

El principio de proporcionalidad de la legislación penal*

CARLOS BERNAL PULIDO

Profesor de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho en la
Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LEGISLACIÓN PENAL. 1.1. *La tipificación de un delito y la fijación de la pena como ejercicio de la política legislativa.* 1.2. *La ley penal como intervención en los derechos fundamentales.* 1.3. *La ley penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales.* II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL. 2.1. *Los derechos fundamentales como marco de la legislación penal.* 2.2. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal.* 2.2.1. *El concepto del principio de proporcionalidad.* 2.2.2. *La interdicción del exceso.* a) *Subprincipio de idoneidad.* b) *Subprincipio de necesidad.* c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.* 2.2.3. *La prohibición de protección deficiente.* a) *El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente.* b) *El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente.* c) *El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente.* 2.2.4. *El margen de acción legislativo.* BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es analizar si el principio de proporcionalidad debe aplicarse como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas. El interés de este tema estriba en la profunda controversia que la jurisprudencia constitucional colombiana y de otros países ha suscitado en torno a dos preguntas conexas. En primer lugar, se trata del problema de si tipificar una conducta como delito y fijar como sanción una determinada pena es un asunto que concierne en exclusiva al Legislador o si, por el contrario, también es susceptible de ser controlado por la Corte Constitucional. Ahora bien, si la respuesta a este problema radica en la última alternativa se plantea, en segundo lugar, el interrogante de si es racional y legítimo llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes penales sobre la base del principio de proporcionalidad¹. A continuación abordare-

* Una versión preliminar de este capítulo fue publicada en las memorias de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2002.

1. Sobre este aspecto resulta ilustrativa la discusión que la sentencia 136 de 1999 (asunto de la Mesa Nacional de HB) originó en el Derecho constitucional español. Cfr. Sobre esta discusión, entre otros, B. ALÁEZ CORRAL. «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (a propósito de la sen-

mos estos dos problemas en las respectivas partes, primera y segunda, en que está dividido este estudio.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LEGISLACIÓN PENAL

Uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el Legislador. Como es bien sabido, cuando este principio está tipificado por una Constitución que, como la colombiana (art. 1.º), 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 efectúa la Corte Constitucional 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 la Corte Constitucional.

El derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión competencial entre el legislador y la Corte. En este terreno, la controversia se plantea sobretudo entre tres tesis. 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 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 flanco opuesto, se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos. En otros términos, se señala que toda ley penal implica una intervención en los derechos fundamentales y que consiguientemente puede ser constitucional o inconstitucional. Por último, se aborda la tensión entre la legislación penal y los derechos fundamentales desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos protegidos. Como es bien sabido, en el Estado social de derecho, los derechos fundamentales no

tencia 136 de 1999, del 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, N.º 15, 1999, pp. 15 y ss; y J.M. BILBAO URILLOS. «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana del legislador (comentario de la sentencia 136 de 1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 58, 2000, pp. 277 y ss.

revisten sólo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional², 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 terceros³. 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 constitucionales⁴. 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.

A continuación nos acercaremos con mayor detenimiento a estas tres tesis relacionadas con la vinculación del legislador penal a los derechos fundamentales.

1.1. La tipificación de un delito y la fijación de la pena como ejercicio de la política legislativa

En una interesante serie de sentencias, la Corte Constitucional ha establecido claramente 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. Es bien cierto que la Corte nunca ha sostenido que de esta afirmación se derive que la legislación penal esté exenta del control de constitucionalidad. Por el contrario, en varios de sus pronunciamientos ha reconocido que el Derecho penal sólo puede entenderse en el marco de la Constitución⁵ y que, por lo tanto, «la facultad del legislador para restringir

-
2. Cfr., sobre las dimensiones de los derechos fundamentales, N. OSUNA. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, cap. Tercero.
 3. Cfr., sobre eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, A. JULIO. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
 4. Cfr., entre muchos otros, sobre el derecho penal y la pena como mecanismos de protección de los derechos fundamentales y bienes constitucionales S. MIR PUIG. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 37. Asimismo, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara, y C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
 5. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

derechos, en desarrollo del *ius puniendi*, no es ilimitada»⁶; o, en otros términos, que «el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado»⁷.

Sin embargo, la Corte ha enfatizado reiteradamente que esta sujeción del derecho penal a los derechos fundamentales no implica reconocer que la Constitución haya 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 encuentren definidos *in nuce* todos los tipos penales y todas las penas adecuadas para cada momento histórico⁸. 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. Como la propia Corte señala: «a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones [...] y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser 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*»⁹.

Como correlato de esta aceptación, en varios casos la Corte Constitucional se ha restringido a sí misma en el ejercicio del control sobre las leyes penales, es decir, ha declinado todo intento de fiscalizar al detalle la compatibilidad de las medidas adoptadas por el Congreso con los derechos fundamentales. En lo sucesivo nos referiremos a esta postura como la tesis estricta de la autorrestricción. La aplicación de esta tesis ha llevado a la Corte Constitucional a estimar, por ejemplo, que la facultad de establecer regula-

-
6. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-381 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.
 7. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Farro Morón Díaz.
 8. La idea de que la Constitución en ningún caso prefigura al detalle el contenido del derecho penal ha sido bien esbozada en la aclaración de voto a la sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara, suscrita por los magistrados Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez. Esta aclaración discrepa del enfoque conceptual de la mayoría, porque éste partiría de la idea «de que en la Constitución puede encontrarse una visión sustancialista integral del derecho penal». La aclaración continúa: «La drasticidad de la norma (penal) correspondería, según este esquema, a la prefiguración de las penas deducible de la Carta Política».
 9. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, y C-581 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

ciones punitivas más o 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 regir¹⁰. En la misma dirección, la Corte ha señalado que «definir las causales de extinción del proceso penal es una competencia exclusiva del legislador»¹¹. Asimismo, de modo más general, la jurisprudencia de la alta Corte ha establecido con rotundidad 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 la Corte entrara en estos ámbitos, «estaría distorsionando el sentido del control constitucional», llegaría a decisiones que versan sobre «asuntos de pura conveniencia, reservados para la rama legislativa del poder público»¹². 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 mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado»¹³. Por último como principio general, la Corte ha dejado sentado 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»¹⁴; o, en otras palabras, que 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»¹⁵.

-
10. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.
 11. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1490 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.
 12. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 1997, M.P.: Jorge Arango Mejía.
 13. Ídem.
 14. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1999, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; cfr. También, sobre el convencimiento de que la dosificación de las penas es un asunto que corresponde en exclusiva al legislador, sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara.
 15. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-146 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Existe un buen número de poderosos argumentos que hablan a favor de la tesis estricta de la autorrestricción. Aquí nos referiremos a cuatro de los más importantes: 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.

El argumento de la falta de certeza 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 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. La Corte Constitucional ha reconocido el peso de este argumento y algunos de sus alcances. Así, por ejemplo, refiriéndose al derecho disciplinario, la corporación ha admitido:

No escapa a la Corte 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 duelen de su rudeza¹⁶.

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, como establece la jurisprudencia de la Corte, «la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva»¹⁷ sea un asunto reservado sólo al legislador¹⁸. Este sería el sentido de lo prescrito por los artículos 150

16. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

17. Ídem.

18. Cfr., sobre este argumento, la aclaración especial de voto a la sentencia C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, suscrita por el magistrado Eduardo Cifuentes: «la materia penal pertenece a la reserva del legislador, y lo contrario vulneraría gravemente el principio democrático». Esta aclaración también hace énfasis en la conexión que existe entre este argumento y el de la falta de certeza del ámbito penal: «El activismo de la Corte Constitucional está plenamente justificado allí donde las reglas constitucionales existen y puede extraerse de ellas un claro significado deóntico, así este sea general y requiera posterior desarrollo normativo. Cuando estas condiciones no se reúnen, la Corte entra en el campo del decisionismo y abandona su función juris-

inciso 2º y 29 C.P., que, correlativamente, sustraerían estos asuntos de la competencia de la administración y de la jurisdicción (incluida la constitucional)¹⁹.

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 implicar 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. Sólo al legislador compete establecer la necesidad de utilizar el derecho penal, como última *ratio*, o decantarse por otro tipo de medidas alternativas²⁰.

El último, aunque no en importancia, es el argumento de la libertad positiva. Según este concepto, al interior del Estado, al sujeto le viene atribui-

diccional con manifiesto menoscabo de la legitimidad democrática cuya intangibilidad debería mantener».

19. Cfr. también, sobre la reserva de ley penal, las sentencias C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz, y C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, en donde este argumento jugó un papel central para declarar la constitucionalidad de una causal para excluir la pena correspondiente al aborto, introducida por el legislador en el nuevo Código Penal. Allí sostuvo la Corte Constitucional: «Tampoco resulta inconstitucional el párrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo Código Penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado social, pluralista y democrático de derecho. Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales establecer una causa personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa».
20. La Corte Constitucional ha aludido a este argumento en la sentencia C-015 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: «La protección penal de ciertos bienes y valores debe ser permanente y absoluta y, en este caso, la tutela penal de orden legal corresponde a la obligación positiva constitucional de amparar la vida y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, otros bienes pueden ser susceptibles de una protección penal relativa, ya sea porque son propios de determinado ámbito no universal de relaciones o porque su protección eficaz puede buscarse a través de otros medios jurídicos legítimos diferentes de la misma legislación penal, motivo éste que puede justificar inclusive la adopción de políticas criminales enderezadas a 'despenalizar' ciertas conductas. La protección legal del patrimonio y de la buena fe no es ajena a la Constitución, pero de ésta no se infiere que siempre deba tener la impronta del derecho penal. Por consiguiente, la libertad de configuración normativa expresamente reservada al legislador en materia penal, en cuya virtud crea y elimina tipos penales, puede tener más alcance respecto de los bienes susceptibles de tutela penal relativa».

da únicamente la libertad de acometer aquéllas conductas que sean razonables o necesarias. La libertad no consiste en hacer o dejar de hacer lo que se quiera, sino en hacer lo razonable o lo necesario. 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 individuo²¹, 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 también ha resonado en ciertas ocasiones en la Corte Constitucional. Así por ejemplo, este argumento ocupó el centro de la escena en el salvamento de voto de los magistrados JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, HERNANDO HERRERA, FABIO MORÓN Y VLADIMIRO NARANJO a la sentencia C-221 de 1994²² (el asunto de la dosis personal). En este salvamento de voto, encabezado por la conocida máxima de MAZZINI: «La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir sólo entre las sendas que conducen al bien», se invoca a favor de la penalización legislativa del consumo de droga y en contra de la sentencia que la declara inconstitucional, lo siguiente:

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.

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. En

21. Cfr. sobre este concepto, entre muchos otros, I. BERLIN. «Dos conceptos de libertad», en ID. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 200 y ss.

22. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

fin, 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 (art. II C.P.)²³, la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C.P.), la esclavitud (art. 17 C.P.), el destierro²⁴, la prisión perpetua o la confiscación (art. 34 C.P.)²⁵, 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. 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. Como la propia Corte Constitucional ha reconocido en otra sentencia, 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»²⁶.

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 le 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 propias²⁷. Por lo tanto, la ley penal no representa la definición del contenido

-
23. Cfr., sobre la prohibición constitucional de la pena de muerte, sentencia C-144 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
24. Cfr., sobre la prohibición constitucional de la pena de destierro, sentencia C-046 de 2001, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.
25. Cfr., entre muchas otras, sobre estos límites materiales explícitos, sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Moron Díaz.
26. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Asimismo, la C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

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 certidumbres que provean al juez de objetividad para decidir, lo cierto 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.

1.2. La ley penal como intervención en los derechos fundamentales

La segunda tesis acerca de las relaciones entre la legislación penal y los derechos fundamentales 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 normas 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 (art. 2.1 Ley Fundamental)²⁸, pero en España «derecho general de libertad»²⁹, «libertad general de actuación» o libertad general de autodeterminación individual»³⁰—, 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

27. Cfr. sobre el concepto de libertad negativa y sobre el vínculo de la libertad positiva contra el Estado autoritario, M. BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, segunda parte, II.

28. Cfr. R. ALEX. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 333.

29. Cfr., entre muchas otras, las sentencias 127 de 1994, f.j. 6 y 137 de 1990, f.j.g.

30. Cfr., entre muchas otras, la Sentencia 120 de 1990, f.j. rr.

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 la Corte Constitucional la competencia para controlar efectivamente la legislación penal en estos aspectos. La práctica de un control efectivo implica la renuncia de la Corte 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 sobretudo en los casos más farragosos e inciertos?.

De estos interrogantes nos ocuparemos en la segunda parte. Por ahora es preciso constatar que la Corte Constitucional ha aceptado en muchas de sus sentencias los planteamientos de esta segunda tesis, que bien podemos denominar la tesis de la intervención. De este modo, por una parte, la Corte ha reconocido que el artículo 16 C.P. consagra la libertad general de acción, bajo el concepto de derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha entendido este derecho como «la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio»³¹, y en la célebre sentencia C-221 de 1994 ha declarado sin cortapisas que la disposición que lo contempla consagra la «libertad *in nuce*» en la Constitución. Complementariamente, en otras decisiones, la Corte ha 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 (preámbulo C.P.), y como el objeto de la expresión «toda persona es libre», del artículo 28 C.P. Según la Corte, 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 física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente»³².

En la misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las leyes penales representan una intervención en la libertad general de

31. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

32. Cfr. sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

acción y que, dado que esta libertad, al igual que los demás derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto³³, en principio puede ser restringida por las leyes penales³⁴. 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 jurisprudencia constitucional 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 la Corte Constitucional llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de estas intervenciones, para establecer su legitimidad y proporcionalidad.

1.3. La ley penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales

La tercera tesis expresa que toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales que se lo ordenan. Consecuentemente, se sostiene que el legislador penal también puede vulnerar los derechos fundamentales cuando la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecerles una protección suficientemente efectiva.

Como antes advertimos, la cláusula del Estado social de derecho (art. 1.º C.P.) modifica 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

33. Cfr. ídem: «el constituyente no concibió la libertad individual como un derecho absoluto y, por consiguiente, intangible; por el contrario, autoriza su limitación en ciertos casos, como sería por ejemplo la comisión de hechos delictivos». Cfr., sobre el postulado de que ningún derecho tiene carácter absoluto, sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

34. Cfr. sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: «cuando el legislador en desarrollo del *ius puniendi* restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior (...). El derecho a la libertad, que es el tema de interés en este proceso, puede ser objeto de restricción por parte del legislador, en casos excepcionales y con la observancia de los requisitos y formalidades establecidos en la misma Constitución».

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»³⁵, que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan³⁶. 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 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.

En algunas de sus sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido este efecto que la vertiente de protección de los derechos fundamentales ha acarreado sobre la legislación penal. Así, por ejemplo, la Corte ha asegurado que «la pena [...] tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas»³⁷. 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, ha sostenido que el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros³⁸. Por consiguiente, cuanto más importantes sean los derechos que deban ser protegidos, más severa deberá ser la pena³⁹; y aunque la

35. Cfr. sobre el concepto de deberes de protección, en la doctrina alemana, J. ISENSEE. «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en AA.VV. *Handbuch des Staatsrechts*, J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), Heidelberg, C.F. Müller, 1992, vol. 5, p. 145.

36. Cfr., con una destacada claridad sobre estos dos tipos de vinculación a los derechos fundamentales, en la jurisprudencia constitucional española, la sentencia 53 de 1985, f.j. 4.

37. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En el mismo sentido, la T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

38. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

39. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz: «Dentro de la concepción del Estado social de derecho y con base en la importancia que a los derechos fundamentales otorga nuestra Carta Política, cuando se vulneran los derechos a la vida, a la libertad y a la dignidad a través de los delitos de homici-

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»⁴⁰.

No obstante, hasta el momento tal vez sean el salvamento de voto a la sentencia C-647 de 2001, suscrito por los Magistrados MARCO G. MONROY y RODRIGO ESCOBAR, y la aclaración de voto a la misma, suscrita por los magistrados CLARA I. VARGAS, JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN y MANUEL J. CEPEDA, en donde con mayor vehemencia se ha reivindicado el efecto de los derechos fundamentales de protección sobre la legislación penal. Como es bien sabido, 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 que salvaron el voto 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 1994. En esta primera sentencia se afirmó que el Estado tenía «la obligación de establecer, para la 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 normas penales»⁴¹. 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 cuanto derecho de protección, exige la punición del aborto en todos los casos, resultaría inconstitucional, como se expresa en el mencionado salvamento de voto, que el legislador despenalizara algunos supuestos como el que aparece en el artículo 124 del nuevo Código Penal⁴². El

dio y secuestro, se hace necesario por parte del Estado la imposición de una pena, y ante todo de un tratamiento punitivo aleccionador y ejemplarizante, atendiendo los bienes jurídicos cuyo amparo se persigue; es decir, que a tales hechos punibles se les debe aplicar las más rígidas sanciones con el objeto de que produzcan un impacto que se encuentre en consonancia con la magnitud del delito cometido y de los derechos vulnerados».

40. Ídem.
41. La sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa continúa: «El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte».
42. Que «el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas», y que el aborto se realice «en extraordinarias condiciones anormales de motivación».

salvamento de voto concluye entonces que esta disposición «no 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». En este caso, «la ausencia de sanción tiene como consecuencia inmediata la [...] desprotección».

Por su parte, los magistrados que aclaran 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», 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».

La discrepancia entre la fundamentación de la sentencia, el salvamento de voto y la aclaración pone de presente 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 salvamento), 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 aclaración)? 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 (tesis 3), sin ser excesivas (tesis 2) 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 (tesis 1)?

La tesis que defenderemos en la segunda parte señala que el principio de proporcionalidad, en sus variantes de interdicción del exceso y de prohibición de protección deficiente, permite dar una respuesta plausible a estos interrogantes.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL

2.1. Los derechos fundamentales como marco de la legislación penal

Las exigencias aparentemente contrapuestas que se desprenden de las tres tesis antes examinadas pueden armonizarse, si se considera que los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativa 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 prohibiciones 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 ALEXY⁴³, los derechos fundamentales establecen lo 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). 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 los 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.

43. R. ALEXY. «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», C. Bernal Pulido (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 66, 2002.

De acuerdo con la primera concepción, que se deriva de la teoría interna de los derechos fundamentales⁴⁴, 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.

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 la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional⁴⁵, 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 cuales el derecho se desnaturalizaría», y por «los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho».

No es ésta la ocasión de emprender una crítica detallada de las objeciones que cabe oponer contra la teoría del núcleo esencial⁴⁶. Sin embargo, 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 inadmi-

44. Cfr., sobre la diferencia entre las teorías interna y externa de los derechos fundamentales, BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., primera parte, I.

45. Cfr., por todas, sentencia C-179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En materia penal, sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

46. Cfr., sobre este aspecto, J.C. GAVARA DE CARA. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

sible. 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 pleonismo: la esencia es lo esencial. A su vez, de acuerdo con el segundo criterio, el 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 o 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 últimas de su nacionalidad?

El segundo criterio es el del contenido prefigurado de los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, expuesto magistralmente en Alemania sobre LÜBBE WOLFF⁴⁷, 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, estaría 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

47. Cfr. G. LÜBBE WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

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 cuál es viable efectuar esta delimitación de la forma más racional posible.

2.2. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal

2.2.1. 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 jurisprudencia colombiana, este principio ha estado vinculado sobretodo con la aplicación del principio de igualdad⁴⁸. Sin embargo, poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales⁴⁹, en las que sobretodo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto

48. Cfr. en este ámbito, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-288 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-1410 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, y C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

49. Cfr., sobre la expansión del principio de proporcionalidad a diversas áreas de los derechos fundamentales en que tienen incidencia las actuaciones de los poderes públicos, sentencias T-530 de 1992, M.P.: Alvaro Tafur Galvis; T-015 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-429 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, y T-311 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

casi imprescindible. Dentro de esta expansión general, desde un tiempo atrás la Corte Constitucional ha 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 juez⁵⁰.

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 ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario⁵¹. Este supuesto surge como una alternativa argumentativa, que tiene en cuenta las relaciones entre los derechos fundamentales⁵² y los demás principios constitucionales, y que pretende superar los problemas a los que se enfrentan las referidas tesis intuicionistas y absolutas del contenido mínimo⁵³. 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 puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos⁵⁴ y bienes protegidos por la Cons-

-
50. Cfr. sobre este aspecto sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
 51. Cfr. sobre esta definición de los principios y sobre su relación con el principio de proporcionalidad, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. III y ss.
 52. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
 53. En la sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional se decanta expresamente a favor de esta interpretación de los derechos fundamentales como principios, a causa de la poca plausibilidad de la tesis del contenido prefigurado, que pregona la existencia de derechos ilimitados: «Si el sistema constitucional estuviere compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (I) que se trata de derechos que se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (a) que todos los poderes del Estado deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso lo único que podría hacer el poder legislativo sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos 'absolutos', el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los «derechos absolutos» tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. Como la concepción 'absolutista' de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica».
 54. Sobre la función del principio de proporcionalidad en las colisiones entre derechos, la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias: «El concepto de proporcio-

titución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa⁵⁵, 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 subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y cuyo cumplimiento debe ser controlado por la Corte Constitucional⁵⁶. Cuando se trata de los derechos de defensa frente a las intervenciones penales del Congreso, estos tres subprincipios se agrupan bajo el concepto de interdicción del exceso. En cambio, cuando lo relevante son los derechos de protección, los tres subprincipios conforman la prohibición de protección deficiente.

2.2.2. 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 defensa respectivo. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵⁷, cuyo contenido se ajusta a las siguientes definiciones.

-
55. Cfr., sobre la vinculación con la libertad negativa y no con la libertad positiva del principio de proporcionalidad, la sentencia T-417 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
 56. Cfr., sobre la exigencia de proporcionalidad de las medidas penales, disciplinarias y sancionadoras en general, además de las sentencias antes mencionadas, las sentencias T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-718 de 1999, M.P.: Jose Gregorio Hernández Galindo.
 57. Cfr., sobre estos subprincipios, sentencia C-1410 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz: «el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la

a) Subprincipio de idoneidad

De acuerdo con el subprincipio 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.

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 subprincipio 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 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 inadecuada para contribuir a proteger un bien jurídico legítimo. Con todo, esta barrera es ya bien significativa. La Corte Constitucional, por ejemplo, ha reivindicado la legitimidad de toda medida penal que pretenda la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Por el contrario, ha declarado que es abiertamente ilegítima toda pena que sólo tenga como propósito deliberado causar dolor al delincuente⁵⁸.

b) Subprincipio de necesidad

De acuerdo con el subprincipio 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

utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes».

58. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

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. 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.

c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con el subprincipio 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 fundamental⁵⁹.

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la 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 que se prohibiera y penara con 30 años de prisión el hurto del radio de un automóvil: la protección de este aspecto leva o si se quiere intermedio del derecho de propiedad no justifica la intensa restricción de la libertad que una condena semejante implicaría). Como sugiere ALEX⁶⁰, para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala triádica, 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.

Hasta aquí todo muy bien. A partir de lo dicho, sin embargo, se advierte que el principio de proporcionalidad depara a la Corte Constitucional un

59. Cfr., sobre el concepto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la sentencia C-459 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

60. ALEX. «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», cit.

amplio margen de subjetividad en la catalogación del grado de intervención o de 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—. Sería un dislate señalar, por ejemplo, que mientras una pena de prisión de 30 años es una restricción leve, una multa de \$10,000 representa una intervención intensa de los derechos del individuo⁶¹. A su vez, y ya de modo general, la jurisprudencia de la Corte 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 imponer⁶². 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 intensa⁶³, y consiguientemente estará más justificado que la libertad sea restringida con una intensidad mayor⁶⁴. En sentido contrario,

-
61. En la sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte hace algunas interesantes reflexiones sobre la mayor o menor intensidad de las penas en materia disciplinaria.
 62. Cfr. sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. De acuerdo con este criterio, por ejemplo, en este caso la Corte Constitucional sostuvo que el acceso carnal violento es más lesivo del bien jurídico que protege cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital: «Es de considerar que la violencia sexual es uno de los hechos más graves contra la persona, en cuanto afecta su dignidad, su libertad y, además, puede generar secuelas negativas permanentes; pero lo más grave es que ese daño puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menor producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores». Este argumento fue uno de los pilares para que la Corte declarara inconstitucional que el vínculo matrimonial fuera una causal de atenuación penal de este delito.
 63. Cfr. sentencia C-345 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, en que se justifica la mayor extensión del término de prescripción de ciertos delitos, si son cometidos por empleados públicos. La Corte argumenta que la diferencia en el quantum de la pena está justificado en este caso porque el delito es más grave si se comete por un empleado público: «El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos [...] además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos—reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación— responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas».
 64. También, como correlato, si el delito no es más grave, comparativamente la pena tampoco puede serlo. Cfr. sentencia C-070 de 1996, M.P.: Hernando Herrera Ver-

cuanto menos grave sea un delito, tanto menos justificada estará la restricción intensa de la libertad y la imposición de una pena severa⁶⁵. 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 lesivo⁶⁶.

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 severa⁶⁷. 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.⁶⁸

2.2.3. 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

gara, como un caso en que la Corte declara inconstitucional una agravación punitiva que se aplica a los delitos contra el patrimonio económico superiores a \$100,000 y que, a causa de la devaluación de la moneda, termina aplicándose a todos estos delitos, independiente de su mayor o menor gravedad.

65. La jurisprudencia constitucional ha expuesto este criterio, trazando una relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, en la sentencia C-070 de 1996 la Corte sostiene: «El principio de lesividad o de antijuridicidad material ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito (art. 4º C.P.). Este principio de medular importancia para el Derecho penal no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, lo cual no quiere decir que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales. En efecto, podría afirmarse que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (art. 2º C.P.), pero que, en materia de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, este protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando, a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor [...] Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (art. 4º C.P.) al rango de principio suprallegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso'».
66. Cfr. sobre este supuesto la sentencia C-364 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, que versa sobre la imposición a una contravención de una pena superior que la de un delito.
67. Cfr. sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
68. Cfr. la sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 vulneración⁶⁹ de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario⁷⁰. 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.

La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el *Untermabverbot* de la doctrina alemana)⁷¹. 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, 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 subprincipios.

- a) El subprincipio 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. En otros términos, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del Congreso. En el caso de la legislación

69. Esta vulneración se produce cuando las medidas de protección representan intervenciones desproporcionadas en los principios que juegan en sentido contrario.

70. Cfr., sobre el carácter de principios de los derechos de protección, ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss; BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., parte segunda, II, 2.

71. Los siguientes son algunos de los trabajos más representativos de la discusión alemana sobre el *Untermabverbot*: C-W CANARIS. «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», en *Jus* N.º 3, 1989, pp. 161 y ss; J. DIETLEIN. «Das Untermabverbot», en *ZGesgeb*, N.º 9, 1995, pp. 131 y ss; K-E. HAIN «Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermabverbot», en *DVBL*, 1993, pp. 982 y ss; K-E HAIN. «Das Untermabverbot in der Kontroverse», en *ZGesgeb*, N.º II, 1996, pp. 75 y ss.

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 en un derecho fundamental de defensa (la libertad general de acción u otro derecho fundamental).

- b) El subprincipio 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 material penal se presenta este caso cuando con una restricción alternativa de la libertad, igual o más benigna, se obtiene una protección mayor del bien jurídico relevante.

- c) El subprincipio 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 existencias 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 triádica 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. 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 embarazo⁷².

72. Una argumentación semejante aparece en el salvamento de voto a la sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Cabe advertir, empero, que este salvamento interpreta de una manera tan amplia la causal de exclusión de la pena para el aborto que tipifica el nuevo Código Penal que convierte su carácter excepcional en el de regla general. Es muy dudoso que esta interpretación amplia sea la correcta. En todo caso, a efectos de lo que aquí interesa, el salvamento sostiene: «la tensión que se presenta entre el derecho a la vida del feto y los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la madre que está ‘en extraordinarias condiciones anormales de motivación’ es resuelta por la disposición en comento con una solu-

2.2.4. *El margen de acción legislativo*

Por último, debe examinarse el problema del margen de acción legislativo. La práctica conjunta del examen de interdicción del exceso y de prohibición de protección deficiente sobre la legislación penal, sobretudo en cuanto concierne al tercer subprincipio, parece mostrar que el principio de proporcionalidad elimina todo margen de acción legislativo. Esta impresión puede resultar de un análisis de las alternativas que los subprincipios 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 subprincipio prohíbe que una no-protección intensa se justifique por una no-intervención media o leve, o que una no-protección media 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., o más sintéticamente: las relaciones intensa/intensa, media/media, leve/leve. De aquí podría 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 atinada. A pesar de que los derechos fundamentales acoten la discrecionalidad del legislador penal, ellos le deparan por los menos tres márgenes de acción⁷³. 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/

ción que elimina el derecho a la vida del primero. No se trata pues de una restricción de derechos para la obtención de un fin constitucional, sino de una medida que tolera la desaparición absoluta del primero y principal derecho fundamental cual es el de la vida, en aras de la garantía de la libertad de la mujer. Desde este punto de vista, la restricción a la protección a la vida del *nasciturus* es absolutamente desproporcionada».

73. Cfr., sobre los distintos tipos de márgenes de acción legislativa, ALEX. «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», cit.

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 constitucional⁷⁴. 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 inquebrantable⁷⁵. 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 quiera que no existan premisas ciertas que hablen en contra de las medidas legislativas, éstas deberán declararse exequibles, como en la sentencia alemana sobre el *canabis*⁷⁶, 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 *canabis*, 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».

Finalmente, conviene señalar que el respeto de estos márgenes de acción y de las exigencias derivadas de los derechos de protección imponen a la Corte Constitucional 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 sólo sea declarada inexecutable en los casos en donde no sea posible su salvación por medio de una interpretación conforme con la Constitución. Parece más com-

74. Cfr., sobre el margen de acción para la elección de medios, la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, suscrito por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra Y Manuel José Cepeda Espinosa.

75. La Corte Constitucional se ha referido implícitamente a este argumento, al reconocer la competencia del legislador para establecer criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos «basados, por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas que presentan variaciones importantes en cuanto a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se busca proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal». Cfr. sentencias C-556 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez; C-557 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez; C-093 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara; C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-592 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz. En estas escalas se conserva el empate, pero varía el rango en que se sitúa: a mayor lesión del bien jurídico, mayor protección y mayor intervención en la libertad; y viceversa: a menor lesión del bien jurídico, menor protección y menor intervención en la libertad.

76. *BverfGE* 90, 145, 182 y ss.

patible con el respeto de los márgenes legislativos y con el cumplimiento de los deberes de protección que la Corte intente 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 inexequibilidad, que lógicamente implica la desprotección automática de los bienes jurídicos tutelados⁷⁷.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales

- ALÁEZ CORRAL, B. «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (a propósito de la STC 136 del 20 de julio de 1999)», *Repertorio Avanzado del Tribunal Constitucional*, N.º 15, 1999.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», C. Bernal Pulido (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 66 de 2002.
- BERLIN, I. «Dos conceptos de libertad», en *ID. Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- BILBAO UBILLOS, J.M. «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana del legislador (comentario de la sentencia 136 de 1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 58, 2000.
- BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- CANARIS, C-W. «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», en *JuS*, N.º 3, 1989.
- DIETLEIN, J. «Das Untermabverbot», en *ZGesgeb*, N.º 9, 1995.

77. La Corte aplicó muy plausiblemente en este sentido el principio de interpretación conforme con la Constitución, en la Sentencia C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

GAVARA DE CARA, J.C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

HAIN, K.-E. «Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß und Untermaßverbot», en *DVBL*, 1993.

- «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», en *ZGesgeb*, N.º 11, 1996.

ISENSEE, J. «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en AA. VV. *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5, J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), Heidelberg, C.F. Müller, 1992.

JULIO, A. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

LÜBBE-WOLFF, G. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

MIR PUIG, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

OSUNA, N. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-530 de 1992, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia SU 089 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-364 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 1997, Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-311 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1999, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-718 de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia T-417 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-1410 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-1490 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Tribunal Constitucional alemán. *BverfGE* 90, 145.

Tribunal Constitucional español. STC 53 de 1985.

Tribunal Constitucional español. STC 137 de 1990.

Tribunal Constitucional español. STC 120 de 1990.

Tribunal Constitucional español. STC 127 de 1994.

Tribunal Constitucional español. STC 127 de 1994.

Tribunal Constitucional español, STC 136 de 1999.

