye el daño o quien fue el autor y por ultimo es irrevocable lo cual se da cuando el togado en una sentencua ejecutoriada individualiza la pena y expresa una decisión inapelable.

Para la imposicion de dichas sanciones en derecho penal se debe tener en cuenta que la pena tiene una clasificación una de ello es el categoría interno aquí se menciona penalidades principales las cuales son aquellas que se imponen de manera autonoma, como es el caso de la

multa, la prision, las sustitutivas las cuales se aplican en lugar de otra como es el caso de la prision domiciliaria y las accesorias las que tienen una existencias propias y se aplicaran en compañía de las principales como es el caso de la perdida de un cargo publico.

En segundo lugar se trata la forma de aplicación, en que se aplica, ya sea de manera simple las cuales son llamadas unicas la cual se da cuando existe una unica sancion por un hecho y compuestas o conjuntas se da cuando hay varias penas aplicadas de forma combinada, en tercer lugar esta el derecho afectado el cual se refiere al bien juridico al momento en que le imponen la pena esta puede dividirsen en extinitva la cual se da por ejemplo con la pena de muerte, corporales esta se da cuando existe una violacion a su daño fisico como por ejemplo la tortura y las infamantes que son las que afectan la dignidad y honor de un reo como por ejemplo la muerte civil y en cuarto lugar las privativas de libertad se da cuando se priva de la libertad de manera permanente o temporal la libertad de una persona como es una libertad condicional y vigilada y en quinto lugar la “duracion o limite temporal” la cuales se divide en perpetuas la cual se extinge con la vida en la privacion de la libertad la cual es el tiempo de duracion de un reo en una prisión.

Las penas según el derecho positivo es cuando el legislador señala la sancion la cual se configura en la multa, la privacion de la libertad y derechos el codigo penal señala y se puede dividie en penas principales las cuales se subdivide de la siguiente manera: (Código Penal, art 35)

Prision: aquí el condenado es recluido en un establceimiento penintenciaro el cual debe ser exclusivo de la libertad y sumiso a una vida establecida dentro del centro penitenciaro, esta debe ser señalada en sentencia por la ocurrencia de un delito esto no quiere decir que no solo sea privado de su libertad, libertad de expresion,de asociacion, sexual y de prerrogativas economicas y familiares, en estas sanciones en derecho positivo son de larga duracion por eje central, como trata en los siglos XVIII Y XIX como es el caso en derechos europeos la cual era el unico recurso contra la criminalidad esto iba unido desde lo minimo hasta lo maximo con un endurecimiento judicial.(ley 890 de 2004 art 1 y 2).

consagrando esta sanción como un máximo convirtiendo estas penas en crueles e inhumanas ya que si un reo es condenado por sentencias de años privados de su libertad son personas irreversibles para la convivencia en sociedad, la estimación de la pena se reduce cuando existen ciertos beneficios como es el caso de remisión de trabajo, estudios.

a). Penas Privativas de otros Derechos: estas penas son accesorias y la señalará el togado cuando exista una relación directa con el hecho punible y sea objeto de condena

b). Condenas Sustitutivas: se refiere a la prisión domiciliaria, el togado hace un cambio de lugar y mediante sentencia puede ser intramural en Colombia mediante el código penal en su título I señala que la pena debe ser humana, digna, proporcionada y con límites del ejercicio ius puniendi, está el arresto continuo o ininterrumpido es una sanción sustitutiva en donde puede ser continuo en donde el arresto es de fin de semana de manera ininterrumpida, está el trabajo de interés estatal o social en este caso permite una labor no pagada a una colectividad la cual puede ser sustitutiva a la pena cuando el reo no este en condiciones económicas de cancelar la suma impuesta por el juez, pero esta postura no es aplicable las alternativas de prisión

c). Penas accesorias: son las que tienen que ver con inhabilidades para ejercer los derechos políticos y función pública, así mismo se genera una pérdida de empleo o cargo público un ejemplo de ello es delitos contra el patrimonio del Estado, existen unas penas discrecionales o potestativa está sometido al arbitrio del funcionario judicial el cual podrá imponerla siempre que no se desconozca la tasación que prevé la ley un ejemplo de ello es privación de conducción vehículos motocicleta y automotores por un término de 6 meses a 10 años, prohibición de tenencia de arma, o a residir en determinado lugar, prohibición de hablar con la víctima. (ley 599 de 2000, art 43 inciso 4)

La individualización de la pena está ligada a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito la cual permite poner un freno al azar y a la arbitrariedad en el momento en que se aplica la pena esta debe ser coherente con los postulados jurídicos de tal forma que la sanción sea racional es por ello que es importante mencionar algunos conceptos uno de ellos es la

personalización la cual se emplea para examinar la adaptación de la pena para cada persona para quien infringe la ley, la determinación la cual se puede entender en su sentido estricto en donde se hace una valoración y cuantificación de la pena o amplio aquí el juez mira el procedimiento, diferentes autores han creado diferentes concepciones uno es la teoría del valor relativo, jerárquico y gradual que permite determinar una pena estricta y de acuerdo a la culpabilidad. (Hegel, Georg W. F. 1975, 41).

la teoría de la pena exacta o puntual es donde se determina exactamente la culpabilidad, la teoría de espacio del juego no se determina exactamente ya que se verifica lo máximo y mínimo en donde el juez entra a determinar la sanción existe un equilibrio entre la pena y sus límites y grado de culpabilidad, por ultimo esta la teoría de proporcionalidad en donde la pena se hace con gravedad de los hechos, la conducta y la culpabilidad del autor. (Velásquez, 2020, pp.729-768).

la sanción de la pena cuantitativo: se resume en cuatro niveles el primero es la que hace referencia a reformas específicas para agravar o atenuar la punibilidad, el juez mira los límites punitivos partiendo de las normas de la ley penal ya sea de tipos básicos especiales o complementarios, segundo modificaciones genéricas para atenuar la culpabilidad hace referencia a los agravantes y atenuantes en donde determina consecuencias, aquí existe varias veces el mismo tipo penal y el juez debe determinar para caso la penalidad. (ley 599 de 2000, art 55 y 58).

Tercero Los delitos que se cometen en masa o son continuados aquí la pena se aplica al mínimo y máximo de la infracción de acuerdo a la infracción primordial, cuarto las penas que disminuye la punibilidad: tiene que ver con la tentativa se da cuando el autor del hecho no logra realizar la condena por motivos ajenos a la voluntad esta se da en dos modalidades una de ellas es la que tiene que ver con ordinaria, la complicidad y el exceso de las justificaciones de la pena, la ira o el intenso dolor (Velásquez, 2020, pp.729-768).

Marco penal que determina los límites: tiene que ver con cinco pautas de la pena las cuales la primera es la que se denomina como la modificación en proporción aquí se verifica si se atenúa o se agrava dirigida a la conducta básica, segundo modificación proporción determinada aquí la pena se aumenta en proporción, tercera la pena puede disminuir a un mínimo de infracción básica, cuarto aumentar pena en dos proporciones es decir se aplica al mínimo y la

mayor al máximo y por ultimo la pena que se aplica la mayor se aplicara al mínimo y la menor al máximo de la infracción, todo esto tiene que ver con la criminalización primaria en donde se mira los límites máximos y mínimos esto para determinar el actuar del juez (Velásquez, 2020, pp.729-768).

El juez no aplicara los grados de mínimo y máximo cuando se trate de preacuerdos, en los acuerdos con fiscalía o cuando no exista atenuantes, agravantes, así mismo esto depende de cada caso concreto podemos decir que llegamos a la conclusión que el cuarto mínimo se da para los casos en que no exista atenuación o agravación en casos de menor punibilidad la sanción debe ser mínimo legal de acuerdo a una tasación de la pena racional equilibrada y sustentada, respecto a el primer y segundo cuarto se da cuando existe situaciones simultanea de atenuación o agravación, generando una pena más dócil. (Velásquez, 2020, pp.729-768)

Individualización judicial aquí el togado debe dictar sanción de manera estricto de acuerdo al grado de gravedad la conducta, el daño, las causas que generaron dicho agravante, atenuante, intensidad del dolo, preterintencion, culpa, teniendo en cuenta el grado de aproximación, eficacia de acuerdo a el análisis de los elementos de lesividad, el bien jurídico y su protección y la culpabilidad, en donde esta decisión tiene que venir motivada y debe ser sometida a un rango de constitucionalidad sometida a un control ya sea del superior jerárquico o por un órgano de control. (Velásquez, 2020, pp.729-768).

Criterios de determinación: aquí se determina la gravedad de la conducta en donde se comprueba una amenaza, este daño real se analiza a la afectación de estos bienes protegidos, causales de agravantes o atenuantes de la punibilidad la cual en este caso se debe precisar la razón para cada situación es decir su origen, sus características, clase o genero ya que una verdadera interpretación de la normas, circunstancias y tasación de la pena en donde dicho análisis se refiera ya sea al injusto, culpabilidad y punibilidad, caso contrario lo que pasa en el sentido estricto en donde se toma la culpabilidad y la punibilidad en el sentido amplio se toma son las situaciones o particularidades que se encuentran alrededor del tipo penal; la intensidad del dolo preterintencional o culpa concurrente las cuales hacen parte de la conducta punible aquí se mira es la forma de la acción a la intensidad y no de la culpabilidad las cuales son determinantes.

Frente a la sanción penal se debe mirar desde la prevención del delito y la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionada las cuales tienen un sentido garantista la función de la pena para ello se determina cuales fines de la imposición de la pena la cual debe cumplir en cada caso teniendo en cuenta que el togado no puede desbordarse o salir de ese marco legal generando así una pena racional y proporcionada al hecho ya que la finalidad de las penas es reformar y readaptación de los reos. (Velásquez, 2020, pp.729-768)

Otro de los aspectos relevantes son los que tienen que ver con rebajas que recaen sobre las penas las cuales tiene que ver con los acuerdos, aceptación de cargos ya sea en audiencia de formulación de cargos, lo mismo sucede en audiencia concentrada en donde existirá una rebaja de mitad de la pena pero esta no será inferior a la tercera parte, en el caso de el juicio oral ya sea que se declare parcial o total mente culpable se rebaje a una sexta parte en donde el juez si acepta este preacuerdo el juez no puede señalar otra pena. (Velásquez, 2020, pp.729-768)

La determinación de la pena pecuniaria: se debe analizar desde la pena en prisión y la multa la cual para que el juez la determine debe ser de una manera motivada de acuerdo al daño y de acuerdo al principio de igualdad, el juez para que pueda imponer una pena debe cumplir ciertos criterios como es el caso de la gravedad de la conducta que esta sea típica, antijurídica y y no exista ninguna causal de responsabilidad y de esta manera también entrar a determinar el límite máximo de la medida de una forma residual. (Velásquez, 2020, pp.729-768).

Capítulo III

Concepción del principio de ponderación de la pena para la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Según la Corte Constitucional señala que al dar aplicación al principio de ponderación puede existir colisiones con normas jurídicas por lo que es necesario que el togado realice una ponderación que permita dar solución a estos conflictos normativos, este principio permite resolver casos difíciles por lo que permite que el juez pueda emplearse en las decisiones judiciales al momento de imponer una pena para ello se debe determinar las normas principales, las pecuniarias de multa y las que se señala en la parte especial (Bernal, 2005) el juez debe resolver las razones que están a favor y las que se encuentra en contra de ella (Cote, 2007)

De debe analizar en la imposición de la pena los derechos fundamentales mirando los fines de su imposición, ejecución protección de ese bien jurídico, la pena tiene como función la protección, retribución, prevención, reinserción social ya que la pena debe tener un deber ser es decir un propósito. (ley 599 de 2000, art 35).Aquí es donde el legislador debe de analizar la finalidad de objetivos de acuerdo a las siguientes razones: la primera tiene que ver con que la pena debe alcanzare desde las finalidades que genere minimizando las donosidad social en la comisión del delito, el togado podrá presidir de la pena si este no fuera necesario ya que el juez debe analizar si se da las condiciones de esta responsabilidad penal es decir que exista la comisión de un delito como presupuesto de una pena por lo que habrá que mirar las interpretaciones de los fines preventivos y compatible con la constitución, de hay que no se puede ver a la pena como aquella que genera una seguridad social considerando que si un sujeto piense que a consecuencia de una sanción se abstenga de cometer ese comportamiento delictivo a un futuro (Günther, 2006) .

En el código penal colombiana señala que la pena es una manera de transformar, de reinserción social buscando una protección de los derechos fundamentales los cuales pueden versen afectados por los castigos que señala el juez, estos deben ser soportados ya que estos son legalmente establecidos esto permite que no se coloque una pena o interponga un castigo que no esté señalada por la ley, en donde se puede expresar que es una garantía dirigida para el legislador. La corte constitucional ha señalado que está prohibido el exceso. Sentencia (T-153/98,1998)

En la sentencia (C-575/09,2009) señala lo siguiente, una de las herramientas para determinar la razonabilidad, los medios y fines para evitar una violación a los derechos fundamentales del sujeto que cometió la conducta es por medio del juicio de proporcionalidad el cual permite interpretar la norma y la conducta evitando excesos como una forma de protección de derechos y libertades individuales, es así como la ponderación se considera como un límite constitucional teniendo en cuenta de quien da unas garantías es el estado ya que debe brindar un protección de la dignidad y de la inalienabilidad de las personas. sentencia (C-916/02,2002).

Es por ello que al ser garante el estado debe el principio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad la cual permite esa protección, ya que el togado debe motivar el auto judicial en la

aplicación de la pena ya sea de forma cualitativo o cuantitativo de la proporcionalidad de la sanción dando así un razonamiento analítico y dando una interpretación judicial de manera sistemática (C-327,97/1997).

Se debe mirar que no se puede privar de la libertad a una persona, si no de acuerdo a la forma y al caso en concreto dejando en claro que legislador tiene un límite para dicha aplicación ya que estos límites son señalados por la constitución la cual delimita la privación de acuerdo a un debido proceso, unos criterios de razonabilidad y proporcionalidad (C- 327/97,1997), para la corte constitucional puede existir esa medida de aseguramiento siempre que se cumpla con lo señalado por la ley un ejemplo de ello es el que nos señala cuando el fiscal debe velar por la protección de los que intervienen en el proceso dando garantías a su dignidad humana y libertad personal.

Este juicio de proporcionalidad tiene unos grados ya sea mediante un juicio leve en donde se busca la finalidad legítima y adecuada, un intermedio en donde la corte a señalado que se debe hacer un juicio de igualdad y niveles severidad, esto nos permite que al hacer este análisis no genera ninguna duda sobre la efectividad de la medida, es por ello que los principios tienen un deber concreto para cada caso el cual nos permite determinar cuál es principio que entra en colisión (C-774, 2001).

En el principio de ponderación el togado debe determinar si la norma logra una finalidad legítima o si por el contrario esa limitación es necesaria si es constitucional su aplicación y es adecuado para lograr el fin perseguido, el juez debe adelantar unos límites a los derechos fundamentales en donde se verifica los hechos u verificar los limites necesario y útil para alcanzar su finalidad desde una perspectiva abstracta. (C-648/2001), existe dos magnitudes al aplicar este principio uno de ello es el supuesto de hechos y afectación y defensa reacción aquí se determina la gravedad de la conducta y la sanción, las cáusale de agravación o atenuación.

El principio de ponderación se da cuando en una norma de optimización cuyo ámbito de actuación está delimitado a la intervención en los derechos fundamentales, esta presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales este principio es general y de rango constitucional que tiene como función el de controlar los actos de los poderes públicos en los que se puedan lesionar derechos fundamentales, así mismo no constituye un instrumento para

imponer de lo que es o no proporcionado sobre el interprete y aplicador del derecho no es un juicio positivo la corte examinara la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, el tes de proporcionalidad hace parte del examen de proporcionalidad ya que se trata de una pauta metodológica en sentido estricto implica que existe una proporcionalidad entre dos intensidades una la que se refiere al fin de la medida que limita derecho fundamental y de otra en la que afecta ese derecho fundamental tiene como objeto una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso este opera para reducir márgenes de discrecionalidad en la delimitación de los derechos fundamentales entre principios en conflictos. (Véase D. Picazo, 2021 pág., 247 y 248)

La corte constitucional revisa su uso y metodología en el que tiene que ver con el tes de proporcionalidad tema que es en gran importancia dentro del ordenamiento jurídico y el más utilizado por la corte, este principio impone que el juez actúe con ponderación, razonabilidad e igualdad material, es decir es dar el trato igual a lo igual desde el año 1992 la corte acude a el tes de proporcionalidad buscando una herramienta hermenéutica y argumentativa para ejercer el control para que de esta manera se garantice el principio de supremacía constitucional para ello se tiene uno niveles de intensidad es decir un tes leve, intermedio y estricto y en segundo lugar existirá unos subprincipios los cuales hace referencia a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad los cuales los desarrolla de la siguiente manera

La idoneidad para la corte constitucional es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado la cual se da a través de la mediación legislativa y el fin el cual es propuesto por el legislador en conclusión podremos decir que es lo que se refiere a una relación de medio a fin en donde vincula los medios la finalidad y el objetivo el cual este objetivo debe ser legítimo y que la medida estudiada tenga relación con el objetivo , respecto a la necesidad aquí señala que la medida en cuestión ser necesaria es decir que no exista otra alternativa para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más apacible con el derecho afectado para ello se habla de un tes de necesidad el cual tiene como finalidad el análisis de la existencia de medios alternativos a optar por el juez que no sea gravoso o por lo menos que lo haga en menor medida se puede considerar que es una relación de medio – medio es decir se realiza una comparación entre los medios que opto el juez y las hipotesis que pudiera optar para alcanzar dicho fin estas deben ser idónea, en conclusión podríamos señalar que debe existir una identificación de medios que hipotéticamente

sean alternativos e idóneo, así mismo se debe analizar si estos medios idóneos no intervienen con el derecho o con el principio y que si este interviniera causara una menor intensidad. (Roa J.E, 2019).

respecto a lo que tiene que ver con la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: en este se habla que la corte debe mirar si existe la proporcionalidad entre dos intensidades es decir una la que tiene que ver con la realización del fin de la medida que limita ese derecho fundamental y en lo que tiene que ver con la afectación del derecho fundamental que se trate, aquí se habla de una ley de ponderación según Rover Alexis señala que hay una prevalencia esto tiene que ver con un but test el cual tiene que ver con la necesidad el cual debe coincidir a una alternativa y luego se debe elegir dos o más principios que señale el caso concreto en donde existen un posicionamiento y una selección existe un problema decisión mixto ya que hay problemas cualitativos normativo, interpretativo y moral y se aboca a un análisis de cuestiones empíricas es decir e idoneidad y necesidad. (Aharon B, 2021).

Tes de razonabilidad aplicado por la corte constitucional: este tiene que ver con un análisis de proporcionalidad que está vinculado con el valor de la justicia, el constituye una medida indispensable de constitucionalidad sobre todo cuando se afecta el ejercicio de los derechos fundamentales se aplica tres principios para el análisis del fin buscado por la medida tiene una respuesta tautológica el cual debe ser razonable y no discriminatoria es una fuente de las lagunas axiológicas es decir de una norma jurídica que no existe pero que debería existir a causa del sentido de justicia del interprete o de la aplicación de una norma superior a este tes la corte señala que es un tes de razonabilidad del criterio de igualación el cual no solo se aplica a un derecho fundamental a la igualdad sino también a los derechos fundamentales ya que busca salvaguardar el contenido de sus derechos y solo se puede restringir para un interés del bien común es decir cuando se justifique con considerables razones y se compagine con el principio de proporcionalidad,

así mismo hace referencia a un juicio de raciocinio o idea el cual debe estar conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rige en un caso concreto, es la metodología para determinar si una medida que muestra un trato diferenciado o criterio de igualación supera o no la inconstitucionalidad ya que esta solo se trasgrede cuando es desprovista de una justificación objetiva y razonable ya que debe existir una relación de proporcionalidad entre el medio y la finalidad, el análisis del medio empleado es decir es la relación entre el objeto buscando y el

medio empleado es adecuada, el análisis de relación entre medio y fin es decir es la relación entre el objeto buscando y el medio es necesaria, esta clase de tes es débil aquí existe un trato diferenciado tiene un objetivo legítimo debe ser adecuado para alcanzarlo, estricto aquí debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso que esta medida sea necesaria para alcanzar el fin la única o la más idónea, intermedio aquí debe favorecer la igualdad real debe estar ligado a una medida constitucionalmente importante y la relación entre la medida y el objeto debe ser no solo adecuado si no conducente para alcanzar el fin que se busca, débil se da cuando su objetivo está prohibido por la constitución o si es inadecuada para alcanzarlo, intermedio se da cuando su objeto no es conducente para el fin buscado y estricto si su objetivo no es imperioso para el fin buscado, en este tes existe un juicio leve el cual debe ser adecuado para conseguir el fin legítimo no puede ser constitucionalmente prohibido, juicio intermedio aquí debe ser adecuado y conducente para alcanzar el fin buscado este debe ser legítimo e importante se aplica en derechos constitucionales no fundamentales y juicio estricto en este caso debe exceder las restricciones que tiene sobre otros principios y valores constitucionales. (Gerardo A. Durango, 2020, pág. 54).

Y por último en lo que tiene que ver con el test de ponderación diremos que se debe identificar los derechos que se encuentran en colisión, los derechos se deben ponderar en abstracto y se debe mirar la restricción de los derechos en sentido criterio de idoneidad, adecuación, causalidad y su criterio de necesidad dando aplicación al criterio de proporcionalidad en estricto sentido y no puede dar anulación a ningún de los derechos es decir no dar ninguna trasgresión de los derechos en choque, dar un mecanismo de protección y se debe atenuar los impactos

Conclusiones

El principio de proporcionalidad no es neutral, no es formal, este se identifica en los valores e intereses constitucionales la cual busca una eficacia y protección legal, este principio permite que el juez lo utilice como un instrumento hermenéutico más adecuado para la aplicación e individualización de una pena. Ya que este es clave restringiendo la sanción que se pueda imponer considerando el equilibrio entre la conducta ya que al aplicar una sanción proporcionada será una sanción adecuada ya sea que los fines sean diferentes, pero los medios penales son los mismos al momento de aplicar.

Esta proporcionalidad debe ser dirigida a que la imposición de la pena busque esa resocialización ya que esta no se podrá imponer cuando esta no resulte de acuerdo a sus fines puesto que la verdadera necesidad de la pena hace que exista una valoración al momento mismo de concretar la existencia de una conducta ilícita y de responsabilidad siendo este un parámetro de dosimetría punitiva en este entendido.

La proporcionalidad de la pena debe mirarse teniendo en cuenta si su imposición resulta necesaria tanto para la corrección y educación de la persona con miras a su resocialización no se podrá imponer una pena cuando esta no resulte de acuerdo a sus fines puesto que la verdadera necesidad de la pena hace que exista una valoración al momento mismo de concretar la existencia de una conducta ilícita y de responsabilidad siendo este un parámetro de dosimetría punitiva en este entendido.

Se debe hacer la pregunta si el juez tiene la capacidad de verificar o pueda responderse de manera negativa dando la verificación de carácter ideológico y teórico, el derecho penal esta orientado a las garantías de bienes jurídicos una prevención general, especial, la idoneidad y necesidad evitando que estas penas sean a través de tratos crueles e inhumanos es por ello que el togado no puede acudir al exceso y debe imponer una sanción adecuada y proporcionada a la conducta.

Referencias

- Aponte A. (2014). La Nueva Regulación de la Punibilidad: el Juez como Garante de los Derechos Fundamentales., publicado en: Memorias. Jornadas de Reflexión sobre la Reforma al Sistema Penal Colombiano, Procuraduría General de la Nación.
ISBN: 9789587493498. p. 888
- Aharon B. (2021). Proporcionalidad de los derechos fundamentales y sus restricciones. Perú Editorial Palestra.
- Beccaria C. (2015). De los delitos y de las penas, edición y traducción, clásico del pensamiento.
- Bernal C. (2005). El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

- Blanco R. (1994). El valor de las constituciones: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal. Madrid. Alianza Editorial. p 229 - 238.
- Carrera F. (1988). Consideraciones acerca del jurado, en reminiscencia de cátedra y foro. Editorial Temis. Bogotá. ISBN 8482723421. p. 388.
- Cépeda M. (2002). Sentencia C – 916. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C916-02.htm>
- C-615 (corte constitucional, M.P. Cristina Pardo Schlesinger 14 de marzo de 2018).
- C-916 (corte suprema de justicia, Sala penal. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa 29 de octubre de 2002).
- C-327 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal M.P. Fabio Morón Díaz 10 de Julio de 1997).
- C-575/09 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. M.P. Humberto Antonio Sierra 26 de agosto de 2009).
- C-648 (Corte Suprema de Justicia. Sala penal. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra 20 de Junio de 2001).
- C-673 (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P. Clara Inés Vargas Hernández 30 de junio de 2005).
- C-774 (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. M.P. Rodrigo Escobar Gil 25 de julio de 2001).
- T- 153 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 28 de Abril de 1998).
- Cifuentes E. (1998). Sentencia T- 153 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Cote G. (2007). La Necesidad de la Pena. Reflexiones a partir de los Artículos 3º y 4º del Código Penal Colombiano.
- Diana, G (2023). Herramientas para evaluar la restricción de derechos fundamentales: El test de proporcionalidad y la pandemia por covid-19. Segunda Edición. (2) México Editorial Tirant lo Blanch.
- Dworkin, R. (1999) Los derechos en serio. Barcelona. (4) p. 276
- Dworkin R (1984). Los Derechos en serio. Barcelona.

- Escobar R. (2001). Sentencia C-774 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>
- Fernando C. (1995). Derecho penal fundamental. Segunda Edición. (2). Bogotá. Editorial Temis S.A.
- Fernández J. (2006). Derecho Penal Liberal de Hoy, Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- Ferrajoli L. (1998). Derecho y razon: teoria del garantismo penal. Madrid. p. 33-40
- Gerardo D. (2020). La Ponderación Como Garantía de los Derechos Fundamentales Análisis del Casos en Concreto desde la Formula del peso de R. Alexy, Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- Günther J. (2006). La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo.
- Günther J. (2006). La Pena Estatal: Significado y Finalidad., Publicado en: Derecho Penal y Sociedad
- Hegel, Georg W. F. 1975. Jenaer Systementwürfe I-III. Trad. Klaus Düsing, Heinz Kimmerle, Rolf-Peter Horstmann, y Johann Heinrich. Hamburg: Felix Meiner
- Holmes O. (1995). "Books", 4 Harvard Magazine 408, (1858) reimpresso en Novick, Sheldon M. Ed., The Collected Works of Oliver Wendell Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, University of Chicago Press, Chicago.
- Kelsen H.(1960). Teoria del Derecho. México
- Ley 599. (2000). Código Penal Colombiano.
- Morón F. (1997). Sentencia C- 327 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-327-97.htm>
- Núñez A. (2010). Ciencia Juridica sobre el concepto de Ciencia Juridica. p. 601
- Perelman C. (1979). La logística jurídica la nueva retorica. p, 214
- Recasens S.(1986) Nuevas Filosofías de la Interpretacion del Derecho, México. p 74.
- Roa, J. E. (2019). Control de Constitucionalidad Deliberativo. Universidad Externado, Colombia.
- Roxin C. (1997) Derecho penal. Fundamento de la Estructura del Delito. Editorial Civitas, S.A.
- Wolfe C. (1991). La transformacion de la interpretacion constitucional. tratado de Maria Gracia Rubio y Sonsoles Valcarcel. MADRID. p. 15 – 31

Sierra H. (2009). Sentencia 575 q<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm#:~:text=C%2D575%2D09%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20remisi%C3%B3n%20al%20derecho%20penal,%C3%A9stas%20son%20insuficientes%20para%20someterlos>.

López Zamora, S. (2012) El Pensamiento Humanista; Cesare Beccaria y John Howard, Respecto de la Realidad Jurídica Penal Colombiana, artículo Revista Iter AD Veritatem No 10, 2012 p. 339-342

Velásquez F. (2020) Fundamentos de Derecho Penal parte General. Editorial Tirant lo blanch. Bogotá. ISBN 9788413550732. p. 996

Véase D. Picazo.(2021) Sistema de Derecho Fundamentales. Editorial Tirant lo Blanch. Bogotá P.247 y 248

Zaffaroni E. (2000) Derecho Penal. Parte General.