

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS LEYES PENALES**

MSc. WALTER PAULINO JIMÉNEZ TEXAJ

GUATEMALA, JUNIO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. WALTER PAULINO JIMÉNEZ TEXAJ

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

DOCTOR EN DERECHO
con distinción **Cum Laude**

Guatemala, junio de 2017



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
SECRETARIO: Dr. Melvin Giovanni Portillo Arévalo

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 30 de marzo del año 2017

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Parra Vela:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **WALTER PAULINO JIMÉNEZ TEXAJ** con número de carné 100007947 titulada **"EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES"**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Saúl González Cabrera

Guatemala, 29 de mayo de 2017.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES**

Esta tesis fue presentada por el MSc. Walter Paulino Jiménez Texaj del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiado 5456

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, nueve de junio del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el MSc. Walter Paulino Jiménez Texaj aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho con distinción Cum Laude**, lo cual consta en el acta número 2-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

A:

Dios, porque “El principio de la sabiduría es el temor a Jehová” Prov.1:7

A:

Mélida Isela Rosales Ovalle de Jiménez esposa y ayuda idónea, por su comprensión, apoyo y paciencia.

A:

Mis hijos Mélida María y Walther Jossé, con amor profundo.

A:

A mi madre Ana María Texaj Santizo, mujer que lucho por hacernos hombres y mujeres de bien y porque nos enseñó el temor a Dios.

A:

A mi padre Víctor Dolores Jiménez, Q.E.P.D., porque estoy seguro estaría orgulloso de este logro.

A:

A mis suegros Telma Julieta Ovalle de Rosales (Q.E.P.D.) mujer excepcional quien confió en mi antes de ver venir los triunfos logrados; a Rubén Rosales Ovalle y por sus sabios consejos.

A:

A mis hermanos Luis Eduardo (Q.E.P.D), Ana Maribel, Víctor Hugo, Marco Tulio, Edwin Rolando, Juan José, Juan Pablo y Brenda Verónica, por su ayuda y motivación esperando servir de ejemplo para sus logros profesionales.

A:

A mis cuñados, sobrinos y amigos por su cariño sincero y apoyo incondicional y porque no dudo que comparten este logro como parte de ellos.

“Los sueños son las motivaciones con que contamos para darnos cuenta que podemos lograr nuestras metas en la vida; sueña y luego mira hacia atrás y veras que ese sueño se ha convertido en una hermosa realidad”. Walter Jiménez.

CONTENIDO



Introducción	i
Capítulo I: Los derechos fundamentales y la legislación penal	1
1. La injerencia del legislador en los derechos fundamentales al tipificar delitos y constituir sanciones penales	1
2. El objeto del derecho fundamental al debido proceso	3
3. El principio del debido proceso en sentido estricto	11
4. El principio de legalidad	14
5. El principio de publicidad	19
6. El principio del juez natural	21
7. El principio de favorabilidad	25
8. La presunción de inocencia	26
9. El derecho de defensa	29
10. El principio de celeridad	35
11. El principio de la doble instancia	36
12. El principio de prevalencia de las normas sustanciales	38
Capítulo II: La tipificación de un delito y la fijación de la pena como ejercicio de política legislativa	43
1. Control constitucional y política legislativa	43
1.1 El argumento de la falta de certeza	46
1.2 El argumento de la reserva de la ley penal	48
1.3 El argumento de los derechos de protección	48
1.4 El argumento de la libertad positiva	49
2. Los principio derivados en el derecho penal	53
2.1 La importancia de los principios derivados	53
3. Razonabilidad y proporción en el orden jurídico	55
4. Los principio de razonabilidad y proporcionalidad en el sistema penal	61
5. La proporcionalidad en los objetivos político-criminales y en la motivación de las decisiones judiciales	68



6. Proporcionalidad y consecuencias penales	
6.1 Sanción penal y restricción de derechos	
6.2 Proporcionalidad y medidas de seguridad	80
7. Proporcionalidad y duración del proceso	82
Capítulo III: La ley penal como intervención en los derechos fundamentales	87
1. La tesis de la intervención de la legislación penal en los derechos fundamentales	87
2. La ley penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales	90
3. El nuevo modelo de tutela jurisdiccional de los derechos	95
4. La constitucionalización del proceso: o el control constitucional y convencional de la justicia	101
4.1 La fundamentación teórica discursiva de los derechos está determinada por el modelo de estado democrático	102
4.1.1 El control de legalidad	107
4.1.2 El Control de constitucionalidad	108
4.1.3 El control de convencionalidad	109
5. El imperativo de tutela de los derechos	110
5.1 Las constituciones nacionales y las normas de la convención americana de los derechos humanos	111
Capítulo IV: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la constitucionalidad de la ley penal	115
1. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad	115
1.1 El análisis del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso	115
1.2 El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto	119



1.3 la intensidad de la aplicación de la regla del medio alternativo en el mandato de prohibición por exceso y por omisión o insuficiencia	122
2. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto	126
2.1 El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso	126
2.1.1 la colisión y su solución sin ponderación	129
2.1.2 entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación	131
2.2 examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia	136
3. La prohibición de acción insuficiente como una prohibición de regresión arbitraria	142
4. Los derechos fundamentales como marco de la legislación penal	145
5. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal	151
5.1 El concepto del principio de proporcionalidad	151
5.2 La interdicción del exceso	153
5.2.1 Sub-principio de idoneidad	154
5.2.2 Sub-principio de necesidad	155
5.2.3 Sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto	156
5.3 La prohibición de protección deficiente	159
5.3.1 El sub-principio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente	160
5.3.2 El sub-principio de necesidad de la prohibición de protección deficiente	161
5.3.3 El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente	162

Conclusión

Bibliografía





INTRODUCCIÓN

Es un dogma aceptado generalmente en la Teoría del Derecho Constitucional, que el Órgano Legislativo posee legitimidad política para legislar, esto incluye por supuesto, al ámbito de la legislación penal.

Lo afirmado anteriormente, es aplicable a la determinación, tanto de los tipos penales como de las penas.

Sin embargo, uno de los principios esenciales de la democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad en materia legislativa, deben ser tomadas por el Órgano Legislativo. No obstante ello, al consagrar la Constitución Política un catálogo de derechos fundamentales, y al regular aspectos de justicia constitucional inevitablemente se crea una tensión entre el principio democrático y el derecho fundamental a la libertad.

Esa tensión, más específicamente entre las decisiones de la mayoría parlamentaria y las concreciones que realiza la Corte de Constitucionalidad a partir de los derechos fundamentales, se expande por todas las áreas en que la



legislación se entrecruza con el contenido de tales derechos y origina, en sentido, la necesidad de delimitar la competencia de ambos órganos.

Uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión de competencias entre el legislador y la Corte de Constitucionalidad, es el ámbito del Derecho Penal.

Por una parte, se aduce que atribuir la categoría de punibles a determinados comportamientos que se consideran nocivos para la vida social y fijar las sanciones que deben ser impuestas en caso de que se realicen, es un asunto de política criminal, ajeno a todo tipo de postulados deducibles de los derechos fundamentales, y que por lo tanto, tales funciones deben dejarse en manos de los consensos y de las transacciones parlamentarias que se reflejan en la legislación.

Por otra parte, se afirma que la tipificación penal de una acción o comportamiento, implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que por lo tanto, a la Corte de Constitucionalidad 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 de los derechos fundamentales y que consiguientemente puede ser constitucional o inconstitucional.

También desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos constitucionales protegidos, puede abordarse la tensión entre la legislación penal y los derechos fundamentales.

En el Estado de Derecho, los derechos fundamentales no revisten sólo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional o de prestaciones efectivas, la faceta de derechos de protección, que exigen conductas positivas del poder público que los garanticen frente a sus propias actuaciones y frente a las acciones de terceros. Desde este punto de vista, toda ley penal aparece como una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales. Por esta vía se sostiene entonces que el legislador penal no sólo puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad de sus medidas (por ejemplo, la vulneración del derecho de libertad a causa de una pena exagerada), sino también porque la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales que se lo ordenan.



De lo anterior se puede concluir que la facultad del legislador para restringir derechos en desarrollo del *ius puniendi*, no es ilimitada. 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.

La Constitución Política de la República, en su artículo 5º, establece la “libertad de acción”, concebida como un derecho fundamental que debe ser garantizado por los Órganos del Estado competentes. Esta libertad protegida y garantizada por la Constitución Política, no debe entenderse como una “libertad positiva”, es decir, aquella que le viene atribuida al sujeto únicamente como la libertad de acometer aquellas conductas que sean razonables o necesarias; sino como una “libertad negativa”, es decir, como la libertad de hacer u omitir lo que se quiera, ya que la “libertad positiva” es un concepto más bien ligado a los Estados autoritarios, que se arrogan el poder de definir las concepciones del bien que el ciudadano luego debe asumir como propias.

De la legitimidad política que el Órgano Legislativo posee para aprobar y promulgar leyes penales, no puede deducirse que el legislador penal esté sustraído al control de constitucionalidad o que este control solo deba limitarse a lo evidente, es decir, a sancionar los excesos, pues esto implicaría que el control de constitucionalidad de leyes penales solo se restringiera a los aspectos formales



(que sea respetado el procedimiento legislativo y la reserva de ley) y a los límites materiales que la Constitución traza explícitamente a la Ley Penal.

La función de la jurisdicción constitucional no consiste únicamente en suprimir las limitaciones arbitrarias que el legislador imponga a los derechos fundamentales, sino también aquellas que sean innecesarias, inútiles o desproporcionadas. Incluso el ejercicio de la reserva de Ley Penal debe ejercerse dentro del marco que la Constitución le traza al Organismo Legislativo.

Por lo tanto, la Ley Penal no representa la definición del contenido de la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, sino un conjunto de intervenciones en el ejercicio de esa libertad, que en todo caso deben estar justificadas por la protección de otros derechos y bienes jurídicos.

A pesar de que en el ámbito penal no se disponga siempre de certidumbres que provean al Juez de objetividad para decidir, lo cierto si es que, por un parte, la libertad no admite injerencias legislativas excesivas y por otra, los derechos fundamentales y demás bienes garantizados por la ley penal, no se conforman con cualquier tipo de medidas protectoras.



Toda ley penal, es una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de manera que toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado, y debe ser función de la Corte de Constitucionalidad, llevar a cabo un control efectivo de esas intervenciones para establecer su legitimidad y su proporcionalidad.

El efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros por consiguiente, cuando más importante sean los derechos que deban ser protegidos, más severa deberá ser la pena, y aunque la gradación de las penas sea un asunto confiado en principio al legislador, su ejercicio debe llevarse a cabo con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución.

El legislador guatemalteco, no cuenta con un mecanismo técnico que le permita predeterminar las penas para los delitos de una forma proporcional, la constitución de la república no establece taxativamente o desarrolla el principio de proporcionalidad, para que exista proporcionalidad entre las penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por ello que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, mas no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal, provocando esto una distorsión del principio de proporcionalidad el cual establece que mayor restricción de la libertad



mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión ha ocasionado que en actualidad infracciones menores tengan penas más severas equiparables a las infracciones más graves y viceversa.

El legislador debe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuánta pena para un delito? Y al querer dar una respuesta coherente debe tener presente la necesidad de aplicación de herramientas técnicas que le permita fijar las penas de un modo técnico, de tal manera que estas sean proporcionales a la gravedad de la infracción cometida.



CAPITULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LEGISLACIÓN PENAL

1. LA INJERENCIA DEL LEGISLADOR EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL TIPIFICAR DELITOS Y CONSTITUIR SANCIONES PENALES

Uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el Legislador. Cuando este principio está tipificado por una Constitución que además consagra un catálogo de derechos fundamentales y un sistema de justicia constitucional, se institucionaliza una tensión constante e irreductible entre la democracia y la libertad o, más específicamente, entre las decisiones de la mayoría parlamentaria y las concreciones que efectúan los Tribunales Constitucionales a partir de los derechos fundamentales.

Esta tensión 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 la de los Tribunales Constitucionales.

El derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión de competencias entre el legislador y los Tribunales Constitucionales. En este ámbito, la controversia se plantea sobre todo entre situaciones. Por una parte, se argumenta que atribuir la categoría de punibles a



determinados comportamientos que se consideran nocivos para la vida social las sanciones que deben ser impuestas en caso de que se realicen, es un asunto político criminal, ajeno a todo tipo de certezas deducibles de los derechos fundamentales, y que por tanto debe dejarse en las manos de los consensos y las transacciones parlamentarias que se reflejan en la legislación.

Desde el punto de vista opuesto, se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a los Tribunales Constitucionales les compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos.

En otras palabras, se señala que toda ley penal implica una intervención en los derechos fundamentales y que por consiguiente, puede ser constitucional o inconstitucional. Por último, se discute la tensión entre la legislación penal y los derechos fundamentales desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos tutelados.

En palabras de Osuna: “en el Estado social de derecho, los derechos fundamentales no revisten solo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional, la faceta de derechos de protección, que exigen conductas positivas del poder público que los



garanticen frente a sus propias actuaciones”¹ y Julio agrega que: “también frente a las acciones de terceros”².

“Desde este punto de vista, toda ley penal aparece como una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales”³. Por esta vía se sostiene entonces, que el legislador penal no sólo puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad de sus medidas (por ejemplo, la vulneración del derecho de libertad a causa de una pena excesiva), sino también porque la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales que se lo ordenan.

2. EL OBJETO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

El derecho fundamental al debido proceso es un derecho complejo que se proyecta en todos los ámbitos de la vida pública y privada y que se ha institucionalizado en las Constituciones en diversas reglas y principios. Aunque estas reglas y principios se refieran casi por entero al debido proceso que debe aplicarse en la jurisdicción y en la administración, aspectos que aquí ocuparán el núcleo del análisis, debe enfatizarse que, por su carácter estructural para la democracia y el

¹ Osuna, N. TUTELA Y AMPARO. DERECHOS PROTEGIDOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997. Pp. 72.

² Julio Estrada, Alexei. LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. Pp. 125.

³ Mir Puig, S. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1994. Pp. 37.



Estado de derecho, el debido proceso también debe aplicarse en las demás actuaciones estatales y particulares.

De este modo, existe un debido proceso legislativo, un debido proceso en las actuaciones que llevan a cabo los organismos de control, los órganos de las entidades locales y nacionales, la banca central, el poder constituyente derivado y los particulares.

En relación con este último aspecto, debe recordarse que el debido proceso es uno de los derechos en los que la *doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales* ha incidido con mayor profundidad en nuestro ordenamiento jurídico. En una extensa jurisprudencia algunos Tribunales Constitucionales de Europa y de Latinoamérica, han enfatizado que “particulares como los colegios, las universidades y los empleadores deben respetar el derecho al debido proceso cuando lleven a cabo actuaciones que impliquen afectaciones a derechos sustanciales de los individuos que en relación con ellos se hallan en una posición de subordinación”⁴.

El análisis debe centrarse en los principios y las reglas que conforman el contenido constitucional del debido proceso y que se aplican en el ámbito jurisdiccional y administrativo. El respeto del debido proceso en este ámbito se justifica porque las

⁴ Julio Estrada, Alexei. Op. Cit. Pp. 223.



reglas procesales “configuran instrumentos para realizar objetiva y oportunamente el derecho material”⁵.

Según esta doctrina “ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora”⁶.

En este sentido, las garantías del debido proceso aseguran a la persona sometida a cualquier proceso “una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho”⁷.

Por esta razón: “resulta contrario al ordenamiento jurídico que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos proceda conforme a su voluntad, desconociendo las pautas que la ley ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en un vía de hecho, por la vulneración al debido proceso”⁸.

⁵ Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005. Pp. 352.

⁶ IBIDEM. Pp. 352.

⁷ IDEM. Pp. 352.

⁸ IDEM. Pp. 352.



Desde este punto de vista, el debido proceso es un derecho fundamental que también goza de una dimensión de derecho de defensa, cuya finalidad es “proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e interés legítimos de aquellas”⁹.

Observado desde esta perspectiva, y como sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-8383 de 2000, “es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales”.

Sin embargo, esta dimensión subjetiva del derecho fundamental al debido proceso es correlativa a una dimensión objetiva. El respeto al debido proceso se erige como un presupuesto indispensable para garantizar el cumplimiento cabal de los fines del Estado, contenidos en el ordenamiento jurídico, en especial aquéllos que aparecen especificados en el artículo 2º. C.P.: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en el texto constitucional. El respeto al debido proceso es una exigencia *sine qua non* para la garantía de los demás principios derechos y deberes sustanciales, en particular aquellos que establece la propia Constitución. Así lo mantuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 2001, en los siguientes términos: “El debido proceso, consagrado de manera explícita en el artículo 29 de la Constitución, compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a

⁹ Barrios González, Boris. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DE LA JUSTICIA DE REGLAS A LA JUSTICIA DE PRINCIPIOS. Editorial Ubijus. México. 2014. Pp. 89.



su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia en su última y razón de ser del ordenamiento positivo”.

Dichos principios y garantías se convierten así en normas rectoras a las cuales deben ajustarse tanto las autoridades como las partes que intervienen en el proceso pues su desconocimiento acarrea la violación de la Constitución y de los Tratados Sobre Derechos Humanos.

Este pronunciamiento resalta claramente la sujeción de las autoridades judiciales al derecho fundamental al debido proceso, como también que el ejercicio de sus funciones públicas se encuentra delimitado por el marco de lo jurídicamente autorizado. Así, ninguna autoridad judicial podrá traspasar los márgenes de jurisdicción en el ejercicio de sus competencias, pues ellas no le han sido dadas como fin sino como medio para conseguir la protección y garantía de la recta administración de justicia.

“Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia (y en ella más que en ninguna otra) está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar



apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene una persona a la recta administración de justicia”¹⁰.

De este modo, si la jurisdicción no imparte una recta administración de justicia y, por ejemplo, dicta una sentencia que adolece de vicios o errores de derecho, violará el derecho fundamental al debido proceso. En general, se produce una violación semejante de este derecho fundamental siempre que se desconozcan las reglas de procedimiento por parte de los funcionarios encargados de conducir el proceso. Además de ello, los actos efectuados sin reconocimiento de las mencionadas reglas de procedimiento adolecerán de nulidad.

La pregunta que, sin embargo, puede plantearse a partir de lo anterior es si cualquier trasgresión, por mínima que sea, del procedimiento previsto por la ley tiene relevancia constitucional como violación del derecho fundamental al debido proceso.

Como es apenas previsible, la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales ha respondido este interrogante de forma negativa.

Algunos Tribunales Constitucionales han sentado una diferencia crucial entre el debido proceso constitucional y el debido proceso legal. En el plano constitucional, se sostiene que “el debido proceso garantiza que el diseño de los procedimientos judiciales y administrativos esté rodeado de los elementos requeridos –defensa,

¹⁰ Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. Pp. 354.



contradicción, etc.– para que el procedimiento resulte compatible con el orden constitucional. Se trata, por decirlo de alguna manera, de garantizar que el proceso sí mismo no resulte una mera pantomima o remedo de actuación judicial o administrativa y que, además, conduzca a la realización de su propósito. También involucra, en su fase operativa, que se respeten las formas y los momentos establecidos legalmente”¹¹.

Según esta jurisprudencia, éste debido proceso constitucional no debe confundirse con el debido proceso legal, que se refiere “al desarrollo legislativo de los principios constitucionales que conforman el contenido de este derecho fundamental”¹².

Ahora bien, esta diferencia tiene una muy significativa relevancia en la práctica. Mientras las vulneraciones al debido proceso constitucional pueden ser objeto de acción de tutela y conducen en este o en otro procedimiento de control de constitucionalidad a la declaración de inconstitucionalidad de los actos que conforman el procedimiento trasgresor, “aquellas infracciones menores que no trascienden al proceso o que no afectan su compatibilidad con la Constitución no tienen relevancia constitucional”¹³.

¹¹ IBIDEM. Pp. 354.

¹² Pansini, Gustavo. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO PENAL. Editorial Temis. Colombia. 2000. Pp. 78.

¹³ Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. Pp. 355.



Dicho en otras palabras, las violaciones al debido proceso legal no tienen relevancia constitucional, a menos que trasciendan por su entidad al ámbito constitucional y se conviertan en violaciones indirectas del debido proceso constitucional.

La consecuencia de esta distinción lleva entonces a preguntar cuáles son las características y los contenidos del debido proceso constitucional.

El debido proceso, “en tanto que derecho constitucional, contiene elementos autónomos y determinantes para lograr la dignidad humana y para generar condiciones bajo las cuales se garanticen los elementos necesarios para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella, que definen la calidad de fundamental de un derecho”¹⁴.

Entre dichos elementos se encuentran el derecho al juez natural, el derecho a presentar y controvertir las pruebas, el derecho de defensa y el derecho a una defensa técnica, el derecho a apelar (relativo en ámbitos no sancionatorios), y el principio de predeterminación de las reglas procesales (principio de legalidad), el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales (prohibición de juicios secretos).

¹⁴ Barrios González, Boris. Op. Cit. Pp. 92.



En algunos de estos principios que componen el contenido constitucional del debido proceso como un derecho fundamental complejo y que alguna doctrina denomina *principios integradores*, se debe centrar un análisis cuidadoso que permita su completa comprensión.

3. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN SENTIDO ESTRICTO

El primer contenido constitucional del derecho fundamental al debido proceso es *el principio del debido proceso en sentido estricto*. Según este principio: “en todas las actuaciones públicas y privadas deben seguirse las formas establecidas en las fuentes del derecho, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”¹⁵.

“El debido proceso es el conjunto de actuaciones que deben desarrollar los sujetos procesales y en donde es necesario respetar al máximo las formas propias de las ritualidades, por ende el legislador exige una mayor atención para asegurar al máximo los derechos sustantivos, puesto que entre más se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho, hace excluir por consiguiente cualquier acción *contra legem* o *praeter legem*, por parte de las autoridades y de los operadores jurídicos”¹⁶.

¹⁵ Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2015. Pp. 412.

¹⁶ IBIDEM, Pp. 418.



Es evidente que la demarcación legal de las funciones y los procedimientos de las autoridades deben seguir en ejercicio de sus poderes, constituye una garantía para el ciudadano en el Estado de derecho. Es una garantía contra la posible arbitrariedad de las actuaciones jurisdiccionales. Para que esta garantía sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales esté previamente definida por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los ciudadanos y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos.

“Esta previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso se denomina *las formas propias de cada juicio*, y se constituye por lo tanto en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, situación en la cual la actuación configura una vía de hecho”¹⁷.

De esta manera, se preserva el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley.

El *debido proceso en sentido estricto* es un principio constitucional transversal, que, en opinión de algunos autores, no se aplica sólo a las actuaciones judiciales y administrativas, sino a todas las actuaciones públicas y privadas. La tutela

¹⁷ Bernal Pulido Carlos, Op. Cit. Pp. 356.



jurisdiccional se revela como una garantía del cumplimiento de este principio tanto por parte de los poderes públicos como de los poderes privados.

El respeto de las formas procesales en las actuaciones públicas y privadas es una exigencia que se deriva del principio del Estado de derecho y del concepto de democracia. “Por esta misma razón, no es correcto suponer que este principio sólo se aplique en materia penal”¹⁸.

El respeto a las formas procesales es una garantía que se aplica a todos los procedimientos, así como el principio de legalidad. A estas garantías generales, sin embargo, se suman en el campo del derecho penal otras garantías específicas como: “entre otras, las reglas de la aplicación preferencial de la permisiva o favorable sobre la ley restrictiva o desfavorable aun cuando sea posterior; la presunción de inocencia, el derecho de defensa y asistencia legal; el del proceso público y expedito; la posibilidad de presentar y controvertir las pruebas en derecho y la oportunidad de oponerse a las sentencias condenatorias y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”¹⁹.

Estas garantías específicas tienen una especial aplicación en el derecho sancionatorio porque: “toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan

¹⁸ Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. Pp. 22.

¹⁹ Bernal Pulido, Carlos. Op. Cit. Pp. 357.



de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales”²⁰.

Por consiguiente: “los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia”²¹.

El Estado no puede condenar a un individuo sino sobre la base de haberlo oído y vencido en juicio, esto es, la decisión de la autoridad que impone sanción al inculpado como consecuencia de su conducta: “únicamente puede estar fundamentada en que se haya discernido y declarado que es culpable, desvirtuando la presunción de inocencia dentro de un esquema procesal ajustado a las normas que aseguran sus posibilidades de defensa y contradicción”²².

4. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El segundo de los principios integradores del debido proceso es el principio de legalidad. Este principio puede definirse en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”²³.

²⁰ Peña Freire, Antonio Manuel. LA GARANTÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp. 246.

²¹ García Ramírez, Sergio. EL DEBIDO PROCESO. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Editorial Porrúa. México. 2012. Pp. 23.

²² Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Editorial Palestra. Lima. 2007. Pp. 129.

²³ Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Pp. 287.



Esta definición del principio de legalidad se refiere específicamente al ámbito penal, que, como es bien sabido, es el espectro en el que conoció sus orígenes dentro del Estado de derecho, aunque luego se amplió a otros múltiples ámbitos, sobre todo a aquellos que tienen un carácter sancionatorio.

El principio de legalidad tiene dos dimensiones: una formal y una material. En su dimensión material, relevante en el derecho penal y en general en el derecho sancionatorio, este principio “exige que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deben aparecer especificadas en una ley anterior al acto que se enjuicie”²⁴.

En este sentido, el principio de legalidad establece una reserva de ley para las prohibiciones, las penas y las sanciones. En su dimensión formal, en cambio, el principio de legalidad establece que “las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo. Dicho de otra manera, las actuaciones procesales de la jurisdicción deben estar previstas en una ley anterior y el poder judicial debe ajustarse por entero a dichas prescripciones”²⁵.

Las garantías procesales imprimen transparencia a las actuaciones y en general a todas las actividades públicas, por lo tanto, el señalamiento de las diversas etapas procedimentales han sido previamente determinadas por la ley, cuyo propósito

²⁴ Rolla, Giancarlo. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 120.

²⁵ IBIDEM. Pp. 121.



esencial es el del equilibrar las cargas procesales entre los sujetos que concurren en una diligencia judicial.

Por ello, los ciudadanos, sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones tanto administrativas como judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso.

En este orden de ideas “la función de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico; es decir, sólo puede ser ejercida dentro de los precisos términos establecidos con antelación por las normas generales y abstractas que vinculan positiva o negativamente a los servidores públicos; en consecuencia, estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia, es decir el debido proceso es el que tiene todo ciudadano a la recta administración de justicia”.²⁶

De forma análoga, alguna jurisprudencia constitucional ha sido perentoria al referirse a la dimensión material del principio de legalidad: “Cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”²⁷.

²⁶ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. P p. 359.

²⁷ ÍDEM. Pp. 359.



En su dimensión constitucional el principio de legalidad: “no se refiere al respeto de las exigencias legales de procedimiento, sino que comprende elementos más amplios, que en muchas ocasiones no pueden percibirse desde una perspectiva meramente legalista. Por una parte: “el principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de *lex praevia y scripta*”.²⁸

Por esta razón, si se trata del control de constitucionalidad de providencias judiciales, que se lleva a cabo mediante la tutela contra sentencias, este control debe limitarse a “verificar que se hubiese aplicado una norma vigente y existente en el ordenamiento”.²⁹

Sin embargo, por otra parte, el principio de legalidad debe entenderse como el “marco dentro del cual se desarrollan los restantes elementos del debido proceso”, es decir, el marco dentro del cual se desarrollan el derecho de defensa, el principio de contradicción y la prohibición de procesos secretos.

Desde esta perspectiva: “al juez constitucional le interesa que el procedimiento diseñado por el legislador respete tales elementos del debido proceso (por ejemplo, en sede de control de constitucionalidad)”.³⁰

²⁸ Ferrajoli, Luigi. Op Cit. Pp. 53.

²⁹ Andrés Ibañez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Op cit. Pp. 153.

³⁰ IBIDEM. Pp. 154.



Asimismo: “que, ante indeterminaciones, problemas interpretativos o cualquier otro tipo de dificultades dentro del trámite de una causa o litigio, las soluciones que adopte el juez respeten los diversos elementos del debido proceso, a partir de una interpretación sistemática y teleológica del respectivo régimen procedimental”.³¹

Este será el escenario central que concierne al debido proceso constitucional. El juez constitucional, no obstante: “tiene vedado inmiscuirse en asuntos reservados a otras jurisdicciones, como lo es el control de estricta legalidad del proceso”.³²

Si se aplica esta doctrina, debe concluirse entonces, por ejemplo, que, en lo concerniente al respeto de la dimensión formal del principio de legalidad, en el control de constitucionalidad que se desarrolla, a los Tribunales Constitucionales no les compete verificar que el procedimiento se haya cumplido en cada paso de cabalidad, sino que en los procedimientos surtidos se haya garantizado la correcta defensa de las partes y el pleno goce de los restantes elementos del debido proceso constitucional. De ello se sigue que: “salvo desvíos absolutamente caprichosos y arbitrarios –inobservancia de jurisprudencia obligatoria o decisiones carentes de justificación o motivación jurídica–, sólo serán objeto de revisión aquellas decisiones judiciales que no consulten los elementos del debido proceso constitucional y, en particular, que conduzcan a la inexistencia de defensa y contradicción dentro del proceso. Es decir, aquellas decisiones que anulen o restrinjan, de manera grave, el equilibrio procesal entre las partes; lo anterior equivale a decir que el juez

³¹ ÍDEM. Pp. 154.

³² ÍDEM. Pp. 154.



constitucional debe proteger a la parte procesal que ha quedado indefensa frente a los excesos del juez ordinario”.³³

Como consecuencia: “no toda irregularidad del proceso autoriza al juez constitucional a revertir la decisión judicial. Podrán presentarse situaciones que, en términos de estricta legalidad, demandan la anulación del proceso o de la sentencia por violación del debido proceso, pero que carecen de consecuencias constitucionales”.³⁴

5. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Otro de los principios integradores del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad. Este principio, que generalmente aparece institucionalizado en la ley, mediante la exigencia de un debido proceso público, se explica con fundamento en la propia idea del discurso.

“Si el procedimiento jurisdiccional ha de concebirse como un discurso en el que todos los interlocutores deben tener la posibilidad de participar mediante sus afirmaciones, argumentaciones, críticas, refutaciones y autocríticas sobre las pretensiones, las objeciones y las pruebas, necesariamente tal discurso debe ser

³³ Rolla, Giancarlo. Op Cit. Pp. 131

³⁴ IBIDEM. Pp. 132



público. Un proceso secreto está por tanto a la base de un discurso que se presta a la manipulación y a la iniquidad”.³⁵

Del mismo modo, el principio de publicidad, aplicado a las prohibiciones, penas y sanciones, es un correlato del principio de consentimiento. La ficción sobre la que descansa el ordenamiento jurídico es que todos conocemos la ley y que, por tanto, quien la rechaza lo hace en pleno consentimiento. Quien decide desobedecer la ley, consiente en que la sociedad le imponga la pena o la sanción prevista en la misma.

Dada su naturaleza y la finalidad filosófico-jurídica que cumple el proceso entre los ciudadanos, “se hace indispensable que él se tramite conforme a unas reglas mínimas que permitan a las partes, en igualdad de condiciones y de oportunidad, concurrir y actuar en el debate judicial”.³⁶

Una de estas reglas mínimas debe ser, en cualquier sociedad democrática, el principio de publicidad. Este principio “impide que existan en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales. La publicidad resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se profiriera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente notificado de la existencia de la demanda promovida en su contra. La publicidad es

³⁵ Bernal Pulido, Carlos. Op cit. Pp. 361.

³⁶ IDEM. Pp. 361.



una exigencia *sine qua non* para que pueda existir contradicción a lo largo del proceso”.³⁷

6. EL PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

El *principio del juez natural* establece que los juicios deben llevarse a cabo *ante juez o tribunal competente*. “El derecho al juez natural es un derecho a un juez preestablecido, con competencias fijadas en la ley y que de esta manera permita que en el juicio exista una garantía de imparcialidad. El principio del juez natural excluye la posibilidad de que existan jueces *ad hoc*, nombrados para el caso y que puedan resolver los conflictos jurídicos mediante apreciaciones preconcebidas, parciales, no basadas exclusivamente en el *imperio de la ley*”.³⁸

El juez natural, es aquél a quien la Constitución o la ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución. Dicha asignación se lleva a cabo mediante el otorgamiento de cada juez de una competencia. La competencia, a su vez, puede entenderse, como “la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores”.³⁹

³⁷ García Ramírez, Sergio. Op Cit. Pp. 34.

³⁸ Andrés, Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 423.

³⁹ IBIDEM. Pp. 424.



Entre los factores que debe reunir la asignación de una competencia judicial cuentan los siguientes: “la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial) y el factor de conexidad”.⁴⁰

Además de ello, la competencia que se fija mediante los factores descritos debe tener las siguientes características: “legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad, porque no se puede variar en el curso de un proceso (*perpetuario jurisdictionis*); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público, puesto que se funda en principios de interés general”.⁴¹

Estas características garantizan la efectividad del principio del juez natural, que de otra manera sería evanescente y susceptible de burlas.

Es necesario señalar que, en principio, la radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial no configura una decisión de índole constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi. Op cit. Pp. 67.

⁴¹ IBIDEM. Pp. 68



La asignación legal de una competencia a una autoridad judicial supone una determinación acerca del ejercicio de una función pública, en desarrollo de lo establecido en la ley.

Es por esta razón que, en principio, el legislador goza de un margen de acción para la determinación de las competencias judiciales. Deberá considerarse que el legislador sobrepasa ese margen de acción cuando dicha determinación de competencia no se hace de acuerdo con el marco constitucional o implica la alteración de una regla competencial directamente establecida por la Constitución.

Lo crucial para el respeto del principio de juez natural es que “no se altere la naturaleza de funcionario judicial y que no se establezcan jueces o tribunales *ad hoc*”.⁴²

Se necesita una previa definición de quiénes son los jueces competentes, que sean jueces lo que dicten el derecho, que estos tengan carácter institucional y que, una vez asignada debidamente la competencia para conocer de un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencia al interior de una institución.

Asimismo, este principio excluye la atribución de privilegios a la hora de atribuir competencias, como la que tendría lugar mediante las llamadas *jurisdicciones*

⁴² Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 363.



especiales en materia penal. Para oponerse a la creación de este tipo de jurisdicciones, algunos Tribunales Constitucionales, al pronunciarse sobre la creación de este tipo de jueces especializados para conocer de delitos que anteriormente eran competencia de los jueces regionales, han indicado que el principio del juez natural “garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial”.⁴³

El principio del juez natural y la exigencia que de éste se deriva, en virtud de la cual sólo los jueces deben tener competencia para decir el derecho, no es únicamente un principio integrador del debido proceso, sino una condición para el ejercicio del derecho constitucional a acceder a la justicia. Es por esta razón que, constituye una violación del derecho a acceder a la justicia el hecho de que una organización sancione o prohíba la iniciación de acciones judiciales en su contra.

Finalmente, debe distinguirse la delimitación del ámbito constitucional del derecho al juez natural de la fijación de reglas de competencia que corresponde al legislador.

Desde el punto de vista constitucional, en opinión de Bernal Pulido, “existiría una violación del principio del juez natural cuando:

⁴³ IBIDEM. Pp. 363.



- i. Se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución;
- ii. Cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquellas que proscriben el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas;
- iii. Cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Constitución;
- iv. Cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal);
- v. Cuando se realizan juicios *ex post* con tribunales *ad hoc*; y
- vi. Cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria”.⁴⁴

7. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El principio de favorabilidad es otro de los principios integradores del debido proceso que se aplica sobre todo en materia penal y que se puede definir en los siguientes términos: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.⁴⁵

Un principio básico del derecho es que las leyes rigen a partir de su promulgación, a menos que la misma ley indique otra fecha, evento en el cual la nueva ley no puede desconocer derechos adquiridos. El principio de favorabilidad impone

⁴⁴ IBIDEM. Pp. 364.

⁴⁵ Rolla, Giancarlo. Op Cit. Pp. 145



ciertos matices a este principio básico del derecho. De este modo, “en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia”.⁴⁶ Este fenómeno se denomina ultractividad de la ley penal.

Junto a la ultractividad de la ley, el principio de favorabilidad también puede implicar el fenómeno contrario: la retroactividad: “cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia”.⁴⁷

8. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es otro de los principios integradores del debido proceso constitucional. Esta presunción de inocencia se puede definir en los siguientes términos: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.⁴⁸

De acuerdo con esta presunción, el sujeto a quien posiblemente deba imponérsele una sanción se presume inocente, a menos que existan pruebas fehacientes que demuestren lo contrario.

⁴⁶ IBIDEM. Pp. 146.

⁴⁷ IBIDEM. Pp. 146.

⁴⁸ Peña Freire, Antonio Manuel. Op Cit. Pp. 278



Como es bien sabido, presumir algo es suponer que existe y que es indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio del constituyente o del legislador, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican de modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

De esta manera, la presunción de inocencia impone la carga de la prueba a quien acusa, señaladamente a los órganos estatales que cumplen esta función. La labor de estos órganos consiste en demostrar, sin que quede ningún atisbo de duda, que el acusado es responsable del hecho que se le imputa y que, por tanto, se hace merecedor de la sanción prevista en el derecho. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* o legal, es decir, no es absoluta, puesto que las pruebas de cargo pueden dar con ella al traste. Sin embargo, sólo puede quedar desvirtuada definitivamente cuando se dicta una sentencia que tenga ese carácter.

En este sentido, la presunción de inocencia “excluye, por tanto, toda predeterminación legal de la responsabilidad penal, todo prejuzgamiento por parte del juzgador en el caso concreto, toda presunción de culpa y toda forma de responsabilidad objetiva”.⁴⁹

⁴⁹ IBIDEM. Pp. 279.



Ningún órgano estatal puede presumir la responsabilidad penal de nadie. La responsabilidad penal y la culpabilidad, por el contrario, deben demostrarse con plena certeza “en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa”.⁵⁰

Cualquier tipo de responsabilidad penal objetiva o cualquier norma que presuma la culpabilidad del imputado, por tanto, están proscritas del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la presunción de inocencia tiene el rango de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Como derecho de esta índole, esta presunción establece que “el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia, y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente”.⁵¹

Es un derecho que “acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada a convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado”.⁵² Esto es así porque, ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in*

⁵⁰ IBIDEM. Pp. 279.

⁵¹ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. 367.

⁵² Peña Freire, Antonio Manuel. Op Cit. Pp. 280.



dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado. esta razón que la presunción de inocencia es la institución jurídica más importante la que cuentan los particulares para resguardarse de la posible arbitrariedad de las actuaciones del Estado, cuando ejerce el *ius puniendi*. Como consecuencia, no sólo es un principio propio del debido proceso, sino una garantía de la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre.

Es importante resaltar que algunas de las denominadas *leyes del derecho penal del enemigo* contienen una clara violación constitucional a este principio al invertir la carga de la prueba y obligar al imputado a demostrar su inocencia, esto constituye una grave violación no sólo a la Constitución sino a los tratados sobre derechos humanos, pero esta legislación se ha promulgado debido a la presión internacional que los países que constituyen el principal destino o mercado de drogas han ejercido sobre los países en desarrollo y a la débil o inexistente oposición en detrimento de la soberanía nacional, que es culpa de algunos funcionarios públicos que han permitido tales abusos.

9. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de



defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte del mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas.

Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar, el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica.

Una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho de defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí obren.

Es por esta razón que es contraria al debido proceso “una situación de absoluta imposibilidad del procesado para conocer que se le adelantaba un proceso y, por tanto, para ejercer su derecho constitucional a defenderse. El Estado debe garantizar que los procesados tengan efectiva y real oportunidad de hacer valer sus razones durante la investigación y el juicio”.⁵³

La finalidad del respeto del derecho a la defensa no radica únicamente en la protección de los derechos fundamentales del individuo procesado, sino también en la búsqueda de la verdad.

⁵³ García Ramírez, Sergio. Op Cit. Pp. 41



A este respecto señala Klaus Tiedemann: “es irrenunciable que el inculpa- pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión. La exposición del caso del inculpa- sirve no sólo al interés individual de éste, sino también al hallazgo de la verdad. La meta procesal del esclarecimiento de la sospecha se alcanza en la mejor forma por medio de un proceso dialéctico, en el que se pongan a discusión aspectos inculpatorios y exculpatorios, así como argumentos y contra argumentos ponderados entre sí”⁵⁴.

Por esta razón: “la garantía del derecho al debido proceso carecería de sentido si a ella no estuviera incorporado el derecho de defensa, que es elemento esencial insustituible e imprescindible del debido proceso”.⁵⁵

Por otra parte, una de las proyecciones más importantes del derecho a la defensa es aquélla que tiene que ver con la posibilidad de contradicción de las pruebas. De este modo “el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas presentadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quién acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria”.⁵⁶

⁵⁴ Tiedemann, Klaus. EL DERECHO PROCESAL PENAL. Citado por: Gómez Colomer, Juan Luis. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. Pp. 184.

⁵⁵ García Ramírez, Sergio. Op Cit. Pp. 43

⁵⁶ IBIDEM. Pp. 44.



El procesado tiene derecho a que se practiquen todas las pruebas decretadas por el juez. En este sentido: “la práctica de la integridad de las pruebas que hayan sido solicitadas por el procesado y decretadas por el juez hace parte del debido proceso, y este derecho fundamental resulta vulnerado cuando la autoridad judicial obra en sentido diferente. La persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se presenten en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia”.⁵⁷

Este derecho, con todo, no elimina las competencias que tiene el juez para valorar la necesidad de las pruebas. El juez tiene una oportunidad procesal para definir si esas pruebas solicitadas son pertinentes, conducentes y procedentes, y si en realidad, considerados evaluados y ponderados los elementos de juicio de los que dispone, ellos contribuyen al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad penal del procesado. Y, por supuesto, le es posible negar algunas de tales pruebas, si estima fundadamente que los requisitos legales no se cumplen o que en el proceso respectivo no tienen lugar.

Sin embargo, tal decisión judicial tiene que producirse en la oportunidad procesal que corresponde al momento en el cual el juez resuelve sobre la admisibilidad de las pruebas; si accede o no –en todo o en parte– a lo pedido por el defensor, motivando su resolución.

⁵⁷ IBIDEM. Pp. 45.



Por último, el derecho de defensa no incluye sólo el derecho a oírse, sino además a que se analicen, se valoren y se tomen en cuenta para la toma de las decisiones judiciales. Una de las formas más graves, de desconocer el debido proceso consiste en que el juzgador, al proferir sus providencias, funde sus decisiones sin realizar un completo y exhaustivo análisis de las pruebas, o sin la debida valoración del material probatorio presentado al proceso o, lo que es peor, ignorando totalmente su existencia.

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas, necesarias para ilustrar el criterio del juzgador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado de derecho.

En lo que concierne al ámbito de aplicación del derecho a la defensa, las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas. Desde este punto de vista, estas garantías “constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.⁵⁸

⁵⁸ Peña Freire, Antonio Manuel. Pp. 289.



Por esta razón, el derecho de defensa ha de ser de aplicación universal. La concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia implica que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante, pues a la conciencia jurídica de hoy la repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella”.⁵⁹

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que todos los procesos deban ser iguales, ni que el ejercicio del derecho de defensa deba ser idéntico en todos los tipos de procedimientos. En este terreno la Constitución también reconoce al legislador un margen de acción. “De la sola consagración del debido proceso como derecho fundamental no puede derivarse, en manera alguna, una idéntica regulación de sus distintos contenidos para los procesos que se regulan en las distintas materias jurídicas pues, en todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la Constitución, debe advertirse un espacio apto para el ejercicio del poder de configuración normativa que el pueblo ejerce a través de sus representantes”.⁶⁰

⁵⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Op Cit. Pp. 143.

⁶⁰ IBIDEM. Pp. 143.



10. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD

El principio de celeridad también integra el derecho fundamental al debido proceso. Este principio puede definirse en los siguientes términos: “Quien sea sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.⁶¹

Según el principio de celeridad, el proceso debe llevarse a cabo de forma rápida, sin dilaciones injustificadas. No obstante, el prurito por extremar la celeridad del proceso no debe llevar a precluir etapas del mismo ni a que, como consecuencia, se afecte el derecho de defensa. Las personas tienen derecho a que el proceso se adelante sin dilaciones injustificadas pero igualmente que sea un debido proceso lo cual supone que el imputado tenga la posibilidad efectiva de preparar, con la asistencia técnica de un abogado, sus estrategias de defensa, lo cual incluye obviamente la facultad de solicitar y presentar las pruebas que juzgue pertinentes y conducentes, así como de controvertir aquellas que sean presentadas en su contra.

De este modo, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no puede ser un principio absoluto, sino que implica “un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa”.⁶²

Como consecuencia, es tarea del legislador buscar armonizar el principio de celeridad, que tiende a que el proceso se tramite en el menor lapso posible, y el

⁶¹ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 371.

⁶² IBIDEM. Pp. 372.



derecho de defensa que implica que “la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa”.

11. EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

El principio de la doble instancia es otro principio integrador del debido proceso, muy ligado a los derechos de defensa y de contradicción, en la medida en que posibilita el ejercicio de la defensa contra las decisiones judiciales. El principio de la doble instancia alude al derecho a impugnar la sentencia condenatoria, en el sentido que, toda sentencia judicial podrá ser apelada o impugnada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El contenido de este principio consiste en el derecho a que la sentencia judicial pueda ser revisada por el superior del juez que la emitió y se hace efectivo por vía de la apelación o por vía de cualquier otro recurso que contemple la ley. Con ello “se garantiza que el punto que es objeto de decisión judicial pueda ser examinado por dos funcionarios diferentes, el de la primera instancia y su superior”.⁶⁴

En este sentido, el principio de la doble instancia y la posibilidad de controvertir la decisión judicial otorgan su sentido al recurso de apelación. Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de

⁶³ IBIDEM. Pp. 372.

⁶⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Pp. 291.



impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio previo análisis de juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el *a quo*. La procedencia de este medio de impugnación está determinada en los estatutos procesales atendiendo a la naturaleza propia de la actuación y a la calidad o el monto del agravio inferido a la respectiva parte.

Sin embargo, el principio de la doble instancia admite ciertas excepciones, es decir, que es posible que existan procesos judiciales en los cuales no exista una segunda instancia. En este sentido podría decirse que no es forzosa y obligatoria la garantía de la doble instancia en todos los asuntos que son materia de decisión judicial. Ello es así porque la ley está habilitada para introducir excepciones, siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso, el derecho de defensa, la justicia, la equidad y no se niegue el acceso a la administración de justicia.

Lo anterior quiere decir que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, sino que en este ámbito se reconoce que el legislador ostenta un margen de actuación. Sin embargo, en ejercicio de este margen de actuación, el legislador no puede introducir diferenciaciones irrazonables y desproporcionadas, que resulten violatorias del principio a la igualdad. Sobre este aspecto, del contenido normativo del principio de la doble instancia se desprende que este principio: “no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra



providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad. En tal virtud, so pretexto de ejercer la competencia que emana de la referida disposición, no le es dable al legislador al regular la procedencia de la apelación o de la consulta establecer tratos diferenciados que carezcan de una legitimación objetiva, en cuanto a los fundamentos de hechos y de derechos que los justifican, su finalidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad”.⁶⁵

La consagración de procesos de única instancia en algunas Constituciones, corrobora que el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto. En este sentido, el legislador está autorizado “para indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, pudiera consagrar”.⁶⁶

12. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LAS NORMAS SUSTANCIALES

Por último, pero sin agotarlos, otro de los principios integradores del debido proceso es el principio de prevalencia de las normas sustanciales. Este principio es aquel según el cual las actuaciones de la administración de justicia “serán públicas y

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi. Op Cit. Pp. 71.

⁶⁶ IBIDEM. Pp. 71.



permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalece el derecho sustancial”.⁶⁷

El principio de prevalencia de las normas sustanciales implica un verdadero cambio de paradigma con el derecho constitucional y ordinario anterior. En la tradición anterior se consideraba el procedimiento como un fin en sí mismo, desvinculado de su nexos con las normas sustanciales. En el nuevo derecho constitucional, en cambio, las garantías del derecho procesal se vinculan inescindiblemente a la efectividad del derecho sustancial. Las Constituciones contemporáneas han modificado profundamente las formas procesales: “las han dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales”.⁶⁸

Con ello, las Constituciones contemporáneas han generado un auténtico vuelco en el proceso, han dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera, sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables, pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso.

⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 375.

⁶⁸ IBIDEM. Pp. 375.



Así, han generado una nueva percepción del derecho procesal pues han impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y; al reconocer a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; han generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos; han tornado viable su protección por los jueces de tutela y han abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal.

Ahora bien, la razón de este cambio de paradigma es bastante evidente. Lo que persigue el principio de prevalencia del derecho sustancial es el reconocimiento de que las finalidades superiores de la justicia no pueden resultar sacrificadas por razones consistentes en el culto ciego a reglas procesales o a consideraciones de forma, que no son estrictamente indispensables para resolver el fondo de los casos que se someten a la competencia del juez. En este sentido: “las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en lo que atañe a trámites y procedimientos están puestas al servicio del propósito estatal de realizar materialmente los supremos valores del derecho, y no a la inversa. O, en otros términos, las formas procesales no se justifican en sí mismas sino en razón del cometido al que propenden: la administración de justicia”.⁶⁹

⁶⁹ Rolla, Giancarlo. Op Cit. Pp. 153.



Todo esto no quiere decir, sin embargo, que el derecho constitucional de habeas corpus deje sin efecto el rigor de las formas procesales e implique la laxitud amañada del derecho procesal. Es imperioso reafirmar que el cumplimiento estricto del derecho procesal también es una garantía democrática del Estado de derecho para la obtención de la eficacia de los derechos sustanciales y de los principios básicos del ordenamiento jurídico. Todos los elementos del proceso integran la *plenitud de las formas propias de cada juicio*, como parte del derecho fundamental al debido proceso, y por lo tanto, no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el derecho material se realice objetivamente y en su oportunidad. Sin embargo, éste y sólo éste es su sentido, de tal manera también supone una violación del debido proceso el extremo ritualismo que hace sucumbir al derecho sustancial en medio de la maraña de formas procesales.





CAPITULO II

LA TIPIFICACIÓN DE UN DELITO Y LA FIJACIÓN DE LA PENA COMO EJERCICIO DE POLÍTICA LEGISLATIVA

1. CONTROL CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA LEGISLATIVA

Es indiscutible que tanto la tipificación penal de una conducta como la fijación de la pena son asuntos que se enmarcan dentro de la competencia del legislador. Sin embargo, de lo anterior no se deduce que la legislación penal esté exenta del control de constitucionalidad.

Por el contrario, 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”⁷⁰; o, en otros términos, “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”.⁷¹

Sin embargo, esta sujeción del derecho penal a los derechos fundamentales no implica reconocer que las Constituciones hayan definido *ab initio* y de una vez por todas el contenido de la legislación penal. Dicho metafóricamente, la Constitución no se perfila como un microcosmos de la legislación penal, en el que ya se encuentran

⁷⁰ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 117.

⁷¹ IBIDEM. Pp. 117.



definidos *in nuce* todos los tipos penales y todas las penas adecuadas para cada momento histórico. Se trata justo de todo lo contrario. Dentro de los amplios márgenes de la Constitución, el legislador está dotado de un espacio de 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.

A través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las sanciones y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más 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”.⁷²

Como correlato de esta doctrina, algunos Tribunales Constitucionales se han restringido a sí mismos en el ejercicio del control sobre las leyes penales, es decir, han declinado todo intento de fiscalizar al detalle la compatibilidad de las medidas adoptadas por el Congreso con los derechos fundamentales. En alguna reconocida doctrina este fenómeno se ha conocido como *la tesis estricta de la autocorrección*.

La aplicación de esta tesis ha llevado a algunos Tribunales Constitucionales a estimar, por ejemplo, que la facultad de establecer regulaciones punitivas más o

⁷² Peña Freira, Antonio Manuel. Op Cit. 302.



menos favorables a los derechos fundamentales que la Constitución le ha atribuido al Congreso, cobija también la potestad de determinar el momento en que éstas deben comenzar a regir. En el mismo sentido, se ha señalado que “definir las causales de extinción del proceso penal es una competencia exclusiva del legislador”.⁷³

Dentro de esta misma doctrina se ha afirmado que la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces.

Si los Tribunales Constitucionales entraran en estos ámbitos: “estarían distorsionando el sentido del control constitucional y llegarían a decisiones que versan sobre asuntos de pura conveniencia reservados a la rama legislativa del poder público”.⁷⁴

De este modo, mientras no incurra en una vulneración palmaria de los derechos fundamentales “bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del

⁷³ IBIDEM. Pp. 302.

⁷⁴ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 118



mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando en un conglomerado".⁷⁵

También dentro de la misma doctrina se afirma que, la competencia de establecer los nuevos hechos punibles, y determinar la jerarquía de los mismos, así como establecer las sanciones y los procedimientos aplicables a los hechos punibles, radica exclusivamente en el legislador; o, 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.

Existe un buen número de poderosos argumentos que hablan a favor de la *tesis estricta de la autoorrestricción*. Cuatro son los argumentos más importantes que justifican esta tesis: el argumento de la falta de certeza, el de la reserva de ley penal, el de los derechos de protección y el de la libertad positiva.

1.1 EL ARGUMENTO DE LA FALTA DE CERTEZA

Este argumento sostiene que las preguntas de si es correcto punir una conducta y de cuál debe ser la pena a imponer en caso de que se ejecute no tienen una respuesta que pueda deducirse con certeza de los derechos fundamentales o que logre concitar un consenso social extendido y unívoco. Se aduce que la solución a

⁷⁵ IBIDEM. Pp. 118-119.



interrogantes tales como si debe punirse el consumo de droga o el aborto, en qué circunstancias y con qué penas, no puede derivarse directamente de las disposiciones de la Constitución.

Más bien, se trata de problemas controvertidos en la sociedad, que rehúsan cualquier tipo de consenso y que, por lo tanto, no tienen por qué ser decididos por los jueces, sino por el Legislador elegido democráticamente.

Algunos Tribunales Constitucionales han reconocido el peso de este argumento y algunos de sus alcances. Respecto al derecho disciplinario, es necesario reconocer la existencia de una amplia disparidad de apreciaciones en el concierto social acerca del rigor, estrictez, naturaleza y extensión de las diferentes penas y sanciones. Se entrelazan en esta materia concepciones disímiles sobre la función de la pena a la que puede imprimírsele un carácter expiatorio, resocializador o intimidatorio, dependiendo del momento histórico y de las ideas que prohíje la persona o el grupo social. No será difícil encontrar voces que, acremente recriminen la pena por su benignidad junto a otras que se duelan de su rudeza.



1.2 EL ARGUMENTO DE LA RESERVA DE LA LEY PENAL

El segundo argumento se deriva del anterior. Si no existe certeza acerca de la corrección de los tipos penales y de las penas, es lógico pensar que la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva sea un asunto reservado solo al legislador. Este sería el sentido de las disposiciones que, correlativamente, sustraerían estos asuntos de la competencia de la administración y de la jurisdicción (incluida la constitucional).

1.3 EL ARGUMENTO DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN

En tercer lugar, aparece el argumento de los derechos de protección. De acuerdo con este argumento, la aceptación de que los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales (por ejemplo, la preservación del orden económico o del medio ambiente) revisten también la faceta de derechos y bienes de protección y ello implica atribuir al legislador la competencia para crear tipos penales e imponer sanciones con un amplísimo margen de discrecionalidad. Como consecuencia, verbigracia, “el problema de si un derecho o un bien debe ser protegido mediante normas penales o si, por el contrario, debe garantizarse por medio de otras estrategias menos severas no aparece decidido por la Constitución ni puede ser resuelto por la jurisdicción”.⁷⁶

⁷⁶ IBIDEM. Pp. 120.



Sólo al legislador compete establecer la necesidad de utilizar el derecho como *última ratio*, o decantarse por otro tipo de medidas alternativas.

1.4 EL ARGUMENTO DE LA LIBERTAD POSITIVA

El último, aunque no en importancia, es el argumento de la libertad positiva. Según este concepto, “al interior del Estado, al sujeto de viene atribuida únicamente la libertad de acometer aquéllas conductas que sean razonables o necesarias. La libertad no consiste en hacer o dejar de haber lo que se quiera, sino en hacer lo razonable o lo necesario”.⁷⁷

Conectado con el problema de la competencia del legislador penal, el concepto positivo de libertad indicaría que es el legislador y no el individuo o la jurisdicción constitucional quien debe determinar qué debe entenderse por razonable o necesario. En este sentido, el legislador es la instancia que debe definir las conductas sobre las cuales se proyecta la libertad del individuo, y la legislación penal es una de las principales formas de definir por vía negativa los contornos de esta libertad.

El argumento de la libertad positiva se ve reforzado por la conocida máxima de Mazzini: “La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el

⁷⁷ IBIDEM. Pp. 21.



derecho a elegir sólo entre las sendas que conducen al bien”⁷⁸, se invoca a favor de la penalización legislativa del consumo de droga. En este sentido, alguna opinión resulta que: “Resulta contra la naturaleza de la ley despenalizar una conducta lesiva *per se*. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada “dosis personal”, en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción”.⁷⁹

Debe reconocerse cierto fundamento a los argumentos que respaldan la *tesis estricta de la autorrestricción*. Es bien cierto que la penalización de ciertas conductas es un ámbito en el que con poca frecuencia puede operarse con premisas analíticas, normativas y empíricas ciertas y ampliamente compartidas. Es igualmente cierto que la Constitución reserva al legislador la creación del derecho penal, y que la faceta de protección de los derechos fundamentales lo habilita y le impone el deber de utilizar la legislación penal para que estos derechos y otros bienes sean garantizados efectivamente.

⁷⁸ Mazzini, Giuseppe. PENSAMIENTOS SOBRE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y OTROS ESCRITOS. Editorial Tecnos. Madrid. 2004. Pp. 135.

⁷⁹ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 121.



También es cierto que uno de los objetivos legítimos de la legislación penal es encauzar de cierta manera el ejercicio de la libertad individual para posibilitar la convivencia. No obstante, de estos argumentos no puede deducirse que el legislador penal esté sustraído al control de constitucionalidad o que este control sólo deba limitarse a lo evidente, es decir; a extirpar los exabruptos.

Llevada al límite, *la tesis estricta de la autorrestricción* implicaría que el control de constitucionalidad de las leyes penales se restringiera a los aspectos formales (que se haya respetado el procedimiento legislativo y la reserva de ley) y a los límites materiales que la Constitución traza explícitamente a la ley penal. Según estos límites, sólo sería inconstitucional una ley que impusiera la pena de muerte, la tortura o tratados crueles, inhumanos o degradantes, la esclavitud, el destierro, la prisión perpetua o la confiscación, o que restringiera los derechos fundamentales de forma meridianamente arbitraria e irracional.

El inconveniente que se origina por esta vía estriba en que “la libertad y los demás derechos del individuo quedarían a expensas de otras intervenciones legislativas –que por lo demás son la mayoría de las que se presentan en la práctica– que no llegaran al nivel de lo evidentemente irracional”.⁸⁰ Podría darse el caso de que estas intervenciones fueran desproporcionadas o carecieran de justificación plausible, pero, por no ser evidentes, escaparían a todo tipo de control.

⁸⁰ Rolla, Giancarlo. Op Cit. Pp. 160.



La función de la jurisdicción constitucional no consiste únicamente en suprimir las limitaciones arbitrarias que el legislador imponga a los derechos fundamentales sino también aquéllas que sean *innecesarias, inútiles o desproporcionadas*.

Además, frente a los argumentos antes aludidos debe admitirse que incluso el ejercicio de la reserva de ley penal debe ejercerse dentro del marco que la Constitución traza al Congreso.

También debe reconocerse que la libertad que la Constitución consagra es preeminentemente *la libertad negativa*, la libertad de hacer u omitir lo que se quiera, y *no la libertad positiva, concepto más bien ligado al del Estado autoritario*, que se arroga el poder de definir las concepciones del bien que el ciudadano luego debe asumir como propias.

Por lo tanto, la ley penal no representa la definición del contenido de la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, sino un conjunto de intervenciones en el ejercicio de esta libertad, que en todo caso deben estar justificadas por la protección de otros derechos y bienes jurídicos. Así mismo, a pesar de que en el ámbito penal no se disponga siempre de certidumbre que provean al juez de objetividad para decidir, lo cierto sí es que, por una parte, la libertad no admite injerencias legislativas excesivas y por otra, los derechos fundamentales y demás bienes garantizados por la ley penal no se conforman con cualquier tipo de medidas protectoras.



2. LOS PRINCIPIOS DERIVADOS EN EL DERECHO PENAL

2.1 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS DERIVADOS

A pesar de la denominación de *derivados*, los principios que se agrupan bajo esta clasificación tienen una enorme importancia política porque concretan el modelo ético, político y jurídico de la organización comunitaria. Reciben el nombre de *derivados* porque en realidad representan un criterio normativo de valoración acerca de la presencia e injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana a partir de la configuración de los principios materiales. De esa forma, “estos principios son el resultado de la confluencia de los principios del bien común y de la dignidad humana, conforme la instrumentación de la legalidad y las exigencias que permiten hacer operativos el reproche y la aplicación de sanciones”.⁸¹

Dentro de este campo de relaciones entre bien común y dignidad humana, la *clave de bóveda* de los principios derivados está constituida por el principio de *proporcionalidad*. Se puede afirmar que este principio es la primera materialización de la confluencia de exigencias comunitarias e intereses individuales o particulares. De los criterios de proporcionalidad surgen incluso los principios derivados de *última ratio*, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel principio su consistencia explicativa.

⁸¹ Yacobucci, Guillermo J. EL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS PENALES. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 2002. Pp. 333



La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrado y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Dice en ese sentido Juan Cianciardo⁸² que pueden utilizarse indistintamente la noción de razonabilidad y la de proporcionalidad. La idea de razonabilidad proviene del derecho anglosajón, mientras que la de proporcionalidad es más bien originaria del derecho público europeo. Coincidiendo con Martínez Pujalte, encuentra que los contenidos del principio de proporcionalidad están en buena medida integrados a los de la razonabilidad. Para definir la proporcionalidad en un sentido amplio, Cianciardo explica que constituye una máxima o principio que pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio que sea adecuado al fin resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficaces y respecto del contenido esencial de los derechos involucrados.

El principio de *proporcionalidad* en la realidad jurídico-penal es un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político-criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. Por eso, si bien no es posible en este estudio profundizar en la consideración del principio de proporcionalidad, conviene de todos modos dar una visión de su significado en el derecho penal y señalar la influencia que su realización tiene en otros

⁸² Cianciardo, Juan. EL CONFLICTIVISMO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Eunsa. España. 2000. Pp. 287-288.



principios derivados, cuyo contenido pasa en buena medida por la razonabilidad de aquel expresa.

Dice a ese respecto Prittwitz que “el principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de *última ratio* para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin”.⁸³

3. RAZONABILIDAD Y PROPORCIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO

El principio de *razonabilidad constitucional*, aplicado al campo penal, encuentra en buena medida su mayor operatividad a través del principio de proporcionalidad. La noción de razonabilidad, como expresión de prudencia, legitimidad y oposición a la arbitrariedad, tiene presupuestos de orden constitucional que lo vinculan a la vez con las exigencias de los principios de bien común político y de dignidad humana. En ese aspecto, se lo relaciona con la aplicación de políticas públicas y su influencia en la extensión de los derechos individuales de los ciudadanos.

En el caso específico de principio de proporcionalidad, “la idea de razonabilidad integra la adecuación entre las medidas restrictivas de los derechos de las personas

⁸³ Prittwitz, Cornelius. EL DERECHO PENAL ALEMÁN. En: VV.AA. LA INSOSTENIBLE SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL. Editorial Comares. España. 2000. Pp. 428.



y los fines del derecho penal –penas, medidas de la prueba, decisiones penales, etc.—”.⁸⁴

Un primer esbozo de estas cuestiones apareció en ocasión del estudio de algunas de las consecuencias que derivan del significado de los principios materiales de bien común y de dignidad humana. También con motivo del análisis del principio de culpabilidad, se incluyó la noción de proporcionalidad como instrumento que vincula la aplicación de la pena con el injusto penal.

En ese sentido se advirtió acerca de la autonomía que adquiere la proporcionalidad en ciertas posturas que pretenden desplazar a la culpabilidad como instancia de reproche. Justamente la importancia de la cuestión, en ese nivel de discusión de la teoría del delito, viene dada por la aplicación de los criterios de utilidad, eficiencia y prevención general que terminan regulando la noción de proporcionalidad. Esos criterios, que paulatinamente van ocupando el contenido de la culpabilidad, proceden en buena medida de la noción genérica de proporcionalidad.

La significación más profunda del principio de razonabilidad, y por ende del de proporcionalidad, se alcanza dentro de la difícil relación que vincula las exigencias de armonización del principio de bien común con aquellas derivadas del respeto a la autonomía e individualidad de la persona. Es en ese contexto donde las nociones de razonabilidad y proporcionalidad adquieren su mayor eficacia y operatividad,

⁸⁴ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 335.



constituyendo una verdadera regla para valorar la legitimación de la totalidad de las decisiones que avanzan sobre la libertad, autonomía y desarrollo individual de los ciudadanos.

Es aquí también donde obtiene una mayor precisión el sentido axiológico del régimen político, pues pone en evidencia el modelo de relaciones individuo-comunidad al que da lugar el ordenamiento jurídico, político y penal que se aplica. Por eso cabe interrogarse en la instancia de la culpabilidad si este concepto puede ser plenamente agotado con la noción de proporcionalidad, o si posee un “plus” que da contenido especial a la idea de reprochabilidad. En estas áreas de las que no están ajenas las cuestiones de las consecuencias penales, la razonabilidad es una noción de fuerte significación axiológica.

Esto ya ha sido expresado por Oyhanarte cuando indica que “un acto estatal es razonable si está moralmente justificado ante la conciencia ética y jurídica de la comunidad y es irrazonable si implica el sacrificio inicu de la persona humana a la sociedad política. El principio de razonabilidad obliga ponderar, siempre, las consecuencias sociales de la decisión”.⁸⁵

Se puede decir, entonces, que la razonabilidad, en tanto valor confrontado con la arbitrariedad, está en la base de legitimidad de las decisiones políticas dentro de un sistema republicano encarnado en el estado de derecho. El órgano encargado de la

⁸⁵ Oyhanarte, Horacio. Citado por: Santiago, Alfonso. LA CORTE SUPREMA Y EL CONTROL POLÍTICO. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1999. Pp. 219.



evaluación de la razonabilidad es el Poder Judicial que, a través de una delicada labor política que excluye la mera consideración de tipo utilitario, interpreta la adecuación de las medidas al bloque de valores constitucionales.

Ser razonable es ser prudente, es decir, previsor; idóneo en el campo de la selección de los medios relativos a los fines que se persiguen. Esto puede hacer pensar que la actividad jurisdiccional debe avanzar sobre la tarea propiamente ejecutiva de la actividad política.

Sin embargo, los otros poderes del Estado tienen un amplio margen de discreción en la selección de las vías de concreción política, siendo un valor fundamental del poder Judicial no avanzar sobre esas competencias decisorias. Sagües explica que “la razonabilidad supone la averiguación judicial de un acierto mínimo en cuanto a los medios escogidos por el legislador para la obtención de determinados fines y su congruencia con los valores constitucionales en juego”.⁸⁶ Superado ese nivel, dice el constitucionalista argentino, “el requisito de razonabilidad está satisfecho y el Poder Judicial no debe proseguir para señalarle al legislador cuál es el mejor acierto o la mejor correspondencia”.⁸⁷

Por ese sostiene que “el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes a fin de discernir si media restricción

⁸⁶ Sagües, Néstor. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993. Pp. 887.

⁸⁷ IBIDEM. Pp. 887.



de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones”.⁸⁸

La razonabilidad de la que aquí se trata, entonces, no está referida propiamente a criterios de utilidad y eficiencia, sino de la adecuación –proporción– entre los fines comunitarios y estatales perseguidos y la intensidad de las restricciones de derecho padecidos por las personas. Esto, claro está, incluye las decisiones de política criminal –legislación penal, reglamentaciones y consecuencias administrativas– y aquellas otras de orden concreto, sobre todo a través de la actividad de investigación, persecución y respuesta penal llevada a cabo por el Poder Judicial o el Ministerio Público.

Por eso dice Oyhanarte que “ningún acto estatal –legislativo, administrativo o judicial– es válido si no es razonable y son los jueces quienes, toda vez que medie impugnación de parte, deben verificar el cumplimiento de la exigencia”.⁸⁹

Dentro de la amplia discrecionalidad para la elección de las medidas tendientes al desarrollo del país que tienen los legisladores y el Poder Ejecutivo, Oyhanarte señala que existe un límite: “Si la definición del bien común dada por ello es razonable,

⁸⁸ INIDEM. Pp. 887.

⁸⁹ Oyhanarte, Horacio. Citado por: Santiago, Alfonso. Op Cit. Pp. 223.



la restricción que establezcan tiene validez; si es irrazonable, los intérpretes judiciales actuando como guardianes deben invalidarla”.⁹⁰

Se entiende así que, al recaer en cabeza del Poder Judicial este control de respeto al principio de razonabilidad, sea necesario evaluar tanto la restricción de los derechos individuales como la de las potestades de los otros órganos del Estado. Ello es así, porque tan contrario resulta al Estado de derecho limitar injustificadamente la actividad de las personas como neutralizar la labor política que lleva al desarrollo y el progreso social.

La razonabilidad, sostiene Alfonso Santiago: “se refiere tanto a la reglamentación de los derechos como a las limitaciones de las potestades constitucionales. En el primer supuesto exige que los derechos al ser reglamentados sean respetados en su contenido esencial y se les dé la más amplia extensión posible ‘de acuerdo con las exigencias del bien común en una sociedad democrática’. Respecto de las potestades estatales, el alcance que se dé a sus limitaciones debe ser también razonable o de modo que ‘no destruyan los poderes necesarios al Estado o traben su ejercicio eficaz’”.⁹¹

⁹⁰ IBIDEM. Pp. 223.

⁹¹ Santiago, Alfonso. Op Cit. Pp. 224.

4. LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL



Los principios de razonabilidad y proporcionalidad operan dentro del sistema penal, relacionado las exigencias del bien común político con la preservación de los ámbitos de autonomía y desarrollo individual de las personas. Así, las decisiones en el campo penal, que en suyo suponen a la vez un límite y un cauce de desarrollo de los proyectos de las personas y grupos, tienen, pues, una doble vía de ponderación.

Por un lado, la proporción o prudente disposición de medios dirigidos a la obtención de algún fin o bien. Por el otro, el modo y profundidad de las restricciones impuestas a los particulares. En este campo de claro contenido político, el control que ejercen los órganos judiciales no puede constituirse en una nueva tarea de decisión político-legislativa o ejecutiva.

La función jurisdiccional en ese control pondera si la decisión política o jurisdiccional en materia penal o procesal penal, restrictiva de derechos, está justificada constitucionalmente por *la importancia del bien perseguido y la inexistencia, dentro de las circunstancias, de otra medida de menor afectación particular*. Por eso, la jurisprudencia de algunos Tribunales Constitucionales exige en la legislación y la aplicación judicial “salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los



finés que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con público y los derechos individuales con el de la sociedad”.⁹²

La primera exigencia en ese orden es que las limitaciones tengan por fuente una ley emanada del Poder Legislativo, utilizando por tanto un criterio restrictivo o estricto de ley conforme la doctrina internacional sobre derechos humanos. La existencia de una ley en sentido estricto en realidad no es más que un primer escalón en la legitimación de las decisiones, ya que a partir de este deberán ponderarse los motivos o razones de la injerencia en el ámbito de las personas. Esta evaluación, es una función propia de los jueces, ya que son estos los que deben considerar la razonabilidad, proporcionalidad, etc., que justifiquen la incursión en la intimidad individual.

La *reserva de ley* es, pues, “el primer requisito dentro del Estado de derecho para la configuración penal de la proporcionalidad, ya que ella es un derivado inmediato del principio de legalidad y exigencia concreta del bien común político dentro de este contexto político histórico”.⁹³ La ley de la que se habla aquí está integrada no solo por su enunciado, sino también por su valoración y finalidad que, en el caso de los sistemas monistas, esto es, que reconocen la integración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en un rango similar a la Constitución, exigen un especial modo de interpretación.

⁹² Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 339.

⁹³ IBIDEM. Pp. 339.



Por eso alguna reconocida doctrina sostiene “en la necesidad de armonizar esos tratados con la Constitución, provocando incluso una interpretación que tienda a ampliar los derechos y garantías históricamente originarios, ya que prohíbe toda consideración restrictiva de estos que hipotéticamente pudieran surgir con la aplicación de esos instrumentos internacionales”.⁹⁴

De esa forma, esta misma doctrina exige que los derechos más fuertemente ligados con el desenvolvimiento personal solo sean limitados y reglados bajo estrictas consideraciones de necesidad del bien público. Lo que hoy se denomina “privacidad” e “intimidad”, aparece por principio como inviolable y toda intromisión en ese campo será de carácter excepcional, exigiendo, además de la existencia de una ley, la verificada concurrencia de necesidades de probada significación comunitaria.

Se deja ver así la existencia de una segunda exigencia, además de la ley. Se está aquí frente al segundo elemento de la proporcionalidad, que se vincula con una consideración material o axiológica de justificación teleológica.

Esta segunda exigencia implica valorar constitucionalmente los medios escogidos y los fines perseguidos, de manera que unos y otros resulten razonables en virtud del sistema político y jurídico que regula la convivencia. Es en este marco de relaciones entre medios y fines de la política criminal donde encuentran su configuración material los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad, intervención

⁹⁴ IBIDEM. Pp. 340.



mínima, etc., pues ellos son el resultado de evaluar la conveniencia de restringir libertades o autonomías mediante el derecho penal en procura de resultados necesarios para el bienestar público.

Una expresión clara de todos estos criterios refiere que “no podrá haber injerencia pública en el ámbito de la privacidad sino en tanto esa injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de los derechos y libertades de los demás, en una sociedad democrática”.⁹⁵ De esa forma, se observa que las restricciones a esos derechos fundamentales que concretan aspectos de la privacidad e intimidad de la persona no solo exigen la existencia de una ley, sino que esta fije las circunstancias en que tal restricción pueda concretarse.

En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de *restricción al ejercicio del poder estatal*, de forma tal que las medidas cuya ejecución pueda conducir por sí misma o indirectamente a afectar los derechos fundamentales, el ejercicio legítimo del poder público.

De allí que no es suficiente mostrar que la ley que limita los derechos fundamentales cumple con un objetivo útil y oportuno, sino que esas restricciones de derechos fundamentales deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta

⁹⁵ IBIDEM. Pp. 341.



importancia, que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el ejercicio de aquellos.

A su vez esa restricción no puede ir más allá de lo estrictamente necesario. Por ello la limitación debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse al logro de ese legítimo objetivo, razón por la cual su razonabilidad y proporcionalidad deben ser estudiadas en el caso específico.

Según la doctrina constitucional de los derechos humanos, no es suficiente con invocar razones de orden público o bien común como instrumento para suprimir un derecho fundamental o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos solo son operativos cuando son ponderados conforme “las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los intereses en juego”.⁹⁶

En el desarrollo de esta doctrina se ha dicho, por ejemplo, que “la competencia para efectuar capturas o arrestos de personas, solo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal, de manera que la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia. En ese sentido, el proceso penal

⁹⁶ Ferrajoli, Luigi. Op Cit. Pp. 97.



requiere la existencia de una ley previa que a la vez faculte y limite la potestad de coacción”.⁹⁷

En este aspecto, cabe evaluar igualmente si es posible hablar de razonabilidad o proporción cuando se anula plenamente un derecho de tipo fundamental. En ese sentido, la doctrina considera la noción *contenido esencial* del derecho para poder determinar concretamente si este ha sido anulado por completo o vaciado de significación. El concepto de *contenido esencial* es relevante, puesto que constituye el límite último de reglamentación.

Las llamadas *teorías relativas*, en la realidad, niegan la existencia de elementos estables que constituyan el derecho fundamental o incluso que exista un aspecto intangible de este. Por lo tanto, desde esa perspectiva, se puede hablar de proporcionalidad aun en el caso de concreta supresión del derecho, en la medida que aparezca justificada por alguna razón sustancial.

Un caso muy importante en ese sentido y fuente de graves y fundadas críticas es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español en la sentencia 215 del 15 de julio de 1994. En este caso “el Tribunal español justificó la privación completa de derechos fundamentales, al admitir la esterilización –legadura de trompas de Falopio– de una menor de edad con síndrome de Down a través de la petición de sus padres”.⁹⁸

⁹⁷ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 342.

⁹⁸ Ávila, Juan J. & Pujalte Martínez, Antonio. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LOS DEFICIENTES MENTALES Y PRÁCTICAS ESTERILIZADORAS. En: Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. LOS DERECHOS INDIVIDUALES ANTE EL INTERÉS GENERAL. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1998. Pp. 81.



Vista la cuestión de ese modo, pareciera inaceptable un criterio absolutamente relativista sobre los derechos fundamentales a punto de negar la existencia de algún componente esencial de su significación ya que, desde esa perspectiva, la idea de proporcionalidad carece de eficacia limitadora alguna. El principio de dignidad humana, en este sentido, rechaza la posibilidad de anular en la práctica, como lo hizo el Tribunal Constitucional español, la existencia misma de un derecho fundamental, aunque sea con remisiones a un texto constitucional que se precia de resaltar la dignidad del hombre.

Estos aspectos muestran que las referencias de derechos humanos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la persona humana son mediadas en muchos casos por criterios ideológicos que tras un ropaje libertador encierran un reduccionismo antropológico de fuerte contenido totalitario y discriminador.

Otro punto de especial significación en esta doctrina es la delegación del poder legislativo de algunas de sus competencias en la conformación del tipo penal. Esto, como ya se vio, sucede en especial en las leyes penales en blanco. Aquí también se manejan criterios de razonabilidad y proporcionalidad, vinculados ciertamente con la legalidad.

En estos casos debe ejercerse alguna reserva sobre el análisis acerca de si el ejercicio de las atribuciones delegadas al órgano ejecutivo ha sido concretado dentro



de un margen razonable que deje a salvo la elaboración sustancial de la política legislativa en manos del poder autorizado a fijar la política criminal.

Por eso se ha elaborado la doctrina de que “las normas de menor jerarquía que integran las leyes penales en blanco deben respetar la relación que el legislador ha establecido entre la conducta prohibida y la pena amenazada”.⁹⁹ De allí que se afirme que no le es posible al órgano ejecutivo cambiar la naturaleza del control asignado, ampliando la competencia punitiva.

En resumen, debe decirse que la proporcionalidad como principio reclama la existencia de una ley cuyas medidas restrictivas resulten adecuadas o idóneas para los fines pretendidos, sean necesarias de conformidad con los niveles de actuación pública dentro de la sociedad civil y resulten fruto de una concreta ponderación de intereses públicos y privados prudencialmente armonizados.

5. LA PROPORCIONALIDAD EN LOS OBJETIVOS POLÍTICO-CRIMINALES Y EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La doctrina constitucional contemporánea señala que existe un margen importante de discrecionalidad política por parte del poder legítimo para escoger los medios y las medidas que considere idóneas para la obtención de ciertos fines. La

⁹⁹ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 343.

política criminal, como parte del ejercicio del poder político a través del legislativo, dispone en consecuencia de una marcada amplitud para actuar.



Sin embargo, dentro del Estado de derecho resulta igualmente evidente que esa actuación está reglada por criterios que parten de la organización constitucional del poder político y que deben ser evaluadas por los tribunales.

En consecuencia, la valoración a la que debe someterse la decisión penal a nivel legislativo e incluso preventivo y jurisdiccional supone la verificación de: "a) la existencia de la potestad alegada como fundamento de la medida adoptada; b) del ámbito de competencia por el objeto al que se aplica; c) el respeto por el nivel de restricción considerado legítimo del derecho afectado, y d) la relevancia o importancia del fin perseguido".¹⁰⁰

Desde ese punto de vista, se hace manifiesto que el principio de proporcionalidad asume no solo criterios de legalidad sino otros más prudenciales, como el de idoneidad.

La doctrina constitucional contemporánea cuando se refiere a la privacidad en las comunicaciones, indica que "la evaluación de la razonabilidad de las medidas restrictivas exige un marco legal donde resulte clara la competencia y legitimación para la adopción de esas limitaciones de derechos. Por eso es necesaria la fundamentación

¹⁰⁰ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 344.



legal, administrativa o procedimental que permita la confrontación a la que se someter la medida el órgano jurisdiccional”.¹⁰¹

En este sentido, “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho, por ejemplo, que una medida tan extrema como es la inspección vaginal efectuada a las visitantes mujeres al ingresar a la penitenciaría representa una amenaza de violación a una serie de derechos garantizados por la Convención de Derechos Humanos, y en virtud de ello indica una serie de cuestiones vinculadas con el problema”.¹⁰²

Requiere en primer término, como ya se explicó, que la medida esté prescrita por ley, pero además que esta contenga la clara especificación acerca de las circunstancias en que se puede aplicar y la enumeración de las condiciones que deben ser observadas por los que realizan la misma, con el fin de evitar abusos y arbitrariedades. En ese sentido precisó que la medida no puede tener carácter general sino excepcional y debe cumplir cuatro condiciones: “a) absoluta necesidad para el logro de la seguridad en el caso específico; b) no debe existir otra alternativa, incluso menos invasiva o agresiva; c) debería en principio ser autorizada por decisión judicial, obligando al juez a evaluar fines y modos de realización para preservar la dignidad e integridad personal, y d) ser concretada por profesionales”.¹⁰³

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi. UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012. Pp. 141.

¹⁰² Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 345.

¹⁰³ IBIDEM. Pp. 345



Como se advierte en ambos casos, el principio de proporcionalidad requiere la constatación judicial del cumplimiento de ciertos requisitos del orden *formal y material*. Por la primera exigencia se satisface la *legalidad*; por la segunda el *respeto a los valores asumidos comunitariamente por el ordenamiento jurídico*, que exigen la congruencia entre los medios para obtener la paz, la tranquilidad y el orden de acuerdo con los aspectos propios de la libertad y privacidad correspondientes a la dignidad humana.

Seguramente, el plano más complejo de la evaluación jurisdiccional es el *material*, es decir aquel que engloba criterios de *necesidad, idoneidad, eficacia y ponderación de fines político-criminales*. Es este campo donde se ha de considerar si la medida aplicada no resulta excesiva para el fin perseguido. Dentro de estos extremos de la relación se envuelve un juicio de valor jurídico y político en tanto aparecen como referentes los criterios que integran la significación del bien común y de la dignidad humana.

Por el primero se atiende a la importancia cualitativa y cuantitativa del fin perseguido, esto es, la relevancia que para el orden y el bien públicos tiene su obtención, como por ejemplo la persecución de un delito, la obtención de una prueba, la demostración de un hecho, la verificación de la verdad o la prevención de un ilícito a partir de esa consideración –que, obviamente, nunca puede ser abstracta– ha de evaluarse la idoneidad y eficacia de a medida dispuesta –allanamiento, intercepción



de comunicaciones, privilegios procesales para la delación, procedimientos especiales, etc.–.

Zaffaroni remite la cuestión a principios que él denomina “principio de proscripción de la burda inidoneidad del poder punitivo y principio de proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización”¹⁰⁴, que tienden a impedir que se utilice al derecho penal para enfrentar “conflictos ‘groseramente’ insolubles desde la perspectiva punitiva y que reclaman otros medios”.

Por eso la doctrina contemporánea exige que los jueces siempre ponderen, aun en los casos de delitos de peligro abstracto, que exista proporcionalidad entre el instrumento normativo sancionador y las finalidades preventivas. Sobre la base de esa vinculación axiológica, habrá de verificarse si existe correlación entre sanción y bien jurídico y la existencia de un nexo causal entre la conducta y el fin que se persigue resguardar.

Bacigalupo Zapater¹⁰⁵, señala la importancia de una interpretación teleológica de los tipos penales de peligro abstracto, pues de lo contrario se convertirían en “delitos de pura desobediencia” o en meros “delitos formales”.

¹⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio. DERECHO PENAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2000. Pp. 130.

¹⁰⁵ Bacigalupo Zapater, Enrique. CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1998. Pp. 223.



En esta relación de fines y medios no puede estar ausente, ciertamente, la importancia que en términos de ilicitud y prevención general tiene el objetivo que quiere lograr, ya sea por neutralización de sus efectos lesivos para comunidad como por el impacto en el reconocimiento de la validez del orden normativo. De allí que *las posibilidades de éxito* de las medidas adoptadas no puedan ser dejadas de lado en la ponderación.

La poca probabilidad de éxito es un elemento negativo que ha de tenerse en cuenta, por cuanto en ese caso serán mayores los males que se producen por la frustración del cometido que los bienes hipotéticos a obtener, aunque estos claro está, sean justos. Una medida restrictiva condenada al fracaso en punto a sus posibilidades de aplicación y consiguiente obtención de los fines pretendidos se materializa en un grave perjuicio en términos de derechos individuales y en descrédito social del poder público. De esa manera se daña la necesaria confianza en las relaciones con el orden jurídico.

En consecuencia, desde el *principio de proporcionalidad*, las decisiones en materia político criminal reclaman la consideración de *la importancia de los objetivos que se persiguen* –fines o bienes–, *la aptitud de las medidas escogidas para ello* –necesidad, idoneidad, limitación–, *el nivel de la restricción que produce* –no abusivo o excesivo, prudencia–, *posibilidad de éxito y fundamentación* –oponibilidad social, jurídica y política–.



Si, por el contrario, se analiza la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de las medidas judiciales, la *fundamentación* de la que se habla primordialmente de orden jurídico y solo secundariamente político. Esto es así por cuanto en este campo se hace referencia a los criterios de justificación y legitimación que requiere el sistema republicano y que se concretan en la *motivación* de la decisión.

La decisión jurisdiccional reclama, en virtud del principio de proporcionalidad, que se especifiquen los presupuestos legales, los motivos de la medida y la finalidad perseguida con esta. El *deber de motivación* constituye el aseguramiento del control de la actividad judicial y permite la adhesión axiológica de las partes y la ciudadanía en general.

Esto no implica que las resoluciones o fallos deban asumir caracteres monográficos, sino mostrar el sustento prudencial o jurídico de la decisión. “La necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma impresa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionales y congruentes con el problema que se resuelve, y que, a través de los mismos, las partes puedan conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y a los órganos judiciales superiores ejercer la función revisora”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 347-348.



Por lo tanto, para resguardar la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso se ha de exigir que “las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, evitando de ese modo la arbitrariedad y que la decisión se sustente en la exclusiva voluntad de los magistrados intervinientes.

6. PROPORCIONALIDAD Y CONSECUENCIAS PENALES

6.1 SANCIÓN PENAL Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

El principio de proporcionalidad extiende su aptitud normativa obviamente al campo de las consecuencias penales, en particular el de las sanciones, a través del principio de culpabilidad. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se constituye en la columna vertebral del principio de culpabilidad, al brindarle los referentes que permiten ponderar el reproche. Sin embargo, la cuestión se extiende igualmente a las medidas de seguridad solo que, en este caso, el tema pasa por la consideración de la peligrosidad.

Uno de los puntos más delicados en esa cuestión está dado por la necesaria proporcionalidad entre la restricción que produce la sanción penal y el ilícito que la justifica. Dentro de ese marco integrado al principio de culpabilidad debe evaluarse la naturaleza y el grado de la pena impuesta.



Como sostiene Nicolás González-Cuellar Serrano: “siempre ha existido en el principio de proporcionalidad penal un componente teleológico diferente según la teoría sobre la pena que se sostenga, por cuanto solo puede ser desproporcionada una pena cuando se sabe respecto a qué se pretende que sea proporcional”.¹⁰⁷

Aparece aquí claramente la importancia del principio de culpabilidad en cuanto a sus requisitos y fines, dentro de los cuales está obviamente la relación entre los bienes jurídicos que están en la consideración de la norma penal y la respuesta que debe concretarse respecto de aquel que los ha afectado. Sin embargo, no es ese el único índice a tener en cuenta, puesto que los criterios de proporcionalidad en el campo del reproche deben privilegiar los aspectos de la prevención especial, esto es, los vinculados con el sujeto de la sanción. Por lo tanto, aun en el caso de una consideración relacionada con el orden jurídico social, esta nunca puede desprenderse de la persona y su hecho.

En tal sentido, por ejemplo, Zaffaroni expresa que “el principio de humanidad aplicado a estas cuestiones exige, por motivos de proporcionalidad y culpabilidad, atender al caso concreto y a la persona en particular”¹⁰⁸. Así, dice que “una pena puede no ser cruel en abstracto, pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ González Cuellar Serrano, Nicolás. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL. Editorial Colex. Madrid. 1990. Pp. 31.

¹⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio. Op Cit. Pp. 125

¹⁰⁹ IBIDEM. Pp. 125.



También menciona Zaffaroni el acortamiento de la perspectiva vital de la persona a raíz de una enfermedad o de las mismas condiciones de la prisión que padece.

Incluso en ese ámbito, Zaffaroni incluye la idea de que “los mínimos penales de las escalas punitivas de los delitos son meramente indicativos y no obligatorios para los jueces, cuando estos consideren que están por encima de los criterios determinados por principios constitucionales o internacionales y puedan resultar desproporcionados y contrarios a los criterios de humanidad”.¹¹⁰

A ese respecto, “son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad y extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”.¹¹¹

Entonces, la irrazonable duración del proceso penal distorsiona todos los fines de la pena, que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena.

¹¹⁰ IBIDEM. Pp. 125.

¹¹¹ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 350.



Sin embargo, “la cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que un Tribunal Constitucional tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir, por ejemplo, el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí”.¹¹²

Desde esa perspectiva, algunos Tribunales Constitucionales pretenden limitar el control de constitucionalidad, dejando fuera de sus objetivos la evaluación exclusivamente política. De allí que una excepción a la revisión de la proporcionalidad punitiva sea que las razones dadas por el legislador “consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos.

Algunos Tribunales Constitucionales se han hecho cargo de las restricciones accesorias que la pena privativa de la libertad puede producir en la persona detenida y la razonabilidad de las mismas. En ese aspecto, han aplicado los criterios del principio de proporcionalidad para evaluar si esa limitación era realmente necesaria o si, por el contrario, resultaba una nueva pena agregada ilegalmente a la jurisdiccionalmente dispuesta. Para esos fines, estos Tribunales ha hecho mérito en ese precedente de las finalidades de la pena y han sostenido con citas de doctrina y jurisprudencia, que “la contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido

¹¹² IBIDEM. Pp. 351.



en la Ley Penal y la censura de la correspondencia induce a recordar que no es permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que se querido amparar y sostener”.¹¹³

Esas restricciones no pueden fundarse como si en todos los casos se tratara de una simple accesoriadad de la privación de libertad. Deben existir motivos de razonabilidad y prudencia, esto es, sujetos al principio de proporcionalidad con los fines de seguridad, salubridad, etc., que el propio encierro requiere.

Por eso, algunos Tribunales Constitucionales han admitido que solo en casos en que hubiese razones fundadas para temer que a través de la correspondencia el penado pudiese favorecer la comisión de actos ilícitos, las autoridades penitenciarias requieran –en sede judicial– la intervención de sus envíos. El principio rector de estos casos es que la sustancia del derecho constitucional no se vea aniquilada por las normas que lo reglamentan, pues esto tornaría irrazonable la medida.

La problemática del secreto en la correspondencia de los internos ha permitido a algunos Tribunales Constitucionales señalar algunos de los criterios que conforman los valores que encierra el principio de proporcionalidad. Así algunos Tribunales Constitucionales han dicho que para justificar esas restricciones se requiere: *a)* que haya sido dictada una ley que determine *en qué casos y con qué justificativos* se podrá proceder; *b)* que esa ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante

¹¹³ Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Op Cit. Pp. 140.



objetivo del Estado; c) que la restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto, y d) que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el logro. Para remarcar lo concreto de la cuestión, se ha agregado que “los fines y medios, sean sopesados con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes”.¹¹⁴

6.2 PROPORCIONALIDAD Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En la legislación penal comparada, algunos sistemas penales sujetan la aplicación de las medidas de seguridad a criterios materiales de legalidad, vinculando su extensión con el *quantum* de la pena prevista para el delito, conforme a las exigencias del principio de culpabilidad. Algunos otros sistemas, por el contrario, han considerado que las medidas de seguridad están reguladas por el principio de legalidad en todo aquello que no hace a su duración. En este punto interviene el principio de proporcionalidad como limitador de la extensión, que siempre es analizada desde la existencia o desaparición de la peligrosidad.

Desde esta perspectiva, la medida de seguridad se legitima por la diferencia entre las restricciones que debe tolerar el sujeto internado respecto de la gravedad de los perjuicios que pudiera padecer la totalidad de la sociedad. La imposición de las medidas –se sostiene– “no depende del grado de culpabilidad, sino del principio de proporcionalidad, que obliga a elegir la medida más adecuada, sea educativa, curativa

¹¹⁴ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 351.



o eliminatoria, y con las modalidades de ejecución adecuadas a fin de revertir el diagnóstico de peligrosidad que presenta el sujeto pasivo de la medida. Se llega así a la conclusión de que la medida de seguridad debe depender y ser proporcionada a esa peligrosidad y no a la escala penal del delito que en su momento se atribuyó al sujeto pasivo”.¹¹⁵

Se ha sostenido también que el principio de legalidad, en los casos de medidas de seguridad, se satisface con: a) la comprobación judicial de la existencia de un injusto penal en el que haya tomado parte el sujeto; b) la verificación de que resulte peligroso para sí o para terceros; c) que la medida escogida esté prevista por ley; d) que su duración aparezca vinculada con la peligrosidad o con las condiciones que la provocan, y e) que exista la intervención y control jurisdiccional en la ejecución de la medida.

Sin embargo, en punto a la extensión de la medida, el modo de cumplimiento, los controles, etc., están ligados solamente al principio de proporcionalidad que requiere la existencia de necesidad, eficacia, prudencia y mínima intervención posible según las circunstancias.

¹¹⁵ IBIDEM. Pp. 352.



7. PROPORCIONALIDAD Y DURACIÓN DEL PROCESO

Si bien el proceso penal supone la regulación del ejercicio de la potestad punitiva del Estado de forma tal que las personas encuentren garantías y derechos que encausen y limiten esa actividad, lo cierto es que la sola sujeción a la investigación implica ya una serie de consecuencias negativas. Perfecto Andrés Ibáñez suele afirmar que en “ese sentido el proceso supone de suyo un cierto mal para la persona sometida al mismo, ya que determina una carga de incertidumbre, angustia, molestias, sospechas, etc., que alteran el normal desenvolvimiento de la vida del ciudadano”.¹¹⁶

Por lo demás, la doctrina constitucional ha hecho mérito de este aspecto al entender que la prohibición de doble persecución no solo tiene por fundamento el peligro de una nueva sanción sino también el mero hecho de quedar sujeto al proceso.

Visto desde esa perspectiva, la sujeción al proceso debe también estar justificada por criterios de proporcionalidad –sospecha de la existencia de un ilícito, pruebas suficientes para imputar a un sujeto, etc.– que además se reflejan, obviamente, en las medidas de investigación y en la duración misma de este.

Por eso el artículo 14, apartado 3, inciso c, del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y el art. 8º, inciso 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran expresamente el derecho a obtener un juicio sin dilaciones

¹¹⁶ Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Op Cit. Pp. 143.



indebidas, cuestión que ha sido objeto además de pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre ese particular, la doctrina constitucional ha manifestado que “la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal”.¹¹⁷

Para fundar esa doctrina, algunos Tribunales Constitucionales han hecho consideración de los principios de progresividad y preclusión, entendidos como instrumentos procesales ordenados a evitar la duración indeterminada de los juicios. Sin embargo, en cuanto a la justificación material última de esa doctrina, se ha dicho que responde “al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito”.

Se comprueba entonces la operatividad del principio de dignidad humana como instancia de discernimiento de las legítimas exigencias de bien común ordenadas a la investigación y persecución de los delitos.

¹¹⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 287



De ese modo, el principio de proporcionalidad obliga a considerar la razonabilidad de mantener activa la persecución penal cuando ha transcurrido determinado tiempo que pone en crisis valores de la persona individual. En consecuencia, las finalidades de persecución del ilícito tienen un límite más allá del cual ese objetivo reclamado por el bienestar general debe ceder ante el sacrificio desmedido –por ello injustificado, injusto y a la postre desproporcionado– respecto de derechos personales.

Se ha considerado también una *desviación de poder*, la utilización del proceso penal como instrumento para evitar la prescripción.

Sobre esas bases, la doctrina sobre derechos fundamentales relaciona la duración razonable del proceso con la prescripción de la acción penal, ya que esta implica una forma de tutela de los ciudadanos frente a la actividad del estado tendiente a definir su situación frente a la imputación de responsabilidad por un ilícito. Por eso ha dicho que “la prescripción cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio, al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del tiempo y a minimizar el peligro del castigo estatal por hecho ocurridos en un pasado lejano”.¹¹⁸

¹¹⁸ Yacobucci, Guillermo J. Op Cit. Pp. 355.



Ahora bien, la razonabilidad que integra el principio de proporcionalidad en la ponderación de la duración del proceso exige un análisis concreto referido a la complejidad del caso, justificación de las medidas que han prolongado su extensión, actividad de las partes, necesidad de pena, etc., que integran los criterios propios de la prudencia jurídica. Por eso la doctrina manifiesta que “la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, razón por la cual este derecho no puede traducirse en un número de días, meses o años”.¹¹⁹

Sin embargo, la misma doctrina ha identificado algunos parámetros para esa evaluación como son, por ejemplo: la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que le ha irrogado al imputado esa demora. Estas pautas están igualmente presentes en el análisis e interpretación de la Sexta Enmienda por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América.

El juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre todo si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso, de ciertos criterios objetivos. Sobre ese particular se pueden reconocer los siguientes: *a)* complejidad del litigio; *b)* los márgenes ordinarios de duración de los conflictos del mismo tipo; *c)* el interés que en el pleito arriesga el demandante del amparo; *d)* su conducta procesal y la conducta de las autoridades, y *e)* al solo efecto

¹¹⁹ IBÍDEM. Pp. 355.



de ponderar los efectos del pronunciamiento a dictar, evaluar si ha cesado o no la dilación denunciada.

Por otro lado, un punto de valor significativo en las consecuencias de las dilaciones indebidas del proceso es vincular la duración es éste con los criterios integrados al principio de culpabilidad. Por ejemplo, Bacigalupo Zapater, ha manifestado la relación entre ambos aspectos, atendiendo a la consideración de la proporcionalidad entre la sanción y la culpa: “El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y, por tanto, si el acusado ha sufrido ya un mal con la excesiva duración del proceso, este debe serle computado en la pena”.¹²⁰

¹²⁰ Bacigalupo Zapater, Enrique. Op Cit. 229



CAPITULO III

LA LEY PENAL COMO INTERVENCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LA TESIS DE LA INTERVENCIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existe una tesis acerca de las relaciones entre la legislación penal y los derechos fundamentales que sostiene que la tipificación de un delito y la fijación de la pena correspondiente representan una intervención en los derechos fundamentales.

El fundamento de esta tesis se encuentra en la idea de que la Constitución protege la libertad general de acción con norma de derecho fundamental. Esta libertad, que coincide con el concepto negativo de la misma y cuyo nombre varía en cada ordenamiento –por ejemplo, en Alemania se llama libertad general de acción-, pero en España “derecho general de libertad”, “libertad general de actuación” o “libertad general de autodeterminación individual”–, consiste en la libertad de hacer u omitir lo que uno quiera.

Esta libertad desde luego no es absoluta y, por tanto, puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas. Sin embargo, estas intervenciones y restricciones deben estar siempre justificadas en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales y deben ser proporcionadas. Dicho en términos



metafóricos pero altamente ilustrativos, se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad, es la regla general y sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Además, en este caso, las restricciones deben ser proporcionadas.

Si se aplican estas consideraciones al ámbito penal, se convendrá que la tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad general de acción y que, como tal, debe estar justificada, y además que la pena prevista debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición. Dicho de manera negativa: las leyes penales carentes de fundamento y las penas excesivas están prohibidas por la libertad garantizada constitucionalmente.

Como correlato, se atribuye a los Tribunales Constitucionales la competencia para controlar efectivamente la legislación penal en estos aspectos. La práctica de un control efectivo implica la renuncia de dichos Tribunales a permanecer tras la línea de lo evidentemente irrazonable o arbitrario, y el imperativo de examinar detenidamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador. La pregunta, no obstante, es: ¿de qué modo puede llevarse a cabo ese control de proporcionalidad? Y, paralelamente, ¿cómo puede hacerse compatible con el reconocimiento y el respeto de un margen de acción legislativo, que el Congreso pueda hacer valer sobre todo en los casos más farragosos e inciertos?



Algunos Tribunales Constitucionales han aceptado en muchas de sus sentencias los planteamientos de esta tesis, que bien podemos denominar *la tesis de la intervención*. De este modo, se ha reconocido que las Constituciones contemporáneas consagran la libertad general de acción, bajo el concepto de *derecho al libre desarrollo de la personalidad*.

Generalmente se ha entendido este derecho como “*la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio*”,¹²¹ y se ha declarado sin cortapisas que la disposición que lo contempla consagra la libertad *in nuce* en la Constitución.

Algunos Tribunales Constitucionales han enfatizado el carácter constitucional que tiene la libertad general de acción, como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación, y como el objeto de la expresión *toda persona es libre*, según esta tesis, la libertad que protege la Constitución comprende “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y la proscripción de todo acto de coerción físico o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”.¹²²

En el mismo sentido, alguna jurisprudencia constitucional ha reconocido que “las leyes penales representan una intervención en la libertad general de acción y que,

¹²¹ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 124

¹²² IBIDEM. Pp. 125.



dado que esta libertad, al igual que los demás derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto, en principio puede ser restringida por las leyes penales”.¹²³

Del mismo modo, tanto la libertad personal como otros derechos fundamentales (los derechos fundamentales patrimoniales o los políticos) pueden ser objeto de intervenciones legislativas consistentes en la fijación de las penas para los delitos. Estas intervenciones también serán legítimas si se deben a la necesidad de proteger otros derechos o bienes jurídicos y si no restringen los derechos de manera desproporcionada.

En síntesis, la doctrina constitucional contemporánea ha admitido que toda ley penal es una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado –la propiedad, por ejemplo, si se trata de una multa–, y que es función de los Tribunales Constitucionales llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de estas intervenciones, para establecer su legitimidad y proporcionalidad.

2. LA LEY PENAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALES

Otra tesis expresa que *“toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales*

¹²³ Ferrajoli, Luigi. UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. Op Cit. 153



*que se lo ordenan. Consecuentemente, se sostiene que el legislador penal también puede vulnerar los derechos fundamentales cuando la severidad de sus provisiones no alcance a ofrecerles una protección suficientemente efectiva”.*¹²⁴

Generalmente en las Constituciones contemporáneas que han introducido derechos sociales, estos han modificado el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva.

En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección”, que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan.

Correlativamente a la imposición de estos deberes de protección, los derechos fundamentales dejan de ser en la dimensión positiva meras normas programáticas, huera declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva.

En muchos casos, esta exigencia de protección efectiva se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes penales. La creación del derecho

¹²⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Op Cit. Pp. 151



penal, entonces, abandona parcialmente el terreno de la discrecionalidad legislativa y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos de protección. Mediante el derecho penal, el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas provenientes de los poderes públicos y de los particulares.

Algunos Tribunales Constitucionales han reconocido este efecto que la vertiente de protección de los derechos fundamentales ha acarreado sobre la legislación penal. Así, por ejemplo, se ha asegurado que “la pena tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en un país, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas”.¹²⁵

Es evidente que los bienes jurídicos más importantes de que son titulares las personas son los derechos fundamentales. Del mismo modo, y aunque sobre ello quepan dudas razonables, se ha sostenido que el efecto disuasivo o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros. Por consiguiente, cuanto más importantes sean los derechos que deban ser protegidos, más severa deberá ser la pena; y aunque la dosificación de las penas sea un asunto confiado en principio al legislador, su ejercicio debe llevarse a cabo “con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución”.¹²⁶

¹²⁵ IBIDEM. Pp. 153.

¹²⁶ IBIDEM. Pp. 153.



No obstante, en una sentencia sobre el aborto, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, hubo votos disidentes que se justificaron de la siguiente forma: En dicha sentencia se declaró la constitucionalidad de una causal para excluir la pena correspondiente al aborto, introducida por el legislador en el nuevo Código Penal.

Los magistrados disidentes quisieron hacer valer, contra la opinión mayoritaria, que la sentencia era ilegítima porque se apartaba de los principios sentados en su precedente, la sentencia C-134 de 1944. En esta primera sentencia se afirmó que el Estado tenía “la obligación de establecer, para defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y que, dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debía incluir la adopción de norma penales”.¹²⁷

Asimismo, allí se estableció que la protección penal efectiva era únicamente aquella que se aplicaba a todos los casos de aborto y que no incluía ninguna causal de excepción o de exclusión de la pena, ni siquiera “en el caso de embarazo producto de delitos contra la libertad sexual”. Por lo tanto, si era claro que el derecho a la vida, en cuando derecho de protección, exige la punición del aborto en todos los casos, resultaría inconstitucional que el legislador despenalizara algunos supuestos como el que aparece en el artículo 124 del nuevo Código Penal.

¹²⁷ Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 126



Los Magistrados disidentes concluyeron entonces que esta disposición asegura la protección penal del derecho a la vida del *nasciturus* y con ello desconoce la Carta que ordena perentoriamente al Estado velar por su conservación”.¹²⁸

En este caso, “la ausencia de sanción de sanción tiene como consecuencia inmediata la desprotección”.¹²⁹

Por su parte, los Magistrados que explicaron el voto aducen contra la fundamentación de la sentencia que, si bien el legislador, “en ejercicio de su potestad de configuración, puede castigar el aborto así como puede prescindir de la imposición de pena en algunas hipótesis en las cuales éste es realizado en nuestra sociedad”¹³⁰, la política criminal de esta materia debe respetar todos los derechos fundamentales que resultan afectados. Esto significa que al Congreso le está vedado desproteger totalmente la vida, permitiendo la práctica libre del aborto, así como también desconocer los derechos de la mujer embarazada (su autonomía personal, su vida y su integridad). Por esta razón, concluyen estos magistrados: “Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales –unas de las cuales son las señaladas en la norma demandada– no es constitucionalmente exigible dicho deber”.¹³¹

¹²⁸ IBIDEM. Pp. 126

¹²⁹ IBIDEM. Pp. 126

¹³⁰ Peña Freire, Antonio Manuel Op Cit. Pp. 158

¹³¹ IBIDEM. Pp. 159



La discrepancia entre la fundamentación de la sentencia, la disidencia y la explicación pone de manifiesto el problema que subyace a las implicaciones de los derechos de protección sobre la legislación penal: ¿en qué punto se encuentra la protección efectiva de los derechos fundamentales mediante las leyes penales? ¿Exigen estos derechos un mínimo de protección (como parece indicarlo la sentencia), o un máximo (como se hace valer en el voto disidente), o una medida intermedia, que tenga en cuenta las exigencias procedentes de los derechos y bienes que jueguen en sentido contrario (como se reivindica en la explicación)? Y además, ¿de qué manera se establece ese punto mínimo, máximo o intermedio? Y, por último, ¿cómo se debe armonizar esta última tesis de los *derechos de protección* con las dos anteriores? ¿Cómo puede crearse un modelo de relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación penal, de tal modo que las intervenciones legislativas protejan lo suficiente, sin ser excesivas y, de este modo, satisfagan las exigencias provenientes de los derechos, sin que a la vez esto signifique la supresión de todos los márgenes de acción legislativa y la consecuente petrificación constitucional del derecho penal?

3. EL NUEVO MODELO DE TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS

La transformación del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional, social y democrático de Derecho, como el constitucionalismo social contemporáneo que deviene de la Segunda Posguerra, se estructuró, entre otros aspectos, sobre la base del equilibrio en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la separación de poderes; una creación contra el constitucionalismo liberal que, entre otros aspectos,



proclamó, precisamente, las garantías y la separación de poderes pero que no las hizo efectivas; de allí que una vez el armisticio de la Segunda Guerra Mundial en Europa y América se firman los convenios internacionales de protección de los derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales, lo que lleva al replanteamiento de las fuentes del derecho frente a la implementación de una jurisdicción internacional de protección de derechos humanos.

Entre los instrumentos internacionales más influyentes podemos enunciar los siguientes:

- a) La “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- b) La “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- c) “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”, aprobado en la XXI Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.
- d) “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”, adoptado en la XXI Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.



- e) La Convención Americana de los Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.
- f) “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984.

Los primeros instrumentos internacionales de protección de derechos, tanto en Europa como en América, fueron coetáneas con las proclamas constituyentes de las primeras constituciones de la Europa continental, Francia, Italia y Alemania, que dieron forma al Estado constitucional, social y democrático de Derecho a partir de 1946, 1947, 1948, 1949 y que evolucionaron del constitucionalismo liberal de las entreguerras a un tutela efectiva de los derechos fundamentales y la real y efectiva separación de poderes mediante la instauración de Tribunales y Cortes constitucionales que hacen parte del modelo de Estado constitucional, social y democrático de Derecho, surgido de la Segunda Posguerra, como mecanismo garantizador del modelo constitucional y social, pero además tutelar de los derechos fundamentales proclamados tanto en declaraciones internacionales como por las Constituciones nacionales.

Ese nuevo constitucionalismo, nacido de la Segunda Posguerra, “trajo aparejado en su instauración, primero, en la Europa continental, el sistema europeo de protección de los derechos humanos como un mecanismo para hacer efectivo el ideario de protección de los derechos fundamentales en su versión de los derechos humanos: Y así se instituyó la Corte Europea de los Derechos Humanos; y lo mismo



sucedió, en América, con el establecimiento del “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” (Pacto de San José): La Corte Interamericana de los Derechos Humanos”.¹³² En ambos continentes esos sistemas de protección de los derechos humanos han venido adquiriendo mayor preeminencia y activismo; y es que desde la estructura legal de las Convenciones que sirvieron de base a esas jurisdicciones internacionales se previó el mandato directo de que los países partes deberían ir adaptando sus estructuras constitucionales a los modelos de protección de los derechos fundamentales en su versión de los derechos humanos, y las Cortes internacionales que sustentan su activismo al amparo de esas legislaciones internacionales han venido haciendo, cada vez, más efectiva la exigencia de adaptación de las estructuras constitucionales internas al texto de las Convenciones bajo el imperativo del “control de convencionalidad”; y en América ese control se refleja, directamente, en las sentencias de condena de la Corte Interamericana contra los Estados Partes por violaciones a los derechos humanos.

El imperativo del “control de convencionalidad” no es nuevo en los países latinoamericanos que son parte del “Pacto de San José”; empero, no obstante, con la Condena de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos contra México en el Caso Rosendo Radilla Pacheco, 2009, entre otros precedentes jurisprudenciales de la justicia interamericana, se reactiva el debate internacional sobre la aplicación y tutela de la Convención Americana de los Derechos Humanos por parte de los jueces internos de los Estado Partes, mediante el control difuso de convencionalidad.

¹³² Barrios González, Boris. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DE LA JUSTICIA DE REGLAS A LA JUSTICIA DE PRINCIPIOS. Editorial Ubijus. México. 2014. Pp. 87



“Si bien el fallo de condena contra México en el caso Radilla Pacheco de 2009 destaca un modelo instructivo de control difuso para los jueces ordinarios, en fallos posteriores, no sólo contra México, sino contra otros países latinoamericanos, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sido reiterada en cuanto al control difuso de convencionalidad por los jueces ordinarios internos de los Estados Partes”.¹³³

Por ello, hoy, el operador de la justicia penal, abogados y Ministerios Públicos, no pueden ignorar ni demeritar el valor de la Convención American de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la tutela de los derechos fundamentales que tiene carácter vinculante.

Vale comentar con Florentín Meléndez que “la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su coherente aplicación en el derecho interno es una tarea que resulta no ser tan fácil y sencilla. En ello han incidido fundamentalmente la falta de formación jurídica de los operadores judiciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho de los tratados, pero también el temor de interpretar y aplicar principios, normas y disposiciones que no tienen como fuente directa el derecho interno”.¹³⁴

Panamá ha sido condenada ya cuatro veces por violaciones de los derechos humanos; en un país que apenas supera los tres millones de habitantes, que haya

¹³³ IBIDEM. Pp. 87.

¹³⁴ Meléndez, Florentín. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Editorial Konrad Adenauer. Bogotá. 2012. Pp. 131



sentado precedente de cinco condenas internacionales por violación de los derechos humanos mediante cinco sentencias condenatorias (sin soslayar los casos que están pendientes de resolver y los que ya han sido negociados por el Estado panameño), ello implica un profundo problema de anticultura de violación de los derechos humanos e impone una urgente revisión no sólo de los ordenamientos jurídicos, sino de nuestra propia cultura jurídica, social y política como país; y como ejemplo podemos referirnos al fallo de la corte Suprema de Justicia de Panamá de 21 de agosto de 2008, en la que la Corte Suprema, en Pleno, reconoce el control de convencionalidad y establece la apertura hacia la universalización del amparo contra actos y ya no sólo contra órdenes de hacer o no hacer, como mecanismo efectivo en la tutela de los derechos fundamentales mediante amparo y como posible remedio de evitar lo que sucedió en el caso “Baena Ricardo y Otros vs Panamá” (Sentencia Condenatoria por siete violaciones argumentando que no se trataba de órdenes de hacer ni de no hacer; y, en consecuencia, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos condenó a Panamá; y lo que implica la falta de tutela judicial que hubo sobre los derechos de los perseguidos por la Ley 25, dictada por el Gobierno del extinto Presidente Guillermo Endara.

Guatemala no ha sido la excepción, habiendo sido condenado el Estado en varias sentencias por violaciones a los derechos humanos.

Hoy, la justicia contemporánea requiere que las decisiones y su argumentación respondan a una constante revisión del texto constitucional, convencional y al derecho



de los tratados en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos humanos fundamentales, atendiendo al control difuso de convencionalidad.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO: O EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA JUSTICIA

La justicia penal en los modelos acusatorios de hoy, al amparo del Estado contemporáneo, ha dejado de ser una simple aplicación de reglas o un simple ejercicio de legalismo para transformarse en un ejercicio constitucional y supranacional, que implica el control de constitucionalidad y el control difuso de convencionalidad en manos de jueces y tribunales ordinarios, como tarea de auto supervisión en la tutela de los derechos fundamentales en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Gozaini manifiesta que: “hoy en día, se ha ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos”.¹³⁵

Los abogados y los operadores de justicia de hoy no sólo deben mirar a la ley para el desarrollo del debate jurídico, el discurso y la argumentación de las

¹³⁵ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL JUEZ. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica. 2012. Pp. 125



pretensiones y las decisiones judiciales, sino que es imperativo revisar siempre el texto de la Constitución y del ordenamiento internacional o supranacional para constatar que el discurso y la argumentación responden al ejercicio y tutela de los derechos fundamentales en el desarrollo de la función jurisdiccional; porque, de lo contrario, la jurisdicción corre el riesgo de ver su decisión interna sometida a la revisión de organismos internacionales y de la Comisión y la Corte Interamericana por violación de los derechos humanos.

4.1 LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DISCURSIVA DE LOS DERECHOS ESTÁ DETERMINADA POR EL MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO

En la doctrina contemporánea se debate sobre los modelos teóricos discursivos para la fundamentación de los derechos, lo cual plantea el establecimiento de estándares mínimos de protección argumentativa.

En efecto, la protección de los derechos fundamentales plantea estándares mínimos en la función jurisdiccional y el operador de justicia no puede ignorarlos porque, entonces, se adentra en el terreno de la arbitrariedad; y la arbitrariedad lleva siempre el abuso y la negación de derechos.

Es por ello que la fundamentación teórica discursiva de los derechos está determinada por el modelo de Estado democrático.



En el caso de la fundamentación de los derechos humanos bajo el argumento *de democracia*, el cual describe Alexy¹³⁶ como el tercer argumento teórico discursivo para la fundamentación de los derechos humanos, se sustenta en tres premisas:

- a) *Primera premisa.* La cual toma de la teoría habermasiana, refiere a que el principio del discurso puede realizarse aproximadamente a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio. Porque, y aquí dice, siguiendo a Nino, que si en la realidad es posible un acercamiento a la corrección y legitimidad, esto sólo es posible en la democracia.

- b) *Segunda premisa.* Se liga directamente a eso y expresa que una democracia en la que las exigencias de la racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente, solo es posible si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidad.

- c) *Tercera premisa.* Dice que el ejercicio de los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos con suficiente igualdad de oportunidades presuponen el cumplimiento de algunos derechos fundamentales y derechos humanos no políticos. Entre éstos se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida, a un mínimo existencial y a una cierta enseñanza.

¹³⁶ Alexy, Robert. TEORÍA DEL DISCURSO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. Pp. 97



Es aquí en donde, según Alexy, si estas tres premisas son verdaderas entonces, vale la siguiente proposición:

“Quien está interesado en corrección y legitimidad, tiene que estar interesado también en democracia e igualmente tendrá que estarlo en derechos fundamentales y derechos humanos”.¹³⁷

Explica Alexy que “este argumento no es solo de gran interés porque añade uno más a las dos fundamentaciones expuestas para los derechos fundamentales y los derechos humanos. Su verdadero significado está en que dirige la mirada, a los derechos fundamentales y los derechos humanos, hacia los procedimientos e instituciones de la democracia y hace patente que la idea del discurso sólo puede realizarse en un Estado constitucional democrático, en el que derechos fundamentales y democracia, a pesar de todas las tensiones, entren en una inseparable asociación. La teoría del discurso permite en efecto no sólo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del Estado constitucional, social y democrático”.¹³⁸

La función jurisdiccional en el sistema de justicia acusatoria de hoy, que nació del modelo de Estado constitucional, social y democrático de la Segunda Posguerra (ejemplo, Código Vasalli de 1989, Italia), dejó de ser una simple aplicación de reglas o simples legalismos para transformarse en una justicia de fundamentación teórica

¹³⁷ IBIDEM. Pp. 130.

¹³⁸ IBIDEM. Pp. 130.



discursiva de los derechos fundamentales que debe elaborarse al amparo de ejercicio de una permanente revisión de constitucionalidad y supra legalidad del proceso penal como deber de los jueces y tribunales; lo cual se entiende como una tarea de auto supervisión en la tutela de los derechos fundamentales en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En un atinado comentario Gerardo Durango Álvarez, se refiere a que recientemente “se debate hasta dónde puede llegar y cuál es el alcance de la competencia de los Tribunales Constitucionales y si es posible que éstos interfieran la actividad del legislador, a quien le corresponde la función de crear normas de carácter general, impersonal y abstractas. Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin, se centran en ese problema desde una respectiva garantista que proteja ante todo los derechos fundamentales”.¹³⁹

En efecto, si seguimos las ideas de Alexy, “los derechos fundamentales en la medida en que tienen el carácter de límites a los poderes públicos, son disposiciones subjetivas que establecen obligaciones y deberes al legislador y, por tanto, limitan su competencia”.¹⁴⁰ Así, cuando el Tribunal Constitucional confirma que el legislador no ha cumplido con su deber constitucional de proteger y garantizar derechos fundamentales, o se ha extralimitado en sus competencias, lo hace por expresa autorización de la misma Constitución y no estará, por ende, afectando las

¹³⁹ Durango Álvarez, Gerardo. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Editorial Temis. Colombia. 2006. Pp. 92.

¹⁴⁰ Alexy, Robert. Op Cit. Pp. 102.



competencias del legislador, sino, por el contrario, está cumpliendo lo que ordena la Constitución construida por medio de procedimiento democrático.

Con esta orientación, comentamos con Durango Álvarez, que “los procedimientos democráticos necesitan de un constitucionalismo dinámico que salvaguarde las reglas de participación y deliberación en los espacios democráticos, así como los derechos fundamentales; ésta es tarea garantista de la administración de justicia frente a los poderes públicos”.¹⁴¹

Es cierto que en esta perspectiva, los Tribunales Constitucionales deben hacer viable las diferentes formas como se manifiesta la democracia deliberativa, sin necesidad de apartarse del texto constitucional y posibilitar jurídicamente las condiciones de una verdadera participación pública.

Es así, entonces, que los Tribunales Constitucionales y los jueces en general, se valen del principio discursivo cuando protegen, mediante mecanismos constitucionales, los *inputs* provenientes de la cultura política deliberativa cuyo *telos* es contribuir a legitimar las estructuras de la democracia constitucional.

Finalmente, coincidimos con Durango Álvarez, en que “la función de los jueces y los tribunales consiste en hacer efectiva la mayor gama posible de garantías a favor de los derechos fundamentales y en abrir los canales de participación ciudadana

¹⁴¹ Durango Álvarez, Gerardo. Op Cit. Pp. 94



cuando por omisión o negligencia los ignora el legislador, como sucede con frecuencia con los denominados derechos sociales, económicos y culturales”.¹⁴²

En el ejercicio de la función jurisdiccional hoy imperan dos controles para la legalidad y la tutela de los derechos fundamentales frente a la función del Estado como administrador de justicia, y son los siguientes:

4.1.1 EL CONTROL DE LEGALIDAD

Este nivel de control implica el control de legalidad de las reglas procesales, y debe ser el primer nivel en la función tutelar del operador de justicia, el cual se traduce en la aplicación del procedimiento establecido en las codificaciones tendientes al recto juzgar, a garantizar la imparcialidad del juzgador en el proceso, pero, también, a garantizar la igualdad de las partes frente al juzgador.

Bien podemos hablar del control de la legalidad de actos del proceso de partes, de las acciones y las omisiones en función de tutelar el efectivo ejercicio de los derechos de los sujetos y las partes sujetas a las reglas del proceso judicial.

Se trata, entonces, de que “el derecho de reglas, como contenido de los códigos de procedimientos, se aplique conforme al fundamento teórico discursivo que deriva del modelo constitucional democrático para la tutela jurisdiccional de los

¹⁴² IBIDEM. Pp. 96



derechos, de lo contrario nos ubicamos frente al abismo de la arbitrariedad que
lleva a buenas consecuencias”.¹⁴³

4.1.2 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Que se define como “el control de constitucionalidad de las leyes, actos y omisiones que realiza el órgano de control constitucional interno de los países latinoamericanos signatarios de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (Pacto de San José)”.¹⁴⁴

Mediante el control de constitucionalidad se logra la tutela jurisdiccional de los derechos, ya sea en el contexto de la jurisdicción de la libertad (tutela jurisdiccional de los derechos subjetivos) o ya sea mediante el control abstracto de la constitucionalidad (de leyes y actos de los poderes públicos y privados).

El control de constitucionalidad, con el constitucionalismo de la Segunda Posguerra, recibió una nueva fundamentación ideológica que transformó los modelos de justicia constitucional de la simple “guarda de la integridad de la Constitución” a la implementación de verdaderos mecanismos de defensa procesal de la Constitución a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos, mecanismos que hoy integran el contenido de la ciencia del Derecho procesal constitucional.

¹⁴³ Barrios González, Boris. Op Cit. Pp. 94.

¹⁴⁴ IBIDEM. Pp. 94



4.1.3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Que se define como “el conjunto de obligaciones precisas que tienen los jueces de los países signatarios de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, impartidas por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, especialmente, renovado a partir del Caso Rosendo Radilla Pacheco vs México, 2009, de cumplir con la función de administrar justicia apegado a los valores humanos”.¹⁴⁵

Luego de la aprobación y firma de la Carta Constitutiva de la ONU (1945), y la promulgación por ese mismo organismo recién instaurado de la Declaración Universal de los Derechos de 1948, se aprobó en Europa, América y África las convenciones internacionales e protección de los derechos humanos, como una acción directa del nuevo orden internacional derivado del armisticio de 1945.

En América Latina, entonces, los países firmaron el “Pacto de San José” de 1969, conocido como la Convención Americana de Derechos Humanos, y mediante la cual se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se estructura la jurisdicción interamericana de protección de los derechos humanos; y es que, en tal sentido, cuando los países firman el “Pacto de San José” renuncian a la soberanía en materia de protección de los derechos humanos, a lo que ya se habían comprometido al firmar la declaración de derechos de la ONU de 1948, y por tanto, se comprometen a cumplir con los artículos 1 y 2 de la Convención y adecuar el

¹⁴⁵ IBIDEM. Pp. 95



ordenamiento jurídico nacional al texto de la Convención y a respetar y garantizar los derechos humanos de nacionales y extranjeros que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado Parte.

Hoy cuando un operador de justicia, juez o un Tribunal o Corte incumplen el compromiso de protección y respeto de los derechos de la persona y del ciudadano, están ignorando todo este proceso de evolución histórica de las sociedades civilizadas de la Segunda Posguerra que asumieron el compromiso no sólo de respetar, sino de garantizar los derechos de la persona y del ciudadano en el seno de las sociedades que sobrevivieron a la Segunda Posguerra, y que encontraron en la declaración de los derechos de 1948, el fundamento de la democracia, de la libertad, de la igualdad y de la paz.

5. EL IMPERATIVO DE TUTELA DE LOS DERECHOS

De este enunciado teórico se deduce el imperativo de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; y es que ha dicho la Corte Interamericana en el ejercicio del control de la convencionalidad que los Estados tienen que adaptar la legislación nacional al texto de la Convención y de lo cual se infiere que la aplicación de una norma legal o constitucional al caso que se juzga, siendo contraria a la Convención, no exime de responsabilidad ni al Estado ni al operador de justicia por el incumplimiento de la Convención; y también ha comentado la Corte IDH, que las decisiones del derecho interno no son vinculantes con las



decisiones de la Corte IDH, pero que las decisiones de la CIDH sí son vinculantes para el operador de la justicia interna de los Estados.

De acuerdo con la orientación de los artículos 1 y 2 de la Convención, la Corte IDH ha sido reiterativa en sustentar el deber de los Estados de respetar y garantizar tanto los derechos y libertades como el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades.

La referencia principal de esta concepción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos., es el caso: La Palmeras vs Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie CNº 90, párrafos 4 y 6. “Voto razonado conjunto” de los jueces A.A. CanÇado Trindade y M. Pacheco Gómez.

5.1 LAS CONSTITUCIONES NACIONALES Y LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El debate respecto a la forma de solución del conflicto entre las Constituciones nacionales y las normas de la CADH es un debate que deviene desde el origen de la aprobación de la Convención en 1969, y más en el constitucionalismo latinoamericano; lo cual se explica en que el texto de la Convención Americana, que responde a una unidad de concepto de protección de los derechos humanos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y con la Convención Europea de los Derechos Humanos, “responden a la concepción del Estado constitucional, social y



democrático de Derecho surgido de la Segunda Posguerra y con base en lo que reformuló el constitucionalismo continental europeo; no obstante, esa reacción de reforma hacia el Estado constitucional, social democrático que se dio en la Europa continental, al final de la década 1940-1950, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ha sido más lenta en la transformación del Estado latinoamericano a razón de que los efectos de la Segunda Guerra Mundial, en Latinoamérica, fueron más indirectos que directos; por lo que el modelo de Estado liberal de Derecho latinoamericano sobrevivió, más fácilmente, a la Segunda Guerra Mundial".¹⁴⁶

En ese sentido, la transformación de los Estados latinoamericanos hacia el Estado constitucional, social y democrático de Derecho, ha sido más ideológica que el resultado del fenómeno armisticio en la Europa continental; por lo que en América Latina la transición hacia el Estado constitucional, social y democrático de Derecho se inicia finales de la década 1980-1990 con Brasil (1989), y el inicio de la década 1990-2000 (Colombia en 1991 y Paraguay en 1992) y algunos países aún siguen en el viejo modelo de Estado liberal.

Si agregamos que los países latinoamericanos están haciendo la transición hacia el Estado constitucional y democrático de Derecho, pero que, además están inmersos en el cambio del modelo de justicia penal inquisitiva mixta (Código Rocco de 1930, Italia) al nuevo modelo de justicia acusatoria, pública, oral y adversarial (bajo la influencia del Código Vassalli de 1989; Italia); y que en algunos países no se ha hecho

¹⁴⁶ Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Op Cit. Pp. 253.



la transición al Estado constitucional de Derecho y se mantienen bajo la ideología del Estado liberal que no fue un modelo de Estado garantista de los derechos, pero que sí se está implementando la justicia acusatoria de corte garantista; entonces, tendríamos que deducir que nuestros países latinoamericanos están inmersos en profundos conflictos ideológicos a razón de que la justicia acusatoria se implementó en Europa continental después de la transición al Estado constitucional y democrático de Derecho y que por tanto, la transición a la justicia acusatoria se entendió bajo el techo ideológico del Estado garantista; ello implica que en nuestros países latinoamericanos la justicia acusatoria que deviene del modelo de Estado constitucional de Derecho se ha estado implementando, en algunos países, todavía bajo la sombra del constitucionalismo liberal antagónico con el modelo de justicia acusatoria de corte garantista.

Es así, entonces, que “la efectividad del texto de la Convención Americana de los Derechos Humanos ha chocado, también, en su evolución y eficacia práctica, con el liberalismo constitucional latinoamericano, sustentador del modelo presidencialista de gobierno absolutista y con los parlamentos supeditados a la hegemonía del exacerbado presidencialismo latinoamericano”.¹⁴⁷

De este modelo de liberalismo constitucional, del presidencialismo absolutista y del parlamentarismo supeditado, es que la Corte IDH ha producido la mayor parte de las condenas contra los Estados Partes por violaciones de los derechos humanos.

¹⁴⁷ Barrios González, Boris. Op Cit. Pp. 97.





CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL

1. SOBRE LA PROHIBICIÓN POR ACCIÓN INSUFICIENTE POR OMISIÓN O DEFECTO Y EL MANDATO DE PROPORCIONALIDAD

1.1 EL ANÁLISIS DEL MEDIO ALTERNATIVO MENOS LESIVO EN EL MANDATO DE PROHIBICIÓN POR EXCESO

Una medida estatal puede ser idónea y sin embargo, desproporcionada en sentido amplio por no aprobar el examen del medio alternativo menos lesivo. Es decir, la restricción al derecho afectado es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo. La regla del medio alternativo dice:

“Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe *en menor medida* los principios *ius-fundamentales* u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Clérigo, L. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 2009. Pp. 76



“Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y cada uno de esos medios (o alguno de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en *igual o mayor medida* los principios *ius*-fundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada), que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo”.¹⁴⁹

“La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, a) una relación de medio-fin, aunque más compleja ya que implica: b) más de un medio técnicamente adecuado, sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. La comparación es c) doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita el derecho). Los medios alegados por el afectado y los otros discutidos, en círculos de especialistas, por los legisladores, en las organizaciones no gubernamentales, entre otros ámbitos, deben ser sometidos a la doble comparación”.

¹⁴⁹ IBIDEM. Pp. 78



Respecto de la idoneidad de los medios alternativos, basta con que sean técnicamente adecuados (en el mismo grado) como el medio establecido. No requiere que los alternativos sean los óptimos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija* que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador (fin principal, fin secundario, fin mediato o lejano, fin último, fin parcial, según el caso). Como resultado de la aplicación de la regla, puede comprobarse, que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente adecuado o más adecuado”.¹⁵⁰

A su vez, el medio alternativo debe implicar una *menor* restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico. Frecuentemente se presenta la determinación del medio más indulgente como un procedimiento relativamente simple. Esto se debe a que de hecho existen numerosos casos simples, que se identifican en aplicación de la regla del medio alternativo como *candidatos positivos* (es decir, restringen en *menor* medida los derechos fundamentales afectados u otros bienes jurídicos constitucionales) y *candidatos negativos* (o los restringen en *igual o mayor* medida).

Sin embargo, la aplicación de la misma regla puede ofrecer un tercer resultado. Si los medios alternativos (igualmente idóneos), restringen en *menos* medida los

¹⁵⁰ Sieckmann, Jan-R. LA TEORÍA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011. Pp. 186



derechos fundamentales afectados pero en *mayor* medida otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionales relevantes para el caso, entonces la regla del examen del medio alternativo menos gravoso no ofrece una decisión; porque el medio establecido no es el menos lesivo en todos los sentidos relevantes. Se trata de *casos dudosos*.

Así, la aplicación de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso, demuestra que existen dos tipos de resultados: “a) definitivos en los casos claros y b) abiertos o en *principio* en los casos dudosos. Esto importa al sostener que no siempre después de este examen surge un medio necesario o alternativo menos lesivo, por causa de razones estructurales y epistémológicas”.¹⁵¹

En los casos con resultado abierto la regla del medio alternativo menos lesivo funciona como una suerte de “pre-estructuración” del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Así, cuánto más amplia sea la diferencia entre el medio escogido y el medio alternativo respecto de la menor lesividad en cuanto a la restricción de los derechos afectados, tanto más peso pierden los argumentos que hablan a favor del medio escogido y, que en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pretenden justificar la limitación al derecho afectado.

¹⁵¹ IBIDEM. Pp. 187.



1.2 EL EXAMEN DEL MEDIO ALTERNATIVO MÁS IDÓNEO EN EL EXAMEN DE LA PROHIBICIÓN POR OMISIÓN, INSUFICIENCIA O DEFECTO

Una omisión o una acción estatal atacada de insuficiente o defectuosa (el medio atacado) puede haber quedado como idónea (según el caso en un sentido débil y/o fuerte). Sin embargo, la limitación al derecho de prestación afectado que deviene del medio atacado por ser *insuficiente o defectuosa*, pudo haberse evitado a través de la implementación de un *medio alternativo más idóneo*. Es decir, un medio que permita una mayor realización del derecho de prestación.

La regla del medio alternativo cuando se examina una omisión o una acción insuficiente o defectuosa *debe ser modificada como así también su nombre*. El primer paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el contexto del *mandato de prohibición por exceso* se llama sub-examen *de igual idoneidad*. Aquí reside otra *diferencia* entre ambos mandatos. En el mandato de prohibición por omisión el medio alternativo tiene que ser más idóneo que el medio atacado y por ello, por lo menos suficiente para lograr un fomento eficaz del fin que es la realización del derecho de prestación. El segundo paso queda igual para ambos mandatos y está conformado por el examen de la menor lesividad de los medios alternativos.

El examen del medio alternativo debe ser llamado, en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, *examen del medio alternativo más idóneo*, si es que quiere reflejar el contenido de la regla que dice:



“Si hay medios alternativos que pueden fomentar, el derecho fundamental de prestación en a) mayor medida que el medio atacado y, b) en forma similar el fin estatal (cuando éste no coincida con la realización del derecho de prestación), entonces la omisión o la acción insuficiente no es proporcional en sentido amplio. Y si se trata de un caso en el que el derecho de prestación colisiona con otros derechos, entonces el medio alternativo debe c) restringir los derechos colisionantes en igual medida o aún menos que el medio atacado”.¹⁵²

“Si los medios alternativos existentes no pueden fomentar el derecho fundamental de prestación a) en mayor medida que el medio atacado, aunque b) fomenten en forma similar el fin estatal (cuando éste no coincida con la realización del derecho de prestación), y c) aunque, en el caso que el derecho de prestación colisione con otros derechos, el medio alternativo restrinja los derechos colisionantes en igual medida o aún menos que el medio atacado; hay que someter, entonces, el medio atacado al examen de proporcionalidad en sentido estricto”.¹⁵³

Supone también una relación de medio-fin y una comparación del medio establecido con los medios atacados. Este procedimiento implica *dos criterios comparativos*:

- a) Los medios alternativos se comparan con el medio atacado, la omisión o, en su caso, la acción insuficiente o defectuosa, para ver si fomentan el

¹⁵² IBIDEM. Pp. 188

¹⁵³ IBIDEM. Pp. 188



derecho de prestación *en mayor medida (criterio comparativo)* que el último. La existencia de un medio más idóneo comprueba que es posible desde el punto de vista fáctico una mayor y mejor realización del derecho de prestación y que la restricción a este derecho por omisión o acción insuficiente o defectuosa era posible de evitar. El fin estatal puede o no coincidir con el fin de realización del derecho de prestación; en esos casos, los medios alternativos tienen que fomentar ese fin en forma similar al medio atacado.

- b) Y, en el caso que se trate de una colisión con otros derechos, los medios alternativos se comparan con la omisión o la acción insuficiente atacada para ver si restringen en igual medida o incluso menos los derechos fundamentales colisionantes (*criterio comparativo*). Esta última comparación coincide con el segundo paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso.

Por último, en caso de colisiones entre dos derechos fundamentales (por un lado, el derecho fundamental en su función de derecho de prestación y, por el otro lado, otro derecho fundamental), y cuando el medio alternativo más idóneo implique, sin embargo, una restricción más intensiva para el otro derecho, ¿tiene algún sentido el examen del medio alternativo suficientemente eficaz? Sí, porque pre-estructura el examen de la proporcionalidad en sentido estricto. Si bien el medio atacado queda como idóneo y menos lesivo, de la comparación de éste con el medio alternativo más



idóneo surge la medida de la restricción al derecho de prestación por la omisión acción insuficiente atacada en el caso concreto. Además posibilita determinar, cuáles serían las consecuencias *ius*-fundamentales si continúa la acción omisiva o insuficiente del Estado.

1.3 LA INTENSIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DEL MEDIO ALTERNATIVO EN EL MANDATO DE PROHIBICIÓN POR EXCESO Y POR OMISIÓN O INSUFICIENCIA

La regla del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso y la versión modificada en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, respectivamente, pueden distinguirse de su intensidad de aplicación.

En este punto, el mandato de la prohibición por omisión o insuficiencia no difiere del mandato de prohibición por exceso. Además la intensidad de control depende del *momento* en el que se examine la menor lesividad (para el caso de la prohibición por exceso) y la mayor idoneidad (para el caso de la prohibición por omisión o insuficiencia) del medio alternativo, y de la pauta a la que se someta la corrección del diagnóstico y pronóstico realizado por el legislador: control de evidencia, de representatividad y control material intenso del contenido. La primera y segunda intensidad de control suelen ser utilizadas para complementar la regla del examen del medio alternativo frente a casos dudosos.



En materia de medios alternativos, el control de evidencia (para determinar si existe un medio tan idóneo como el establecido pero no menos gravoso) dice: el medio alternativo menos gravoso debe presentar a primera vista la misma idoneidad para el logro del fin. Y solo cuando se pueda comprobar en forma evidente que está a disposición otro medio menos lesivo, es el medio seleccionado por el legislador desproporcionadamente restrictivo. Esto implica reconocer un margen de apreciación bastante amplio e incluso la posibilidad que el legislador se haya equivocado en su diagnóstico respecto de la menor lesividad de los medios alternativos; es decir, respecto de la selección del medio salvo que la menor lesividad surja de datos empíricos incontrovertibles.

La regla de la evidencia es aplicable también para el caso de los medios alternativos más idóneos en el examen del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Aquello que tiene que ser manifiestamente incontrovertido es que existían otros medios (en comparación con los atacados, es decir, la omisión o la acción insuficiente o defectuosa) que podían realizar en mayor medida el derecho de prestación afectado.

La regla de la evidencia supone, en casos dudosos, una presunción de proporcionalidad en sentido amplio a favor del medio establecido. A favor de la fundamentación de la regla de la evidencia suelen ser esgrimidos argumentos que tienen en cuenta la complejidad de las circunstancias de la materia sobre la que reposa la medida estatal objeto de control; la legitimidad democrática del legislador, “su mayor



capacidad para juzgar adecuadamente estados de cosas complejos”¹⁵⁴ entre otros. Estos argumentos deben perder peso cuanto más intensiva sea la restricción de derecho en el caso concreto, lo que justifica un control más intensivo.

El control de la medida estatal se toma un poco más intenso si se trata de la regla complementaria de la *admisibilidad o defendibilidad*. Así, en los casos dudosos un medio queda como el menos lesivo (en el examen del mandato de prohibición por excesos) o el más idóneo (en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia) si la posición del legislador (en su caso, de la administración) es defendible, plausible. Este es el caso, cuando el legislador cumple (en el procedimiento llevado a cabo para la apreciación del material disponible sobre el estado de cosas reglamentado), con las siguientes exigencias:

- i. agotamiento de las fuentes de conocimientos disponibles;
- ii. para poder apreciar la medida lo más cuidadosamente posible, y así, poder evitar una violación del derecho constitucional por exceso o insuficiencia, según el caso.

Si, entonces, se aplica la regla de la plausibilidad, esto implica que los argumentos que hablaban a favor de la regla de evidencia pierden importancia frente a los argumentos que hablan a favor de un mayor control. Estos últimos argumentos pueden ser de tipo material o no, por ejemplo, aquellos que se relacionan con la

¹⁵⁴ Aarnio, A. LAS REGLAS EN SERIO. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997. Pp 17



importancia de los bienes jurídicos en juego, la intensidad de la restricción de derechos; o de tipo funcional, cuando se refieren al “mayor nivel de imparcialidad, aptitud justamente para decidir cuestiones de derechos y su menor sometimiento a las presiones del momento”.¹⁵⁵

Por último, el “control material intensificado” implica que el tribunal no se siente ligado a la concepción del legislador. El tribunal prueba por sí, cuál de los medios resulta el menos gravoso independientemente de lo apreciado por el legislador. Esto significa que, si persisten las dudas acerca de la menor o mayor gravosidad del medio elegido, la aplicación de un control material intensificado obliga a seguir investigando con detenimiento.

En tanto sean de importancia las valoraciones y los juicios de hecho del legislador, el juzgador solo puede apartarse en principio de ellos cuando sean refutables. Sin embargo, parece arriesgado que, cuando estén en juego restricciones *ius-fundamentales* muy intensas, la falta de claridad en la evaluación de los hechos deba ser una carga para el titular del derecho fundamental. Por lo tanto, para determinar si el parecer sobre la idoneidad y menor gravosidad del medio elegido es refutable o no, debe ser comparada la evaluación del legislador con la del tribunal o la de otros órganos. Esto implica un control material más intenso de la premisa sobre los hechos en el examen de medios alternativos.

¹⁵⁵ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 128



En suma, la reglas complementarias del medio alternativo –en cualquier de sus dos versiones; es decir, en el mandato de prohibición por exceso y la versión modificada en el mandato de prohibición por omisión–, referidas a la mayor o menor intensidad de control de las argumentaciones sobre la relación empírica entre medios alternativos y fin, pierden fuerza decisoria en tanto sea más intensa la restricción al derecho o, vista desde la otra perspectiva, menor la no-realización del derecho.

En estos casos, la presunción de proporcionalidad en sentido amplio no juega a favor del medio establecido y se requiere una investigación más cuidadosa para determinar si la limitación al derecho afectado (por acción u omisión o acción insuficiente) pudo ser evitada a través de un medio alternativo.

2. EL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

2.1 EL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO EN LA PROHIBICIÓN POR EXCESO

Un medio idóneo y necesario para el fomento de un fin no debe ser implementado si los perjuicios para los derechos fundamentales de los afectados que se derivan del medio son mayores que la importancia del fomento del fin, en modo tal que el medio escogido aparece como desproporcionado. Además, para “una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad



(soportable) para los destinatarios de la prohibición”.¹⁵⁶ La regla de la proporción en sentido estricto dice:

“Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción *i*us-fundamental) sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción *i*us-fundamental, entonces la medida estatal es proporcional en sentido amplio”.

“Cuando (el medio establecido es idóneo y el menos lesivo y) el peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia del fin estatal legítimo (que pretende justificar la intensidad de la restricción *i*us-fundamental) no sobrepasa el peso de los argumentos que hablan a favor de evitar la intensidad de la restricción *i*us-fundamental, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio”.

El centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho. Esta relación reconoce una misma estructura formal conformada por dos pilares: la colisión y la ponderación sin embargo, no todo es ponderación en el caso concreto. Algunas etapas se mueven en el nivel de la aplicación de reglas sin ponderación:

¹⁵⁶ Bayón, J.C. DEMOCRACIA Y DERECHOS: PROBLEMAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. Pp. 67



- a) La determinación de la colisión de principios (interpretación del problema sin ponderación).
- b) La consideración de la aplicación de una regla-resultado de la ponderación que soluciona la colisión sin ponderación en el caso concreto.
- c) La determinación de la intensidad de la restricción al derecho (interpretación orientada, en parte, por reglas).
- d) La determinación del peso abstracto del derecho afectado (interpretación orientada, en parte, por reglas).
- e) La determinación del peso abstracto del fin de la medida estatal (interpretación orientada, en parte, por reglas).
- f) La ponderación en concreto entre el peso abstracto y concreto de los principios y la intensidad de la restricción de los derechos afectados (ponderación).
- g) La reformulación de la solución de la colisión en una regla-resultado de la ponderación.

Esto ha permitido argumentar, a su vez, que sostener una suerte de “inflación de la ponderación” y que se estaría viviendo en un “estado de ponderación” resulta una objeción injustificada para un modelo de la proporcionalidad orientado por reglas.



2.1.1 LA COLISIÓN Y SU SOLUCIÓN SIN PONDERACIÓN

El *primer paso* de este examen es la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos normas *ius*-fundamentales o que refieren a bienes colectivos constitucionales (una de esas normas es la que justifica el fomento del fin, la otra norma es la que se refiere al derecho fundamental afectado por la implementación del medio), que no pueden ser realizadas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias del caso de forma completa.

Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es decir, de su restricción), y a la inversa.

El *segundo paso* se refiere a la búsqueda exhaustiva de reglas-resultados de la ponderación vinculante *prima facie* para la solución de la colisión sin ponderación. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (llamada regla-resultado de la ponderación), según la siguiente fórmula: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Bernal Pulido, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pp. 84



La consideración de las reglas-resultados de la ponderación conforma un criterio de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve el caso de colisión de ponderación.

La vinculación a la regla y, por ende, su aplicación debe poder ser justificable a la luz de las similitudes de las circunstancias del caso anterior con las de la nueva colisión *ius-fundamental*, lo cual supone interpretaciones y examen crítico de la justificación de la *regla-resultado de la ponderación*. Ahora bien, si el nuevo caso presenta características que se diferencian con justificación de las circunstancias de la *regla-resultado de la ponderación*, entonces puede apartarse de esta última. Asimismo puede ocurrir que la *regla-resultado de la ponderación* no sea aplicable para la solución del caso nuevo, porque aquella es incorrecta y su justificación criticable.

En todos los casos quien disiente, tiene la carga de la argumentación y debe justificarlo de forma suficiente: por ello, la vinculación tiene un carácter *prima facie*. Si no existen en el sistema reglas-resultados de la ponderación aplicables al caso por resolver o las existentes son incorrectas, entonces se pasa a la aplicación de la ley de la ponderación para examinar la justificación de la solución a la colisión.



2.1.2 ENTRE EL LADO ABSTRACTO Y EL LADO CONCRETO DE LA PONDERACIÓN

El *tercer paso* está conformado por la aplicación de la “ley de la ponderación”, que dice: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹⁵⁸ Así, quien controla una ponderación debe preguntarse si se tuvo en cuenta:

- a) El peso abstracto y el peso concreto de los principios que colisionan;
- b) La intensidad en abstracto y en concreto de la restricción a los derechos del afectado de modo de no exigirle, además, tolerar una restricción insoportable.

En ese sentido aparece la “fórmula del peso” como un camino para la determinación del peso concreto de un principio que colisiona con otro. Sin embargo, esta fórmula no otorga pistas acerca de cómo determinar todos aquellos componentes que no dependen de las circunstancias concretas del caso; es decir, el peso abstracto y la restricción abstracta de los principios. Esta fórmula trabaja con incógnitas que requieren ser despejadas a través del uso de argumentos generales y/o a través de teorías materiales de interpretación constitucional, entre otras. Sin embargo, estas propuestas nos devuelven a los problemas de la teoría general.

¹⁵⁸ Clérico. L. Op Cit. Pp. 81



Sieckmann, por su parte, propone considerar para la determinación de la ponderación abstracto de los principios:

- i) “La justificación a través de la fuerza de los intereses;
- ii) La justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios;
- iii) La justificación a través de sentencias anteriores”.¹⁵⁹

Estos criterios otorgan algunas indicaciones para despejar las incógnitas sobre el peso abstracto de los principios. Sin embargo son aún muy generales y requieren ser complementados y precisados a través de la reconstrucción crítica de una *red de “mandatos de consideración”*.

En el marco de prácticas constitucionales establecidas los derechos fundamentales han sido aplicados en un sinnúmero de casos. Además, existen fuertes disputas en la dogmática, en el parlamento y en la ciudadanía acerca de su contenido. Estas disputas se ven reflejadas, en buena medida, en los casos que llegan a decisión de los tribunales superiores. Por eso se requiere una reconstrucción *crítica* de la dogmática de los derechos fundamentales que identifique los puntos de vista que fueron considerados para determinar la intensidad de la restricción del derecho y su peso. Esto permitiría, además, en un nivel de aplicación no tan abstracto, poner a prueba la fórmula del peso.

¹⁵⁹ Sieckmann, Jan-R. Op Cit. Pp. 194



Así, por ejemplo, una reconstrucción crítica de la dogmática y la jurisprudencia de la libertad artística arroja una red de “mandatos de consideración” para la determinación de su peso e intensidad de restricción. Además, la libertad artística suele colisionar con el derecho a la personalidad. Aquí también se siente la importancia del peso abstracto de esta libertad en tanto que:

“Si se trata de determinar la restricción del derecho general a la personalidad, entonces, esta no puede ser interpretada como importante, cuando la expresión artística, que ocasiona la restricción, a) no ha sido interpretada en el marco de la visión total de la obra o b) cuando de las varias posibilidades de interpretación, solo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles (penalmente)”.¹⁶⁰

La consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto pretende determinar el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad artística no basta con una restricción leve o con la mera posibilidad de una restricción de peso del derecho de la personalidad para justificar una restricción intensiva a la libertad de arte. En estos casos, la libertad de arte tiene una prioridad condicionada *prima facie* frente al derecho de la personalidad (en el sentido de protección del honor).

¹⁶⁰ Gascón Abellán, M. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003. Pp. 126



La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión se puede ver relativizada por la pretensión de la consideración de las circunstancias especiales del caso, que hablan:

- a) Del peso concreto de los principios colisionantes;
- b) De la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes, de la duración de la restricción al derecho, de la posibilidad de poder haberse evitado la restricción al derecho a través de un medio alternativo;
- c) Del carácter soportable/insoportable de la restricción al derecho para el afectado;
- d) De la urgencia que requiere la satisfacción del derecho;
- e) Del grado de intensidad con el que se controla la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente o por el tribunal preopinante.

En este sentido, la faz concreta de la ponderación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto representa una suerte de “instancia falibilística irrenunciable”. En esta etapa se considera sí, por ejemplo, se está en presencia de un peso concreto muy importante del derecho de la personalidad del afectado por una expresión artística para dar por justificada una restricción intensiva a la libertad de arte.



Solo razones de mucho peso podrían revertir la prioridad condicionada *facie* que habla a favor de la libertad de arte y frente al derecho de la personalidad. Así, en esta etapa se trata de determinar, en términos simples, si los argumentos que hablan a favor del fin estatal o del derecho fundamental colisionante son más pesados que los que hablan a favor de una mayor realización del derecho limitado. Por ello, una restricción muy intensiva a la libertad artística no puede ser justificada a través de una importancia leve de realización del derecho al honor de un político. En esta etapa es aplicable la fórmula del peso.

La ponderación culmina cuando se ha agotado el sopesamiento de los argumentos que hablan a favor y en contra del peso de los principios, de la intensidad de la restricción a la luz de las circunstancias del caso concreto. Para cumplir con este último mandato basta, en principio, con que la preponderancia sea suficiente, es decir, que las razones que hablan a favor de una mayor realización del derecho restringido logren pesar más en concreto que las razones que hablan en contra de la restricción del derecho y a favor del fin estatal, para concluir que la restricción al derecho es desproporcionada en sentido amplio.

Por último, el resultado de una ponderación expresa una preferencia condicionada a favor de uno de los principios colisionantes. Este resultado debe ser reformulado en una regla-resultado de la ponderación. Quien pondera en el marco del derecho constitucional debe ser consciente que el resultado de la ponderación es más que un mero resultado. Desde el punto de vista de los destinatarios (directos y



potenciales) de ese resultado, quien pondera debe elevar la pretensión de que en casos iguales o similares, el resultado de esa ponderación es *prima facie* vinculante para la resolución de ese nuevo caso.

Por último, el modelo de la ponderación orientado por reglas explicita la vinculación de quien realiza una ponderación a reglas y, en este sentido, limita su discrecionalidad. En tanto sería incoherente si no estuviera dispuesto a aplicar *prima facie* para la solución de casos futuros similares, el resultado de la colisión que está decidiendo en el presente.

2.2 EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO EN EL MANDATO DE PROHIBICIÓN POR OMISIÓN O INSUFICIENCIA

“De la misma forma que en el mandato de la prohibición por exceso, en este examen se pregunta por la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y los argumentos que hablan a favor del peso y la importancia del derecho o bien jurídico colectivo colisionante”.¹⁶¹

Más precisamente, si la falta de realización del derecho de prestación es más importante que el peso de los principios colisionantes. En este sentido, no es necesario realizar modificaciones sustanciales a los elementos de este examen. La regla de la proporcionalidad en sentido estricto dice:

¹⁶¹ Lopera Meza, G. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005. Pp. 2001.



“Cuando la omisión o la acción insuficiente (atacada) es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos más idóneos y suficientemente eficaces, pero la falta de realización del derecho de prestación no puede ser justificada a la luz del peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces es la omisión o acción insuficiente desproporcionada en sentido amplio”.

“Cuando la omisión o la acción insuficiente (atacada) es idónea (en abstracto y/o en concreto) y no existen medios alternativos más idóneos y suficientemente eficaces y la falta de realización del derecho de prestación puede ser justificada a la luz del peso de los argumentos que hablan a favor de la importancia y realización del fin estatal perseguido y/o de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales colisionantes, entonces es la omisión o acción insuficiente proporcionada en sentido amplio”.

Los elementos y pasos del examen de proporcionalidad en sentido estricto son los mismos que en el mandato de prohibición por exceso, entre otros, el grado o intensidad de la no-realización (restricción) del derecho de prestación, a) el peso y la importancia de la realización del principio colisionante y b) la relación entre ambos dirigida por la aplicación de la ley de la ponderación, que en este examen dice: “cuanto



más baja sea la no satisfacción (la no-realización) de un derecho de prestación (positiva), tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹⁶²

Igual que en el mandato de prohibición por exceso, aquí es necesario determinar la intensidad de no-realización del derecho en su función de prestación causada por la omisión, la acción insuficiente o defectuosa.

Para ello hay que considerar, además, cómo impacta la no-realización del derecho de prestación en el plan de vida de los afectados y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables. Asimismo, juega un papel importante determinar si el afectado pertenece a un grupo desventajado de personas que sistemáticamente ha sido discriminado y las consecuencias nocivas para sus derechos persisten en la actualidad. Por último, hay que considerar los resultados en concreto del examen de idoneidad y del medio alternativo más idóneo y guiados por la siguiente regla que dice:

“Cuanto más insignificante sea el fomento del fin por el medio atacado –y tanto más pueda ser promovida una mayor realización del derecho de prestación a través de medios alternativos más idóneos–, tanto más difícil podrá ser justificada la limitación del derecho fundamental afectado por omisión o acción insuficiente a través de la importancia de la realización del fin estatal, de los otros derechos y/o bienes jurídicos colisionantes en el caso concreto”.

¹⁶² Medina Guerreño, M. LA VINCULACIÓN NEGATIVA DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial McGraw Hill. Madrid. 1997. Pp. 119.



Si sucede que la limitación al derecho de prestación es leve, se aplicará de la ponderación en su versión simple o lineal. Una interferencia leve o insignificante deberá ser justificada, por lo menos, a través de argumentos que provengan de otros derechos fundamentales y/o de bienes jurídicos colectivos constitucionales y/o de fines estatales, que no están prohibidos expresamente en la Constitución. A su vez, aunque puedan ser alegadas y justificadas esas razones, éstas no alcanzan para justificar una restricción al contenido mínimo existencial de los derechos de prestación. Ese contenido queda fuera de cualquier ponderación, se trate de una restricción leve o intensiva al derecho.

Por último, si resulta que la limitación al derecho de prestación es muy intensiva, hiperintensiva o extrema, la “fuerza de las contrarrazones debe crecer de forma *más que proporcional*”. Esto deviene de una interpretación progresiva de la ley de la ponderación, que dice:

“Cuando más se interfiere en la realización de un derecho en su función de prestación, dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma “más que proporcional” (sobreporcional), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada”.



Esta fórmula es de suma importancia, si se tiene en cuenta las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social, en el que buen parte de la población no puede ver satisfechos en un mínimo sus derechos de prestación y su autonomía considerada también como libertad fáctica.

Así la aplicación de la regla en contextos de exclusión social, donde las omisiones o acciones estatales insuficientes afectan el mínimo existencial *ius-fundamental*, requiere una precisión de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, que dice:

“Cuando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente”.

Esta regla implica:

- a) Una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente;
- b) La carga de la argumentación en cabeza de aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente, por lo general, el Estado;



- c) Una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad omisión o acción insuficiente solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes;
- d) Una regla epistemológica, que dice que si persisten dudas a final de la argumentación, queda la omisión o la acción estatal insuficiente como no-proporcional.

Así, al finalizar el examen del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia surge si la omisión o acción atacada por insuficiente o defectuosa está justificada o no. Si no fuere el caso, entonces el examen arroja como resultado la inconstitucionalidad de la omisión o de la acción insuficiente o defectuosa.

En cuanto al contenido de la parte resolutive de la sentencia, esa puede ser más o menos indicativa. Esta escala va desde la declaración de la inconstitucionalidad de la omisión o acción atacada y la determinación de la obligación de hacer para posibilidad el ejercicio del derecho, pasando por una solución intermedia en la que si bien no se ordena el contenido de la acción que debe realizar el Estado, se le indica los requisitos que debe cumplir la selección de los medios adecuados, hasta llegar a una solución en la que no solo se determina la obligación de hacer sino también se ordena la implementación del único medio que será adecuado para la solución del caso.



3. LA PROHIBICIÓN DE ACCIÓN INSUFICIENTE COMO UNA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN ARBITRARIA

Si se observa con detenimiento las Observaciones Generales (en adelante OG) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante, CESCR) sobre alcance e interpretación de esos derechos, se puede reconstruir un mandato llamado de prohibición de regresión arbitraria.

Con ello surge inmediatamente la pregunta: ¿es este mandato un supuesto de la prohibición por acción insuficiente o por defecto u omisión? A primera vista en el supuesto de regresión el problema no radica en una omisión estatal a secas sino en una acción estatal que implica dejar de hacer algo. Por lo general, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales (leyes, decretos, resoluciones) que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos sociales. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas.

Así, la pregunta es si la acción de regresión –supresión de posiciones de derechos fundamentales garantizadas a través de normas– está justificada o no a la luz de los derechos fundamentales de rango constitucional. Para el afectado, esta regresión se traduce como una pregunta acerca de si este accionar estatal no restringe su derecho en exceso.



En este sentido “el derecho social cumple una función de derecho de intervención, se comporta formalmente como un derecho de defensa. Por ello, en este supuesto, hay que someter a esta acción interruptora (supuesto de regresión absoluta, sin otras acciones que impliquen reemplazo de la prestación) a un examen de proporcionalidad por acción excesiva”.¹⁶³

En otros dos supuestos, sin embargo, se trata de la aplicación del mandato de prohibición por acción insuficiente o defectuosa, toda vez que la acción regresiva viene seguida de alguna otra medida que implica una prestación con lo que se estaría evaluando si ese accionar complejo es suficiente, cuando ocurre la:

- a) Supresión de la prestación (regresión) pero seguida de la aprobación de otra norma o acto que tiene como meta posibilitar la realización del derecho de prestación afectado;
- b) Supresión de la prestación, sin embargo otros medios (prestaciones), que siguen vigentes en el ordenamiento jurídico, elevan la pretensión de posibilitar la realización del derecho de prestación positiva.

La argumentación del afectado girará, seguramente, en torno a la fuerte restricción producida a su derecho a causa de la regresión y la consecuente acción insuficiente, defectuosa. El Estado, por su parte, tratará de argumentar que se le sigue garantizando un contenido igual o similar al anterior. Estas argumentaciones deben

¹⁶³ Prieto Sanchís, L. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 62



ser puestas a prueba, con lo que el medio que se examinará será la interrupción de la acción y la subsiguiente acción que es atacada por insuficiente. Si bien el medio escogido por el Estado devela un medio de accionar complejo, los elementos del examen, en los supuestos *b)* y *c)*, son los del mandato de prohibición por acción insuficiente o por defecto.

Así en el examen de idoneidad se pregunta, si el medio seleccionado por el Estado, la derogación de la norma (equivalente a la supresión de la prestación) (M1) en conexión con la nueva norma (o en relación con el supuesto *b)* en relación con los otros medios ya existentes) (M1', M1'') fomentan la realización del derecho de prestación positiva (P1). Cuando los tres medios en conexión (M1, M1', M1'') no logran fomentar P1, entonces el medio escogido no es idóneo y la medida es desproporcionada en sentido amplio. Si, en cambio, lo logra fomentar, entonces en el examen del medio más idóneo se determinará si existen otros medios que logren promover mejor el derecho afectado que M1, M1', M1'' en conjunto. Por su parte en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se tendrá en cuenta la siguiente comparación entre

- a. El avance en el contenido del derecho que se logró encontrándose vigente e implementando el medio suprimido, con el estado de avance (o retroceso) que se pretende lograr con M1, M1', M1''.



Esta comparación arrojará la intensidad de restricción o intervención al derecho del afectado. Esta intensidad será aún más grave tanto más esta diferencia se acerca a la garantía del contenido del mínimo existencial de los derechos (constelaciones que suelen abundar en sociedades caracterizadas por una fuerte exclusión social). En estos supuestos el examen de proporcionalidad debe ser sumamente cuidadoso y se justifica a partir de la presunción de inconstitucionalidad de la regresión que corre la carga de la argumentación y de la justificación agravada al Estado.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENAL

Las exigencias aparentemente contrapuestas que se dependen de las tesis antes examinadas pueden armonizarse, si se considera que los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativas y positiva, trazan un marco que limita al legislador penal, pero que a la vez depara un amplio margen de acción.

La idea es que los derechos fundamentales imponen al legislador ciertos mandatos y prohibición implícitos y explícitos que éste no puede transgredir, pero que más allá de estos límites al legislador le está permitido fijar con libertad la política criminal que considere pertinente.

Si lo decimos con la metáfora utilizada por Alexy, “los derechos fundamentales establecen o constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente



imposible (las prohibiciones), y a la vez deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido)".¹⁶⁴

Lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consiste en la prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, o sea, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el Legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de los particulares. Y lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de las márgenes de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva en la democracia.

El problema, sin embargo, estriba en saber cómo deben determinarse estos elementos. ¿Con qué criterios metodológicos debe precisarse lo que desde el punto de vista constitucional es imposible, necesario y lo que es meramente posible?

En relación con esta pregunta las respuestas se pueden polarizar en dos concepciones: la tesis del mínimo de los derechos fundamentales y la tesis del principio de proporcionalidad. Analicemos por ahora la primera tesis.

¹⁶⁴ Alexy, Robert. EPÍLOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 66. Madrid. 2002. Pp. 71



“De acuerdo con la primera concepción, que se deriva de la teoría intermedia de los derechos fundamentales, lo constitucionalmente imposible y lo necesario corresponde a un mínimo irrestringible en el contenido de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la vinculación negativa, lo imposible es el mínimo de la libertad y de los demás derechos que nunca podría ser afectado por la legislación penal. Paralelamente, desde la óptica de la vinculación positiva, lo necesario es el mínimo de protección que la ley penal debe ofrecer a los derechos fundamentales para una protección efectiva. En fin, lo posible se define como el espacio restante, como lo no contemplado por el mínimo negativo y el mínimo positivo”.¹⁶⁵

Si se sigue esta vía metodológica, aparece de súbito la pregunta de si existe algún criterio racional y plausible para establecer esos mínimos negativo y positivo. A este respecto, los criterios más conocidos son el del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el criterio del contenido prefigurado de tales derechos.

La tesis del núcleo esencial, acogida con entusiasmo por algunas doctrinas constitucionales, sostiene que los derechos fundamentales tienen un ámbito susceptible de ser afectado por el legislador –el contenido accidental– y un núcleo irrestringible. “Este núcleo estaría conformado por todas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como tal y sin las

¹⁶⁵ Borowski, Martín. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta. Madrid. 2002. Pp. 80



cuales el derecho se desnaturalizaría, y por los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho”.¹⁶⁶

No obstante existen varias críticas contra la teoría del núcleo esencial, debe reconocerse que por lo menos dos argumentos impiden que la idea del núcleo esencial pueda ser un criterio plausible y racional para determinar los mínimos de los derechos fundamentales que el legislador penal debe respetar.

En primer lugar, no parece atinado afirmar que los derechos fundamentales tengan un contenido accidental en el que sea legítima cualquier intervención legislativa, incluso si es arbitraria o desproporcionada. Esta idea supone que existiría una parte del contenido de los derechos en la que no rige el principio de supremacía de la Constitución, y esta suposición es a todas luces inadmisibles.

En segundo término, esta teoría no parece poder ofrecer un criterio racional para determinar en los casos concretos en qué consiste el núcleo de un derecho fundamental de defensa o de prestación. Si se observan bien los criterios aducidos por la Corte Constitucional, se concluirá que en realidad no son más que meras peticiones de principio.

En efecto, según el primer criterio, la esencia es aquello sin lo cual un derecho deja de serlo. Sin demasiados esfuerzos, este criterio puede traducirse con el pleonasma: la esencia es lo esencial. A su vez, de acuerdo con el segundo criterio, el

¹⁶⁶ Gavara De Cara, J.C. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994. Pp. 126



núcleo de un derecho está compuesto por los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho. Frente a este criterio ni siquiera es necesario explicar la petición de principio: el núcleo es el núcleo. Estos dos criterios representan tan sólo un frontispicio retórico que encubre el más puro intuicionismo.

Con su ayuda resulta imposible determinar el núcleo esencial de cualquier derecho fundamental en los casos prácticos. Esto se hace evidente si se pregunta, por ejemplo: ¿a partir de qué intensidad vulnera una pena el núcleo de la libertad?, ¿qué medidas de protección penal son suficientes para proteger el núcleo del derecho a la vida?, ¿lo es la penalización del aborto en todos los supuestos?, si este es el caso, ¿cómo se explica que en otros países, como España o Alemania, el aborto esté despenalizado cuando el embarazo es producto de un acceso carnal violento cuando se practica dentro de las primeras doce semanas de gestación?, ¿varía entonces el núcleo del derecho a la vida de país en país y de orden jurídico en orden jurídico?, ¿el contenido del núcleo del derecho a la vida de cada individuo depende entonces en última instancia de su nacionalidad?

El segundo criterio es el del contenido prefigurado de los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, expuesto magistralmente en Alemania por Lübre Wolf, los derechos fundamentales tienen un solo contenido, prefigurado de forma completa y definitiva por la Constitución, y que el legislador en ningún caso puede restringir. De este modo, el mínimo de los derechos consiste en la totalidad de su contenido, que se interpreta estrictamente desde el principio. En el caso de los



derechos de defensa, este contenido estaría sustraído absolutamente de las intervenciones legislativas; en lo concerniente a los derechos de protección, está ordenado al Legislador garantizar todo ese contenido, pero, hay que agregar, sólo ese contenido.

Salta a la vista que este segundo criterio escapa a la primera objeción propuesta contra la teoría del núcleo esencial, y que versa sobre la existencia de un contenido accidental del derecho. La tesis del contenido prefigurado no distingue entre núcleo y periferia, sino que considera que todo el contenido del derecho está sustraído a las intervenciones del legislador. Se trata de un único contenido duro e irrestringible.

No obstante, esta tesis no consigue sobreponerse al embate de la segunda crítica contra el núcleo esencial, porque tampoco ofrece criterios adicionales al mero intuicionismo, mediante los cuales pueda determinarse qué pertenece al contenido único de cada derecho. A su vez, esta tesis reduce de nuevo la libertad protegida por los derechos fundamentales a la dimensión positiva anteriormente mencionada. Lo que ocurre, sin embargo, en este caso es que el contenido de la libertad positiva ya no se fija por el legislador, sino que viene prefigurado por la Constitución y debe ser identificado por la Corte Constitucional. Por esta razón, tampoco la teoría del contenido prefigurado logra ofrecer una respuesta plausible para el interrogante de cómo se determina el límite que los derechos fundamentales imponen al legislador penal y cómo se establece el margen de maniobra de este último. A nuestro juicio, el principio



de proporcionalidad está provisto de una estructura argumentativa mediante la cual es viable efectuar esta delimitación de la forma más racional posible.

5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES DE LA LEGISLACIÓN PENAL

5.1 EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor ahínco en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador. “En la mayor parte de la jurisprudencia constitucional, este principio ha estado vinculado sobre todo con la aplicación del principio de igualdad. Sin embargo, poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales, en las que sobre todo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible”.¹⁶⁷

Dentro de esta expansión general, desde un tiempo atrás los Tribunales Constitucionales han venido reiterando que este principio debe aplicarse inexorablemente en el control sobre la creación legislativa de los delitos y las penas y sobre su imposición por parte del juez.

¹⁶⁷ Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Op Cit. Pp. 132



La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario. Este supuesto surge como una alternativa argumentativa, que tiene en cuenta las relaciones entre los derechos fundamentales y los demás principios constitucionales, y que pretende superar los problemas a los que se enfrentan las referidas tesis intuicionistas y absolutas del contenido mínimo.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa, comprende *prima facie* el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho a perpetrar un homicidio.

Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de la libertad. Con todo, estas



restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en ejercicio de un extenso margen de acción, este poder público no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres sub-principios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y cuyo cumplimiento debe ser controlado por los Tribunales Constitucionales.

“Cuando se trata de los derechos de defensa frente a las intervenciones penales del Congreso, estos tres sub-principios se agrupan bajo el concepto de *interdicción del exceso*. En cambio, cuando lo relevante son los derechos de protección, los tres sub-principios conforman la *prohibición de protección deficiente*”.¹⁶⁸

5.2 LA INTERDICCIÓN DEL EXCESO

En su dimensión de derechos de defensa, la libertad general de acción y los demás derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador penal –la tipificación de los delitos y la fijación de las penas– sean excesivas. Lo excesivo no es algo que pueda ser determinado en abstracto, sino en el caso concreto, habida cuenta de la protección que exijan para sí los bienes jurídicos que las leyes penales garantizan. El principio de proporcionalidad, en su variante de la *interdicción del exceso*, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de

¹⁶⁸ IBIDEM. Pp. 134.



defensa respectivo. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo contenido se ajusta a las siguientes definiciones.

5.2.1 SUB-PRINCIPIO DE IDONEIDAD

De acuerdo con el sub-principio de idoneidad, “toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”.¹⁶⁹

Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida penal no sea legítima debe ser claro que no busca proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida (el tipo penal o la pena) no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

Como bien se puede observar, en este primer sub-principio se exige un mínimo y no un máximo de idoneidad. La formulación negativa de su concepto implica un mayor respeto del margen de acción del legislador, pues lo que se exige de sus

¹⁶⁹ IBIDEM. Pp. 135.



medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección de un bien jurídico imprescindible, sino tan sólo que no sea abiertamente inadecuado para contribuir a proteger un bien jurídico legítimo. Con todo, esta barrera es ya bien significativa. Algunos Tribunales Constitucionales han reivindicado la legitimidad de toda medida penal que pretenda la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Por el contrario, han declarado que es abiertamente ilegítima toda pena que sólo tenga como propósito deliberado causar dolor al delincuente.

5.2.2 SUB-PRINCIPIO DE NECESIDAD

De acuerdo con el sub-principio de necesidad, para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza: “1. La idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y 2. El menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. A fin de respetar el margen de acción legislativa, en esta comparación también se utilizan definiciones negativas. En efecto, para que una medida penal no sea necesaria debe existir un medio alternativo que revista por lo



menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo de la libertad o de los demás derechos fundamentales que resulten afectados”.¹⁷⁰

Esto no implica que el legislador deba adoptar siempre la medida penal óptima, sino sólo la prohibición de restringir vanamente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido.

5.2.3 SUB-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

De acuerdo con el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental.

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grado, el de realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico (piénsese, por ejemplo, en el caso de

¹⁷⁰ Osuna, N. Op Cit. Pp. 136



que se prohibiera y penara con 30 años de prisión el hurto del radio de un automóvil (la protección de este aspecto leve o si se quiere intermedio del derecho de propiedad no justifica la intensa restricción de la libertad que una condena semejante implicaría).

Como sugiere Alexy, “para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala tríadica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en la libertad o en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados –restringido el primero y realizado el segundo– en una medida leve, media o intensa. De este modo, sería ilegítimo que la libertad o el derecho de defensa fuera restringido en una medida intensa y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio del derecho de protección. Tampoco estaría justificada una restricción media que fuese correlativa a una protección leve”.¹⁷¹

Hasta aquí todo muy bien. A partir de lo dicho, sin embargo, se advierte que el principio de proporcionalidad depara un amplio margen de subjetividad en la catalogación del grado de intervención o protección como leve, medio o intenso. Es preciso admitir que este margen de interpretación es a todas luces irreductible –el juez nunca ha sido ni será tan sólo la boca que pronuncie las palabras de la ley o de la Constitución–, pero que, con todo, existen criterios intersubjetivamente válidos que lo limitan.

¹⁷¹ Alexy Robert. Op Cit 75.



Sería un disparate señalar, por ejemplo, que mientras una pena de prisión de años es una restricción leve, una multa de Q 10,000.00 representa una intervención intensa de los derechos del individuo. A su vez, y ya de modo general, alguna jurisprudencia constitucional ha sentado por lo menos dos criterios plausibles para este fin, que tienen aplicación en materia penal.

El primero de estos criterios es la gravedad del delito. Este es un criterio vinculado con la intensidad de la protección del bien jurídico. Cuanto más grave es un delito, más afecta al bien protegido, y por lo tanto mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer. En otros términos, esto quiere decir que cuanto más grave sea un delito, más justificado estará que el legislador tienda a favorecer el bien jurídico mediante una protección media o incluso intensa, y consiguientemente estará más justificado que la libertad sea restringida con una intensidad mayor. En sentido contrario, cuanto menos grave sea un delito, tanto menos justificada estará la restricción intensa de la libertad y la imposición de una pena severa.

En virtud de este criterio, y en conexión con el principio de igualdad, es inconstitucional que la ley atribuya a un hecho punible menos grave una pena superior que a uno más lesivo.

El segundo criterio es el grado de culpabilidad. “El mayor o menor grado de culpabilidad es un criterio que se relaciona con el grado de la intervención legislativa en la libertad general de acción. Cuanto mayor sea la culpabilidad, más razones



existirán para que la conducta sea prohibida y sancionada con una pena más severa. En sentido contrario, cuanto menor sea la culpabilidad, debido a la simetría que debe guardar con el castigo impuesto, menos intensa deberá ser la pena”.¹⁷²

5.3 LA PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción de las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente.

En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión *prima facie* de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen *prima facie* al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario. El carácter *prima facie* de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva si observan las exigencias del principio de proporcionalidad.

¹⁷² Bernal Pulido, Carlos. Op Cit. Pp. 137



La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama *prohibición de protección deficiente*. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, constituyen violaciones de estos derechos.

Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue *prima facie* la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes sub-principios:

5.3.1 EL SUB-PRINCIPIO DE IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

“Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo”.¹⁷³ En otros términos, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente

¹⁷³ IBIDEM. Pp. 138



legítimo del Congreso. En el caso de la legislación penal, una medida o una abstención legislativa que no realice de manera óptima un derecho fundamental de protección será idónea si implica efectivamente la no-intervención de un derecho fundamental de defensa (la libertad general de acción u otro derecho fundamental).

5.3.2 EL SUB-PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. En materia penal se presenta este caso cuando con una restricción alternativa de la libertad, igual o más benigna, se obtiene una protección mayor del bien relevante.

5.3.3 EL SUB-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE



Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección.

“Si se adopta la escala tríadica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve”.¹⁷⁴ Para decirlo con un ejemplo, estaría prohibido que, para no intervenir en la libertad de la madre en un grado medio, se desprotegiera penalmente al *nasciturus* y se despenalizara el aborto en todos los supuestos durante los cinco primeros meses de embarazo.

¹⁷⁴ IBIDEM. Pp. 140

CONCLUSIÓN



La práctica conjunta del examen de interdicción del exceso y de prohibición de protección deficiente sobre la legislación penal, sobre todo en cuanto concierne al tercer sub-principio, parece mostrar que el principio de proporcionalidad elimina todo margen de acción legislativa. Esta impresión puede resultar de un análisis de las alternativas que los sub-principios de proporcionalidad en sentido estricto de uno y otro examen prohíben al legislador: este análisis puede sintetizarse de la siguiente manera:

En la interdicción del exceso, el principio de proporcionalidad en sentido estricto prohíbe que una intervención intensa en la libertad se justifique por un favorecimiento leve o medio del derecho de protección y que una intervención media se justifique por un favorecimiento leve. Se trata entonces de las relaciones intensa/leve, intensa/media, media/leve. Correlativamente, en la prohibición de protección deficiente, este sub-principio prohíbe que una no-protección intensa se justifique por una no-intervención leve. Son entonces las relaciones leve/intensa, media/intensa, leve/media.

Si se suman estas tres alternativas prohibidas, se llegará entonces a la conclusión de que al legislador sólo le está permitido establecer medidas que respeten el equilibrio entre los derechos en conflicto que se produce en los casos de empate: una intervención leve a cambio de una protección leve, y la otra cara de la moneda:



una no-protección intensa a cambio de una no intervención intensa, etc., sintéticamente: las relaciones intensa/intensa, media/media, leve/leve. De aquí puede derivarse la conclusión de que los derechos que juegan de un lado y del otro flanquean al legislador por todos los frentes y eliminan todos sus márgenes de acción.

Esta conclusión, sin embargo, no es válida. A pesar de que los derechos fundamentales acoten la discrecionalidad del legislador penal, ellos le deparan por lo menos tres márgenes de acción. En primer lugar, aparece el margen para la elección de medios. Es bien cierto que el Congreso sólo puede escoger medidas que impliquen relaciones de empate. Con todo, la clase de los medios que implican estas relaciones intensa/intensa, media/media y leve/leve es siempre bastante amplia.

La elección legislativa entre un medio y otro, cuando ambos cumplen esta exigencia, es irrefutable y no puede ser alterada por la jurisdicción constitucional.

En segundo término, el legislador también dispone de un margen para la ponderación. Dentro de su competencia está optar por uno de los tres tipos de empate intensa/intensa, media/media o leve/leve, y su decisión acerca del nivel en que quiere equilibrar las relaciones entre los bienes en conflicto es asimismo inquebrantable. Por último, el Congreso también goza de un margen de acción cognitivo, que se relaciona con la certeza de las premisas mediante las que se establece la intensidad en la intervención y el grado de protección.



Cuando no existan premisas válidas que plantear en contra de las medidas legislativas, éstas deberán declararse realizables, como en la sentencia alemana sobre el *canabis*, en la que se reconoció *“que no existían conocimientos científicamente fundados que hablaran necesariamente a favor de la corrección de la penalización o liberalización del consumo de cannabis, y se concluyó, por tanto que el legislador ostentaba la prerrogativa de apreciación y de decisión para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para alcanzar el fin legislativo”*.

El respeto de estos márgenes de acción y de las exigencias derivadas de los derechos de protección imponen a los tribunales constitucionales el deber de ejercer sus competencias con suma prudencia e imponiéndose una razonable autorrestricción. Parece plausible, por tanto, que cuando se advierta la inconstitucionalidad de una ley penal, ésta solo sea declarada inaplicable en los casos en donde no sea posible su salvación por medio de una interpretación conforme con la Constitución. Parece más compatible con el respeto de los márgenes legislativos y con el cumplimiento de los deberes de protección que los Tribunales Constitucionales intenten buscar, siempre dentro de los márgenes semánticos del texto de la ley, alternativas compatibles con los derechos fundamentales, antes que declarar desde el comienzo la inconstitucionalidad, que lógicamente implica la desprotección automática de los bienes jurídicos tutelados.

En virtud de que la Constitución Política de la República consagra la protección de la “libertad negativa”, todo acto legislativo en materia penal, que tipifique una



conducta como delito y fije como sanción una determinada pena, es una intervención del legislador en el ámbito del derecho fundamental a la libertad, por lo que, dicho acto legislativo es susceptible de control constitucional.

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenen que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que se establezcan en sentido contrario, por lo que es racional y legítimo ejercer el control de constitucionalidad de las leyes penales para evitar, tanto el exceso en la determinación del tipo penal y de la sanción, como la protección deficiente de otros derechos fundamentales.

El legislador guatemalteco, no cuenta con un mecanismo técnico que le permita predeterminar las penas para los delitos de una forma proporcional, la constitución de la república no establece taxativamente o desarrolla el principio de proporcionalidad, para que exista proporcionalidad entre las penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto. Es por ello que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, mas no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal, provocando esto una distorsión del principio de proporcionalidad el cual establece que mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión hace

que en actualidad infracciones menores tengan penas más severas equiparadas a las infracciones más graves y viceversa.







BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. LAS REGLAS EN SERIO. LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO.

Editorial Gedisa. Barcelona. 1997.

Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos

Aires. 2002.

Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial

Gedisa. Argentina. 2008.

Alexy, Robert. PONDERACIÓN, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y REPRESENTACIÓN. En: JUECES Y PONDERACIÓN ARGUMENTATIVA.

UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006.

Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de

Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

Alexy, Robert. TEORÍA DEL DISCURSO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

Amato, G. INDIVIDUO Y AUTORIDAD EN LA DISCIPLINA DE LA LIBERTAD PERSONAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1976.

Andrés Ibáñez, Perfecto. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Editorial Palestra. Lima. 2007.

Andrés Ibáñez, Perfecto. TERCERO EN DISCORDIA. JURISDICCIÓN Y JUEZ DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2015.

Aristóteles. ÉTICA A EUDEMO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.

Aristóteles. ÉTICA A NICÓMACO. Editorial Alianza. Madrid. 2002.



Aristóteles. POLÍTICA. Editorial Alianza. Madrid. 2002.

Bacigalupo Zapater, Enrique. CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1998.

Barrios González, Boris. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. DE LA JUSTICIA DE REGLAS A LA JUSTICIA DE PRINCIPIOS. Editorial Ubijus. México. 2014.

Bayón, J.C. DEMOCRACIA Y DERECHOS: PROBLEMAS DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004.

Beccaria, Cesare. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. Editorial Altaya, S. A. España. 1994.

Bentham, J. TRATADO SOBRE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y LA CODIFICACIÓN. Alianza Editorial. Madrid. 1983.

Berlin, Isaiah. CONCEPTOS Y CATEGORÍAS. Fondo de Cultura Económica. México. 1983.

Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2005.

Bernal Pulido, Carlos. EI NEOCONSTITUCIONALISMO A DEBATE. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Colombia. 2006.

Bernal Pulido, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.



Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL

Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A... Barcelona. 1990.

Bidart Campos, Germán José. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1989.

Binder, Alberto m. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Ad Hoc. S.R.L. Buenos Aires. 1993.

Bobbio, Norberto. EL POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Debate. Madrid. 1993.

Bodenheimer, Edgar. TEORÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1989.

Borowski, Martín. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2003.

Borowski, Martín. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Trotta. Madrid. 2002.

Bovino, Alberto. ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO Y DERECHOS HUMANOS. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1999.

Brandt, R.B. TEORÍA ÉTICA. Editorial Alianza. Madrid. 1982.

Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro. MANUAL INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José- 1990.



- Cafferata Nores, José i. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Ediciones DePalma. Buenos Aires. 1998.
- Carnelutti, Francesco. LAS MISERIAS DEL PROCESO PENAL. Editorial EJEA. Buenos Aires. 1959.
- Carrara, F. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Editorial Temis. Bogotá. 1957.
- Carrió, Genaro Rubén. SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1966.
- Cianciardo, Juan. EL CONFLICTIVISMO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Eunsa. España. 2000.
- Cicerón. SOBRE LOS DEBERES. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
- Clérico, L. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 2009.
- Comanducci, Paolo. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Fontamara. México. 2013.
- Comanducci, Paolo. HACIA UNA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO. ENSAYOS ESCOGIDOS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2010.
- Comanducci, Paolo. MODELOS E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. En: Carbonell, Miguel. (Comp.). TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. ENSAYOS ESCOGIDOS. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Porrúa. México. 2000.



- Comanducci, Paolo; Ahumada, María de los ángeles & González Legido, Daniel. POSITIVISMO JURÍDICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Fontamara. Madrid-México. 2013.
- Cordero, F. PROCEDIMIENTO PENAL. Editorial Pirámide. Madrid. 1992.
- Cortina, A. LA MORAL COMO FORMA DEFICIENTE DE DERECHO. Revista Doxa. No. 5. Madrid. 1988.
- Cruz, P. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 25. Madrid. 1989.
- Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980.
- Devis Echeandía, Hernando. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984.
- Díez Picazo, Luis. EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel. Madrid. 1973.
- Durango Álvarez, Gerardo. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA. Editorial Temis. Colombia. 2006.
- Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
- Dworkin, R. LOS DERECHOS EN SERIO. Editorial Ariel. Barcelona. 1999.
- Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003.
- Fernández, E. TEORÍA DE LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Editorial Debate. Madrid. 1984.



- Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. Madrid. 2001.
- Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- Ferrajoli, Luigi. GARANTISMO. UNA DISCUSIÓN SOBRE DERECHO Y DEMOCRACIA. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
- Ferrajoli, Luigi. LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS. EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA COMO MODELO TEÓRICO Y COMO PROYECTO POLÍTICO. Editorial Trotta. Madrid. 2014.
- Ferrajoli, Luigi. UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012.
- Ferrater Mora, José. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA ABREVIADO. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 2002.
- Finnis, John. LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2000.
- Fioravanti, Maurizio. LAS TRES FUNDAMENTACIONES TEÓRICAS DE LAS LIBERTADES. Editorial Trotta. Madrid. 2000.
- Galvis Ortiz, Ligia. COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Ediciones Aurora. Bogotá. 2008.
- García Figueroa, A. PRINCIPIOS Y POSITIVISMO JURÍDICO. EL NO POSITIVISMO PRINCIPALISTA EN LAS TEORÍAS DE RONALD DWORKIN Y ROBERT ALEXYY. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
- García Hidobro, Joaquín. RAZÓN PRÁCTICA Y DERECHO NATURAL. Editorial Edeval. Valparaíso. 1993.



García Maynez, Eduardo. ÉTICA. Editorial Porrúa. México. 1970.

García Maynez, Eduardo. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.

García Maynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.

García Maynez, Eduardo. POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y IUSNATURALISMO. Editorial Fontamara. México. 2002.

García Morente, Manuel. LECCIONES PRELIMINARES DE FILOSOFÍA. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México. 1990.

García Ramírez, Sergio. EL DEBIDO PROCESO. CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA. Editorial Porrúa. México. 2012.

Gascón Abellán, M. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

Gavara De Cara, J.C. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DESARROLLO LEGISLATIVO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1994.

Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982.

González Cuellar Serrano, Nicolás. PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL. Editorial Colex. Madrid. 1990.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL JUEZ. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica. 2012.

Gros Espiell, Hector. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA AMERICANO. Editorial Libro Libre. San José, Costa Rica. 1986.



- Guastini, Riccardo. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Fontamara. México. 2013.
- Guastini, Riccardo. TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. España. 2008.
- Haberle, Peter. LA LIBERTAD FUNDAMENTAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1998.
- Habermas, J. FACTICIDAD Y VALIDEZ. Editorial Trotta. Madrid. 1998.
- Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.
- Hayek, Friedrich A. LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD. Unión Editorial. Madrid. 1998.
- Hierro, L. L. ESTADO DE DERECHO. PROBLEMAS ACTUALES. Editorial Fontamara. México. 1998.
- Hobbes, Thomas. LEVIATAN. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil. Alianza Editorial. Madrid. 1999.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Editorial Temis. Bogotá. 2007.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Mateu Cromo, S.A. Madrid. 1993.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y PRISIÓN SIN CONDENA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996.



- Ibáñez, Perfecto Andrés. PROCESO PENAL Y ACTUACIÓN DE OFICIO DE LOS JUECES. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1995.
- Isaiah Berlin. CUATRO ENSAYOS SOBRE LA LIBERTAD. Alianza Editorial. Madrid. 2007.
- Jakobs, G. ¿CÓMO PROTEGE EL DERECHO PENAL Y QUÉ ES LO QUE PROTEGE? Editorial Hamurabi. Buenos Aires. 2007.
- Julio Estrada, Alexei. LA EFICACIA ENTRE PARTICULARES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- Kant, I. LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.
- Kelsen, Hans. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editora Nacional, S.A. México. 1981.
- Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1960. Editorial Porrúa. México. 2013.
- Laporta, Francisco J. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS. Revista Doxa, No. 4. Madrid. 1987.
- Laviña, Félix. SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1987.
- Legaz y Lacambra, Luis. LA OBLIGATORIEDAD JURÍDICA. Anuario de Filosofía del Derecho Número 1. Madrid. 1953.
- Levy-Bruhl, Henri. SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1966.



Locke, John. ENSAYO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL. Editorial Aguilar. Madrid. 1960.

Lopera Meza, G. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005.

Lucas J. & Añón, M.J. NECESIDADES, RAZONES, DERECHOS. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990.

Lucas, J. UNA NOTA SOBRE EL CONCEPTO Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS MORALES. Editorial Tecnos. Madrid, 1992.

Maier, J. DERECHO PROCESAL PENAL I. FUNDAMENTOS. Ediciones del Puerto. Buenos Aires. 1996.

Maldonado Aguirre, Alejandro. LAS CONSTITUCIONES DE GUATEMALA. Editorial Piedra Santa. Guatemala. 1998.

Malem Seña, Jorge F. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL. Editorial Ariel. Barcelona. 1988.

Manili, Pablo Luis (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005.

Manzoni, A. HISTORIA DE LA COLUMNA INFAME. Alianza Editorial. Madrid. 1987.

Martínez Gálvez, Arturo. DERECHOS HUMANOS Y EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Vile. Guatemala. 1990.

Mazzini, Giuseppe. PENSAMIENTOS SOBRE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y OTROS ESCRITOS. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.



Medina Guerreo, M. LA VINCULACIÓN NEGATIVA DEL LEGISLADOR
DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial McGraw Hill. Madrid. 1997.

Mejía Quintana, Oscar. DERECHO, LEGITIMIDAD Y DEMOCRACIA
DELIBERATIVA. Editorial Temis

Mejía Quintana, Oscar. TEORÍA POLÍTICA, DEMOCRACIA RADICAL Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Temis

Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de
Crítica. UNAM. México. 1977.

Meléndez, Florentín. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN DE
JUSTICIA. Editorial Konrad Adenauer. Bogotá. 2012.

Mir Puig, S. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.

Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD.
Ediciones Eunate. Pamplona. 1996.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial
Temis. Bogotá, Colombia 1980.

Montero Aroca, Juan. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL. UNA
EXPLICACIÓN BASADA EN LA RAZÓN. Editorial Tirant Lo Blanch. España.
1997.

Moreso, J. J. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LA
INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales. Madrid. 1997.

Muguerza, J. LA ALTERNATIVA DEL DISENSO (EN TORNO A LA
FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS. En: Peces



- Barba, Gregorio. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Debate. Madrid. 1989.
- Muratori, L. A. DEFECTOS DE LA JURISPRUDENCIA. Editorial Cátedra. Madrid. 1974.
- Nino, Carlos Santiago. DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.
- Nino, Carlos Santiago. ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS. UN ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN. Editorial Ariel, Barcelona. 1989.
- Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.
- Nobili, Agnello. LA LÓGICA DE PROBABILIDADES APLICADA AL PROCESO PENAL. Editorial Paidós. Barcelona. 1986.
- Ossorio, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1981.
- Osuna, N. TUTELA Y AMPARO. DERECHOS PROTEGIDOS. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.
- Pansini, Gustavo. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO PENAL. Editorial Temis. Colombia. 2000.
- Pastor, D. R. EL PLAZO RAZONABLE EN EL PROCESOS DEL ESTADO DE DERECHO. Fundación Konrad Adenauer. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires. 2002.
- Patzig, G. ÉTICA SIN METAFÍSICA. Editorial Alfa. Buenos Aires. 1975.
- Peces Barba, Gregorio. DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Complutense. Madrid. 1983.



Peces Barba, Gregorio. TRÁNSITO A LA MODERNIDAD Y DERECHOS

FUNDAMENTALES. Editorial Mezquita. Madrid. 1982.

Peña Freire, Antonio Manuel. LA GARANTÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 1997.

Perez Luño, Antonio Enrique. DERECHOS HUMANOS. Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Madrid. 1984

Pérez Luño, Antonio Enrique. TEORÍA DEL DERECHO. Una Concepción de la Experiencia Jurídica. Editorial Tecnos. Madrid. 1997.

Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Editorial Palestra. Lima. 2013.

Popper, Karl. EN BUSCA DE UN MUNDO MEJOR. Ediciones Paidós. España. 1994.

Prieto Sanchís, Luis. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Editorial Fontamara. México. 1999.

Prieto Sanchís, Luis. DERECHOS FUNDAMENTALES. En: Garzón Valdez, Ernesto & Laporta, Francisco J. (Coordinadores). EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

Prieto Sanchís, Luis. DIEZ ARGUMENTOS SOBRE NEOCONSTITUCIONALISMO, JUICIO DE PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. En: González Álvarez, Roberto (Coordinador). CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú. 2013.

Prieto Sanchís, Luis. LA FILOSOFÍA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2007.



- Prittwitz, Cornelius. EL DERECHO PENAL ALEMÁN. En: VV.AA. INSOSTENIBLE SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL. Editorial Comares. España. 2000.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. LOS DERECHOS INDIVIDUALES ANTE EL INTERÉS GENERAL. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1998.
- Radbruch, Gustav. Schmidt, Eberhart. Wessel, Hans. DERECHO INJUSTO Y DERECHO NULO. Editorial Aguilar. Madrid. 1971.
- Ramírez Cardona, Alejandro. EL ESTADO DE JUSTICIA. Editorial Temis. Colombia. 1996.
- Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.
- Rawls, John. LIBERALISMO POLÍTICO. Fondo de Cultura Económica. México. 2003.
- Rawls, John. TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1978.
- Raz, J. LA AUTORIDAD DEL DERECHO. UNAM. México. 1982.
- Recaséns Siches, Luis. NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1980.
- Rolla, Giancarlo. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2006.
- Rolz Bennertt, José. EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD EN LA ESTIMATIVA JURÍDICA. Universidad Nacional. Guatemala. 1941.
- Rousseau, Jacques. DISCURSO SOBRE EL ORIGEN Y LOS FUNDAMENTOS DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES Y OTROS ESCRITOS. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.



- Rousseau, Jacques. EL CONTRATO SOCIAL O PRINCIPIOS DE DERECHO POLÍTICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
- Royer, J. HISTORIA DE LA JUSTICIA EN FRANCIA. Editorial Ariel. Barcelona. 1995.
- Russell, Bertrand. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA OCCIDENTAL Tomos I y II. Editorial Austral. España. 2007.
- Sagües, Néstor. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.
- Santiago Nino, Carlos. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2001.
- Santiago, Alfonso. LA CORTE SUPREMA Y EL CONTROL POLÍTICO. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1999.
- Sieckmann, Jan-R. LA TEORÍA PRINCIPALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2011.
- Singer, P. DEMOCRACIA Y DESOBEDIENCIA. Ariel. Barcelona. 1984.
- Stammler, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Nacional. México. 1974.
- Stevenson, Leslie y Haberman, David L. DIEZ TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA HUMANA. Editorial Cátedra. Madrid. 2001.
- Stuart Mill, John. EL UTILITARISMO. Alianza Editorial. Madrid. 1984.
- Stuart Mill, John. PRINCIPIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA. Fondo de Cultura Económica. México. 1978.
- Stuart Mill, John. SOBRE LA LIBERTAD. Alianza Editorial. Madrid. 1970.
- Taruffo, M. LA PRUEBA DE LOS HECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2002.
- Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977.



- Tiedemann, Klaus. EL DERECHO PROCESAL PENAL. Citado por: Gómez Colomer, Juan Luis. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Ariel. Barcelona. 1989.
- Truyol y Serra, Antonio. HISTORIA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 2. Editorial Alianza Universidad Textos. Madrid. 1995.
- Vázquez, Rodolfo (Comp.) DERECHO Y MORAL, ENSAYOS SOBRE UN DEBATE CONTEMPORÁNEO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Vélez Mariconde, Alfredo. ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo II. Editorial Lerner. Buenos Aires. 1969.
- Vilanova, José. ELEMENTOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.
- Von Ihering, Rudolf. EL FIN EN EL DERECHO. Editorial Heliasta. 1978.
- Von Ihering, Rudolph. LA LUCHA POR EL DERECHO. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
- Von Savigny, Friedrich Karl. METODOLOGÍA JURÍDICA. Valeta Ediciones S.R.L. Buenos Aires. 2004.
- Weber, Max. ECONOMÍA Y SOCIEDAD. Fondo de Cultura Económica. México. 1987.
- Witker Velásquez, Jorge y Larios Velasco, Rogelio. METODOLOGÍA JURÍDICA. Editorial McGraw-Hill. México. 2002.
- Wolff, R.P. PARA COMPRENDER A RAWLS. Fondo de Cultura Económica. México. 1977.
- Wright, George Henrik von. NORMA Y ACCIÓN, UNA INVESTIGACIÓN LÓGICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.



- Yacobucci, Guillermo J. EL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS PENALES. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 2002.
- Zafaroni, E. R. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Editorial Porrúa. México. 2001.
- Zaffaroni, Eugenio. DERECHO PENAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- Zenteno Barillas, Julio César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. I PARTE. USAC. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala. 1997.

LEGISLACION:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Ley del Organismo Judicial.
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Convención Americana Sobre los Derechos Humanos.
- Carta Interamericana de Derechos Humanos.
- Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana Para Prevenir y Sancionar la Tortura.
- Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas.
- Convención de Belém do Pará.
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.
- Protocolo de San Salvador