

Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*

Proportionality, punishment, and principle of legality

Diana Patricia Arias Holguín**

Universidad de Antioquia (Colombia)

* Informe final de la investigación “El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano”. Financiada por el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI– de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para el año 2009. Investigadora principal, Diana Patricia Arias Holguín. La ejecución de la investigación no hubiese sido posible sin la asesoría de Gloria Patricia Lopera Mesa y sin la labor de los auxiliares de investigación Mauricio Garcés Palacio, Ana Lucía Restrepo y Camilo Olave Vergara.

** Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Investigadora del Grupo de Derecho y Sociedad. Doctora en Derecho por la Universidad de Cádiz, Cádiz (España). Premio extraordinario de doctorado 2008-2010. anastasiad4@hotmail.com

REVISTA DE DERECHO

N.º 38, Barranquilla, 2012

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

El objetivo general de la investigación, cuyos resultados se presentan aquí, consistió en analizar los fundamentos legales y las implicaciones que tiene la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición judicial de la pena. La metodología empleada supuso agotar los siguientes pasos: se partió de la tesis doctoral "Principio de proporcionalidad y ley penal", realizada por Lopera Mesa (2006), en la que se explora la posibilidad de emplear tal principio en el control constitucional abstracto de las normas penales. Para determinar el fundamento constitucional y legal, que habilita en Colombia el uso del principio de proporcionalidad en el caso concreto, se emplearon fuentes documentales: doctrina, normas y jurisprudencia. Se elaboraron algunos casos para evaluar la proporcionalidad en la determinación de la pena, estableciendo así las implicaciones y los límites de tal tarea. La conclusión principal es: los jueces tienen la obligación constitucional y legal (artículos 3, 13 y 59 del Código Penal, en adelante CP) de apartarse de las leyes relativas a la pena cuando de ellas se deriva una afectación desproporcionada de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Determinación judicial de la pena, principio de proporcionalidad, principio de legalidad, mera y estricta legalidad, analogía in *bonam partem*, fines de la pena, bienes jurídicos, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Abstract

*The main objective of the research whose results are presented here consisted in analyzing the legal basis and implications that the principle of proportionality applied in the judicial imposition of penalty has. The methodology used required attesting the next steps: It started from the doctoral thesis "The principle of proportionality and the criminal law" by Lopera Mesa (2006), which explores the possibility of using this principle in the abstract constitutional control of criminal laws. To determine the constitutional and legal basis, which enable the use of the principle of proportionality to the concrete case of Colombia, documentary sources were used such as doctrine, rules and jurisprudence. Some cases were developed to assess the proportionality in sentencing, establishing in consequence the implications and limitations of such a task. The main conclusion is: judges have the constitutional and legal obligation (articles 3, 59 and 13 CP) to move off from laws related to the penalty when they originate a disproportionate effect on fundamental rights. This reaffirms the principle of legality, in its simple and strict sense, rather than attempting against it. Furthermore, the regulation (article 6 CP) of the analogy in *bonam partem* supports this idea.*

Keywords: Judicial Determination of Sentence, principle of proportionality, principle of legality, strict legality principle, analogy in *bonam partem*, aims of sentencing, legal goods, appropriateness, necessity and proportionality in the strict sense.

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2012

Fecha de aceptación: 16 de marzo de 2012

1. INTRODUCCIÓN: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS

Este artículo presenta los fundamentos, la metodología empleada y las conclusiones alcanzadas en el proyecto de investigación “El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano”.

Se parte de la tesis doctoral “Principio de proporcionalidad y ley penal” (Lopera Mesa, 2006)¹. Allí se indaga por los presupuestos, posibilidades y consecuencias que tiene el uso del principio de proporcionalidad en el control abstracto de constitucionalidad de las normas penales. El tema que se presenta aquí se centra en el control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad, cuando se está individualizando la pena que le corresponde a un ciudadano en un caso concreto.

El planteamiento del problema obedece a la percepción de la pena como una de las afectaciones estatales más drásticas de los derechos fundamentales, lo que impone exigentes cargas de argumentación a quien debe decidir sobre ella. El principio de proporcionalidad es una herramienta con la que puede satisfacerse esta exigencia, lo que justifica preguntarse acerca de la posibilidad de emplearlo en la determinación judicial de la pena.

En la primera parte de la investigación, y a través del análisis de los textos doctrinales más representativos, se profundiza en el estudio del principio de proporcionalidad y de la determinación judicial de la pena. Además, se reflexiona acerca de los preceptos que autorizan el empleo de esta herramienta argumentativa en la decisión judicial. Allí se tienen en cuenta fuentes doctrinales y normativas de índole constitucional y legal.

¹ Igualmente, sobre el tema de investigación se realizó una primera exploración en coautoría con Lopera Mesa (2010).

En la segunda parte se realiza un inventario de las sentencias de la Corte Constitucional que se pronuncian sobre el principio de proporcionalidad con relación a la pena. Los auxiliares de la investigación presentan líneas jurisprudenciales relativas a los subrogados de la pena de prisión, la exclusión de beneficios con ocasión de la existencia de antecedentes penales, la pena de multa y acerca del uso que realiza la Corte del principio de proporcionalidad cuando se trata de la pena².

En la última fase de la investigación se diseña un conjunto de casos con el fin de realizar el juicio de proporcionalidad sobre la individualización de la pena. En este punto se evaluaron todos los aspectos que deben ser tenidos en cuenta para su determinación judicial, con el propósito de determinar los alcances y consecuencias de este principio en tal tarea.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL SISTEMA COLOMBIANO

Antes de adentrarnos en las consideraciones específicas de este apartado es importante señalar algunos presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad en sede judicial. Dado que en la imposición de la pena en el caso concreto se afectan de manera directa derechos fundamentales y, también, se produce un importante menoscabo al honor, los jueces no pueden eludir la exigencia de proyectar estos derechos como parámetros normativos en sus decisiones (Lopera Mesa & Arias Holguín, 2010, pp. 25-26; Ferrajoli, 1997, p. 210; Andrés Ibáñez, 2006, p. 55; Bernal Pulido, 2005, pp. 123-125).

Además de lo anterior, la aplicación del principio de proporcionalidad está anclada a una concepción conflictivista³ de los derechos funda-

² Debido a la extensión y los hallazgos de este trabajo no serán objeto de este artículo las líneas jurisprudenciales realizadas en la investigación; de estas se dará cuenta en otros textos.

³ Lopera Mesa (2006, pp. 135-138) señala que los rasgos centrales de esta teoría son: 1) La concepción de los derechos fundamentales como un entramado de reglas y principios. Además, afirma que la determinación de si se trata de un principio o regla depende de si se está ante un caso fácil o difícil. Un caso será difícil cuando se encuentren argumentos a favor de solucionarlo a través de una o unas disposiciones, y también cuando se encuentren razones en contra. 2) Una

mentales, que los concibe como principios o mandatos de optimización (Alexy, 1993, pp. 81-111; Lopera Mesa, 2006, pp. 101-103). Conforme a tal perspectiva, estos derechos pueden entrar en colisión con otras normas del sistema jurídico; por lo que es necesario realizar una ponderación que permita solucionar este conflicto normativo⁴.

2.1. La pena como un caso difícil

El principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que sirve para resolver los casos difíciles, por tanto, esta puede emplearse en la decisión judicial de imponer pena o penas (prisión, privativas de derechos y multa, reguladas en el artículo 35 del CP) a un ciudadano, porque se ha demostrado que en tal acto judicial se debe resolver una tensión entre razones a favor y en contra de la imposición de aquella.

En contra de la imposición de la pena se encuentran los derechos fundamentales afectados⁵ con ella; pero, al mismo tiempo, a favor de apli-

teoría conflictivista de los derechos fundamentales supone distinguir entre un ámbito de protección inicial o contenido inicial de un derecho y un ámbito de protección definitiva o contenido definitivo. La autora expone también que el contenido inicial de un derecho supone el reconocimiento del mayor número posible de posiciones ius fundamentales, las cuales, no obstante, gozan de protección tan solo prima facie. El contenido definitivo del derecho se determina después de resolver las colisiones con otras normas del sistema jurídico que imponen restricciones al contenido inicialmente protegido. 3. La teoría conflictivista implica asumir una teoría externa de los límites, esto es, admitir que los derechos fundamentales pueden ser limitados por otras normas del ordenamiento jurídico. 4) Finalmente, la determinación del contenido definitivo de los derechos es el resultado de una ponderación entre los principios en pugna. Lo anterior implica resolver el conflicto que se entabla entre las razones a favor de la protección inicial del derecho (que apoyan la protección definitiva del derecho) y las que, por el contrario, avalan la restricción del derecho fundamental. Esta colisión puede resolverse empleando el principio de proporcionalidad. Parece adscribirse a esta concepción de los derechos fundamentales la Sentencia C- 916 (2002). Finalmente, resalta la importancia de la distinción entre reglas y principios (Alexy, 1993, pp. 81-83).

⁴ Según Alexy (2006, pp. 1-2): "El principio de proporcionalidad se conforma por otros tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización. (...) La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos".

⁵ Lopera Mesa (2010, pp. 63-79) ha realizado un inventario de los derechos fundamentales que se ven comprometidos con las penas de prisión, multa y privativas de otros derechos, previstas en el artículo 34 CP. A los efectos del juicio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta todos los derechos afectados directa o indirectamente con la pena. Así, por ejemplo, si se repara en la pena

carla se encuentran los fines que el legislador pretende alcanzar con su conminación, su posterior imposición y probable ejecución: la protección de bienes jurídicos⁶. La protección de tales objetos se persigue con la pena, a la que se le asignan, a su vez, finalidades preventivas. Estos objetivos de prevención constituyen, por tanto, los fines inmediatos de la pena.

Los fines inmediatos de la pena están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 4 CP⁷. Si se fuese a analizar este precepto desde la literalidad, se podría decir que bajo él se agrupan prácticamente todos los cometidos atribuidos a la sanción penal⁸, incluso a costa de la coherencia interna que debería ostentar la disposición; esto porque algunos de los fines son excluyentes entre sí; piénsese que la retribución justa rechaza que la pena pueda perseguir fines preventivos, sea cual sea su naturaleza (Demetrio Crespo, 1999, p. 58; Ferrajoli, 1997, p. 253; Roxin, 1997, pp. 81-82).

de prisión, deben considerarse los derechos fundamentales que directamente se afectan, como es la libertad ambulatoria. Además, los derechos afectados por el régimen disciplinario y de ejecución (la Ley 65 de 1993, el Acuerdo 11 de 1995 y los reglamentos de cada institución carcelaria), los cuales implican la restricción de otros derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria, como por ejemplo, la facultad de organizar y disponer del propio tiempo durante la reclusión, la libertad de decidir sobre la propia apariencia, etc. Asimismo, deben considerarse los derechos fundamentales afectados por las condiciones reales de ejecución de la pena carcelaria, las cuales, en Colombia, quedan bien detalladas en la Sentencia T- 153 (1998) de la Corte Constitucional, que declara el estado inconstitucional de cosas en las cárceles colombianas. Sobre los derechos fundamentales afectados por las penas de prisión e inhabilitación, Álvarez García (2009, p. 13). Finalmente, como ya se advirtió, las diversas clases de pena siempre están acompañadas de un reproche social que estigmatiza al infractor y que se traduce en la vulneración de su derecho al honor; esta afectación también debe ser considerada. Respecto del proceso de estigmatización que se produce con las penas, por todos, Baratta (2004, pp. 197-198).

⁶ La protección de los bienes jurídicos como fin último de la pena se encuentra integrada al ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 2 de la Constitución, el artículo 11 CP y el artículo 27 CP.

⁷ Artículo 4 CP: "La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión". Cuando en este precepto se alude a funciones de la pena se realiza en el sentido de un deber ser, de un propósito, un cometido del legislador y no, como también podría entenderse: lo efectivamente alcanzado, una locución adscrita al plano del ser. Al respecto, ver Lopera Mesa y Arias Holguín (2010, p. 138); Ferrajoli (1997, p. 214) y Demetrio Crespo (1999, pp. 56-57).

⁸ A las teorías que pretenden alcanzar simultáneamente fines retributivos y fines preventivos se les denominan "teorías mixtas" o "unificadoras retributivas". Al respecto, críticamente Roxin (1997, pp. 94-95).

Además, si tal reflexión no fuese más allá de la mera enunciación de los fines, cabría realizar reparos desde el punto de vista constitucional, especialmente porque algunos de estos, si son planteados sin matices, podrían encontrarse incluso proscritos; es el caso del fin preventivo especial negativo que reclama la inocuización o eliminación de los infractores, auspicando, entre otros: la pena de muerte, la cadena perpetua, los tratos crueles, inhumanos y degradantes, castigos prohibidos en los artículos 11, 12 y 34 de la Constitución⁹. En consecuencia, dado que uno de los presupuestos para realizar el examen de proporcionalidad es la legitimidad del fin¹⁰, resulta imprescindible partir de una propuesta de interpretación del artículo 4 CP que sea compatible con el nivel constitucional¹¹.

Si se realiza un análisis armónico de las disposiciones que regulan o están implicadas en los fines de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, se podría concluir que se está ante un sistema que orienta sus finalidades a objetivos preventivo generales y especiales, pese a la expresa alusión a la retribución que realiza el artículo 4 CP. Esto por las siguientes razones:

En primer lugar, un Estado social y democrático de derecho reclama una perspectiva instrumental del Estado, es decir, este estará al servicio de las personas y sus intereses (artículo 2 de la Constitución). En esta medida, la pena solo puede ser concebida como un medio para alcanzar finalidades externas a ella, toda vez que produce intensas afecciones a los derechos fundamentales, y esto solo puede proferirse

⁹ Cuando en el precepto se alude a la prevención especial, seguida de la reinserción social (prevención especial positiva), se está dando cabida a la idea de que la pena persigue fines preventivos especiales negativos. En todo caso, Ferrajoli (1997, p. 265) expone que los fines de prevención especial positiva y negativa “cultivan un programa común que se acomoda de distintos modos con sus premisas eticistas, deterministas o pragmatistas: el uso del derecho penal para el fin no sólo de prevenir los delitos, sino también de transformar las personalidades desviadas de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o, alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación y saneamiento”.

¹⁰ Respecto a la exigencia de legitimidad del fin y los subprincipios de la proporcionalidad *vid* Lopera Mesa (2006, pp. 326-545); Bernal Pulido (2005, pp. 135-138).

¹¹ La interpretación por la que se ha optado en este trabajo fue planteada por Lopera Mesa y Arias Holguín (2010, pp. 137-152).

«legítimamente» si con ello se persigue minimizar la dañosidad social que se produce con la comisión de los delitos¹².

En segundo lugar, si se concibiera que el artículo 4 CP impone como fin de la pena la retribución en su sentido tradicional, no podría explicarse por qué en el ordenamiento jurídico el legislador otorga facultades a algunos operadores jurídicos para que en ausencia de necesidades preventivas se renuncie al castigo¹³. Desde la perspectiva retributiva, la pena tiene que imponerse en todos los casos en los que se verifiquen las condiciones de existencia de la responsabilidad penal.

En consecuencia, la alusión a la retribución en el artículo 4 CP exigiría concebirla, más que un fin, como un límite al castigo. En esta perspectiva, a ella se añan dos garantías: la primera supone la existencia de un delito como presupuesto de la pena, dejando al margen cualquier consideración relativa a la personalidad malvada, desviada o proclive al delito; la segunda implica asumir la retribución como exigencia de proporcionalidad de la pena (Ferrajoli, 1997, pp. 369-398; Lopera Mesa & Arias Holguín, 2010, pp. 144-145; Demetrio Crespo, 1999, pp. 49-50).

¹² Al respecto, Lopera Mesa y Arias Holguín (2010, p. 145): “Podría pensarse que el legislador [en el artículo 4 CP] simplemente quiso combinar ambas finalidades [retribución y prevención] para aquellos eventos en los cuales la imposición de una pena no pueda justificarse por razones preventivas, se hiciera en todo caso, atendiendo a finalidades retributivas. Pero tal interpretación no sería admisible a la luz de la Constitución, que concibe el Estado y a sus instituciones, entre ellas las penales, no como entidades cuya existencia se justifica en sí misma, sino como instrumentos al servicio de fines externos (...), que al mismo tiempo, erige el respeto a la dignidad humana como horizonte de la actividad estatal, proscribiendo así todo ejercicio de poder que no se oriente en última instancia, al logro de finalidades que puedan ser compartidas por los individuos que resultan afectados por la actuación de los poderes públicos”.

¹³ Lejos de asumir las consecuencias del fin retributivo, el legislador en el artículo 34 del CP dispone que el juez puede prescindir de la pena si no resulta necesaria, en las hipótesis de delitos culposos y de aquellos frente a los que no se dispone una pena privativa de libertad cuando las consecuencias del hecho punible recaigan sobre el círculo familiar del autor; esto parece obedecer a que los efectos del delito, al suponer males para el infractor, ya podrían ostentar efectos preventivos. Otro supuesto en el que el legislador admite la prescindencia de la pena por ausencia de necesidades preventivas es la aplicación del principio de oportunidad (artículos 323 y 324 num. 10 del Código de Procedimiento Penal) “Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción”.

Una vez se concibe el fin retributivo como un límite, habrá que aceptar que los fines de prevención general y especial, consagrados en el artículo 4 CP, podrían ser razones a favor de la imposición de la pena. No obstante, habrá que plantear modos de interpretar los fines preventivos especiales de un modo compatible con la Constitución, porque frente a estos hay serios reparos, especialmente cuando son concebidos desde perspectivas correccionalistas.

Así, no puede entenderse que la pena busca la exclusión o eliminación del infractor para garantizar la seguridad de la sociedad, por tratarse de procederes proscritos por la Constitución. Una exégesis admisible exigiría rescatar uno de los sentidos atribuidos a la prevención especial negativa, esto es, entender que el castigo opera intimidando al infractor para que se abstenga de repetir el comportamiento delictivo en el futuro; en definitiva, entregarle razones suficientes al condenado para que se abstenga de reincidir¹⁴.

La reinserción social incluida en el artículo 4 CP tampoco está exenta de objeciones. Concebirla como la finalidad de transformar moralmente al infractor choca con la libertad de decidir quién se es interiormente, y es inadmisibles en un sistema que reivindique una concepción instrumental del Estado y de la pena¹⁵. De ahí que se haya propuesto entenderla como un mandato de no desocialización, lo que supone que no se interpongan obstáculos para que el ciudadano, si así lo decide,

¹⁴ Respecto a los sentidos atribuidos a la prevención especial, Roxin (1997, pp. 85-86).

¹⁵ Silva Sánchez (1992, pp. 29-30) se refiere a las tres críticas más importantes que se realizan al fin resocializador: 1) La radicalidad en la idea del castigo como tratamiento para curar, puede llevar a prescindir de la idea de toda proporcionalidad. 2) Es paradójico pretender resocializar en condiciones de falta de libertad. 3) Se rechaza cualquier injerencia (incluso la resocializadora) en la esfera individual. Incluso, se plantea que la pena de prisión no puede alcanzar la reinserción, todo lo contrario, esta resulta contraproducente. Al respecto, Baratta (2004, pp. 194-195): "Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos test de personalidad han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste. Los estudios de este género concluyen que la «posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir» [E. Paresch, 1961]".

se reinserte en la sociedad¹⁶. En este sentido, precisamente, la Corte Constitucional en la Sentencia T- 153 (1998).

El segundo problema que se encuentra cuando el artículo 4 CP alude a la reinserción social estriba en la comprobada capacidad desocializadora que ostentan los lugares donde se ejecuta la pena de prisión en Colombia; esto ha provocado la declaratoria de un «estado inconstitucional de cosas» en las cárceles del país. En este punto habrá que considerar la Sentencia T- 153 (1998), que, con sobradas razones y generosas indicaciones empíricas, concluye que las instituciones carcelarias no cuentan con las condiciones que se requieren para garantizar la dignidad humana, y con ella el fin de no desocialización¹⁷.

En consecuencia, el fin de reinserción social, atendiendo a los comprobados efectos desocializadores que tienen las cárceles colombianas, terminará operando en la ponderación como un argumento que debilita las razones que están a favor de la imposición del castigo, cuando este deba ejecutarse en un entorno carcelario. Lo anterior no es algo intrascendente, especialmente si se repara en que el artículo 4 CP dispone que «La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión»¹⁸.

¹⁶ En esta línea, Silva Sánchez (1992, pp. 263-264) y Demetrio Crespo (1999, p. 64).

¹⁷ Ariza (2011, pp. 53-79) realiza un análisis crítico de la Sentencia T-153 (1998) y señala, entre otras cosas, que al centrar el análisis en el hacinamiento se perdió de vista que los problemas de las prisiones para cumplir sus cometidos van más allá de esta característica. Asimismo, indica que más de una década después de la decisión de la Corte, la situación respecto a los derechos fundamentales no han cambiado: a la construcción de nuevas cárceles en el país le siguen, de nuevo, altas tasas de encarcelamiento. Igualmente, Iturralde (2011, pp. 110-195) proporciona datos acerca del nivel de hacinamiento en las cárceles colombianas y latinoamericanas y realiza un estudio acerca del papel que cumple el campo carcelario en la exclusión social; evidenciando, además, las dificultades para que estas instituciones cumplan su papel en cuanto a la función declarada de resocializar.

¹⁸ La prevalencia de los fines preventivos especiales respecto a los de prevención general en la etapa de ejecución no es exótica y tampoco carece de fundamento. Precisamente, este es el modelo defendido por Roxin (1997, p. 97). Por otra parte, cuando el legislador colombiano alude a la relevancia de la prevención especial en la etapa de ejecución, está considerando ambas direcciones, esto es, la búsqueda de la intimidación al infractor para que se abstenga de reincidir y la reinserción social. La prevalencia de uno de los fines podría comportar el sacrificio del otro, especialmente si el mandato de no desocialización aconseja prescindir o no ejecutar la pena impuesta. En ese caso, parece que el mandato de no desocialización es primordial porque resultaría

Conforme a lo anterior, y atendiendo a las comprobadas condiciones desocializadoras de las cárceles colombianas, esto podría justificar, según el caso, la determinación de la pena en una cuantía inferior, o incluso la renuncia a ella, siempre que las razones en contra de imponer la pena sean argumentos inderrotables en el juicio de ponderación.

Respecto al objetivo de protección al condenado, dispuesto en el artículo 4 CP, se ha expuesto que

(...) representa la opción legislativa por un modelo de justificación que asigna al derecho penal, el doble fin de reducir la violencia social proveniente del delito (y de las reacciones informales frente a éste, que también constituyen delitos), pero a la vez de reducir la propia violencia punitiva estatal (Lopera Mesa & Arias Holguín, 2010, p. 147)¹⁹.

Desde este último fin adquiere sentido un sistema penal rodeado de garantías y límites y, especialmente, la exigencia de tratos proporcionados cuando se trata de la imposición de la pena.

En definitiva, la imposición de la pena no puede ser el resultado de un simple proceso de subsunción, porque el juez debe resolver la colisión que siempre se presenta entre los derechos fundamentales afectados por los castigos y los fines que con ellos se persiguen. De tal ponderación podría resultar, por ejemplo, que el castigo que se sigue de la aplicación de las reglas previstas por el legislador es desproporcionado (ya sea porque no es idóneo para alcanzar el fin, no es necesario o no es

paradójico en un Estado, al servicio de las personas y sus derechos, que el fin de intimidar al infractor se imponga aun a costa de producir su desocialización, quizás de modo irreversible. Esta conclusión es aceptada por Demetrio Crespo (1999, p. 64). En Colombia, esto es defendible de *lege data* porque en el artículo 4 CP se establece como fin de la pena la protección al condenado. La prioridad del fin de reinserción social es también destacada en la Sentencia T-153 (1998).

¹⁹Agregan (2010, p. 148): “Aunque tendencialmente incompatibles, ambas finalidades convergen, no obstante, en un objetivo común, que es el de asegurar los derechos y libertades de los individuos, en el primer caso frente a la amenaza provenientes de otros particulares, expresada en delitos y punitivos informales, y el segundo, frente a la violencia proveniente de la propia intervención penal del Estado. La necesidad de integrar esta “segunda finalidad” (...) al modelo de justificación del derecho penal, se aprecia de un modo más claro, al tener en cuenta que, si el único fin de las instituciones penales fuese prevenir delitos, ello se lograría de un modo más expedito, pero acaso más violento, por medio de punitivos informales privadas”.

proporcionado en sentido estricto); ello obligaría al operador jurídico a optar por una sanción diversa.

2.2. Principio de proporcionalidad y principio de legalidad de la pena

En contra de la tesis de que el operador jurídico debe, por razones de proporcionalidad, apartarse de las previsiones legislativas relativas al castigo, podría esgrimirse que el sistema de individualización de la pena que contiene nuestro ordenamiento jurídico²⁰ se caracteriza porque muchos aspectos de la pena, cualitativos y cuantitativos²¹, son definidos por el legislador; por tanto, el juez solo podría moverse hermenéuticamente con libertad en aquellos espacios no definidos en la fase de determinación legal. Justamente, en esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) ha expuesto:

...en materia penal (...) el artículo 29 de la Carta Política preceptúa que (...) a nadie se le puede imponer una pena no prevista por el legislador para el hecho por el cual fue oído en juicio y, contrariamente, *que deberá soportar la legalmente establecida para el acto que se le endilga*. Admitir que en un evento dado el juez puede marginarse de ese mandato, es tanto como validar la vía de hecho, traducida en la imposición de una pena a todas luces ilegal. (...) Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc.), desconoce de entrada el Estado de Derecho y la esencial

²⁰ A este sistema se le ha denominado como judicial de tendencia mixta porque contiene elementos de los sistemas de determinación legal y judicial. Asimismo, se ha indicado que se compone de tres fases: legislativa, judicial y operativa (Posada Maya & Hernández Beltrán, 2001, pp. 220-231).

²¹ En efecto, en Colombia, el legislador determina las clases de penas principales, sustitutivas y accesorias que se deben imponer (artículo 34 y ss. CP); no hay ningún evento en el que se le permita al juez decidir si opta por una de ellas. Incluso las penas accesorias están taxativamente definidas (artículos 52 y 53 CP concordados con el artículo 43 y ss. CP.), y el operador jurídico puede decidir si impone algunas de ellas “cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”. Asimismo, establece con cada tipo penal el mínimo y el máximo de pena; junto a ello consagra los factores que la agravan o la atenúan; en los artículos 60 y 61 del CP dispone un conjunto de criterios para aplicar esos aumentos o disminuciones, y un sistema (de cuartos) en el que se crean directrices para determinar en qué segmento del marco de la pena debe moverse el juez y así hallar el castigo que le corresponde al ciudadano por la comisión del hecho punible.

función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia (...) y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así actúa se aparta del Estado de Derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad (Sentencia de Casación, 2009). (Las cursivas no son del texto).

Se evidencia muy bien en tal Sentencia las concepciones acerca del principio de legalidad y de la labor judicial que estarían en el fondo de la objeción a la idea que aquí se defiende; dichas concepciones, como se intentará demostrar, no son las más coherentes con la idea de que los jueces están obligados en sus decisiones a proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados por ellas.

En efecto, la CSJ (2009) sostiene que de la exigencia de ley previa respecto a los delitos y los castigos también se deriva para el ciudadano *el deber de soportar la pena legalmente establecida* y la correspondiente obligación para el juez de imponerla. Ello supone concebir al principio de legalidad no como límite sino como fundamento de la pena; igualmente, implica el reconocimiento del principio desde un punto de vista formal, como mera legalidad, negando, por tanto, trascendencia a la exigencia de la estricta legalidad²².

Concebir el principio de legalidad de la pena como límite (como obstáculo) al *ius puniendi* implica entender que este impedirá que se imponga un castigo que no haya sido establecido previamente en una ley, pero no que, una vez consagrado en ella, tal castigo deba imponerse en todo caso. Por lo demás, la Sentencia de la CSJ (2009) parece evocar la sanción penal como retribución en su sentido más tradicional, postura que, como quedó expuesto, no es defendible de *lege data* en Colombia. No parece aceptable que en un Estado constitucional de derecho haya una obligación para el juez de imponer una pena desproporcionada solo por el hecho de que ha sido consagrada en una disposición penal.

²² Respecto a la estricta legalidad, expone Ferrajoli (1997, p. 379) que esta "...diferencia al derecho penal en el estado de «derecho» del derecho penal de los estados simplemente «legales», en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial...".

En cuanto a la *estricta legalidad*, habrá que decir que es una garantía dirigida al legislador, dado que le demanda el empleo de técnicas legislativas que aseguren la creación de normas penales (tipos y penas) taxativas, en las que puedan ser verificables las garantías de lesividad, proporcionalidad, presunción de inocencia, defensa, etc. (Ferrajoli, 1997, p. 95)²³, sin embargo, la *estricta legalidad* al reclamar la prohibición de analogía *in malam partem* y, por el contrario, permitirla en los eventos favorables, le ofrece al juez una pauta interpretativa para enfrentar leyes que devienen desproporcionadas en el caso concreto.

Por lo demás, la posibilidad de que en Colombia se pueda realizar el razonamiento judicial analógico solo en los casos favorables (artículo 6 del CP) evidencia no solamente el deber de realizar interpretaciones restrictivas, como individualizar la pena fuera del marco legal cuando hayan razones muy poderosas para hacerlo, sino también que nuestro sistema está orientado hacia el *favor rei*, y esto es un argumento adicional para defender la idea de que el operador jurídico no está obligado a imponer castigos desproporcionados solo por el hecho de que así lo establece la ley²⁴.

Por otra parte, cuando en la providencia de la CSJ (2009) se alude a que el juez que imponga una pena fuera de los márgenes legales establecidos es arbitrario y está supliendo la tarea del legislador, se reivindica una idea concreta de ley y de juez (autómata) que riñe con la consagra-

²³ Además, Ferrajoli (1997, p. 95) agrega que “Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)”. Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-939 (2002) ha relacionado el principio de estricta legalidad con el principio de tipicidad, y ha señalado que el primero vincula al legislador al momento de establecer los tipos y sanciones penales. En el mismo sentido, la Sentencia C-575 (2009).

²⁴ Como sostiene Peña Freire (1997, p. 229): “La actividad jurisdiccional puede caracterizarse por estar únicamente vinculada al interés del derecho, que no es otro que la garantía, esto es, la tutela de los derechos e intereses lesionados. Es, por lo tanto, a partir de este principio que entendemos posible la caracterización de la función jurisdiccional como la que ejerce la garantía del cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir”.

ción en nuestro ordenamiento de la analogía *in bonam partem* y con la consagración de un Estado constitucional de derecho²⁵. En efecto, si el juez no pudiese apartarse, bajo ninguna circunstancia, de los mandatos del legislador, no habría cabida para la analogía *in bonam partem*, estaría prohibida²⁶.

Por lo demás, la orientación que subyace al planteamiento de la CSJ (2009) ha sido calificada de impracticable (Montiel, 2011, pp. 54 - 55)²⁷ porque en los Estados constitucionales, el control constitucional sobre las intervenciones legislativas en derechos fundamentales es obligatorio; particularmente, en nuestro sistema lo es para todos los jueces, al incorporar el control difuso de constitucionalidad (artículo 4 Constitución)²⁸.

El ideal de un juez autómatas es una quimera, dadas las características del lenguaje empleado en la ley, de su carácter abstracto, que hace imposible que en la interpretación judicial pueda desterrarse una cierta dimensión creativa²⁹. Piénsese que el legislador no puede anticipar cada

²⁵ Respecto al Estado constitucional de derecho, Peña Freire (1997, pp. 41-64). Asimismo, es importante destacar que el Estado constitucional no reivindica la idea de un legislador sin condicionamientos; todo lo contrario, la Constitución, y particularmente los derechos fundamentales, constituyen criterios de legitimación de las decisiones legislativas y, por tanto, se erigen, a su vez, como límites a la libertad configurativa que este ostenta. Estas ideas son defendidas en las sentencias C-939 (2002) y C-575 (2009).

²⁶ La prohibición de la analogía a favor del reo evidencia (Montiel, 2011, pp. 45-47) una orientación hacia el constitucionalismo clásico, que defiende una concepción idealista de la ley y del derecho, por lo que se calificaría de injusta cualquier solución por fuera de la legislación.

²⁷ Álvarez García (2009, pp. 24-26) y Montiel (2011, pp. 54-55) califican esta concepción como anacrónica. La perspectiva defendida en la sentencia de la CSJ (2009), respecto al principio de legalidad, se identifica con el denominado Estado legislativo de derecho, cuyas características, según Lopera Mesa (2004, p. 21), van "...delineando, en suma, una arquitectura institucional en la que el poder legislativo no encuentra límites jurídicos a su ejercicio ni sus actos resultan justiciables...".

²⁸ Así, afirma Lopera Mesa (2004, p. 48) que "...figuras como el amparo judicial ordinario o la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema español, y la excepción de inconstitucionalidad en el colombiano favorecen la expansión del control y el desvanecimiento de las fronteras entre justicia ordinaria y constitucional, debilitando el monopolio del Tribunal Constitucional o de la Corte para aplicar directamente contenidos constitucionales (específicamente derechos fundamentales) y enjuiciar la constitucionalidad de las leyes".

²⁹ Sobre esto Montiel (2011, pp. 54 -55) señala que en la tarea de interpretación, los jueces introducen inevitablemente sus propias valoraciones; indica además que el papel que cumple el control de constitucionalidad de las leyes en la labor de colmar lagunas y antinomias impide que

una de las contingencias que acaecen en la vida cotidiana, por ello, lo que es proporcional en abstracto puede resultar desproporcionado en el caso concreto, y esto no puede ser soslayado por el juez que está obligado a tutelar derechos fundamentales (Andrés Ibáñez, 2006, p. 55).

A las razones expuestas para fundamentar la afirmación de que la postura de la CSJ (2009) respecto a que la opción por superar el marco legal para la determinación de la pena es infundada, se suma que el propio legislador colombiano haya establecido la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en el momento de la imposición del castigo. En consecuencia, superar el espacio de juego legislativo para la individualización judicial de la pena con el propósito de dispensar un trato proporcionado al ciudadano, antes que desconocer el principio de vinculación del juez a la ley, está reafirmando su vigencia. Esto es, justamente, lo que se intentará sustentar en el siguiente apartado.

2.3. Fundamentos constitucionales y legales para la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena en Colombia

Ha sido la Corte Constitucional colombiana la que ha señalado las vías de fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad, entendido como prohibición de exceso. Tal tarea la ha realizado en múltiples providencias, de las cuales, sin duda, se destacan: C-916 (2002), C-822 (2005) y C-575 (2009)³⁰. Así, en la Sentencia C-575 (2009) se define el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

los operadores jurídicos hagan una aplicación automática de la ley. También, con relación a la dimensión creativa que siempre acompaña a la decisión judicial en materia penal, Fiandaca (2010, p. 34); Ferreres (2010, pp. 49-51).

³⁰ En estas sentencias, la Corte Constitucional ha empleado rigurosamente el principio de proporcionalidad (legitimidad del fin legislativo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto); esto en contraposición a otras decisiones en las que se ha empleado como proporcionalidad de la pena o como una mera cláusula de estilo sin repercusiones en la decisión; en este sentido, entre otras, las sentencias C-070 (1996), C-364 (1996) y C-592 (1998). Esta es una de las conclusiones alcanzadas en la línea jurisprudencial relativa al principio de proporcionalidad realizada dentro de esta investigación por la auxiliar Ana Lucía Restrepo. Por otra parte, un análisis de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, aunque no centrada en las decisiones relativas a la pena, puede verse en Cepeda Espinosa (2008, pp. 139-184).

El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios - fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales.

Por su parte, la Sentencia C-916 (2002) señala que aunque el principio de proporcionalidad es un límite constitucional no expreso, normativamente puede inferirse de la Constitución a través de los artículos 1, en el que se adopta el Estado de derecho, como modelo de poder en Colombia; 4, que consagra a la Constitución como norma de normas; y 5, que establece, sin discriminación alguna, el carácter inalienable de los derechos de la persona humana. Concluye que

(...) de las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona (Sentencia C- 916).

Igualmente, la Sentencia C-822 (2005), además de reiterar el fundamento normativo expuesto en la C-916 (2002), señala que este también está integrado por los artículos 91 y 92 de la Constitución, que establecen la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas, y por el artículo 214 de la Constitución, que dispone el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción³¹.

³¹ Con referencia a la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad realizado por la Corte Constitucional, especialmente en las sentencias C- 916 (2002) y C- 822 (2005), Lopera Mesa y Arias Holguín (2010, pp. 174-175) señalan su corrección habida cuenta de la capacidad de este principio para proteger los derechos fundamentales, entre otras cosas porque el principio de proporcionalidad impone una fuerte carga de argumentación a quien está a favor de restringir el contenido inicial del derecho fundamental, exigiendo el deber de exponer «razones más fuertes que las que sustentan la protección del derecho en cuestión».

Junto a la normativa constitucional que sustenta el principio de proporcionalidad para realizar el control constitucional de las decisiones que afectan derechos fundamentales se encuentra que el legislador ha dado cobertura legal, a través de los artículos 3, 13 y 59 CP, a la aplicación de esta herramienta argumentativa cuando se trata de la imposición judicial de la pena.

El artículo 3 del CP establece el principio de proporcionalidad como uno de los que rigen la imposición de las sanciones penales. En efecto, allí se establece que “la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

Se ha señalado que cuando en tal disposición se alude al principio de necesidad, el legislador se está refiriendo al segundo juicio de la proporcionalidad, que obliga a enjuiciar la medida buscando indagar por la existencia o inexistencia de medios alternativos que ostenten la misma idoneidad que la medida enjuiciada, pero también una menor lesividad para los derechos fundamentales. Además, señala, entre otras cosas, que cuando se alude a la razonabilidad se está enfatizando el nombre que recibe el juicio de proporcionalidad cuando se evalúa las intervenciones legislativas que pueden afectar la igualdad³².

Sumado a la consagración expresa del principio de proporcionalidad en el artículo 3 CP, el legislador ha decidido denotarlo como una nor-

³² Textualmente afirman Lopera Mesa y Arias Holguín (2010, p. 176): “A lo largo de este módulo ha quedado suficientemente expuesto que el juicio de necesidad constituye uno de los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por su parte, al examinar las relaciones entre el principio de proporcionalidad y el concepto de razonabilidad, vimos que este último, cuando es empleado como sinónimo de “no arbitrariedad”, para exigir que toda actuación del poder público se oriente al logro de una finalidad discernible, se integra al principio de proporcionalidad dentro de los juicios de *legitimidad del fin e idoneidad* de la intervención en derechos fundamentales. Entre tanto, si se entiende como la exigencia de efectuar un “test de razonabilidad”, constituye el nombre específico que adopta el principio de proporcionalidad cuando se aplica al control de medidas que afectan el derecho a la igualdad”. Respecto a las distintas acepciones de la razonabilidad y sus relaciones con el principio de proporcionalidad, también, Bernal (2005, pp. 68-79).

ma rectora, con las implicaciones dispuestas en el artículo 13 CP, en el que se establece que tales normas “constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”. Junto a estas disposiciones también se halla el artículo 59 del CP, que dispone la obligación para el juez de motivar el acto judicial de determinación de la pena, en sus aspectos cualitativos y cuantitativos.

Los tres preceptos acabados de describir constituyen, sin duda alguna, la consagración expresa del deber de los jueces de realizar un juicio de proporcionalidad cuando en un caso concreto van a adoptar la decisión de imponer pena (qué pena, cuál pena y cuánta pena). Ello con la finalidad de evitar que lo que el legislador no pudiera prever en el proceso de criminalización primaria, y que pueda derivar en tratos desproporcionados, sea aplicado. Una consecuencia que se deriva de este planteamiento radica en la posibilidad de que el juez en los casos de clara desproporcionalidad, a través del razonamiento analógico, prescindiera de la pena, elija una diversa a la consagrada por el legislador o imponga una en cuantía inferior³³.

Debe resaltarse que un juez que así actúa no es arbitrario, tan solo está realizando una interpretación armónica de las disposiciones que regulan la imposición de la pena; está otorgando fuerza normativa y vigencia fáctica a las normas rectoras, especialmente a aquella que lo obliga a emplear el principio de proporcionalidad, pero sobre todo está cumpliendo con su deber constitucional de proteger los derechos fundamentales afectados por el castigo.

³³ Verbigracia, puede aplicar a eventos dolosos, el inciso segundo del artículo 34 CP, que dispone una hipótesis de prescindencia de la pena en casos de delitos culposos, recurriendo a algunas de las causales, artículo 324 CPP, del principio de oportunidad que suponen la renuncia a la pena. Por ejemplo, la del numeral 10, ya descrita. También, el numeral 7: “Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva”. Asimismo, el numeral 11: “Cuando en los delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto a su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido o aleatorio beneficio”. Igualmente, puede emplear atenuantes analógicas o incluso una pena establecida para otro delito, siempre que pueda demostrar que de no hacerlo se estaría realizando un trato claramente desproporcionado y que, además, los casos enjuiciados son configurados fácticamente de modo similar a los que motivan la consagración de tales normas en el ordenamiento jurídico.

Piénsese que si el juez no puede superar el marco legal aplicable para la determinación judicial de la pena proporcionada, no tiene sentido la consagración del principio de proporcionalidad junto con la obligación de motivar todos los aspectos del castigo. Especialmente, el artículo 59 CP supone para los operadores jurídicos un deber de fundamentación de los aspectos cualitativos y cuantitativos de la pena, los cuales en nuestro ordenamiento jurídico son legislados de una manera en verdad precisa. Tal obligación de motivar solo está justificada si el acto judicial de imposición de la pena no se reduce a un simple acto de subsunción, en el que la única justificación posible es el hecho de que así lo ha dispuesto el legislador.

No se desconoce que tal decisión roza los límites funcionales de la labor judicial y, por ello, debe rodearse de todos los argumentos posibles. Precisamente, el principio de proporcionalidad es una herramienta que le permite al juez saturar argumentativamente el razonamiento y realizar una interpretación judicial sistemática.

3. EJEMPLO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

Después de todo lo expuesto, conviene ejemplificar el empleo del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena; con ello se buscará señalar las consecuencias de la tesis que se defiende en esta investigación, y también ilustrar acerca de los criterios que se emplean para definir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida³⁴. Dado que, por su extensión, no es posible tratar un caso que involucre las cuestiones de si hay lugar a pena, cuál pena y cuánta pena, se resolverá uno relativo a la determinación cuantitativa de la pena.

³⁴ Los criterios para realizar los juicios que involucran los subprincipios de la proporcionalidad son propuestos por Lopera Mesa (2006, pp. 387-545).

3.1. El caso por debatir y el problema por resolver

Carmen, madre cabeza de familia, con un hijo menor de edad, fue condenada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 CP) porque le fueron incautados 16 000 gramos de marihuana. En la sentencia condenatoria no se le reconocieron circunstancias de menor punibilidad y sí, en cambio, de mayor punibilidad, “obrar en coparticipación criminal”, porque se logró comprobar la participación de Juan Cabrales, aunque este no pudo ser capturado. La condenada no se acogió a ningún beneficio procesal.

La pena de prisión que debe imponerse a Carmen, conforme a las reglas previstas por el legislador, corresponde al cuarto máximo de la sanción prevista en el artículo 376 CP, por concurrir únicamente circunstancias de mayor punibilidad (artículo 61 CP); esto es, el *quantum* de la sanción debe fijarse dentro de un rango que va de 302 al máximo, esto es, 360 meses de prisión (en años, 25,16666 a 30). Conviene realizar el juicio de proporcionalidad bajo el supuesto de que se imponga la pena mínima posible, 25,16666 años de prisión, porque es, en todo caso, una pena drástica y de larga duración, sin dejar de advertir que el operador jurídico tiene discrecionalidad dentro del marco punitivo concreto.

3.2. El empleo del principio de proporcionalidad para determinar si la pena impuesta, siguiendo las reglas previstas en la ley, supone un trato desproporcionado

En el caso planteado existe un conflicto que debe ser solucionado a través del principio de proporcionalidad. Efectivamente, se encuentra que, por un lado, existen razones que avalan la imposición de una pena de prisión de 25,16666, como es la protección del bien jurídico salud pública, el cual tiene respaldo directo en el artículo 49 constitucional, y los fines preventivos asignados a la sanción en el artículo 4 CP; por otro lado, hay argumentos en contra de su aplicación: los derechos fundamentales afectados por este castigo, su régimen de ejecución y las condiciones desocializadoras de las instituciones carcelarias. Ahora

se debe evaluar si tal proceder es idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto.

a) *Idoneidad*³⁵

Puede afirmarse que la pena de prisión que debe imponerse a Carmen posiblemente contribuye a los fines preventivos negativos (generales y especiales) porque, por su drasticidad, puede pronosticarse que esta es intimidante y, por tanto, es idónea para disuadir a los infractores y a terceros de la comisión de futuros delitos. Respecto al fin resocializador, hay certeza de que la ejecución de una pena de prisión de larga duración es contraproducente para el logro de este fin.

En todo caso, imponer tal pena satisface la exigencia de idoneidad porque ella contribuye al logro de los fines preventivos negativos. Las dudas que se suscitan en torno a su idoneidad por su carácter contraproducente para el fin resocializador se tendrán en cuenta al momento de realizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

³⁵ Lopera Mesa (2006, pp. 409-432) expresa respecto al juicio de idoneidad que cuando este se proyecta sobre la norma de sanción, supone evaluar si la pena que se impone en el caso concreto contribuye de algún modo a la satisfacción de los fines preventivos generales y especiales. Además, este juicio es débil porque basta, para concluir que la medida legislativa es idónea, con el hecho de que posiblemente la pena favorezca la consecución de al menos uno de los fines. Además, en caso de empate, esto es, cuando no hayan razones suficientes para desvirtuar que el castigo alcance algunos fines pero en cambio resulta contraproducente para otros (por ejemplo, para el fin de no desocialización), debe afirmarse su idoneidad, atendiendo al principio de vinculación del juez a la ley. En todo caso, las dudas en torno a la idoneidad de la medida se tienen en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

b) Necesidad³⁶

Para realizar el juicio de necesidad sobre la pena de prisión de 25,16666 años, esta debe compararse con otros medios alternativos que ostenten una menor lesividad, para determinar si son idóneos en una medida similar a la pena enjuiciada. El medio alternativo consistirá en la imposición de la pena de prisión en una cuantía inferior; esto podría llevar a dosificar la pena que le corresponde a Carmen en el cuarto inferior mínimo del marco punitivo abstracto del artículo 376 CP, esto es, 10,6666 a 15,5 años de prisión, decidiendo, a su vez, imponer el mínimo posible, esto es, 10,6666 años de prisión.

En este orden de ideas, se puede afirmar que una pena de 10,6666 años es, sin duda, menos lesiva que aquella que se impondría a Carmen. Conforme a las reglas del legislador, no obstante, una pena de 25,16666 años de prisión es, por su drasticidad, más intimidante y, por tanto, más idónea de cara a los fines preventivos generales y especiales negativos, pero, a su vez, resulta contraproducente para el logro del fin resocializador. Asimismo, la pena menor, aunque es menos intimidante, no renuncia a los fines preventivos generales y especiales negativos. Por tanto, se ciernen dudas acerca de la idoneidad equivalente del medio alternativo; pero ello no es suficiente para afirmar que la pena de prisión de 25,6666 no es necesaria, aunque ello sí debe tenerse en cuenta para realizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

³⁶ En cuanto al subprincipio de necesidad, afirma Lopera Mesa (2006, p. 459 y ss.) que no se trata de la búsqueda de alternativas al derecho penal porque ese terreno es exclusivo del legislador, está vedado para los jueces cuando deciden el caso concreto, por el contrario, este implica la búsqueda de medios alternativos dentro del catálogo de penas elaborado por el legislador, tratando de establecer si los medios alternativos alcanzan el fin que se persigue con un menor sacrificio o lesividad para los derechos fundamentales, pero con una idoneidad equivalente. Las dudas en torno a la idoneidad de la medida legislativa deben resolverse a favor de ella. La opción por resolver cualquier incertidumbre en torno a la necesidad de la medida, a favor de ella, encuentra justificación en el principio de vinculación del juez a la ley.

C) *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*³⁷

Se debe evaluar el grado de afectación de los derechos fundamentales que se produce con la imposición de una pena de prisión de 25,16666

³⁷ Finalmente, en cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, expone Lopera Mesa (2006, p. 497 y ss) que involucra una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de la aplicación de la pena para la protección de bienes jurídicos y los costos que implica para los derechos fundamentales. La idea es determinar si la satisfacción de los principios que respaldan la intervención logra compensar la afectación que se produce en los derechos fundamentales. De este modo, para determinar el peso de los principios en juego se debe establecer, en primer lugar, el grado de afectación y de satisfacción de ellos; en segundo lugar, su peso abstracto y, finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la imposición de la pena. Para establecer el grado de afectación que produce la imposición de la pena en los derechos fundamentales se debe establecer a su vez lo siguiente: 1. El alcance de la intervención. Esto se determina analizando cuáles y cuántas posiciones ius fundamentales se ven implicadas, en consecuencia, cuántas más posiciones sean intervenidas con la imposición de la pena mayor será el grado de afectación; 2. La probabilidad de que se produzca la intervención. Será mayor cuando la imposición de la pena afecta de manera directa los derechos fundamentales, y será menor cuando se trata de amenazas o afectaciones potenciales a estos derechos. 3) La duración de la intervención en los derechos fundamentales. Cuánto más larga sea la duración de la pena mayor será la intervención. 4) La comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza. Conforme a este criterio, la afectación de derechos fundamentales se considerará especialmente intensa cuando la pena a imponer sea más drástica que la establecida para delitos de igual o menor lesividad. Para establecer el grado de satisfacción de los principios que respaldan la intervención, se tienen los siguientes criterios: 1. La lesividad de la conducta sancionada. Entre mayor sea la lesividad del comportamiento, su prohibición con amenaza de pena contribuirá en mayor medida a la protección de los bienes jurídicos, de este modo la satisfacción será mayor en el caso de acciones lesivas y será menor en el caso de los eventos solo peligrosos, comportando mayor grado de satisfacción el peligro concreto que el peligro abstracto. 2. La modalidad de imputación subjetiva. El grado de satisfacción será mayor en el caso de los delitos dolosos que en los culposos. 3. La contribución que preste a los fines previstos en el art. 4 CP. Será mayor cuando la imposición de la pena favorezca el logro de más fines y cuanto mayor sea la intensidad de la contribución. Después de este análisis se debe precisar el peso abstracto de los principios en juego. Respecto a esto, ha expresado Lopera Mesa (2006, p. 513 y ss): "Mediante la variante del peso abstracto se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que ellos ostenten en el sistema jurídico". Ésta autora propone, entre otros, los siguientes criterios para determinar esta variable: 1) La jerarquía constitucional de los principios que se establece de acuerdo con el reconocimiento directo o indirecto, en la Constitución, de los principios que respaldan o contradicen la imposición de la pena. 2) La prioridad de los principios que reflejan derechos individuales respecto de aquellos que expresan derechos colectivos. 3) La vinculación de la posición ius fundamental afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana. Finalmente, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto debe establecerse la certeza de las premisas empíricas que respaldan o contradicen la imposición de la pena. En este sentido, expone (2006, pp. 526-527) mientras las premisas empíricas que respaldan la imposición de la pena versan principalmente sobre el grado de idoneidad y la necesidad de la sanción penal, las premisas que operan en su contra son aquellas referidas a su grado de lesividad para los derechos fundamentales y a su falta de necesidad para alcanzar los fines preventivos. Aquí sí deben tenerse en cuenta las dudas establecidas en cuanto a la idoneidad y la necesidad de la imposición de la pena.

años. De este modo, en primer lugar, puede decirse que *su alcance es considerable*, teniendo en cuenta todas las posiciones *ius* fundamentales que se restringen con la pena de prisión y su ejecución en un establecimiento carcelario colombiano.

En segundo lugar, *la afectación es segura* porque se trata de una ciudadana condenada por un delito de tráfico de drogas, además, no concurre para ella ninguna circunstancia de menor punibilidad y sí de mayor punibilidad. Por estas condiciones, la pena que debe imponerse y ejecutarse en un entorno carcelario es de 25,16666 años de prisión y, por ende, la duración de la intervención en derechos fundamentales es considerable.

En tercer lugar, *la intensidad de la afectación* que se produce en los derechos fundamentales con la imposición de esta pena puede considerarse alta, porque es mayor a la establecida en el derecho interno para hechos de similar o mayor gravedad; repárese en la pena mínima para el homicidio simple (artículo 103 CP), 17,3333 años de prisión. También, la pena de prisión dispuesta para otros comportamientos que atentan contra la salud pública: violación de medidas sanitarias (artículo 368 C.P.), de 4 a 8 años, propagación de epidemia (369, CP) de 4 a 10 años, y contaminación de aguas (artículo 371 CP), de 4 a 10 años.

Para verificar la satisfacción del principio que respalda la intervención se debe considerar que Carmen realizó un comportamiento consistente en la tenencia de una estimable cantidad de marihuana, conducta que el legislador ha considerado que atenta contra la salud pública. Para determinar el grado de lesividad debe tenerse en cuenta que la salud pública es un bien jurídico colectivo y que la realización de la conducta prohibida generó un peligro abstracto, por lo que no puede valorarse como una acción que causó un gran menoscabo para el referido objeto de protección. En este sentido, la satisfacción del principio que respalda la intervención podría estimarse baja.

A lo anterior se añade que una pena de 25,16666 de prisión no es correspondiente a la gravedad del delito cometido, esto es, no respeta el

principio de proporcionalidad de la pena. Esta afirmación se respalda en la comparación con las penas establecidas en el ordenamiento para otros delitos de mayor o igual gravedad, como en los ejemplos arriba mencionados, el homicidio (*artículo* 103 CP) y los delitos de peligro concreto, establecidos en los artículos 268, 269 y 271 CP. En consecuencia, en el caso que se viene analizando se estaría prodigando una pena mayor para un delito de menor gravedad, porque sin duda es más lesivo para la salud pública que se descargue un veneno en una fuente hídrica destinada para el consumo humano que el hecho de tener en el domicilio una importante cantidad de marihuana.

Para determinar el peso abstracto de los principios en conflicto, en primer lugar debe tenerse en cuenta que ambos tienen la misma jerarquía constitucional porque son reconocidos expresamente en la Constitución; en segundo lugar, los derechos fundamentales afectados con la imposición de la pena son prioritarios porque constituyen bienes individuales de especial importancia: la libertad, la igualdad y la dignidad humana; en cambio, los principios que justifican la intervención involucran a la salud pública, que es un bien de carácter colectivo, aunque guarda estrecha relación con bienes individuales como la salud y la vida. En todo caso, podría decirse que los derechos afectados con la pena de prisión de 25,16666 años ostentan un peso abstracto mayor.

Por otra parte, cuando se procede a determinar la seguridad de las premisas empíricas que respaldan la afectación a los derechos fundamentales que se produce con la pena a imponer, se advierte que se verifica un nivel de certeza débil, porque la probable idoneidad de ella para contribuir a los fines intimidatorios se contrarresta con su nula eficacia para alcanzar el fin preventivo especial positivo, respecto al cual podría afirmarse incluso su carácter contraproducente.

Adicionalmente, podría considerarse también, en el juicio de ponderación, que la menor idoneidad del medio alternativo (pena de 10,6666 años de prisión) para alcanzar fines preventivos negativos se podría ver compensada con los fines preventivos negativos que podría alcanzar la pena de multa y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas, que deben imponerse también a Carmen (artículos 376 y 52 CP).

En definitiva, imponer a Carmen una pena de prisión de 25,16666 años de prisión es una intervención desproporcionada, porque constituye una afectación intensa en derechos fundamentales a los que se confiere especial importancia material por su vinculación con la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Tal intervención no se sustenta en premisas empíricas que tengan el nivel de certeza suficiente para respaldar la afectación. Además, con la pena solo se logra una satisfacción baja de protección del bien jurídico salud pública, principio que tiene una importancia material menor respecto a los derechos fundamentales afectados por la imposición de la referida pena de prisión. Por tanto, se está ante un grado bajo de satisfacción de los principios que respaldan la intervención, los cuales, además, no se apoyan en premisas seguras.

Conforme a lo anterior, el operador jurídico debe optar por el medio alternativo, esto es, una pena de 10,6666 años de prisión; no obstante, respecto a esta sanción también debe realizarse el juicio de proporcionalidad³⁸. Si se concluye que imponer una pena de prisión de 10,6666 años a Carmen por la tenencia de drogas constituye una intervención desproporcionada en los derechos fundamentales, el juez podría considerar dosificar la pena por debajo del umbral mínimo de pena previsto en el artículo 376 CP, esto es, por debajo de los 10,6666 años de prisión.

En tal caso, empleando la analogía *in bonam partem*, podría aplicar la pena dispuesta para el delito de propagación de epidemia (artículo 369

³⁸ En este análisis debe tenerse en cuenta, de nuevo, que el legislador dispone penas menores para comportamientos más graves para la salud pública; por ejemplo, violación de medidas sanitarias, de 4 a 8 años de prisión; contaminación de aguas, de 4 a 10 años de prisión; propagación de epidemias, de 4 a 10 años de prisión; etc. Además, puede valorarse que una sanción cuantitativamente menor, globalmente considerada, podría alcanzar los fines preventivos generales y favorecer la satisfacción del fin resocializador, o, que pese a la existencia de dudas acerca de la idoneidad equivalente de ambas sanciones, se encuentra que en la ponderación de los principios en conflicto, las razones en contra de imponer la pena de 10,6666 años de prisión pesan más que aquellas que aconsejan mantenerla para alcanzar los fines preventivos negativos.

CP), que dispone una pena de 4 a 10 años de prisión; u optar por atenuar el castigo atendiendo a la menor lesividad del comportamiento, por tratarse de un peligro abstracto frente a un bien jurídico colectivo, en cuyo caso podría indagar por aquellas atenuantes fundadas en un menor desvalor de resultado, como podría ser la dispuesta para los hechos que no alcanzan la consumación (artículo 27 CP).

Tal decisión, antes que arbitraria, reflejaría el compromiso de la judicatura con la protección de los derechos fundamentales de las personas que son enjuiciadas y condenadas y, además, supondría cumplir el deber, impuesto por el legislador, de imponer únicamente penas que sean razonables, necesarias y proporcionadas (artículo 3 CP).

CONCLUSIONES

Después de lo expuesto se puede concluir, en primer lugar, que cuando un juez determina, en el caso concreto, que imponer la pena prevista por el legislador afecta de manera desproporcionada derechos fundamentales, ya sea por su calidad o cantidad, debe apartarse de esa decisión legislativa y proceder a prescindir de la pena, seleccionar una diferente (dentro del catálogo de penas que contiene el ordenamiento jurídico) o tasar la pena por debajo del mínimo previsto legalmente.

En segundo lugar, tal decisión, antes que vulnerar el principio de legalidad, lo reafirma, tanto en su faceta de mera legalidad como en la relativa a la estricta legalidad; porque el propio legislador ha establecido (artículos 3, 59 y 13 CP) la obligación de emplear el principio de proporcionalidad para imponer únicamente penas que sean proporcionadas, necesarias y razonables y porque, además, ha consagrado expresamente la posibilidad de emplear la analogía *in bonam partem*.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalidad y representación. En R. Alexy & P. Andrés Ibáñez, *Jueces y ponderación argumentativa*. (pp. 1-18). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdéz, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez García, J. (2009). *Sobre el principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Andrés Ibáñez, P. (2006). Legalidad, jurisdicción y democracia. En R. Alexy & P. Andrés Ibáñez, *Jueces y ponderación argumentativa*. (pp. 53-88).
- Ariza, L. (2011). Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina. En L.J. Ariza & M. Iturralde, *Los muros de la infamia*. (pp. 53-79). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda Espinosa, J. (2008). La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional. En M. Jestaedt & E. Montealegre (Eds.), *La ponderación en el derecho*. (pp. 133-186). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Demetrio Crespo, E. (1999). *Prevención general e individualización de la pena*. Salamanca: Universidad Salamanca.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferreres, V. (2010). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En V. Ferreres & J.A. Xiol. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. (pp. 43-80). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Fiandaca, G. (2010). La legalidad penal en los equilibrios del sistema político-constitucional. En G. Fiandaca, *El derecho penal entre la ley y el juez*. (pp. 41- 46). Perú: Ara.
- Iturralde, M. (2011). Prisiones y castigo en Colombia: la construcción de un orden social excluyente. En L.J. Ariza & M. Iturralde, *Los muros de la infamia*. (pp. 110-195).
- Lopera Mesa, G. P. (2004). La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados. *Cuaderno de investigación* (16). Medellín: Universidad EAFIT.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lopera Mesa, G. P. & Arias Holguín, D. P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

- Montiel, J. P. (2011). *Analogía favorable al reo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad de los Andes.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta.
- Posada Maya, R. & Hernández Beltrán, H. M. (2001). *Sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano. Referido a la Ley 599 del 2000*. Medellín: Diké.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General* (2ª ed.). (M. D. Luzón Peña Diego-Manuel, Trad.) Madrid: Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Sentencias

- Sentencia C-070 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C-364 (Corte Constitucional, 1996).
- Sentencia C-592 (Corte Constitucional, 1998).
- Sentencia T-153 (Corte Constitucional, 1998).
- Sentencia C-939 (Corte Constitucional, 2002).
- Sentencia C-916 (Corte Constitucional, 2002).
- Sentencia C-822 (Corte Constitucional, 2005).
- Sentencia C-575 (Corte Constitucional, 2009).
- Sentencia de Casación, proceso n° 30446 (Corte Suprema de Justicia, 3 de diciembre de 2009).