

PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Una de las ideas más importantes de la teoría del derecho, tanto en el mundo anglosajón como en el continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos solamente por normas, entendidas como reglas, sino también de principios.

Por lo anterior, se debe hacer una distinción entre reglas y principios, para con ello estar en aptitud de estudiar el tema que nos atañe.

REGLAS.

- Establecen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas.
- La colisión con otras reglas se resuelve, mediante la premisa de la norma posterior y la norma especial.
- Se establecen dentro del marco de lo fáctico y realizable.
- No requiere de mayor esfuerzo argumentativo.
- Suelen poseer un alto grado de precisión.
- Las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado.

PRINCIPIOS.

- Contienen mandatos de optimización, “toda persona tiene derecho a la seguridad social”.
- Colisiona con otros principios y bienes jurídicos tutelados constitucionalmente.
- Se caracteriza por niveles elevados de imprecisión terminológica.
- Son interpretados sistemáticamente.
- Los principios, desde el punto de vista doctrinal, deben cumplir con el siguiente rol primordial:
 - ✓ Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico.
 - ✓ Actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas.

- ✓ En caso de falta de norma concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.

En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen con una triple función, que es, fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

DE LA SUBSUNCIÓN A LA PONDERACIÓN.

Precisado lo anterior, es necesario determinar el concepto de ponderación. Deviene del latín *pondos* que significa peso, dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscitada.

Es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan lo que debe hacerse sino obligan a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Dichas posibilidades jurídicas se determinan mediante principios y reglas opuestas, las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer la mayor medida posible, se requiere la confrontación de principios opuestos o los o principios que respaldan las reglas opuestas.

Existe colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que a su vez, son normas incompatibles entre sí, pero ambas pudieran ser respuestas al caso concreto. Dichas disposiciones relevantes pero incompatibles entre sí, son lo que se conoce como *prima facie*.

Ejemplo: Padres evangélicos de una niña enferma gravemente se niegan a autorizar una transfusión de sangre.

Principio: Libertad de culto, equivaldría a no llevarla al hospital para la transfusión.

Principio con el que se confronta el anterior: El derecho a la vida y salud de la niña, significaría realizarle la transfusión de sangre.

La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como, los principios o razones que jueguen en sentidos contrarios.

La ponderación es solamente una estructura, la cual forma lo que ya explicamos como principio de colisión, sus elementos son:

1.- La ley de la ponderación—> “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”

2.- La fórmula del peso —> Se mide el peso en abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto.

3.- Las cargas de argumentación—> Operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

Para Robert Alexy existen dos posiciones que pusieran servir al caso comentado en último término, la primera “Teoría de los derechos fundamentales” y la segunda “Epílogo”.

ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.

La Constitución y los Tratados Internacionales son los enunciados que tipifican los derechos fundamentales, mismos que se caracterizan por un elevado grado de indeterminación normativa.

Las normas de derechos fundamentales, son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones que los contienen, mediante las cuales se establece que algo está ordenado, prohibido o permitido. Son el resultado de la interpretación constitucional. También se conocen como “subreglas constitucionales”.

Cuando más indeterminada sea una disposición, más fácil resultará concretar y fundamentar el conjunto de normas adscritas.

Dentro de un precepto constitucional podemos encontrar diversas posturas, como lo son la postura liberal, la restrictiva y la escéptica. Para ejemplificar lo antes expuesto, el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia, a la letra estipula:

Artículo 38.- Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

- Está prohibido al Estado imponer a los particulares el deber de pertenecer a una determinada asociación (**postura liberal**).
- El Estado puede imponerle a los particulares el deber de pertenecer a una determinada asociación (**postura restrictiva de la libertad**).
- El artículo no prescribe nada en la materia (**postura escéptica**).

Subreglas y Control de Constitucionalidad.

El control de constitucionalidad de las leyes debe ser entendido como un caso particular de discurso jurídico, la Corte Constitucional analiza y valora los diversos argumentos interpretativos a favor y en contra de la constitucionalidad de una ley, la decisión que se adopta como resultado tiene la pretensión correcta y debe ser aceptada como tal en la comunidad política y jurídica.

Caso Fácil.

1.- La norma acusada regula un supuesto distinto al establecido en la Constitución.

Caso difícil.

1.- la disposición constitucional presenta un muy elevado grado de indeterminación.

Para resolver dichos problemas se recomienda hacerlo mediante un silogismo jurídico.

Premisa mayor. Disposición constitucional o subregla.

Premisa menor: la disposición legal acusada.

Conclusión: Constitucional —exequible— o inconstitucional —inexequible—.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

La racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en ese sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad.

Dichos criterios cumplen con dos funciones: la primera, son criterios orientadores mediante los cuales la Corte constitucional intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; la segunda, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la Corte Constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad es la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador en un derecho fundamental se ajusta o no a la Constitución.

Desde los orígenes del derecho constitucional alemán, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima.

Dichas reglas, o también conocidos como sub-principios, son:

Idoneidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Necesidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de

entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar su objetivo.

Proporcionalidad en sentido estricto: la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Para mayor comprensión del tema, se da un caso práctico, el cual consta de:

Regla: norma legal demandada:

“En días hábiles nadie puede trabajar en locales de panadería o pastelería de lunes a viernes entre las cero y las 4 horas”.

Derecho intervenido: la libertad de empresa.

Fin: protección del derecho a la salud de los empleados (sub principio. de idoneidad)

Necesidad: otras regulaciones menos intensas no logran el mismo fin (sub principio. de necesidad).

Proporcionalidad en sentido estricto: se ponderaron: libertad de empresa contra derecho a la salud de los trabajadores. Es constitucional. Pesa más el derecho a la salud, sin que se deje sin contenido la libertad de empresa.

Se emplea igualmente cuando se examinan, ya no colisiones entre derechos, sino establecimiento de límites por el legislador, como pueden ser:

- Salud pública.
- Orden público.
- Moralidad pública.

En diversas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, se resolvió lo siguiente:

Materia penal: intervenciones corporales en casos de delitos sexuales contra menores de edad.

Ley de justicia y paz y labor del juez de control de garantías.

Sentencia C- 822 de 2005

Artículo 250. Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como **extracciones de sangre**, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivos.

En todo caso, deberá obtenerse el **consentimiento** escrito de la víctima o de su **representante legal** cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudirá al **juez de control de garantías** para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección.

Problema jurídico.

¿Resulta contrario a los derechos a la dignidad humana (Art. 1, CP), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.12, CP), a la intimidad (Art.15, CP), que cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y la realización de exámenes físicos, se **obtengan muestras íntimas** de las víctimas en las condiciones y

con los requisitos previstos en el artículo 250 de la Ley 906 de 2004?

Consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte ha dicho que las limitaciones o restricciones en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuadas para lograr el fin buscado, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, deben ser "proporcionales stricto sensu", esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar.

La jurisprudencia constitucional ha deducido este **principio de proporcionalidad**, entre otros, de los artículos 1, 2, 5 (del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona), 6 (del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas), y del 214 de la Constitución Política de Colombia, que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.

La Corte aprecia que por su naturaleza y por la forma en que usualmente son aplicadas, estas medidas siempre implican la afectación de derechos fundamentales. Aun cuando es posible que con el avance de la ciencia, se desarrollen procedimientos, métodos y circunstancias que reduzcan su incidencia en los derechos fundamentales, la inspección corporal, el registro corporal, la toma de muestras íntimas y el reconocimiento y examen físico de las víctimas representan, dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales.

La afectación de los mencionados derechos puede ser media o alta, dependiendo del tipo de intervención corporal, de las condiciones en que ésta se realice, de los intereses específicos en juego y del impacto concreto que tal medida tenga en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales del individuo. Por ello, siempre será

necesario dar cumplimiento al principio de reserva judicial, para que sea el juez quien examine la pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica.

La víctima o su representante legal deben dar su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida indicada; en caso de que no sea así y persevera la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia

No se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre.

La práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia.

Relacionada al tema de ponderación.

Sentencia C- 370 de 2006

En el presente caso se presenta una **colisión** entre diferentes derechos constitucionales, y es con base en ese conflicto que se formulan los diversos cargos de la demanda.

Cuando se presenta este tipo de conflicto, el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la *ponderación*, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer.

El **método de ponderación** es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, **la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas**. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable.

Una **primera opción**, la más restringida, exigiría que la Corte limite su análisis a los mecanismos estrictamente procedimentales y punitivos consagrados en la ley demandada, y contraste su diseño y aplicación con los que forman parte del sistema penal y procesal penal ordinario, aplicable a los demás ciudadanos.

Una **segunda opción** implica efectuar una ponderación entre *valores* constitucionales, que en este caso serían los de la paz y la justicia en su dimensión objetiva.

La **tercera opción** es la de ponderar la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia en tanto derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas – v.gr. los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición. Esta es la opción que mejor respeta la complejidad de los problemas jurídicos a resolver porque no excluye del análisis constitucional ninguno de los valores y derechos constitucionalmente relevantes.

CLASES DE PONDERACIONES.

La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos.

Ha de subrayarse que a pesar de su importancia dentro del orden constitucional, la paz no puede transformarse en una especie de **razón de Estado** que prevalezca automáticamente, y en el grado que sea necesario, frente a cualquier otro valor o derecho constitucional.

Lo anterior no implica que la **justicia** pueda, a su turno, ser elevada a la categoría de un derecho absoluto, a tal punto que la paz sea sacrificada o su realización impedida. La justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas.

CASO LLAMADO “MITI-MITI”. Interpretación de comunicaciones, reglas de exclusión y tutela contra sentencias.

Debido Proceso.

SENTENCIA SU 159 DE 2002.

La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera “de pleno derecho” y cobija a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica. Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.

En primer lugar, es importante examinar si se trata de una **irregularidad menor** que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal.

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de **debido proceso** al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la **justicia** y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

En primer lugar, se encuentran los países de tradición anglosajona donde se aplica la llamada regla de exclusión. Según ella, las pruebas ilegítimas no pueden incluirse en el acervo probatorio y existen procedimientos específicos para excluirlas de él.

En segundo lugar, están los países de tradición romana, como Italia y Francia, donde las pruebas irregularmente obtenidas son sometidas a un régimen de nulidades.

En tercer lugar, están Alemania y los países que siguen la tradición germánica, como Suiza, donde no existe ni una regla de exclusión general, en sentido estricto, ni un sistema de nulidades, sino una potestad del juez para determinar caso por caso cuándo una prueba obtenida con violación del derecho ha de ser desestimada después de seguir un método de ponderación de múltiples factores jurídicamente relevantes.

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales sólo sea **lícita cuando** ella se muestra **adecuada** a los fines de la

persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de **otros medios** igualmente efectivos pero menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona **no es excesivo** frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto).

Los factores ponderados son múltiples: la seriedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego dentro de los cuales se destaca el interés en que la violación de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no quede en la impunidad sacrificándose la verdad real.

En conclusión, la exclusión del proceso penal de una grabación telefónica ilícita y violatoria del derecho a la intimidad constituye una aplicación correcta del artículo 29 inciso último de la Constitución, y la existencia y la divulgación periodística de dicha grabación no vician todo el procedimiento ni contaminan todo el acervo probatorio, así ésta haya sido elemento integral de la noticia *criminis*, siempre que la resolución de acusación y la sentencia condenatoria se hayan fundado en pruebas separadas, independientes y autónomas de ésta y suficientes para demostrar la ocurrencia de la conducta típica y la responsabilidad penal del procesado.

CONCLUSIÓN.

El breve estudio realizado demuestra que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor tampoco le resta por completo su utilidad.

La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas, que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

1. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia —citadas en el estudio—.
2. Conferencia del Profesor Alejandro Ramelli —documentos de trabajo—.
3. *“El Derecho de los derechos”*. Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia.