

## **Información Importante**

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Bibliotecas Bucaramanga**  
**Universidad Santo Tomás**

**IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES**

Gisette Carolina Benavides Mendoza

Trabajo de grado para optar al título de  
Magíster en Derecho

Asesor

Wilson Yesid Suárez Manrique

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Bucaramanga

2015

## Tabla de contenido

Introducción.....	5
Capítulo I.....	8
1.1 El principio de proporcionalidad y el Constitucionalismo Europeo.....	8
1.1.1 El Constitucionalismo en América Latina.....	12
1.1.1.1 El Constitucionalismo en Colombia.....	13
1.2 Presupuestos del principio de proporcionalidad.....	17
1.2.1 Estructura del Principio de Proporcionalidad.....	18
1.2.1.1 Función del Principio de Proporcionalidad.....	21
1.3 El principio de proporcionalidad en materia penal y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	22
Capitulo II.....	29
2. Análisis crítico del principio de proporcionalidad.....	29
2.1 Principal presupuesto epistemológico del principio de proporcionalidad.....	29
2.1.1 Racionalidad.....	30
2.1.2 Racionalidad limitada.....	31
2.1.3 Hiperracionalismo.....	33
2.1.4 En busca de la objetividad.....	34
2.2 Críticas.....	35
2.2.1 Críticas generales.....	35
2.2.1.1 <i>Inderminación del objeto</i> .....	35
2.2.1.2 <i>Imprevisibilidad</i> .....	36
2.2.1.3 <i>Inconmesurabilidad</i> .....	37
2.2.2 Críticas específicas en materia penal.....	38
2.2.2.1 <i>Tradición formalista</i> .....	40
2.2.2.2 <i>Restricción del margen de acción del legislador penal</i> .....	41
2.2.2.3 <i>Indeterminación de los fines penales</i> .....	41

2.2.2.4	<i>Desvanecimiento del principio de tipicidad</i> .....	42
2.3	Valoraciones.....	43
2.3.1	Valoraciones de las críticas generales .....	43
2.3.1.1	<i>Valoración de la crítica indeterminación del objeto</i> .....	44
2.3.1.2	<i>Valoración de la crítica imprevisibilidad</i> .....	44
2.3.1.3	<i>Valoración de la crítica inconmesurabilidad</i> .....	45
2.3.2	Valoración de las críticas específicas .....	46
2.3.2.1	<i>Valoración de la crítica tradición formalista</i> .....	46
2.3.2.2	<i>Valoración de la crítica restricción del margen de acción del legislador</i> .....	47
2.3.2.3	<i>Valoración de la crítica de indeterminación de los fines penales</i> .....	48
2.3.2.4	<i>Valoración de la crítica de desvanecimiento del principio de tipicidad</i> .....	49
Capítulo III .....		51
3.	El principio de proporcionalidad como control de constitucionalidad de las leyes penales .....	51
3.1	Reconstrucción del principio de proporcionalidad en materia penal.....	51
3.1.1.	Subprincipio de Idoneidad.....	53
3.1.1.1.	<i>Subprincipio de Necesidad</i> .....	55
3.1.1.1.1	Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto .....	56
3.2	Planteamiento del principio de proporcionalidad en materia penal en un caso concreto ..	58
3.3	Aplicación del modelo de reconstrucción del principio de proporcionalidad en materia penal .....	62
3.4	Consecuencias del planteamiento .....	68
Conclusiones .....		74
Referencias .....		80

## **Introducción**

Con el advenimiento del nuevo paradigma constitucional se introdujo un cambio significativo en la interpretación del ordenamiento jurídico colombiano, ocasionando consecuencias importantes para la comprensión de la Constitución cuando se determina el sentido, alcance e interpretación de los derechos fundamentales. Los límites a la libertad de configuración normativa del legislador, se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales.

Las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias justifican en ciertos casos la aplicación del principio de proporcionalidad, especialmente cuando la medida afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; por tal razón, este principio obra de manera diferente en materia penal que en materias como la económica y la tributaria.

De esta manera las prerrogativas ius-fundamentales sólo pueden restringirse con miras a la protección de otros intereses del mismo linaje, para tal efecto, ha de acudir a los componentes metodológicos del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; se resalta que la proporcionalidad, a través de los referidos componentes, encuentra aplicación como herramienta de control en el plano normativo de las medidas punitivas; sin embargo, son múltiples las objeciones que suscita este connotado principio objeto de estudio; por ejemplo se establece que no responde a la concepción del

ordenamiento jurídico como un sistema normativo de tipo jerárquico del cual dependen sus características de coherencia, unidad y armonía; tampoco mantiene consonancia con la práctica judicial de la Corte Constitucional y no utiliza en la argumentación del control de constitucionalidad una pluralidad de principios en colisión. Por tal razón, el objetivo central del presente estudio consiste en establecer cuáles han sido las implicaciones jurídicas del Principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales. Para cumplir la finalidad reseñada, el escrito se divide en tres partes. En la primera se contempla un recuento de la evolución, los desafíos del constitucionalismo como teoría del derecho, donde sus características esenciales guardan especial relación con el principio; además se bosquejan sus presupuestos, estructura y función, resaltando algunos de los pronunciamientos de la Corte constitucional referentes a la configuración legislativa en materia penal y su relación con el principio de proporcionalidad como límite y control de la misma.

En la segunda parte se aborda la racionalidad como el principal presupuesto epistemológico del principio de proporcionalidad, pues de ella se deriva la objetividad de los elementos que lo integran, su estructura y sus alcances, posteriormente se hace alusión a las críticas generales que suscita el principio objeto de estudio y en especial de la proporcionalidad en sentido estricto; se bosquejan dentro de esta primera clasificación las objeciones denominadas: indeterminación del objeto, imprevisibilidad e inconmensurabilidad. Entre las críticas específicas en materia penal se encuentran la tradición formalista, la restricción del margen de acción del legislador, la indeterminación de los fines penales y el desvanecimiento del principio de tipicidad. Finalizando esta parte, se plantea un análisis de valoración de las críticas,

las cuales constituyen preceptos que permiten contrarrestar las diferentes posturas que ostenta el principio de proporcionalidad de manera general y de manera específica en materia penal.

Teniendo en cuenta el desarrollo de los capítulos anteriores se plantea como parte final del presente escrito la reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal; como una perspectiva metodológica alterna para la constitucionalidad de las leyes penales; el capítulo se divide en tres secciones: en la primera se encuentran los postulados de la concepción clásica del principio de proporcionalidad, en la segunda se esboza la reconfiguración del principio, como un modelo estricto con metodología holística que guarda afinidad con la práctica judicial en el control de constitucionalidad de las leyes penales, en la última parte se evidencian las consecuencias del modelo de reconstrucción del principio de proporcionalidad, desde una perspectiva formal y material; con el fin de contribuir a dirimir la tensión entre la protección de los derechos fundamentales y el ejercicio efectivo de la persecución penal, orientando la totalidad del sistema jurídico, percibiendo mejor las relaciones entre principios constitucionales de una manera integral, como correlatos que operan armónicamente, para lograr la realización de la fuerza normativa y efectividad de los derechos fundamentales.

## **Capítulo I**

### **1. Descripción del principio de proporcionalidad como control de constitucionalidad de las leyes penales**

A continuación se presenta una revisión de las implicaciones jurídicas del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales, análisis académico que se abordará en tres secciones. En la primera se contempla un recuento del origen y evolución del principio de proporcionalidad y del constitucionalismo europeo, latinoamericano y colombiano. En la segunda parte se plantea un análisis más detallado de los presupuestos, estructura y función del principio. En la tercera, se mencionan algunos de los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional referentes a la configuración legislativa en materia penal y su relación con el principio de proporcionalidad como límite y control de la misma.

#### **1.1 El principio de proporcionalidad y el constitucionalismo Europeo**

“El principio de proporcionalidad ha estado presente de tiempo atrás en la cultura jurídica de occidente y se ha plasmado en múltiples instituciones jurídicas, seguir sus huellas exigiría recorrer toda esa historia e ir tras la senda de esas múltiples ideas, su origen está en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las

intervenciones en la libertad individual<sup>1</sup>” (Bernal, 2007, p. 44). En ese entonces, los jueces administrativos efectuaban cierto control denominado Prohibición de exceso, con el cual se determinaba si las medidas tomadas por la policía se ceñían estrictamente al cumplimiento del fin de mantener la seguridad y el orden general<sup>2</sup>.

La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas remotas en otras áreas del conocimiento como las matemáticas. El principio “Irrumpió en el Derecho público, aunado a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares” (Bernal, 2003, 37). Fue así como, a lo largo de todo el siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del Derecho. Desde el final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad ha sido considerada de significativa connotación, debido a su constante expansión<sup>3</sup>.

A partir de la mitad del siglo pasado, gracias a la jurisprudencia de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional Federal, el principio de proporcionalidad adquirió una

---

<sup>1</sup> No obstante, algunos autores como Bernal sostienen que "el surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración.

<sup>2</sup> Montealegre, Bautista & Vergara. (2014). *La Ponderación En El Derecho Evolución De Una Teoría, Aspectos Críticos Y Ámbitos De Aplicación En El Derecho Alemán* “A manera de ejemplo, puede evocarse aquí el caso de cesura de la obra de teatro de Gerhart Hauptmann los tejedores ( Die weber) que, dado su contenido social, había sido prohibida por las autoridades de policía de Berlín, Breslau y Hannover entre los años 1893 y 1896, para evitar posibles revueltas y alteraciones de orden Público” p 13.

<sup>3</sup> Stone, Alec & Matthews, Jud (2013). *Proporcionalidad y Constitucionalismo un enfoque comparativo global*. “En forma sorprendente, la proporcionalidad también migró a los tres regímenes basados en tratados que tienen serias aspiraciones a ser considerados “Constitucionales” en algún sentido significativo: La Unión Europea (E.U.), el convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la organización mundial del Comercio (OMC)” p. 12.

especial relevancia en el derecho constitucional como criterio general de evaluación jurídica de la actividad estatal.

El principio de proporcionalidad juega un papel preponderante en la constitucionalización del ordenamiento jurídico, como criterio metodológico que contribuye a la realización de la fuerza normativa y de la máxima efectividad de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos; por tal razón, a continuación se realiza una revisión del constitucionalismo como teoría del derecho que garantiza los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

El constitucionalismo surgió en Europa hace algo más de medio siglo, nació de la experiencia europea de las guerras que lo antecedieron,. Se estableció como fenómeno jurídico y político contra los totalitarismos y los autoritarismos; primero fue la Constitución italiana (1947); dos años después, la Ley Fundamental de Alemania, entre esas dos constituciones, se produjo en (1948) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Más tarde siguieron la Constitución de Portugal (1976) y, dos años después, la de España. En esas cuatro constituciones europeas está inscrito el paradigma del constitucionalismo y comienza su expansión en el mundo.

La realidad jurídica europea se transforma en superar la identidad entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución Francesa, lo cual queda receptado por primera vez en la ley fundamental de Bonn 1949 cuando se refiere a aquellas realidades Ley y Derecho como distintas. Europa deja de lado la matriz político-jurídica revolucionaria que se respaldaba en la confianza absoluta de la soberanía popular canalizada a través de sus

representantes legislativos, y se acerca a los postulados que imponía a esa soberanía ciertos límites consagrados en la Constitución.

*“En ese proceso de cambio de la teoría jurídica, los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos y prefijos que suavicen sus convicciones, se habla de iuspositivismo crítico, soft, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general, así el de RADBRUCH en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de BOBBIO con su teoría funcional en la década de los años setenta, dejando atrás las visiones estructurales del Derecho que simbolizaba KELSEN; el de DWORKIN cuando sucede a HART en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principalismo; el de PERELMAN atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de Nino criticando los modelos epistemológicos de KELSEN, ROSS y BULYGIN-ALCHOURRON en tanto silencian la dimensión valorativa del derecho; el de ATIENZA afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético, y el de muchos otros.” (Vigo, 2012, p. 265).*

El tratadista Paolo Comanducci distingue un constitucionalismo débil que requiere de una constitución para limitar el poder existente y el constitucionalismo fuerte o liberal que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal. Dentro de esta nueva concepción, según Comanducci citado por Moroy (2007): “el

estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles” (p. 252).

### 1.1.1 El Constitucionalismo en América Latina

El paradigma del constitucionalismo comienza su expansión en el mundo, transformación que empezó a partir de la década de los 90 en América Latina; participando plenamente “del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional” (Gross, 2002, p. 149), que se sirve de caracterizarse como una forma de organización política basada en una teoría de la justicia que reconoce derechos a las personas y asume su respeto como condición de legitimidad de las instituciones políticas y límite infranqueable a su actuación<sup>4</sup>.

“Se advierte entonces cómo en el estado constitucional se instala una tensión irreductible entre democracia y derechos que, allí donde se establece un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, se traduce a su vez en una tensión entre las competencias del legislador y del órgano al que se confía dicho control” (Mejía, 2013, p. 107).

El constitucionalismo en América latina ha sido de buen recibo, es decir, los desarrollos teóricos regionales se han visto influenciados por ideas y teorías de Europa, principalmente de Alemania e Italia; formulando aspectos modernos sobre los derechos fundamentales en la teoría jurídica local; cambios constitucionales originados por el militarismo estatal de los años 60 y la

---

<sup>4</sup> Entendido el estado constitucional como un modelo de organización política que se consolida en el pensamiento político europeo occidental tras la segunda mitad del siglo XX y cuyo núcleo básico consiste en (1) la existencia de una constitución dotada de fuerza normativa y supremacía respecto de las restantes normas del ordenamiento; (2) la inclusión en ella de un catálogo de derechos y principios sustantivos que condicionen la validez de las leyes y demás normas jurídicas; (3) la existencia de alguna forma de control de constitucionalidad de las leyes.

incapacidad del constitucionalismo de ese entonces para contener y evitar las sistemáticas violaciones a derechos fundamentales que cometían las autoridades bajo el discurso de la seguridad y la legalidad. Ejemplos relevantes de estos cambios constitucionales son: Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, aunado a reformas a textos constitucionales ya existentes como en Costa Rica, México y Chile.

1.1.1.1 El Constitucionalismo en Colombia. Esta nueva cultura jurídica en Colombia, viene a transformar la clásica concepción formalista francesa que se insertó en Latinoamérica en la cual se encuentran fincados los pilares generales del ordenamiento jurídico colombiano, es decir, el paradigma de Derecho que se caracteriza por la relevancia de los derechos fundamentales, de su potestad de irradiación y de su carácter normativo.

Comenzó a surgir en el ordenamiento jurídico interno a partir de la Carta de 1991<sup>5</sup>. La concepción de la actual Constitución, y, en especial, la de los derechos fundamentales, se nota de manera más clara, si se le ve en contraste con el enfoque del cual era portadora la Constitución de 1886; la que mantenía una concepción débil de derechos fundamentales; los cuales eran sin fuerza normativa. Por tanto, su principal función era legitimadora (Estrada, 2002, 55); en aquella constitución “los derechos fundamentales apenas ocupaban una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces” (López, 2006, p. 5).

---

<sup>5</sup> Cepeda Espinosa (2013). *Polémicas Constitucionales*. La ponderación usualmente se asocia con lo que se ha llamado en Colombia el “Nuevo Derecho” o “Nuevoconstitucionalismo” esto es el cambio visible que tuvo lugar desde 1991 en la noción prevaleciente del derecho, y en relación con el lugar y el rol de los jueces y de las decisiones judiciales dentro del sistema P. 274

La falta de fuerza normativa de los derechos fundamentales se condensaba en que la aplicación de éstos se veía supeditada a su desarrollo legislativo. Esta restricción devenía de las mismas disposiciones constitucionales, las cuales insertaban cláusulas en los derechos fundamentales tales como: “por motivo previamente definido en las leyes” (Colombia, Constitución Nacional de 1886, Art. 23), “en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley” (Colombia, Constitución Nacional de 1886, Art. 27), “Sólo impondrá el Legislador” (Colombia, Constitución Nacional de 1886, Art. 29), “con arreglo a las leyes” (Colombia, Constitución Nacional de 1886, Art. 31), y otras expresiones similares, que delegaban la especificación de tales libertades al legislador.

Así pues, “siguiendo el constitucionalismo francés del siglo XIX, la Ley definía el alcance e intensidad de los derechos sin que fuera posible reclamarlos mediante invocación explícita y directa de los textos constitucionales. Los derechos fundamentales, por tanto, sólo podían funcionar a través de las leyes” (López, 2006, p. 69). Éste era el órgano encargado de estipular y especificar los derechos fundamentales para ser aplicados judicialmente; caso contrario, ante la omisión legislativa no existía forma de hacer valer judicialmente los derechos fundamentales<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Esta situación de la Constitución de 1886 se mantuvo en este sentido hasta inicios del siglo XX. En donde se efectuaron “algunos ajustes que permitieran la racionalización del ejercicio del poder (...) y, fundamentalmente, sobre la base del respeto a la constitución”<sup>6</sup>. Pues, a partir del Acto Legislativo 3 de 1910 se le confió a la Corte Suprema de Justicia la competencia para declarar inconstitucionales leyes expedidas por el Congreso de la República<sup>6</sup>. Luego, “se le otorgó en nuestro territorio competencia a uno de los órganos del Estado para la guarda de la integridad de la Constitución”<sup>6</sup>. Esta competencia se radicó principalmente en lo establecido en los artículos 40 y 41 de dicha modificación constitucional: el primero le daba prevalencia a la Constitución y el otro fundamentaba la creación de la Corte Constitucional.

La concepción fuerte de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales mediante la cual éstos ostentan la potestad de irradiar el ordenamiento jurídico, comenzó a surgir en el ordenamiento jurídico interno a raíz, especialmente, de la Carta de 1991 y de las prácticas de la Corte Constitucional. De esta manera, “los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia” (López, 2006, 7).

La supremacía de la constitución da prevalencia a los derechos fundamentales, la existencia de inalienabilidad de los derechos les otorga plus de permanencia, y la presencia de un mecanismo expedito para hacerlos valer les da una primaria garantía. Es decir, la Constitución es concebida como normas de normas, resaltándose así el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, dotándosele además de carácter normativo, mediante el cual puede ser aplicada, en alguno de sus apartes, de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal.

La primacía de los derechos inalienables de las personas, otorga un estatus trascendente a la concepción de persona y sus derechos fundamentales, los cuales se conciben con fundamento en la dignidad humana (Corte Constitucional, sentencia T 881, 2002). La cultura jurídica Colombiana ha experimentado importantes transformaciones que han servido a distintos teóricos del Derecho local, para elaborar explicaciones del cambio constitucional. Así pues, puede resaltarse como representantes nacionales a López Medina, Bernal Pulido, Rodolfo Arango, Alexey Julio, Jacobo Calderón, entre otros.

En la actualidad los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora de la Corte constitucional y proponer criterios que le permitan someter sus decisiones a un control racional; por tal razón se propone una revisión del principio de proporcionalidad, el cual tiene una construcción metodológica de origen jurisprudencial; su aplicación no viene acompañada de una determinada concepción teórica de los derechos fundamentales que le preste apoyo, “cabe afirmar que algunos de los más recientes y mejores desarrollos doctrinales sobre el principio de proporcionalidad se proponen fundamentarlo en el marco de una teoría general de los derechos en la que aquél se inserta de modo coherente”<sup>7</sup> (González, 2003, p. 91). La teoría que viene siendo desarrollada en la actualidad a partir de los planteamientos de Robert Alexy se propone fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad vinculándole a la estructura normativa que presentan los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos propios del estado constitucional.

Atendiendo a la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización que pueden establecer ventajas desde un punto de vista garantista, pues su entendimiento como normas que reclaman el mayor grado de satisfacción posible atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas de cada caso, permite, por un lado, atribuirles un ámbito inicial de protección mucho más amplio del que supone su aplicación y, por otro, evidenciar que toda reducción de su contenido constituye una limitación que debe estar justificada. Uno y otro aspecto están ligados a

---

<sup>7</sup> Como lo destaca, para el caso español, Markus González Beilfuss, (2003). *El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, quien duda que la utilización de dicho instrumento argumentativo por parte del Tribunal Constitucional tenga lugar en el contexto de una teoría general de los derechos fundamentales que suministre un marco coherente a la aplicación del principio de proporcionalidad. P 91

los límites de los derechos fundamentales. En este sentido es importante indagar sus presupuestos, estructura y función, con el fin de determinar sus alcances en materia penal.

## **1.2 Presupuestos del principio de proporcionalidad**

La autora Lopera (2006), señala como presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad la existencia de una colisión entre principios:

esto es, por una parte, establecer cuáles son las posiciones de derecho fundamental que se ven afectadas; por otra parte, es preciso determinar si dicha afectación puede apoyarse en la persecución de un fin legítimo, que venga a suministrar razones a favor de la intervención penal (Lopera, 2006, 263).

Otro presupuesto a tener en cuenta, es que los derechos fundamentales entendidos como principios, permiten comprender que estos derechos pueden ser desarrollados en diferentes medidas, es decir, lo que ellos mandan pueden cumplirse en diferentes grados, teniendo en cuenta que en ciertos supuestos los derechos fundamentales pueden ser restringidos en aras de satisfacer otros principios constitucionales.<sup>8</sup> Este presupuesto parte del concepto de que los derechos fundamentales son considerados como principios, entendidos como

---

<sup>8</sup> Según Robert Alexy “ El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”. En este sentido si se entendieran que los derechos fundamentales fueran absolutos, no existiría la posibilidad de sopesar su aplicación y establecer sus límites.

mandatos de optimización, que deben realizarse en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2002) .

Bernal (2003), considera que:

“Es necesario que la ley afecte una norma o una posición que pueda adscribirse prima facie a una disposición iusfundamental, y viceversa: la afectación de una norma o de una posición iusfundamental prima facie por parte de una norma legislativa, implica la atribución a esta norma del carácter de intervención en el derecho fundamental. Se trata de las dos caras de una misma moneda”(Bernal, 2003, p. 614).

De ahí que se requiera la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad a fin de determinar cuál de los principios enfrentados ha de imponerse sobre el otro, bajo las circunstancias descritas en el precepto legal enjuiciado. En este sentido se puede considerar al principio de proporcionalidad como un principio que legitima la intervención del Estado en el ejercicio de los derechos fundamentales.<sup>9</sup>

### **1.2.1 Estructura del Principio de Proporcionalidad**

El autor Carlos Bernal Pulido con base en el autor Robert Alexy sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha (Bernal, 2005); el subprincipio de Idoneidad al ser el primero se orienta a

---

<sup>9</sup> La tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si las intervenciones tienen el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos.

verificar que la medida legislativa constituya un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue, ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuya a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; después de acreditada la idoneidad, se continua con la aplicación del subprincipio de necesidad.

Mediante el segundo subprincipio se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos, contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido, atendiendo a 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<sup>10</sup>. 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.

Una vez acreditados los subprincipios de idoneidad y necesidad de la medida legislativa, se procede al abordaje del último subprincipio, el cual es conocido como el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que

---

<sup>10</sup> “El poder punitivo es una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, que se justifica sólo cuando es estrictamente necesario y cuando atenta contra bienes jurídicos que están constitucionalmente protegidos. El derecho penal, como cualquier otro sistema de normas, desde la perspectiva garantista de Ferrajoli, es una de las garantías a los derechos con las que cuenta el Estado” (Ávila, 2008, 318).

respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.

La exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo; es decir, “el primer canon para precisar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella: limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, el cual debe ser, además, constitucionalmente lícito” (Villaverde, 2008, p.185).

Efectivamente, la medida, además de ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho y hacerlo para proteger los otros derechos, bienes o intereses que imponen el límite; y necesaria en el sentido de que entre las posibles sea la menos gravosa pero suficiente para ser idónea, debe ser equitativa en el reparto de los sacrificios. El derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de aquellos otros derechos, bienes o intereses que lo limitan; a su vez, la nueva corriente del Neoconstitucionalismo<sup>11</sup> o también garantismo<sup>12</sup> ha sostenido que los derechos humanos reconocidos en la Constitución limitan la intervención penal y es legítima cuando tutela bienes jurídicos protegidos constitucionalmente<sup>13</sup> (Carbonel,2003).

---

<sup>11</sup> Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo. Ver Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003.

<sup>12</sup> El garantismo, con énfasis en lo penal, tiene como un primer gran sustento teórico en Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 7a. Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2005. No podemos tampoco negar el aporte que Alessandro Baratta hiciera sobre el garantismo, véase Alessandro, Baratta, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 299.

<sup>13</sup> Ver Alessandro Baratta, “Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los

*1.2.1.1 Función del Principio de Proporcionalidad.* Para poder tener una completa e integral percepción del principio de proporcionalidad se analizará la función que cumple como criterio para estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como “un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución” (Bernal, 2003, p. 75).

Además el principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. Sencillamente, es un procedimiento que se debe ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse arbitrariamente<sup>14</sup>; su fundamento constitucional se basa en que el principio de proporcionalidad contribuye a la realización de la fuerza normativa y de la máxima efectividad de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en

---

derechos humanos como objeto y límite a la ley penal”, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, p. 299.

<sup>14</sup> Dentro de los márgenes de la Constitución, el legislador está dotado de un espacio discrecionalidad para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas, y económicas y que esté en consonancia con la ideología de las mayorías del congreso. Como lo señala la Corte: “ a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (...) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser mas o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal. Sentencia C-609/96. M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz y C-581/01M.P. Jaime Araujo Rentería.

colisión con ellos. “Mediante dicho principio, tales derechos y tales bienes se articulan y adquieren una aplicación jurídica en la mayor medida posible. De este modo, todo acto desproporcionado de los poderes públicos sería también un acto arbitrario” (Bernal, 2003, p. 606). Al cumplir el principio de proporcionalidad la función de limitador del poder público, vale la pena revisar desde el ámbito jurisprudencial los límites a la potestad del Estado en materia penal, los cuales se abordan en detalle en el siguiente numeral.

### **1.3 El principio de proporcionalidad en materia penal y la jurisprudencia de la corte constitucional.**

Habida cuenta de la constante mención del principio de proporcionalidad por parte de la jurisprudencia de la Corte, como parte esencial del control de constitucionalidad de las leyes penales, se han resaltado algunos de los lineamientos acerca de la configuración legislativa en esta materia. A su vez la jurisprudencia ha asimilado la potencialidad del principio de proporcionalidad para suministrar soluciones que permitan resolver de una manera plausible la colisión de derechos fundamentales mediante un razonamiento que contrasta la ponderación de interés jurídicos opuestos. A continuación se presenta la manera como el principio coadyuva al desarrollo de esta labor de control<sup>15</sup>.

En reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional ha establecido claramente que la tipificación penal de una conducta son asuntos que se enmarcan dentro de la competencia del legislador. Sin embargo la Corte Constitucional nunca ha sostenido que la legislación penal esté

---

<sup>15</sup> Tensión que se expande por todas las áreas en que la legislación se entrecruza con el contenido de los derechos y origina la necesidad de delimitar la competencia del legislador y de la Corte Constitucional. El derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión competencial entre el legislador y la Corte.

exenta del control de constitucionalidad, por el contrario ha reconocido que el derecho penal sólo puede entenderse en el marco de la Constitución, y por lo tanto, “la facultad del legislador para restringir derechos en desarrollo del Ius puniendi no es ilimitada”; o en otros términos que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, así como el límite y fundamento y límite del poder punitivo del Estado.<sup>16</sup>

La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, y constituyen límites sustanciales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. En la sentencia C-070/96 “El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.” (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-070/96).

Posteriormente en nuevo pronunciamiento se incluyó la noción de política criminal; la cual ha sido definida como el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para contener conductas consideradas causantes de perjuicio social; en aras de garantizar la protección de los bienes jurídicos; como se lee en la sentencia C-581/01 del M.P Araujo:

---

<sup>16</sup> En otras palabras el legislador “goza de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la política criminal para su prevención y castigo”. Sentencia C- 146/94M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-739/00 M.P. Fabio Morón Díaz.

*“El legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el ius puniendi, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar” (Colombia, Corte constitucional, Sentencia, C-581/01).*

En este sentido la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas; puesto que se considera que la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado, y que la decisión política es la que determina los objetivos del sistema penal. Sin embargo la connotación democrática del Estado constitucional impide afirmar que la legitimidad del ius puniendi estriba únicamente en la mera voluntad legislativa. Ello atenta, inclusive, contra la noción misma de Estado de derecho, cuyo propósito se arraiga en la limitación de la arbitrariedad en el desempeño del poder, a fin de garantizar el ejercicio de las libertades ciudadanas, que encuentran expresión en los derechos fundamentales.

En la sentencia C-939 de 2002, la Corte Constitucional reitera y enfatiza en que la libertad de configuración legislativa en asuntos penales encuentra restricción en los deberes de observar la estricta legalidad, respetar los derechos fundamentales y sujetarse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa ocasión, textualmente adujo dicha Colegiatura que: “No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten

idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables” (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-939, 2002).

La jurisprudencia le confiere a la fundamentación de las iniciativas legislativas un importante papel en el control del proceso de formación de la ley; debido a que la normatividad penal, es en efecto, una expresión de la política criminal del Estado, y como tal debe respetar en su formulación los contenidos materiales de la Constitución, en particular los derechos y la dignidad de las personas; y por esto se considera que:

*(...) ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados particularmente en el campo de los derechos fundamentales, que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C- 936/10).*

Al paso del tiempo la jurisprudencia continúa reconociendo el amplio margen de configuración legislativa; sin embargo enfatiza en que esta potestad no es absoluta, sino que se mantiene dentro de los límites constitucionales, agregándole dos criterios significativos como lo son el de razonabilidad y proporcionalidad; los cuales cobran un mayor sentido en la perspectiva del legislador penal. En consonancia se señala que:

*(...) la jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible” (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-121/2012).*

Con respecto a la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, es importante apelar a los criterios que ha fijado esta Corporación para realizar el juicio de proporcionalidad, el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones:

*(i) La finalidad de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad*

*legítima a la luz de la Constitución y (ii) que los medios elegidos por el Legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido. (ii) La necesidad de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales. (iii) La proporcionalidad. En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la Carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C- 258/13).*

Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado:

“que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-334/13).

La Corte señaló que la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, además de responder a los criterios fijados por esta corporación, tiene la carga de respetar los límites explícitos fijados directamente por la Carta Política.

*“Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad”* (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-334/13).

En el nuevo paradigma constitucional resulta imprescindible analizar si la ley, penal o procesal penal, está ajustada a los fines de la Constitución y la Jurisprudencia Constitucional e internacional. Actualmente la validez del subsistema penal está enteramente condicionada a la dogmática de los derechos fundamentales.

## **Capítulo II**

### **2. Análisis crítico del principio de proporcionalidad**

El presente apartado establece un recuento de las principales críticas que ostenta el principio de proporcionalidad y en especial aquellas que suscita el tercer subprincipio también conocido como el juicio de ponderación; para desarrollar el objetivo planteado el capítulo se divide en tres secciones: la primera hace alusión al principal presupuesto epistemológico del principio de proporcionalidad conocido con el nombre de racionalidad, pues de ella deriva la objetividad de los elementos que lo integran, su estructura y alcances. La segunda aborda en detalle las críticas generales y específicas que presenta dicho principio, y la tercera esboza las valoraciones de las críticas.

#### **2.1 Principal presupuesto epistemológico del principio de proporcionalidad**

Probablemente pocos términos como la racionalidad son hoy tan ambiguos y a la par tan usados con los más variados significados y en los más diversos contextos. La mayoría de los autores coinciden en señalar que el término racionalidad es confuso<sup>17</sup>. Sin embargo en el Derecho y en especial en el principio de proporcionalidad es relevante abordar la racionalidad teórica y la racionalidad práctica, con el fin de tener precisión de los conceptos y las condiciones de aproximación a este precepto.

**2.1.1 Racionalidad.** El término racionalidad puede ser empleado en un sentido evaluativo: es decir, la racionalidad práctica y la racionalidad teórica; esta última “exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción” (Bernal, 2009, p. 27); es decir se “relaciona con las condiciones que tienen que cumplir las teorías y las conceptualizaciones para ser racionales” (Bernal, 2003, p. 237).

*(...) la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se examina la toma de decisiones judiciales relevantes a la aplicación de normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías del razonamiento jurídico, es enunciar las condiciones que las decisiones, mediante las que se aplican las normas*

---

<sup>17</sup> Schnádelbach (2000) *Tipos de Racionalidad*. “Sobre todo en las ciencias sociales, el tema de la racionalidad ha llegado a ser un tema de actualidad: primero en la economía (desde J. St. Mili), después en la teoría sociológica de la acción (Max Weber y sus seguidores), en la metodología de las ciencias sociales (bajo el rótulo de «teoría de las explicaciones racionales»), en la etnología (véase la controversia de Winch); pero también, más tarde, en la teoría de la ciencia (de Popper a Feyerabend), que durante mucho tiempo fue considerada en los seminarios filosóficos tradicionales como una disciplina propiamente extrafilosófica”. P 398

*jurídicas, deben satisfacer para ser consideradas racionales* (Bernal, 2009, p. 27).

En este sentido, la aplicación de las dos formas de racionalidad en sentido evaluativo, operan como criterios de valoración para las conductas de los operadores jurídicos<sup>18</sup> y de los conceptos elaborados por la dogmática, como conductas y conceptos más o menos racionales. Sin embargo, vale la pena resaltar que:

no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer. No obstante se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole deber ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho (Bernal, 2009, p. 27).

En este sentido el término racionalidad para el Autor Herbert Schanádelbach “se caracteriza esencialmente por la capacidad de fundamentar, donde la expresión fundamentación no ha de entenderse, por lo pronto, mucho más que la respuesta a las preguntas que comienzan con la interrogación ¿por qué?”. (Schnádelbach, 2000, p. 400).

**2.1.2 Racionalidad limitada.** Para aproximarse a parámetros de racionalidad, vale la pena tener en cuenta los postulados de la tesis de “racionalidad limitada”<sup>19</sup> de Simón (1991), en la que se considera que la racionalidad humana está acotada debido a limitaciones en sus

---

<sup>18</sup> “La racionalidad de las decisiones sólo puede alcanzarse mediante el debate, mediante el diálogo, y es, por tanto, siempre una racionalidad intersubjetivamente construida, sentada a partir de un intercambio de razones entre todos los reales o potenciales interesados en el asunto que se dirime” (Carbonell, 2010, 384).

<sup>19</sup> Los límites de la racionalidad son variables en la práctica jurídica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos, que de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. Concretamente Simón lo que propone son ideas tales como la de la “información imperfecta y asimétrica”

conocimientos y a la capacidad de procesamiento de la información. Por tal motivo, el autor afirma que “el ser humano concreto tiene capacidades muy limitadas sólo pueden lograr una racionalidad acotada, como consecuencia de sus limitaciones cognitivas, y tienden a identificarse con subobjetivos” (Simón, 1991, p. 18). “En la práctica, ningún poder constituyente o constituido dispone del tiempo, la información, y los acuerdos necesarios para prever y regular todos los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios (Bernal, 2009, p. 25).

En una situación de decisión como la ponderación, no se puede predicar la Teoría de la racionalidad “perfecta” o absoluta, porque esta teoría se caracteriza porque el medio en el cual se concibe la decisión, y los análisis personales son siempre óptimos; las estimaciones de probabilidades son fácilmente realizables; el individuo tiene a su alcance información sobre todas las alternativas posibles y dispone de un sistema completo y consistente de preferencias que le permite hacer un perfecto análisis de todas ellas; no presenta dificultades ni límites en los cálculos matemáticos que debe realizar para determinar cuál es la mejor, por lo tanto, garantiza que la alternativa elegida es un óptimo global.

De acuerdo con el ejercicio del principio de proporcionalidad y en especial en el momento que el decisor sopesa sus elementos en la ponderación se evidencian las características básicas de la racionalidad limitada; según la cual, ningún individuo puede tener todo el conocimiento de los elementos de conjunto de una situación, ni de todos los resultados de los actos que pueda emprender, ni de todas las opciones posibles, y así sucesivamente; por

consiguiente el presupuesto de racionalidad en la ponderación se identifica con más afinidad con la racionalidad limitada que con la racionalidad absoluta.<sup>20</sup>

**2.1.3 Hiperracionalismo.** “Alguien actúa de forma hiperracional cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites” (Bernal, 2009, 24). Tal como se abordó en el acápite anterior al considerar que esos límites radican en las características propias de la teoría de la racionalidad limitada; este aumento exagerado de la racionalidad hasta el punto de determinarla como absoluta, es atribuible a la característica de objetividad perfecta, debido a que en este grado es un ideal que sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinan por completo el contenido de los principios; reduciendo significativamente las posibilidades de ponderación; en este sentido los principios constitucionales y legales serían disposiciones jurídicas totalmente determinadas que desencadenarían un efecto adverso para el derecho, pues perdería su capacidad para adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad,

“Como consecuencia resulta imposible que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecerían indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro procedimiento alternativo; excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre entonces en hiperracionalidad” (Bernal, 2009, p. 26).

---

<sup>20</sup> Para el autor Herbert Alexander Simón lo fundamental, será reemplazar la racionalidad ilimitada con un comportamiento intencionalmente racional compatible con las posibilidades reales de acceso a la información existente y las capacidades de procesamiento en las personas en un entorno particular. La elección o la decisión se hacen en un contexto y el proceso de decisión o elección le permite sólo ser la más satisfactoria en circunstancias particulares, entre varias opciones posibles.

Sin embargo no se debe renunciar a la búsqueda de la objetividad; si no más bien tratar de aproximarse en la mayor medida posible, en este sentido se pretende abordar el siguiente numeral.

#### **2.1.4 En busca de la objetividad.**

La aplicación del principio de proporcionalidad no constituye un procedimiento que garantice la objetividad absoluta de la fundamentación de las normas adscritas, ni que conduzca en todos los casos al hallazgo de una única solución correcta; sin embargo, ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar la objetividad, ni la razonabilidad absoluta, pero sí puede aproximarse a criterios de racionalidad limitada de acuerdo a la tesis descrita con anterioridad en el numeral 2.1.2. del presente capítulo y del cual se puede esbozar que al obtener un mínimo de racionalidad se le puede atribuir un sentido de constitucionalidad a la medida enjuiciada. Destacando además la crítica que el autor Bernal Pulido plantea con respecto a la objetividad en este campo, pues considera que “este hecho haría inane la competencia legislativa para configurar la vida política de la sociedad y convertiría al Parlamento en un mero ejecutor del detallado catálogo de decisiones constitucionales que podrían derivarse por un método objetivo” (Bernal, 2003, p. 248).

En este sentido es claro tener en cuenta que la ponderación no garantiza la búsqueda de la perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, a que “la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un campo tan controversial

como el de los principios, tan estrechamente vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal” (Bernal, 2009, p. 25).

Debe reconocerse que un sistema jurídico con estas características causaría unas consecuencias desfavorables porque las disposiciones jurídicas serían siempre determinables, reduciendo notablemente las posibilidades de deliberación política, y como consecuencia se reduce el margen de acción del legislador al mínimo; alterando significativamente la ductilidad del derecho; es decir la capacidad de adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad.

## 2.2 Críticas

Profundizar en las críticas que ostenta el principio de proporcionalidad permite revisar en detalle su modelo de estructura, en aras de establecer si se satisfacen en esencia las exigencias teóricas y prácticas que demanda la racionalidad.

**2.2.1 Críticas generales.** Las objeciones generales del principio de proporcionalidad y en especial las de su tercer subprincipio redundan en mantener que el acto mismo de ponderar es irracional<sup>21</sup>; a continuación se analizan las principales críticas que sustentan esta postura.

*2.2.1.1 Indeterminación del objeto.* Esta crítica es atribuible al objeto de la ponderación, al considerar que dicho objeto es apreciado como: “Norma de Derecho Fundamental” que carece

---

<sup>21</sup> Por otra parte E.-W. Bóckenförde ha aseverado que la aplicación del principio de proporcionalidad es irracional, porque no puede sustentarse sobre ningún punto de referencia jurídico. En opinión de este autor, un punto de apoyo semejante sólo podría consistir en un orden jerárquico de los diversos derechos y de sus contenidos, a partir del cual, se pudiese establecer con seguridad en cada caso concreto, qué derecho debe prevalecer frente a los demás (Bernal, 2003, 161).

de determinación, es decir no hace explícito su significado, y por lo tanto da cabida a la indeterminación semántica, la cual también es denominada indeterminación normativa, esta denominación se debe a que las disposiciones jurídicas son enunciados a los que se les atribuye una pluralidad de significados normativos, impidiéndole al intérprete conocer a priori o sea, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto jurídico si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición; también hay que tener en cuenta que ninguna disposición iusfundamental por más específica que parezca, permite conocer a priori todas y cada una de las normas que estatuye directa e indirectamente, casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no solo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación.<sup>22</sup> Después de abordar la anterior crítica atribuible al objeto de la ponderación, se pretende en el siguiente numeral esbozar la crítica de imprevisibilidad atribuida especialmente al resultado de la ponderación

*2.2.1.2 Imprevisibilidad.* La imposibilidad de predecir los resultados es una objeción atribuible a que la ponderación es irracional en el entendido que lleva siempre a soluciones imprevisibles y particulares; en este sentido, acierta R. Alexy al aseverar que la ponderación no lleva en cada caso a una solución precisa, es decir: no implica la verificación de la tesis de la

---

<sup>22</sup> “En Colombia el derecho legislado como fuente formal, se ha abierto hacia la aceptación lenta y dificultosa, de la legitimidad de un derecho originado en sede judicial, de un verdadero derecho Jurisprudencial. Sin embargo, la utilización de uno y otro tienen diferencias desde la óptica hermenéutica” (Medina Diego López. El Derecho de los Jueces, Segunda Edición, Legis 2006 página 195.) El Derecho Legislado utiliza un lenguaje preciso, concreto y con cierto nivel de economía textual, propone con claridad una regla a aplicar, puesto que establece un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; mientras en el Derecho Jurisprudencial no se utiliza un lenguaje concreto, posee abundancia textual donde la regla de Derecho se encuentra inmersa en los párrafos argumentativos que justifican la decisión judicial, señalando inclusive subreglas de Derecho; esto se presenta como consecuencia directa del nivel de abstracción de la norma Constitucional. Por tanto, gran parte de dicho alcance, contenido y límites que no aparecen expresos en la constitución sólo pueden conocerse cuando la jurisprudencia constitucional lo explicita. Por esta razón, debe decirse que el deber de obedecer la Constitución está proyectado también en la jurisprudencia constitucional. Esto quiere decir que tiene fuerza vinculante. (Bernal 2013,351)

única respuesta correcta. Sobre este aspecto debe reiterarse que la estructura del principio de proporcionalidad, no puede alcanzar una única solución objetiva; porque que no hay una única interpretación razonable; sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posibles de suerte, que no se puede hablar de una única respuesta correcta<sup>23</sup> y porque su ejercicio conlleva efectos al tomar decisiones, las cuales suelen estar inmersas en límites al comportamiento racional alterando de esta manera la posibilidad de predecir los resultados y la certeza; convirtiendo a la ponderación en irracional; destacando que

Todos los resultados de la ponderación son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conforman una jurisprudencia *Ad hoc*, que tiende a magnificar la justicia del caso concreto mientras, correlativamente sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho (Bernal, 2009, p. 24).

*2.2.1.3 Inconmesurabilidad.* Esta objeción se caracteriza especialmente porque el principio de proporcionalidad en su tercer subprincipio implica la comparación de magnitudes de los dos objetos de la ponderación, los cuales son de diferente naturaleza, luego no pueden ser comparables entre ellos. Dentro del marco de comparación de magnitudes, no existe ningún criterio para determinar cuál de los dos derechos fundamentales en conflicto reviste mayor

---

<sup>23</sup> Sobre este aspecto debe reiterarse que la estructura del principio de proporcionalidad, no puede alcanzar una única solución objetiva; porque que no hay una única interpretación razonable; sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posibles de suerte, que no se puede hablar de una única respuesta correcta (Aarnio, 1997: 19-23 y ss.)

importancia, ni en general ni en el caso concreto<sup>24</sup>. De acuerdo con esta crítica, los derechos, bienes e intereses que se sopesan en la ponderación son inconmensurables, porque no pueden ser estimados con base en un patrón de referencia, es decir, en una escala fiable de magnitudes, construida a la luz de un denominador común; lo cual fue esbozado Bernal (2003):

La objeción de inconmensurabilidad niega que sea posible construir una jerarquía entre los derechos fundamentales y los bienes constitucionales, y también niega la existencia de un patrón común de comparación, idóneo para estimar las ventajas y desventajas que las leyes de intervención implican para los derechos y bienes en conflicto, y que sirva de fundamento para optar por alguno de los posibles resultados de la decisión de constitucionalidad (p. 178).

### **2.2.2 Críticas específicas en materia penal**

Antes del abordaje de las críticas específicas del principio de proporcionalidad en materia penal vale la pena resaltar la finalidad del derecho penal y sus características esenciales para entender como el principio de proporcionalidad aparece como uno de los moduladores de la tensión entre la protección real de los derechos fundamentales y ejercicio efectivo de la persecución penal. En el Estado constitucional<sup>25</sup>, no sólo se predica la protección de bienes jurídicos como la principal finalidad del *ius puniendi*; sino además, se instituyen barreras de contención a la actividad

---

<sup>24</sup> La crítica de POSCHER se refuerza adicionalmente, con argumentos sobre el carácter inconmensurable de los derechos fundamentales. En primer lugar, se afirma que los derechos fundamentales contienen prestaciones de diversa naturaleza que son incuantificables, lo cual impide establecer la importancia particular que cierto derecho tiene en la sociedad.

<sup>25</sup> En la sentencia C-820/06, la Corte Constitucional advirtió que la cláusula *Estado constitucional* se explica en virtud de la transición del imperio de la ley, principio propio del Estado de derecho, a la máxima de primacía de la Constitución.

punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana.

El legislador penal cuando define tipos penales se enfrenta por un lado a la protección de los derechos fundamentales y por el otro debe restringir los derechos de las personas que cometen conductas punibles; para poder abordar esta controversia el legislador penal necesita abordar las características esenciales del derecho penal, las cuales se encuentran materializadas en su actividad como principios básicos que le ayudaran en su ardua labor, entre ellos se destaca al principio de proporcionalidad, el cual es considerado como garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos<sup>26</sup>.

Aunado a este principio el legislador penal también debe tener en cuenta el principio de lesividad; los tipos penales deben prever situaciones en las que el bien jurídico protegido pueda sufrir un daño concreto y verificable empíricamente; es decir, si no hay daño, la intervención penal provocaría un daño injustificado que contribuiría con la arbitrariedad y por ende sería desproporcionada su intervención.

Cabe mencionar los principios de legalidad y tipicidad que juegan un papel importante en el Derecho Penal, ya que han sido relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el Estado; estos principios pretenden garantizar la seguridad jurídica de las personas, de tal forma que se sepa con antelación a los hechos qué

---

<sup>26</sup> “El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe. El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, podría ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes” (Ávila, 2008, p. 333).

conductas están prohibidas, cuáles son las penas y quiénes son las autoridades encargadas de imponerlas; asignan al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que se incurrirá por quien cometa alguna de dichas conductas prohibidas, pues sólo de esa manera se cumple una función verdaderamente garantista y democrática, dirigida a proteger la libertad de las personas y asegurar la igualdad ante el poder punitivo estatal.

Cuando ello no ocurre así, porque la norma en cuestión no determina con claridad la conducta reprochada, o porque no fija los criterios para su determinación o porque resulta tan excesivamente general y ambigua que no permite especificar y concretar los comportamientos prohibidos, la norma en cuestión debe ser declarada inconstitucional, y por ende, retirada del ordenamiento jurídico<sup>27</sup>. Con base en estos postulados que orientan la finalidad del Derecho penal se presentan a continuación las principales críticas específicas que aborda el principio de proporcionalidad en esta materia.

*2.2.2.1 Tradición formalista.* El Derecho Penal, como control social, presenta una característica peculiar que permite distinguirlo del resto de los controles sociales, incluso los jurídicos su alto y creciente grado de formalización, esto es, su rígido sometimiento a un conjunto de reglas públicas, previamente establecidas que determinan de manera estricta y perfectamente controlable sus presupuestos de actuación (las infracciones penales), la forma de

---

<sup>27</sup> “La tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos. En otros términos, se señala que toda ley penal implica una intervención en los derechos fundamentales y que consiguientemente puede ser constitucional o inconstitucional.” (El Derecho de los Derechos Capítulo IV. El principio de la proporcionalidad de la legislación penal, Bernal Pulido Carlos, 2002, 116 )

intervención (a través del proceso penal) y las consecuencias a que pueda dar lugar (penas, medidas y reparaciones). El objetivo de esta intensa regulación formal es liberar a la intervención penal de la espontaneidad, de la sorpresa del coyunturalismo y de la subjetividad. Esto viene plenamente justificado por la gravedad inherente a la propia intervención penal, fuertemente incisiva sobre los derechos humanos individuales.

*2.2.2.2 Restricción del margen de acción del legislador penal.* En el estricto modelo formalista penal el margen de acción del legislador está restringido, debido a la determinación normativa que se predica en este modelo; este sistema de determinación, tiene un carácter estrictamente legal; en efecto, el poder legislativo ha establecido un marco de directrices político-criminales para determinar las consecuencias jurídicas aplicables a cada uno de los delitos, cuyas disposiciones determinan por completo el contenido la definición de las conductas punibles y sus sanciones, estableciendo explícitamente qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho; en este sentido el principio de proporcionalidad no tendría operatividad, para la determinación de los principios constitucionales.

*2.2.2.3 Indeterminación de los fines penales.* Los fines del Derecho Penal son múltiples y entrelazados por estar constituidos por preceptos constitucionales de redacción abstracta y general, pues el fundamento teleológico de una intervención penal suele ser multidimensional, en caso de ponderación en muchos casos se pueden presentar los fines penales como una contraposición entre los derechos fundamentales del indagado, imputado, o acusado, por una parte, y por otra, los derechos de las víctimas y, en especial, la eficacia del sistema de justicia; en el momento de la ponderación de estos principios es difícil encontrar un único sistema de valores

superiores de la constitución que garanticen sistemáticamente la justificación de las intromisiones en los derechos fundamentales, debido a que los fines penales son expuestos de manera tan genérica, que no hacen un gran favor a quien debe ponderar esos derechos fundamentales.

*2.2.2.4 Desvanecimiento del principio de tipicidad* Con la tipicidad se desarrolla “el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, la cual debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio, se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria” (Colombia, corte constitucional, sentencia C-121/12). “ La teoría de la ponderación tal y como la plantea Robert Alexy, representa una visión moderna del positivismo jurídico o si se quiere una flexibilización del positivismo tradicional. Como lo advierte RALF POSCHER, ALEXY con base en argumentos planteados inicialmente por JOSSE ESSER en los años cincuenta en Alemania, y retomados por DWORKIN la decisión jurídica no solo se fundamenta en reglas de derecho codificado, sino que debe apelar a principios extra legales”. (Montealegre & Bautista & Vergara 2014, 24). Por otra parte, en el momento de presentarse una colisión de principios con ocasión de la descripción típica el resultado del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto no sería exacto a lo consagrado inicialmente, debido a que no es posible alcanzar una única solución; porque que no hay una única interpretación razonable; sino múltiples interpretaciones sistemáticamente posibles que acarrearían con el desvanecimiento del principio de tipicidad<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Le queda así al juez un cierto margen de discrecionalidad, que puede variar en su extensión tanto en su faz cuantitativa como cualitativa, ya sea por la existencia de una pluralidad de penas posibles de imponer, o por la posibilidad de sustituirla.

## 2.3 Valoraciones

Las presentes valoraciones constituyen preceptos que permiten contrarrestar las diferentes posturas críticas que ostenta el principio de proporcionalidad de manera general y de manera específica en materia penal.

**2.3.1 Valoraciones de las críticas generales** Las críticas generales al principio de proporcionalidad se integran en la irracionalidad de la ponderación, las más relevantes se centran en la indeterminación, inconmensurabilidad y la imposibilidad de predecir los resultados, las cuales se contrarrestan con demostrar la aproximación a la racionalidad. El principio de proporcionalidad mantiene relación directa con la racionalidad teórica y con la racionalidad práctica, en la primera exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claros y estén libres de toda contradicción; en ésta el principio de proporcionalidad contribuye significativamente a la determinación del objeto de la ponderación; en la segunda se considera que el acto mismo de ponderar es racional en sentido práctico cuando supera las objeciones (inconmensurabilidad, e imposibilidad de proveer los resultados) ofreciendo un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada, que esté provista de una medida común para comparar los principios en colisión y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en Derecho; por consiguiente se puede estimar que la ponderación se aproxima a los parámetros de racionalidad; a continuación en detalle cada una de las valoraciones a estas críticas.

*2.3.1.1 Valoración de la crítica indeterminación del objeto.* El principio de proporcionalidad a través de sus componentes metodológicos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, reduce la indeterminación normativa de los derechos fundamentales mediante su interpretación y aplicación,<sup>29</sup> presupone que se considere a los derechos fundamentales como principios, cuando se interpretan de esta manera se entienden que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, este mandato indica que el objeto de los derechos fundamentales debe realizarse en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy, 2002). Comprendiendo de esta forma a los derechos fundamentales, se puede establecer que estos pueden cumplirse en menor o mayor grado. “El principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental.” (Bernal, 2003, P. 132).

*2.3.1.2 Valoración de la crítica imprevisibilidad.* Si bien es cierto que los resultados de la ponderación son particulares porque dependen de las circunstancias de cada caso, también lo es que las decisiones de la ponderación pueden conformar una red de precedentes que permiten la aplicación consistente y coherente de los principios en la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras, donde la obligatoriedad este naturalmente limitada a aquellos casos en que el tema a decidir coincida en lo sustancial con aquel previamente resuelto en el pronunciamiento que se cita como precedente. Contrario sensu, es claro que si no existe esa

---

<sup>29</sup> “El principio de proporcionalidad sirve de límite a la discrecionalidad que emana de las normas jurídicas en cuanto son producidas e interpretadas como control de legitimidad constitucional. Así, la discrecionalidad en las decisiones jurídicas se delimita cuando los contenidos constitucionales son materializados en la concreción de la norma jurídica elaboración, interpretación y adjudicación, disminuyendo el nivel de textura abierta de la norma de derecho que concede la posibilidad de contextualizar la discrecionalidad de la determinación jurídica”. Cesar Augusto Londoño, El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica 2009, p176

cercanía fáctica, el supuesto precedente no podría considerarse obligatorio, pues lejos de salvaguardar la seguridad jurídica y la coherencia que naturalmente debe existir entre los distintos pronunciamientos, ello podría conducir a una decisión equivocada, al aplicar a un caso concreto una solución que no consulta sus particularidades específicas, sino las de un evento diferente. En este sentido se podría tener un criterio general que permite la previsibilidad de resultados en la ponderación<sup>30</sup>.

*2.3.1.3 Valoración de la crítica inconmensurabilidad.* La crítica de inconmensurabilidad de la ponderación, estima que no existe ningún criterio para determinar cuál de los dos principios en colisión reviste mayor importancia, debido a su diferente naturaleza; sin embargo en el planteamiento que realiza Aleinikoff, contempla la posibilidad de establecer un común denominador para hacer posible la comparación; siguiendo este concepto y contemplando la posibilidad de establecer a la razón y la dignidad humana como el común denominador, se podría obtener un patrón de referencia acorde para realizar la ponderación y estimar la magnitud de cada uno de los principios en colisión; sin desconocer desde luego las particularidades del caso en concreto.

Esta propuesta de establecer a la razón y a la dignidad humana como el común denominador dotaría a la ponderación de una aproximación a la objetividad; fundada en la tesis del autor Arango (2005), al establecer una “objetividad referida” a la situación, no de una

---

<sup>30</sup> “El principio de proporcionalidad tiene la ventaja de estandarizar contenidos constitucionales para las decisiones jurídicas estructurando una sólida base de precedentes jurídicos que tienden a materializar la legalidad constitucional homogenizada, exigida como parámetro de justificación de las decisiones jurídicas, garantizando de esta forma seguridad y certeza.” Cesar Augusto Londoño, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica 2009, 200

“objetividad incondicional” en el sentido de Habermas, que normalmente se comprende como la posibilidad de universalizar, independientemente de la situación (Arango, 2005, P 331). De esta manera el procedimiento de la ponderación no podría catalogarse como algorítmico, para establecer una única solución objetiva, ni estimarse con “tanta objetividad a la aplicación del principio de proporcionalidad, que conduciría irremediabilmente al denostado paradigma de la jurisprudencia mecánica” (Bernal, 2003, p. 181).

**2.3.2 Valoración de las críticas específicas** En este numeral se abordan las valoraciones de las principales críticas específicas que se relacionan con el procedimiento y el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal.

*2.3.2.1 Valoración de la crítica tradición formalista* En este sentido, la objeción mantiene íntima relación con la crítica que se esboza a la Estricta Lógica Formal en materia Penal. Destacando que el derecho Penal y Procesal penal no comienza en los códigos sino en la Constitución y en la Jurisprudencia Constitucional.

Es asimismo importante resaltar que este profundo cambio en la manera de comprender el ordenamiento jurídico y, en especial, los ámbitos del derecho penal y procesal penal ha repercutido de modo frontal en las formas de aplicación jurídica. Mientras que en el modelo lógico- formal la aplicación de las normas parece reducirse a la subsunción, en el nuevo, junto a la subsunción que se rige por la lógica formal, aparece la ponderación, cuya metodología es la de lo razonable (Bernal & Montealegre, 2013, p. 355).

En el modelo anterior, un tribunal podía decidir los casos apelando a la férrea aplicación de las reglas establecidas en los códigos. En el paradigma teleológico material, en cambio, la aplicación estricta de esas reglas, muchas de ellas formuladas bajo el esquema condicional Kelsiano, resultan ilegítimas desde el punto de vista de los derechos fundamentales, si no es razonable. “El rigor sistemático de la lógica formal debe ceder entonces ante consideraciones que emanan de las soluciones tópicas que provienen de la lógica de lo favorable” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 355). En este antiguo paradigma no era necesario una justificación explícita, es decir no había necesidad de una justificación de las razones que llevaron al operador jurídico a acoger los argumentos a favor. La concepción contemporánea de la interpretación excluye las restricciones gratuitas de ellas: las restricciones que no están justificadas en razón de clara necesidad de proteger otros bienes, dentro de las precisas circunstancias del caso concreto; en este sentido la herramienta del principio de proporcionalidad a través de sus subprincipios sería una alternativa para aproximarse a la razonabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

*2.3.2.2 Valoración de la crítica restricción del margen de acción del legislador.* En el modelo formalista descrito anteriormente se presentan adversas consecuencias para la política criminal, teniendo en cuenta que la determinación normativa altera notablemente la posibilidad de deliberación política, afectando significativamente la democracia y la ductibilidad del derecho al limitar la capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades sociales. En este sentido el legislador penal se convertiría en un simple ejecutor normativo carente de facultad decisoria con respecto al rumbo de la política criminal, la cual es una propiedad inherente al lenguaje de dichas disposiciones; debido al margen de acción del congreso el cual es caracterizado por la deliberación democrática. Este estamento ha definido la política criminal como “el conjunto de

respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”. (Colombia, corte constitucional, Sentencia C-936/10).

### *2.3.2.3 Valoración de la crítica de indeterminación de los fines penales.*

Una medida de intervención penal puede perseguir múltiples fines en diferentes dimensiones, lo que ocasiona una relación conjunta de los mismos, sin embargo, al tener en cuenta la pluralidad de fines en el principio de proporcionalidad y en especial en el subprincipio de idoneidad se podría lograr una mejor determinación de los mismos, acorde con la armonización de los fines del Estado y el fundamento teleológico que le imprime la política criminal, en aras de establecer una maximización de los mismos y concretización de lo que la Constitución ordena, permite o prohíbe.

Antes bien esta protección de la vida debe armonizarse y ponderarse con otros principios también establecidos en la Constitución, como el de dignidad de la vida y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin esta armonización queda incompleta toda idea acerca de que es lo que la Constitución ordena, permite o prohíbe (Bernal & Montealegre 2013, p. 351).

En este sentido la indeterminación de los fines penales se reduce con la aplicación del principio de proporcionalidad de manera sistemática, que da cuenta de la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema normativo coherente.

*2.3.2.4 Valoración de la crítica de desvanecimiento del principio de tipicidad.* Esta crítica se relaciona con el principio de legalidad como presupuesto necesario, aunque insuficiente, para determinar los límites de los poderes públicos con respecto a las injerencias en los derechos fundamentales. Aplicado al proceso penal, puede decirse que existen espacios en los que esa insuficiencia deja prácticamente sin protección a quien padece la intervención autorizada. Esta insuficiencia puede ser subsanada mediante el principio de proporcionalidad, en especial para determinar la gravedad de la lesión y de las razones que justifican la intromisión<sup>31</sup>; sin embargo este sistema que garantiza la justificación de las intromisiones en derechos fundamentales se deriva de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el sistema de fuentes del Derecho.

“El que nadie pueda ser juzgado sino según las leyes preexistentes quiere decir, interpretado en un sentido mas general, que el resultado y el fundamento de los fallos están determinados por un correcto ejercicio del sistema de fuentes del Derecho. Desde luego, la

---

<sup>31</sup> Por ejemplo, si se sobredimensiona la protección de los derechos fundamentales y se considera afectación de estos cualquier intervención en su ámbito normativo, entonces la Fiscalía y la Policía judicial comenzarán a ser actores totalmente ineficaces en la lucha contra el delito, que no pueden actuar en lo más mínimo sin la autorización del juez de garantías. Si, por lo contrario, se flexibiliza demasiado la posibilidad de afectar estos derechos que tiene la Fiscalía, sin orden o sin control judicial, entonces la garantía del artículo 250 C.N. se desvanece y los derechos quedan a merced de la Fiscalía, un poder demasiado robustecido en el esquema constitucional, incluso son facultades mayores que las del propio juez; ni la Fiscalía debe disponer de una capacidad ilimitada de intervención en los derechos fundamentales, ni los derechos deben ampararse de una manera tan extrema que dificulte la investigación de los delitos, actividad del Estado que también es una forma de protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad. (Bernal & Montealegre ,2013, 375).

jurisprudencia constitucional es una fuente del Derecho que fija ciertas condiciones para la interpretación y aplicación del derecho ordinario y, por ello, debe aplicarse y acatarse como la ley o como cualquier otro conjunto normativo integrante del sistema de fuentes” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 354).

### **Capítulo III**

#### **3. El principio de proporcionalidad como control de constitucionalidad de las leyes penales**

Teniendo en cuenta el desarrollo de los capítulos anteriores se plantea la reconfiguración del principio de proporcionalidad, como un derrotero exigente para la constitucionalidad de las intervenciones penales en los derechos fundamentales. El capítulo se divide en tres partes: en la primera sección se encuentran los aportes reconstructivos de la estructura del principio en materia penal, en la segunda sección se esboza un análisis del planteamiento de reconstrucción en un caso concreto, y en la tercera, se evidencian las consecuencias del modelo de reconstrucción del principio de proporcionalidad, desde una perspectiva formal y material .

##### **3.1 Reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal.**

Del estudio de las características del Derecho Penal y desde la perspectiva axiológica, se ha considerado oportuno desarrollar el complejo tema del principio de proporcionalidad, planteando aspectos jurídicos de notoria relevancia, en aras de proponer la reconstrucción del principio a partir de los pasos que señala la jurisprudencia nacional con influencia de la doctrina jurídico alemana y de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos, la Corte Constitucional desarrolla el juicio de proporcionalidad en tres pasos: (1.) Idoneidad para contribuir al logro de un fin constitucionalmente válido; (2.) necesidad, entendida como la no existencia de un medio menos gravoso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin;

(3.) proporcionalidad en sentido estricto, requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención.

Para iniciar en detalle con la reconstrucción del principio de proporcionalidad se plantea inicialmente un bosquejo de la concepción clásica de los subprincipios, el primero es el de idoneidad, él cual requiere indiscutiblemente de evidenciar desde su concepción el fin propuesto para legitimar la medida que afecta los derechos fundamentales; de lo contrario, la carencia del fin constitucionalmente legítimo acarrearía que la Ley se declarará inconstitucional por carecer de razonabilidad, o dicho con una terminología equivalente, por ser arbitraria (Bernal, 2009, p. 50). De acuerdo con el juicio de necesidad es necesario verificar si la medida enjuiciada constituye un medio adecuado para contribuir al logro del fin que con ella se persigue, pero exige que además la intervención penal resulte necesaria, en el sentido de que el fin de protección perseguido no pueda ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no haya alternativas a la intervención penal menos lesivas que ésta. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto ha de efectuarse desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio, determinando si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción.

La práctica de la Corte Constitucional realiza la aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del ordenamiento jurídico como un sistema; de ahí se propone la alternativa de reconfiguración; imprimiendo de esta manera sistematicidad a cada uno de los subprincipios. A continuación una descripción pormenorizada de los mismos.

### **3.1.1. Subprincipio de Idoneidad**

El subprincipio de Idoneidad ha de entenderse de manera diferente, en tal sentido se requiere que las intervenciones penales en los derechos fundamentales deban ser adecuadas para contribuir a la obtención de varios fines constitucionalmente legítimos. Una intervención penal puede satisfacer varios principios constitucionales; no obstante, se puede presentar el caso según el cual determinada medida satisface más a un principio que a otros; sin embargo, debido a la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema, es incluso más difícil centrar a un único fin que pretenda la medida que a múltiples fines, debido a que estos se presentan de una forma indeterminada e interrelacionada, por no saber de manera clara y a priori su significado y sus alcances de relación con otros fines; pues es difícil encontrar un único sistema de valores o principios de la Constitución Nacional que garantice sistemáticamente la justificación de las intromisiones en los derechos fundamentales.

Por ejemplo, las solas finalidades del proceso penal, expuestas en el sentido de averiguar los autores y partícipes de los delitos, a efecto de que no haya impunidad en lo que se refiere a las tareas de prevención social propias del derecho penal, se presentarían como un primer nivel de justificación teleológica (Bernal & Montealegre 2013, p. 417) de difícil determinación.

Sin embargo, este sistema que garantiza la justificación de las intromisiones en derechos fundamentales se deriva de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el sistema de fuentes del Derecho. En este sentido es necesario aclarar que con la proporcionalidad

y en especial en el principio de idoneidad se presenta pluralidad de fines indeterminados; es decir: fines v/s fines, los cuales tienen de manera individual relación conjunta con otros fines esenciales del Estado, debido a que es difícil señalar los límites precisos de cada uno de ellos por la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico.

En la reconstrucción de este subprincipio es relevante tener presente los fines de la norma enjuiciada, los cuales deben analizarse de manera sistemática con las demás normas del ordenamiento jurídico, además de tener en cuenta el elemento teleológico que le imprime la política criminal a la medida examinada, en el entendido que la jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-936/10).

El análisis correspondiente al subprincipio de idoneidad debe tener presente las circunstancias fácticas que rodean la intervención, en este sentido se habla de “adecuación objetiva” y cuando se mencionan aspectos tendientes a los resultados concretos del agente decisor se habla de “adecuación subjetiva”. “La formulación objetiva y subjetiva de la idoneidad como componentes de la proporcionalidad se ha establecido para evitar lo que se conoce como “desviación de poder”. Es decir para impedir que bajo la aparente legalidad de intromisión sean perseguidas finalidades distintas y defraudada la debida protección de un derecho fundamental” (Bernal & Montealegre 2013, 423).

*3.1.1.1. Suprincipio de Necesidad.* El análisis del medio empleado se funda en la idea de que en el Estado Constitucional están prohibidas las limitaciones gratuitas de los derechos fundamentales y que, por tanto si los beneficios obtenidos con una medida que afectan los derechos fundamentales pueden obtenerse sin dicha medida o con otra u otras menos gravosas, resulta inconstitucional la medida adoptada.

“Esto quiere decir que si por ejemplo, el fiscal, o el juez han adoptado la medida M1 para obtener ciertos beneficios frente a la investigación de un delito, pero es posible obtener los mismos o mayores beneficios con la medida M2, y M2 a su vez afecta menos que M1 los derechos fundamentales, entonces el fiscal o el juez deberán adoptar M2 y no M1”.(Bernal & Montealegre, 2013, p. 425).

Este componente del principio de proporcionalidad es conocido con el nombre de intervención mínima o alternativa menos gravosa.

Mientras en el Estado totalitario la libertad es la excepción y el ejercicio del poder del Estado es la regla general, en el Estado Constitucional de derecho la libertad y los demás derechos fundamentales son la regla general y las competencias del estado son la excepción. Por ello los derechos se interpretan siempre en sentido amplio para limitarlas, y las competencias del Estado, de forma restrictiva.” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 373).

Según los presupuestos anteriormente esbozados la medida de intervención debe ser la más benigna con los derechos intervenidos; entendida esta desde la óptica sistémica de incluir la pluralidad de principios; recurriendo primero y siempre a otras medidas menos gravosas existentes dentro del sistema legal antes de utilizar el penal, recurriendo a él cuando hayan fallado todas las demás medidas de intervención extrapenal.

3.1.1.1.1 Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto . El último de los subprincipios de proporcionalidad esboza un análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, la cual contempla que si una medida es idónea y necesaria, hace falta que sea proporcional, es decir, que no genere una carga excesiva para quien debe soportarla; es por esto que es necesario aclarar que la ponderación ha de efectuarse desde la concepción sistémica y desde el punto de vista que existe un número plural de principios constitucionales que se contraponen a otro grupo de principios. Esto quiere decir que es posible que la colisión se presente entre una pluralidad de principios que debe resolverse de forma diferente en casos disímiles, pues la solución depende de las circunstancias de cada caso concreto. Si las circunstancias cambian, es posible que también cambie el resultado. De lo anterior se deriva que siempre que el agente decisor deba ponderar, tiene la obligación de establecer en qué grado están afectados y, por tanto, cuál es el peso de los principios que resultan relevantes en el caso concreto, para saber cuál de ellos debe primar. A su vez, mediante argumentaciones explícitas deben dejar constancia de los fundamentos de su decisión, es decir, de porqué los principios tienen el peso que se les atribuye.

La reconfiguración del principio de proporcionalidad se basa en la característica sistémica del ordenamiento jurídico colombiano;<sup>32</sup> dicha propuesta esquematiza su fundamento en la interrelación armónica de principios, es decir, mediante el subprincipio de idoneidad se determinan las finalidades que se pretenden alcanzar con la medida enjuiciada, a continuación se examina la medida de intervención con la cual se pretende alcanzar dichos fines; las cuales pueden ser una o varias alternativas (extrapenales o penales) lo menos lesivas posibles con los derechos fundamentales, después de estos dos análisis previos se realiza el abordaje del tercer subprincipio, el cual efectúa una ponderación sistemática de los principios objeto de colisión, en aras de establecer una maximización de los mismos y concretización de lo que la Constitución ordena, permite o prohíbe; de esta manera se logra la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la medida examinada.

Está característica sistémica contrarresta en un mínimo grado a la crítica de inconmensurabilidad, en el entendido que la interrelación que sustenta la pluralidad de los principios objeto de la ponderación posibilitan la existencia de un denominador común basado en la misma naturaleza teleológica que permite su eventual agrupación y comparación, haciendo posible la valoración sin desconocer desde luego las particularidades del caso en concreto que son las que atribuyen el legítimo peso.

Cuando se presenta la colisión de principios se hace necesaria la aplicación sistemática de la ponderación en las normas constitucionales enfrentadas, materializando la efectividad de unos

---

<sup>32</sup> “En la actualidad, los agentes estatales y especialmente los jueces se ven en la tarea de motivar sus actos, o de controlar la legitimidad de las acciones en términos de proporcionalidad. En este contexto, se ha planteado la necesidad de elaborar teorías y métodos que orden y sistematicen argumentos de proporcionalidad, a la vez que impriman racionalidad y transparencia a la aplicación de dicho principio.” (Montealegre & Bautista & Vergara 2014,11)

derechos mediante el sacrificio o restricción de otros. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos.

La colisión de derechos no debe, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra (Colombia, corte constitucional, Sentencia T- 425/95).

### **3.2 Planteamiento del principio de proporcionalidad en materia penal en un caso concreto**

En este apartado se propondrá un ejemplo tomado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el objeto de que el lector pueda hacer operativos los elementos teóricos presentados en este capítulo; a través de la explicación de la decisión de la Corte, se precisarán los nexos entre el caso penal y los derechos fundamentales involucrados, también se efectuará un análisis de proporcionalidad, de modo que pueda hacerse explícito el razonamiento que llevó al fallo definitivo; con posterioridad se propondrá un modelo de reconfiguración del principio de proporcionalidad, factible para tomar decisiones en esta materia bajo el nuevo esquema del derecho procesal penal.

En la sentencia C-822/05 la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la inspección corporal bajo las condiciones previstas en el artículo 247 de la Ley 906/04; la cual consiste en que:

Cuando el Fiscal General, o el fiscal tengan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que, en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-822/05).

Según la accionante, el artículo 247 de la Ley 906 de 2004 vulnera un amplio espectro de derechos fundamentales entre ellos: la dignidad humana, la intimidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la garantía de no autoincriminación, y la presunción de inocencia.

Para analizar la constitucionalidad de la medida enjuiciada la Corte empleó el juicio de proporcionalidad pero antes de ahondar en su análisis precisó la intensidad del mismo; teniendo cuenta varios elementos entre los que se destacan: la naturaleza del asunto en materia de procedimiento penal, la inspección de partes íntimas del cuerpo humano, la incidencia de varios derechos fundamentales del imputado y que la diligencia se puede realizar sin el consentimiento del imputado. Tales características señalan una afectación media o alta de los derechos

fundamentales. Por lo tanto, la Corte aplicó un juicio de proporcionalidad estricto. En el primer subprincipio la Corte estableció que la norma objeto de estudio esta orientada a las finalidades de "asegurar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito", a "asegurar la conservación de la prueba", a "proteger a la comunidad", y en especial, "a las víctimas del delito" y a garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del "debido proceso y el derecho de defensa". Se trata, por lo tanto, de fines no sólo legítimos y constitucionalmente importantes, sino además imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y por el aseguramiento de la convivencia pacífica.

En cuanto al medio escogido, la Corte esbozó que la inspección corporal del imputado, según el delito investigado y las circunstancias del caso, puede llegar a ser un medio idóneo para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física ocultos en el cuerpo del imputado, cuando tales elementos se encuentran dentro de alguna de las cavidades corporales, o bajo la piel del imputado. Además resaltó que la inspección corporal puede ser una medida necesaria para la investigación, cuando no existe otro medio a través del cual se pueda recuperar la evidencia material buscada que resulte menos gravoso para los derechos del imputado.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte precisó que la norma bajo estudio enfrenta el "interés en la persecución del delito", protección de los "derechos de las víctimas", con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos; en este sentido la aplicación del principio en sentido estricto de la norma objeto de estudio arrojó como resultado la compatibilidad con la Constitución; bajo el entendido que a mayor incidencia de la medida en los

derechos del individuo, mayor peso deberán tener los factores que determinan el peso del bien jurídico tutelado y de los derechos de las víctimas. (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-822/05).

De conformidad con lo anterior, concluye la Corte en señalar que en el curso de las investigaciones penales puede ser pertinente en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcionado que a quien ya ha adquirido la condición de imputado se le practique una inspección corporal para obtener elementos materiales probatorios y evidencias indispensables para esclarecer los hechos objeto de la investigación. Por lo tanto, el artículo 247 bajo estudio, será declarado exequible en el entendido de tres supuestos: primero que la inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial; segundo que cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue, y tres que la inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado.

### **3.3 Aplicación del modelo de reconstrucción del principio de proporcionalidad en materia penal**

En el presente numeral se pretende bosquejar la reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal, mediante el mismo ejemplo de la jurisprudencia anterior, para tal efecto se describe a continuación la propuesta de estructura del principio de manera sistemática; en aras de explicar en el caso planteado una solución disímil, plausible bajo una fundamentación justificada y apelada a la razón.

La aplicación de este principio como un modelo más exigente evidencia la necesidad de ponderar sistemáticamente los principios en colisión, que para la norma bajo estudio enfrenta el interés en la persecución del delito, y en la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos. La autorización y práctica de la inspección corporal; está librada a la apreciación racional que haga el funcionario responsable de la investigación penal sobre su potencialidad para aclarar lo ocurrido bajo el respeto de los derechos fundamentales de los imputados. Sin embargo, ese ejercicio discrecional debe enmarcarse tanto dentro de los principios constitucionales del debido proceso, de la presunción de inocencia y de la imparcialidad, como del respeto de la dignidad, la integridad e intimidad. La verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo a todos los sujetos procesales en sus derechos fundamentales. De ahí, la estrecha relación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

En el caso bajo estudio, es preciso determinar si la inspección corporal resulta razonable y proporcional como mecanismo para garantizar la “persecución del delito”, asegurar la conservación de la prueba y proteger a la comunidad y las víctimas. La evaluación de la limitación de los derechos fundamentales del imputado en este contexto, ha de realizarse en los siguientes pasos:

Con el abordaje del análisis del primer subprincipio se puede evidenciar que una medida enjuiciada como la del objeto de estudio (inspección Corporal) se relaciona con varios fines en materia penal, es decir, en este sentido no es un fin constitucional el que se pretende alcanzar, sino varios fines constitucionales los que una sola medida puede alcanzar por la sistematicidad del ordenamiento jurídico, resaltando entre ellos la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, bajo los lineamientos de investigación de las conductas punibles, la conservación de la prueba, la protección a la comunidad, y en especial, a las víctimas del delito y a garantizar que la investigación penal se realice con el pleno respeto del debido proceso. Se trata, por lo tanto, de fines no sólo legítimos y constitucionalmente importantes, sino además imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y que sin duda se constituyen como pilares fundamentales del proceso penal, en cuanto este, tiene como propósito resolver pacíficamente y en condiciones de justicia, las controversias sociales con ocasión del delito.

La misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social, bajo el respeto de la persona y su dignidad humana como fundamento del orden jurídico; es decir, el Derecho penal

perdería legitimidad si se construye sólo sobre bases puramente eficientistas; además a la hora de analizar este primer subprincipio se debe tener en cuenta la política criminal; porque contribuye a potencializar las finalidades, impregnándole un fundamento teleológico a la intervención penal consistente en maximizar la tutela de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, al tiempo que las garantías penales y procesales minimizan la violencia contra estos. Estas afirmaciones refuerzan la postura de establecer que una medida puede satisfacer diversas finalidades; lo cual reviste significativa relevancia para la adecuación del medio según el juicio de necesidad.

En el análisis del segundo subprincipio de proporcionalidad se establece que el medio (la inspección corporal) empleado por la medida enjuiciada es completamente invasivo de los derechos fundamentales del imputado y no satisface la pluralidad de fines que pretende la medida. Por otra parte se puede configurar una amplia gama de actos de investigación los cuales pueden ser clasificados en: actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales y actos de investigación que no implican la limitación de derechos; a través de estas dos clases de actos se puede intentar recuperar la evidencia material buscada con medios menos gravosos para los derechos fundamentales; sin embargo, el conocimiento de los hechos no es el único interés constitucional relacionado con el ejercicio de la acción penal; es necesario velar porque el cumplimiento de dicho propósito no afecte, o lo haga en la menor proporción posible a los derechos fundamentales, pues no tendría sentido que el costo del esclarecimiento de un delito fuera la afectación irracional, desproporcionada e ilegítima de los derechos y garantías fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-396 de 2007, precisó:

En el modelo de justicia penal adoptado en la Constitución de 1991 el Estado pretende obtener la verdad con las garantías de la libertad (arts. 29, 31, 32 y 33), pues sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. Desde la perspectiva constitucional, el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez.

La intervención corporal objeto de estudio, afecta el derecho a la intimidad (frente al cuerpo o frente al estado de salud), a la integridad y a la libre indeterminación; todo porque existe la posibilidad de utilizar medios menos invasivos para alcanzar la maximización de la pluralidad de fines constitucionales que persigue la medida enjuiciada; aunque la inspección corporal conforme la interpretación constitucional esgrimida por la Corte sostiene innumerables requisitos que propenden por la salvaguarda de los bienes jurídicos objeto de tutela constitucional, no alcanzan a satisfacer la realización de la práctica de la inspección corporal sin ocasionar afectaciones de los derechos fundamentales, y por el contrario sí existen otras alternativas que propenden por la satisfacción de múltiples finalidades; como primera medida se puede tener en cuenta que los motivos fundados mantienen sustento con los medios de conocimiento<sup>33</sup>; los cuales se convierten en medidas alternas menos invasivas con los derechos fundamentales.

---

<sup>33</sup> Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

Inspeccionar al interior del cuerpo humano (orificios anales, vaginales o cualquier exploración relativa a los órganos sexuales) es una medida denigrante que puede ser remplazada por la implementación de medios tecnológicos tanto fijos como manuales que realizan un examen menos invasivo del cuerpo humano que evidencian los mismos hallazgos de la inspección corporal, entre ellos se pueden resaltar el escáner de onda milimétrica y el de rayos X de retrodispersión, sistemas y métodos que permiten digitalizar partes del cuerpo humano mediante la captura de imágenes multispectrales y mapas 3D. Éstos medios están en consenso con uno de los principios más importantes en el proceso penal, el cual se conoce como la “libertad probatoria”, “con la cual se busca a través de cualquier medio de prueba determinar los elementos estructurales de la conducta punible, la responsabilidad del imputado o acusado así como la clase cuantía de los perjuicios ocasionados por el injusto”, pero tal principio tiene límites y es el que “no se violen los derechos humanos”.

Permitir la materialización de la medida sin consentimiento incide notablemente sobre el derecho a su autonomía y su práctica en ningún momento puede reducir al mínimo su invasión debido a que involucra aspectos íntimos del cuerpo humano, y al ser un procedimiento que requiere de un personal calificado ceñido a protocolos preestablecidos por la “Ley Artis”, no es susceptible de que el juez con función de control de garantías determine las condiciones en las que la inspección debe practicarse.

Conforme a las opiniones de los expertos si la intervención implica un grave riesgo para la salud o la vida, la medida no debe ordenarse, siguiendo el anterior precepto tampoco debería practicarse cuando se ponga en peligro la dignidad humana; la cual es el fundamento del orden

jurídico. En este sentido el medio más benigno con la satisfacción de la pluralidad de principios objeto de colisión es el registro personal; el cual comprende una revisión superficial del individuo mediante los medios tecnológicos que permiten visualizar las cavidades u orificios corporales sin invasión del cuerpo humano. Convirtiéndose en la medida mas benigna con los derechos fundamentales y más adecuada para el cumplimiento de los fines en sentido multidimensional, como los que propende el proceso penal para resolver pacíficamente y en condiciones de justicia, las controversias sociales con ocasión del delito.

El tercer subprincipio evidencia la proporcionalidad en sentido estricto, “las ventajas que se obtienen mediante la intervención en los principios constitucionales deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general” (Bernal, 2003, p. 30). En este sentido la ponderación se efectúa desde el punto de vista de la pluralidad de principios, que se contraponen a otro conjunto de principios, es decir, se busca resaltar la sistematicidad de la ponderación con la pluralidad de los principios en juego, los cuales se interrelacionan armónicamente por la coherencia, unidad y plenitud que caracteriza el ordenamiento Jurídico, en aras de que la decisión sea la maximización y la potencialización de la pluralidad de principios.

La medida examinada puede implicar una invasión leve, media o grave de los principios o derechos que pretende limitar; por tal razón, el grado de intensidad se puede contrarrestar con la valoración que se le asigne al bien jurídico tutelado en la ponderación, asegurando de esta manera diversos grados de satisfacción de la pluralidad de principios en colisión: (convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la persecución del delito, la protección de los derechos

de las víctimas, v/s la dignidad humana, intimidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, la garantía de no autoincriminación, y la presunción de inocencia).

En esta ponderación sistemática se maximiza la expresión de las garantías fundamentales por tener un sentido amplio del acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, y la aplicación de la ley penal. Resaltando que el principio de proporcionalidad tiene relación con el sentido amplio del debido proceso; en el entendido que una afectación es desproporcionada cuando es gratuita, es decir cuando carece de todo fundamento, o bien cuando no se observa las reglas de la ponderación, pues se están vulnerando derechos fundamentales. La medida enjuiciada de “inspección corporal” no responde adecuadamente a los lineamientos del subprincipio de necesidad, ocasionando un quebrantamiento del principio de proporcionalidad, lo que conlleva a la inconstitucionalidad de la medida.

### **3.4 Consecuencias del planteamiento**

Las posibles afectaciones de una acción penal sobre los derechos fundamentales deben ser proporcionadas; tal aseveración encuentra respaldo de la doctrina de la Corte Constitucional, en donde ha quedado establecido lo que la Constitución prohíbe.

Aplicar la proporcionalidad en forma sistemática se hace necesaria para el ejercicio hermenéutico al que se enfrentan los servidores judiciales bajo el nuevo esquema del derecho Penal, teniendo de presente que es factible por varias razones.

La reconfiguración del principio de proporcionalidad con metodología sistemática orienta la totalidad del sistema jurídico de modo que propende con la realización de los derechos constitucionales que son su objeto primordial, lo cual aporta al desarrollo de un ordenamiento jurídico consonante con un nivel funcional de los diversos interés jurídicos que no se atentan o menoscaban los unos en relación con los otros sino que se entienden como correlatos que operan armónicamente.

La racionalidad es el componente formal del principio de proporcionalidad, en tanto se establece como marco que predetermina el discurso jurídico a través de la estructura de los subprincipios, definiendo las fases adecuadas y suficientes para que el proceso se desempeñe con eficiencia y efectividad. La razonabilidad como componente material del principio, sistematiza la pluralidad de principios contrapuestos mediante premisas argumentativas, que hacen exigibles las garantías constitucionales de los sujetos normativos inmersos en la controversia jurídica.

Como base en los fundamentos anteriores se determina como consecuencia principal que todo discurso jurídico fundamentado en el principio de proporcionalidad con metodología holística ha de ser entendido como racional y razonable, además que este principio como herramienta integral, permite materializar la concepción constitucional que identifica a cada uno de los derechos sustanciales de la Norma Fundamental para que el discurso de la decisión jurídica advierta plenamente el contenido esencial de estos derechos.

De esta manera la reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal con tendencia sistémica garantiza el respeto y observancia de la Constitución, pues de su resultado se extrae la esencia de la supremacía constitucional, mediante el ejercicio activo de la aplicación de sus subprincipios; con el fin de efectivizar el poder normativo que emana de las disposiciones con rango fundamental.

El concepto de lo razonable resulta útil para fijar, en un ejercicio de ponderación, qué acciones penales son desproporcionadas en cuanto a la posible afectación negativa sobre una pluralidad de derechos fundamentales. Debido a que el Derecho Penal colombiano no es ajeno al cambio experimentado con el derecho contemporáneo, como se ha explicado en los capítulos anteriores, el derecho neoconstitucionalizado está fundamentado en una lógica de lo razonable, en donde el ejercicio de la proporcionalidad adquiere un papel protagónico.

Con la reconfiguración del principio de proporcionalidad se logra comprender de manera explícita y concreta los argumentos de justificación de la toma de decisiones en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes penales; estimulando de esta manera una cultura deliberativa en la cual se debe exponer ante los ciudadanos las razones de fundamentación del resultado, evidenciando los diversos grados de afectación o satisfacción de la pluralidad de principios en colisión, respetando siempre un mínimo de racionalidad para que pueda reputarse constitucional la medida enjuiciada. Una decisión jurídica vale en términos de racionalidad, por lo que valen los argumentos que la sustentan. Cuanto más amplio y más racional acuerdo alcancen tales argumentos bajo las condiciones de racionalidad argumentativa, más racional podrá reputarse la correspondiente decisión.

El principio de proporcionalidad ha sido diseñado para que los agentes decisores ponderen en derecho, a través de unos pasos metodológicos preestablecidos y con los cuales se reduce significativamente la discrecionalidad en materia de decisión judicial, aproximándose según sus propios límites a la tan anhelada racionalidad práctica en los procesos jurisdiccionales<sup>34</sup>.

“El principio de proporcionalidad sirve de límite a la discrecionalidad que emana de las normas jurídicas en cuanto son producidas e interpretadas como control de legitimidad constitucional. Así, la discrecionalidad en las decisiones jurídicas se delimita cuando los contenidos constitucionales son materializados en la concreción de la norma jurídica elaboración, interpretación y adjudicación, disminuyendo el nivel de textura abierta de la norma de derecho que concede la posibilidad de contextualizar la discrecionalidad de la determinación jurídica”. (Londoño,2009,176) .

La concreción del sistema jurídico material entiende que las realidades sociales son un entramado de difícil determinación, por lo cual el principio de proporcionalidad debe actuar sin poder ser conceptualizado como un juicio defendido en el sistema cerrado de una única solución jurídica amparada en la materialización de un sólo principio constitucional, sino al contrario como un criterio metodológico que canaliza mediante su sistematicidad la apertura normativa los fenómenos sociales de tal manera que se elaboren soluciones jurídicas sistemáticas que

---

<sup>34</sup> “Si las decisiones racionales son las que se consiguen de tal manera, el contenido de la decisión racional no es un contenido materialmente sentado de antemano, sino uno que se ha de alcanzar y que será racional no por lo que en él se diga, sino porque a él se haya llegado en una argumentación respetuosa con aquellas reglas del argumentar racional.” (Carbonell, 2010, 385).

involucren una pluralidad de principios acordes con la realización de una justicia material real y efectiva.

Así entendido el principio de proporcionalidad y así expuestas las grandes líneas del modelo reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal, se tiene que dicha metodología no mantiene la existencia de una única solución correcta para cada caso, por lo contrario sirve para descartar decisiones por irracionales y resaltar que pueden ser varias las decisiones que caben como racionales, porque sus argumentos son en ese sentido correctos y aptos para un consenso racional.

En este sentido no se puede manifestar que el sistema jurídico material no garantiza seguridad e igualdad por el hecho de que actúa en muchos casos de forma diferente. “El principio de proporcionalidad tiene la ventaja de estandarizar contenidos constitucionales para las decisiones jurídicas estructurando una sólida base de precedentes jurídicos que tienden a materializar la legalidad constitucional homogenizada, exigida como parámetro de justificación de las decisiones jurídicas, garantizando de esta forma seguridad y certeza” (Londoño,2009,200).

La reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal es más exigente; debido a que el Derecho Penal no es un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la herramienta más contundente con que cuenta el Estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones, sino por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito, las cuales le incorporan un plus de gravedad que en principio ésta ausente cuando la misma prohibición es disciplinada por

conducto de otras normas del ordenamiento; por tal razón, la aplicación sistemática del principio de proporcionalidad se convierte en una metodología más estricta para el control de constitucionalidad de las leyes penales.

El principio objeto de estudio se convierte en un modelo plausible que permite hacer efectiva la fuerza normativa de los derechos fundamentales; haciendo manifiesta la función de los principios constitucionales como límites al legislador, reconociendo un ámbito más estricto y exigente para la constitucionalidad de las leyes penales; como un control Jurídico acorde a los lineamientos que la Corte Constitucional ha determinado con respecto a lo que los derechos fundamentales ordenan, permiten o prohíben.

## Conclusiones

Con base en el estudio pormenorizado de las implicaciones jurídicas del principio de proporcionalidad como control de constitucionalidad de las leyes penales se extraerán a continuación algunos lineamientos conclusivos relevantes para determinar que la reconfiguración del principio de proporcionalidad es clave en la dinámica creadora, hermenéutica y aplicativa del Derecho penal, como primera medida se evidencia que la práctica judicial de la Corte Constitucional se inserta adecuadamente a la alternativa de reconfiguración del principio desde una visión sistemática, que da cuenta de la intención de buscar la racionalidad material en las decisiones judiciales a partir de uno de los conceptos fundamentales de la racionalización del derecho (la sistematización); permitiendo la relación de preceptos jurídicos con base en referentes de coherencia y armonía.

La aplicación del principio de proporcionalidad de manera holística se convierte en esencia en una herramienta metodológica que le imprime racionalidad y razonabilidad al discurso jurídico controversial producto de la colisión de principios constitucionales, el cual tiene como finalidad orientar la totalidad del sistema jurídico de modo que convenga con la realización de los derechos constitucionales, lo cual aporta al desarrollo de un ordenamiento jurídico de naturaleza sistémico que opera armónicamente.

La racionalidad es el componente formal del principio de proporcionalidad, en tanto se establece como marco que predetermina el discurso jurídico a través de la estructura de los subprincipios, definiendo las fases adecuadas y suficientes para que el proceso se desempeñe con eficiencia y efectividad. La razonabilidad como componente material del principio, sistematiza la pluralidad de principios contrapuestos mediante premisas argumentativas, que hacen exigibles las garantías constitucionales de los sujetos normativos inmersos en la controversia jurídica por medio de su concreción en la decisión jurídica o en la verificación de ésta bajo su óptica constitucional.

De esta manera la aplicación del principio de proporcionalidad de tendencia integral garantiza el respeto y observancia de la Constitución; pues de su resultado se extrae la esencia de la supremacía constitucional, mediante el ejercicio activo de la aplicación de sus subprincipios; con el fin de efectivizar el poder normativo que emana de las disposiciones con rango fundamental, de tal manera que se garantice el mantenimiento incólume de la democracia, pues la Constitución viva y efectiva posibilita el pleno ejercicio de todos los derechos.

Buena parte de los ordenamientos constitucionales de occidente ha incorporado el principio de proporcionalidad como criterio universal de evaluación de la legitimidad de las medidas estatales, sobre todo de aquellas que condicionan e intervienen el ejercicio de los derechos fundamentales.

En la actualidad, los agentes estatales y especialmente los jueces se ven en la tarea de motivar sus actos, o de controlar la legitimidad de las acciones en términos de proporcionalidad. En este contexto, se inserta perfectamente la metodología sistémica del principio, a la vez que imprime racionalidad y transparencia a la aplicación de dicho principio, el cual permite distinguir entre las normas constitucionalmente aceptables no según las preferencias subjetivas de las mayorías de los jueces, sino mediante un método racional y controlable que asegura en muchas ocasiones la aproximación de la objetividad del fallo.

La concreción del sistema jurídico material entiende que las realidades sociales son un entramado de difícil determinación por lo cual el principio de proporcionalidad debe actuar sin poder ser conceptualizado como un juicio defendido en el sistema cerrado de una única solución jurídica amparada en la materialización de un sólo principio constitucional, sino al contrario como un criterio metodológico que canaliza mediante su sistematicidad la apertura normativa los fenómenos sociales de tal manera que se elaboren soluciones jurídicas sistemáticas que involucren una pluralidad de principios acordes con la realización de una justicia material real y efectiva.

Actualmente los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora de la Corte Constitucional y proponer criterios que le permitan someter sus decisiones a un control racional; por tal razón el principio de proporcionalidad sistemático tiene una construcción metodológica que contribuye a la realización de la fuerza normativa y de la

máxima efectividad de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionales que pueden entrar en colisión con ellos.

Convirtiéndose de esta manera la reconfiguración del principio de proporcionalidad en materia penal en un modelo plausible que permite hacer efectiva la fuerza normativa de los derechos fundamentales; haciendo manifiesta la función de los principios constitucionales como límites al legislador, reconociendo un ámbito más estricto y exigente para la constitucionalidad de las leyes penales; sin embargo para que el control de constitucionalidad de las leyes pueda considerarse como un control Jurídico, se debe tener en cuenta lo que la Corte Constitucional ha determinado con respecto a lo que los derechos fundamentales ordenan, permiten o prohíben.

Otro de los grandes aportes de este principio a través de su metodología sistemática, es la contribución a estimular una cultura pública deliberativa, en la cual se deben justificar ante los ciudadanos las razones de los actos de los operadores judiciales y del legislador, en especial cuando se adoptan medidas tendientes a limitar derechos fundamentales, contrarrestando de esta manera la arbitrariedad y los efectos del populismo punitivo.

La búsqueda de la racionalidad material en las decisiones judiciales a partir del concepto fundamental de la sistematización permite la relación de preceptos jurídicos con base en referentes de coherencia y armonía, a su vez, establece relaciones entre principios constitucionales con el fin de evidenciar la unidad del sistema jurídico. Para lograr esta perspectiva sistémica el principio de proporcionalidad, utiliza el abordaje multidimensional en cada uno de los subprincipios.

En la idoneidad la intervención penal satisface varios fines constitucionalmente legítimos en diferentes grados de intensidad dependiendo de la cercanía con el elemento teleológico que le imprime la política criminal. En el subprincipio de necesidad, la medida de intervención debe ser lo más benigna con los derechos fundamentales intervenidos; recurriendo primero y siempre a otras medidas menos gravosas existentes dentro del sistema legal antes de utilizar el penal, recurriendo a él cuando hayan fallado todas las demás medidas de intervención extrapenal.

En la proporcionalidad en sentido estricto, ha de efectuarse desde el punto de vista que existe un número plural de principios que se interrelacionan armónicamente y se contraponen a otro grupo de principios constitucionales, guardando de esta manera similitud con la metodología empleada por la Corte Constitucional en sus sentencias; maximizando los principios y concretizando lo que la Constitución ordena, permite o prohíbe; de esta manera se logra la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la medida examinada.

La tensión entre la investigación de los delitos y la protección de los derechos fundamentales puede provenir de la armonización de estos dos grandes grupos de principios. Se trata de pluralidad de principios constitucionales en colisión, con fuerza normativa que deben ser entendidos recíprocamente ponderados y armonizados, de modo que se perciban mejor las relaciones entre principios de una manera holística y compleja.

De acuerdo con los anteriores planteamientos se puede establecer que la reconfiguración del principio de proporcionalidad con tendencia sistemática se puede extender a otros problemas jurídicos constitucionales, incluso aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas.

## Referencias

Aguiló, Josep (2004). La Constitución del Estado Constitucional, Palestra Editores S.A.C.

Editorial Temis S.A. Impreso Bogotá Colombia,.

Aguiló, Josep (2004). La Constitución del Estado Constitucional, Palestra Editores S.A.C.

Editorial Temis S.A. Impreso Bogotá Colombia

Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio. (1974). Introducción a la metodología de las ciencias

jurídicas y sociales. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Alexy Robert. (2003). Derechos fundamentales ponderación y racionalidad, primera edición.

Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Alexy Robert. (2003). Derechos fundamuentales ponderacion y racionalidad, primera edición.

Madrid: Fundación Coloquio Juridico Europeo.

Alexy Robert; Bernal, P. Carlos; Moresco J. Juan; Prieto L. Sachis, Clerico Laura; Villaverde

Mendendez Ignacio; Ramon Ragues M. Teresa, Sanchez G. Ruben, Lopera Gloria,

Santamaria Avila Ramiro. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación

Constitucional, Editor Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos,

Diciembre, Ecuador Quito.

Alexy Robert; Bernal, P. Carlos; Moresco J. Juan; Prieto L. Sachis, Clerico Laura; Villaverde Mendendez Ignacio; Ramon Ragues M. Teresa, Sanchez G. Ruben, Lopera Gloria, Santamaria Avila Ramiro, (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional, Editor Miguel Carbonell. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Diciembre, Ecuador Quito.

Alexy, Robert. (2002). Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Impreso en Solana e Hijos; A. G; S.A.

Alexy, Robert. (2004). El Concepto y la Validez del Derecho, Barcelona: Editorial Gedisa.

Alexy, Robert. (2004). El Concepto y la Validez del Derecho, Barcelona: Editorial Gedisa,.

Arango, R. (2002). Colisión y Ponderación: su relevancia en el derecho ordinario. Revista Letras Jurídicas, v.7.N 2 p. 303-334, 2002.

Arango, Rodolfo. (1999). ¿Hay respuestas correctas en el Derecho? Bogotá: Siglo de Hombres Editores.

Arango, Rodolfo. (1999). Hay respuestas correctas en el Derecho? Bogotá: Siglo de Hombres Editores.

Arango, Rodolfo. (2002). Colisión y Ponderación: su relevancia en el derecho ordinario. *Revista Letras Jurídicas*, v.7.N 2 p. 303-334, 2002.

Atienza, José María. Positivismo Y Neopositivismo, *Revista Universidad De Málaga, S.F.*, P, 144, 145.

Atienza, M. (2007). Argumentación y constitución. Fragmentos para una teoría de la Constitución", ISBN, 978-84.

Atienza, Manuel (1980). *El Futuro De La Dogmatica Jurídica, Critica De Libros*, Madrid: El Basilisco, 1980, P, 64.

Atienza, Manuel, Y Ferrajoli, Luigi (2005). Jurisdicción Y Argumentación En El Estado Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma De México. P, 15, 21, 64.

Atienza, Manuel. Vueltas Con La Ponderación (2010). *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, N° 1. P 15

Baratta, Alessandro (2006). "Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal", en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F.

Baratta, Alessandro . (2004). Criminología y sistema penal, Buenos Aires Argentina, Editorial B de F.

Beltrán Morales, José Antonio; Almada Alatorre, Rossana. (2011). El principio democrático una persona-un voto: aportaciones para la discusión sobre la igualdad del voto, el caso de Baja California Sur. *Espiral*, XVIII Enero-Abril, 183-216.

Bernal ,P. C. El Derecho de los Derechos, Escritos sobre la Aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia,2005,p 110.

Bernal ,P. Carlos. (2005). El Derecho de los Derechos, Escritos sobre la Aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia.

Bernal P. Carlos (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2003,p 871.

Bernal P., Carlos. (2005). “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes”, en El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 61-87.

Bernal Pulido Carlos (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid. Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales.

Bernal Pulido Carlos El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Madrid  
2003 Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales P -237

Bernal, Carlos. (2007). El Neoconstitucionalismo a Debate. Bogotá: Universidad Externado,.

Bernal, Carlos. (2009). El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el Derecho. Bogotá:  
Universidad Externado de Colombia.

Bernal, Carlos. (2009). El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el Derecho. Bogotá:  
Universidad Externado de Colombia.

Bernate, Ochoa, Francisco. (2004). La legitimidad del derecho penal. Revista Estudios Socio-  
Jurídicos, enero-junio, 61-80.

Bobbio N. "La era de los derechos", en El tercero ausente, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 154-173

Bobbio, Norberto (1997). *Teoría general del derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis. 1997.

p, 20.

Bunge, Mario (1999). *Buscar la filosofía en las ciencias sociales*. Editorial México Siglo XXI P.

Bunzel, Michael. (2003). La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. En: Hefendehl, Roland, Von Kirsch, Andrew Y Wohlers, Wolfgang (eds.). La teoría del bien jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151.

Bustos Ramírez, Juan. (1997). Lecciones de Derecho penal, Trotta, Madrid, pp. 65 y ss.

Calderón, Juan Jacobo. (2010). La Constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá: Uniandes.

Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, Sin mes, 13-48.

Carrillo, De La Rosa (2009). Acerca de la razón práctica en el derecho y de sus límites en la justificación de las decisiones judiciales P 15, Universidad de Cartagena. *Jurid. Manizales (Colombia)*, 6(1): 52 - 68, enero-junio

Colombia. Corte constitucional (1997). Sentencia C-309/97 M.P Alejandro Martínez Caballero

Colombia. Corte constitucional (2002). Sentencia C-312/02 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Colombia. Corte constitucional (1993). Sentencia C-565 de 1993 M.P. Hernando Herrera

Vergara

Colombia. Corte constitucional (1995). Sentencia Corte Constitucional C- 038/95 M.P Alejandro  
Martínez Caballero

Colombia. Corte constitucional (1996). Sentencia C-022/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Colombia. Corte constitucional (1996). Sentencia No. C-070/96 Magistrado Ponente: Dr.  
Eduardo Cifuentes Muñoz

Colombia. Corte constitucional (1996). Sentencia. C-070/96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Colombia. Corte constitucional (2000). Sentencia C-1410/00 M.P Fabio Moron Díaz

Colombia. Corte constitucional (2000).. Sentencia C-1490/00 M.P Fabio Moron Díaz

Colombia. Corte constitucional (2001). sentencia C-501/01 MP.Jaime Córdoba Triviño

Colombia. Corte constitucional (2001). Sentencia C-673/01 M.P. Dr. Manuel José Cepeda  
Espinosa.

Colombia. Corte constitucional (2001). Sentencia C-737/01M.P Eduardo Montealegre Lynnet

Colombia. Corte constitucional (2001). Sentencia de la Corte Constitucional C-173 de 2001, M.P.  
Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte constitucional (2001).. Sentencia C-647/01.M.P Alfredo Beltrán Sierra

Colombia. Corte constitucional (2002). Sentencia C-392/02 M.P Alvaro Tafur Galvis

Colombia. Corte constitucional (2002). Sentencia C-939 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre  
Lynett.

Colombia. Corte constitucional (2004). Sentencia C-668/04 M.P Alfredo Beltran Sierra

Colombia. Corte constitucional (2004). Sentencia C-670/04 M.P Clara Ines Vargas Hernandez

Colombia. Corte constitucional (2004). Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 2004, M.P.  
Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte constitucional (2004). Sentencia T-596/92 M.P Ciro Angarita Barón

Colombia. Corte constitucional (2004).. sentencia C-816 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño y  
Rodrigo Uprimny Yepes

Colombia. Corte constitucional (2005). Sentencia de la Corte Constitucional C-238 de 2005, M.P.  
Jaime Araujo Rentería.

Colombia. Corte constitucional (2009). Sentencia de la Corte Constitucional C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio.

Colombia. Corte constitucional (2009). Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte constitucional (2010). Sentencia C- 936/10 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte constitucional (2012). Sentencia C-121/2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Colombia. Corte constitucional (2012). Sentencia C-296/12 M.P Juan Carlos Henao Perez

Colombia. Corte constitucional (2013). Sentencia C- 258/13 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Colombia. Corte constitucional (2013). Sentencia C-334/13. Magistrado Sustanciador: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Colombia. Corte constitucional. (2012). Sentencia C-365/12 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Coq Huelva, Daniel. (2005). La Economía vista desde un Angulo Epistemológico de la economía a la economía política; del estructuralismo a la complejidad. Cinta de Moebio, marzo-Sin mes,

Córdova, Luis Castillo (2008). Principio de proporcionalidad y habeas corpus Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal. P 29

Cuellar, Jaime Bernal y Montealegre Lynett, Eduardo (2013). El proceso Penal, fundamentos Constitucionales y Teoría General. Tomo I 6ª Edición, Universidad Externado de Colombia, abril 2013 de Colombia.

Diez, José & Moulines, Ulises. *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Barcelona: Ariel, 1997, p 266 -267.

Estrada Fernando, Economía y racionalidad de las organizaciones. Los aportes de Herbert A. Simón, Revista de estudios sociales, Universidad de los Andes, Diciembre 2008, No 31, p84-103

Estrada, Alexey (2002). La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición mayo. P. 55.

Estrada-Vélez, S. (2010). La Ponderación O La Débil Frontera Entre La Arbitrariedad Y El Uso Legítimo De La Discrecionalidad. *Vniversitas*, (121) 77-111. Recuperado De [Http://Www.Redalyc.Org/Articulo.Oa?Id=82518988004](http://Www.Redalyc.Org/Articulo.Oa?Id=82518988004)

Fernández Cruz, José Ángel. (2005). Reseña de "La racionalidad de las leyes penales" de José Luis Díez Ripollés. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XVIII Diciembre-Sin mes, 254-256.

Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 7a. Edición , Madrid, Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón*, (6ª edición). Madrid: Editorial Trotta, p. 261.

Friedrich, Karl von et al. (1949). *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada: 1949, p, 361-367.

García F., Alfonso (1998). *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. p 186.

González Beilfuss , Markus (2003). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, primera edición, editorial Aranzadi. p 222- 91.

Gross Espiell (2002). *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*. P. 149.

Hessen, Johannes (2003). *Teoría del Conocimiento*, Editorial Tomo, México, p, 26, 30.

Ibarzabal, Ignacio. *El Maniaco Del Unizono. Una Crítica Al Positivismo Por Su Reduccionismo Epistemológico*. Universidad de la Sabana. Bogotá: Editorial Dikaion, 2007, p, 97, 99-100.

Kantorowicz, Hermann . *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, en Savigny,

Kelsen, Hans (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p, 6, 59, 201- 212.

Lariguet, Guillermo (2010). La Reconstrucción de las ‘Teorías Dogmático-Jurídicas’ como “Cálculos Interpretados”. Una exploración conceptual sobre su plausibilidad filosófica.

Recuperado el 5 de octubre. Recueprado de:

[http://www.aafd.org.ar/archivos/15\\_jornada\\_Lariguet.pdf](http://www.aafd.org.ar/archivos/15_jornada_Lariguet.pdf). p, 4, 237

Larrauri, E. (2006). “Populismo punitivo... y como resistirlo”, en *JD*, (55), p. 15.

Lopera M. Gloria Patricia (2006). Principio de proporcionalidad y ley penal, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, p 661.

López Medina, Diego (2006). *El Derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis,

López Medina, Diego E. (2008). *La Letra Y El Espíritu De La Ley*, Bogotá, Temis-Uniandes, 2008.

Lopez, Diego (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Segunda edición, p, 5.

Mejía, L. M. (2013). El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana. *Nuevo Foro Penal*, 8(78), 107-145.

Melero Alonso, Eduardo. *La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. p, 9-11, 36, 237.

Miguel Carbonell (edit.) (2009). *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003.4 edición, p288.

Mir Puig Santiago. (1994). *El Derecho Penal en el Estado social y Democrático de Derecho*, Editorial Ariel, pág. 37 -256

Mir Puig, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, p253

Mir Puig, Santiago. (2011). *Bases constitucionales del Derecho penal*, Iustel, Madrid.

Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: B de f, 2ª ed., 2003, p. 53.

Mir Puig, Santiago: Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas Bases Constitucionales, Valencia, Tirant Lo Blanch

Nagel, Ernest. (1968). *La estructura de las ciencias*, Buenos Aires: Paidós, p, 11.

Navas Corona (1998). Breviario Histórico de Derecho Penal (Sic) Editorial

Pardo, M.O. (2008). Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo Evolucionario. Revista Gaceta Jurídica Udes, v.2 fasc.3 p.67 - 78.

Petev, Valentín (1996). *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral Del Siglo XXI*. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,. p, 59, 91, 96-97.

Pozzolo, Susana (2009). “Un constitucionalismo ambiguo” en Carbonell, Miguel, Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, p. 188.

Pozzolo, Susanna (s.f.). Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucion. Doxa, Volumen 21-II.

Prieto Sanchís, Luis. “Constitucionalismo y positivismo”. México. Distribuciones. Fontamara S.A, segunda edición 1999, p 26.

Quintero Olivares, G. (1999). Artículo cero. Revista cero, 6(19) Recuperado de

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=0>

Roxin, Claus. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, p. 79.

Sánchez G. Rubén (2009). *Recepción Jurisprudencial Del Principio De Proporcionalidad En México Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, julio-diciembre, , p 474-475, Universidad Nacional Autónoma de México.

Sanchís, , Luis Prieto (1999). *Constitucionalismo y positivismo*, Segunda Edición, México, Distribuciones Fontamara S.A. p.26

Sanchís, Luis Prieto (2001). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial AFDUAM* 5 pp. 201-228.

Santiago Nino, Carlos (1974). *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*. México, Universidad Autónoma De México. 1974. p, 15.

Santiago Niño, Carlos (1991). *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p.p. 95-13.

- Santiago, Alfonso (2008). Sistema Jurídico, Teoría del Derecho y Rol de los Jueces: Las Novedades del Neoconstitucionalismo Universidad de la Sabana Colombia Diciembre. *Díkaion* núm. 17 -131 155.
- Schnádelbach, H (2000). Tipos de Racionalidad. Traducción de José Luis López, ENDOXA: Series Filosóficas, No 12 Madrid
- Schreiber, Rupert. *Lógica del Derecho*. Distribuciones Fontamara. México 1999. p, 31-32, 121.
- Simon, Herbert A. (1978). The Uses of Mathematics in the Social Sciences. *Mathematics and Computers in Simulation*, 20, 3, 159-166.
- Simon, Herbert A. (1991). Nonmonotonic Reasoning and Causation. *Cognitive Science*, 15, 2, 293-300.
- Simon, Herbert A. (1995). The Information Processing Theory of Mind. *American Psychologist*, 50, 7, 507-508.
- Simón, Herbert A. (2001). “Por qué la administración pública”, *Revista Economía Institucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, No 4, Primer Semestre / 2001.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia Enero –

Junio. Nuevo Foro Penal, No. 71 p. 30

Stone, Alec & Matthews, Jud (2013). Proporcionalidad y Constitucionalismo un enfoque comparativo global. Universidad Externado de Colombia, Traductor Alberto Supelano, serie de teoría jurídica y Filosofía del Derecho N64, Febrero.

Suárez, M. Wilson, Racionalización, Racionalidad Material y Decisiones Judiciales, Revista Iustitia, Universidad Santo Tomás Núm. 9, Diciembre de 2011, p 258.

Vigo, Rodolfo Luis. (2012). Constitucionalización y Judicialización del Derecho, Grupo Editorial Ibáñez 2012, Bogotá Colombia Pontificia Universidad Javeriana.

Villaverde, I (2008). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. Universidad de Oviedo España. P.185

Londoño Ayala, Cesar Augusto (2009). Principio de Proporcionalidad en el derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá Colombia p. 609

Beade A. Gustavo & Clerico Laura. (2011) Desafíos a la Ponderación, Universidad Externado de Colombia, primera edición de febrero. Bogotá Colombia. P 536

Montealegre Linett Eduardo & Bautista Pizarro Natalia & Vergara Peña Luis Felipe. (2014) La ponderación en el derecho Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de

aplicación en el derecho alemán primera edición mayo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá P. 394.

Carbonell Miguel & Garcia Jaramillo Leonardo (2010) El canon Neoconstitucional. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia. P659.

Cepeda Espinosa Manuel José. (2007) Polémicas Constitucionales, Legis Editores S.A. Bogotá Colombia P. 457.