

---

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA  
JUSTICIA ORDINARIA Y TRANSICIONAL

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN  
ORDINARY AND TRANSITIONAL JUSTICE

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LA  
JUSTICE ORDINAIRE ET TRANSITIONNELLE

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA  
JUSTIÇA ORDINÁRIA E TRANSITÓRIA

---

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2018

Fecha de aprobación: 9 de junio de 2018

**William Cala-Calvete<sup>1</sup>**

---

1 Abogado Investigador. Juez de la República de Colombia. Magíster (c) Derecho Penal y Procesal Penal.  
Universidad Santo Tomás.

## Resumen

En el constitucionalismo moderno han surgido una serie de principios tendientes a desarrollar el carácter sustantivo de las normas superiores y, dentro de ellos, es incuestionable la preponderancia que ha adquirido el principio de proporcionalidad, el cual en materia penal permite establecer adecuadamente los límites mínimos y máximos de las penas, siendo además, el principal criterio para definir la pena en el caso concreto; asimismo, el precitado principio permite establecer una aplicación diferenciada de las penas en la justicia ordinaria y transicional, advirtiendo que en esta última se privilegia la justicia restaurativa frente a la retributiva. En tal sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad es imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de la aplicación judicial de la pena; por tanto, el monto de estas no deben exceder la magnitud de la gravedad que para la sociedad representa el hecho punible que es sancionado, y paralelamente el establecimiento e imposición de penas irrisorias, quebrantan gravemente el precitado principio; el cual, sin embargo, admite excepciones en procesos de justicia transicional a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos a fin de enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en desarrollo de un conflicto armado, con el propósito de construir caminos de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia; es precisamente por ello, que la aplicación del mencionado principio en los trámites legislativos y en las actuaciones jurídicas y administrativas adquiere descomunal preponderancia, pues de no acatar los postulados esenciales que dimanen de este principio, no habrá verdad, ni justicia, ni reparación proporcional y por tanto, no se estará cumpliendo con el deber de la paz y de contera no se gozará de tal derecho.

**Palabras claves:** Principio de proporcionalidad, derechos fundamentales, penas, justicia transicional, víctimas, conflicto, paz.

## Summary

In modern constitutionalism a series of principles have emerged, tending to develop the substantive nature of the higher norms and, within them, the preponderance that has acquired the principle of proportionality, which in penal matters allows to establish adequately the minimum and maximum limits of penalties, is unquestionable. being also, the main criterion to define the penalty in the concrete case; likewise, the aforementioned principle allows establishing a differentiated application of sentences in ordinary and transitional justice, noting that in the latter, restorative justice is privileged over retributive justice. In this regard, the application of the principle of proportionality is essential both in the legislative phase and at the time of the judicial application of the penalty; therefore, the amount of these should not exceed the magnitude of the seriousness that for society represents the punishable act that is sanctioned, and in parallel the establishment and imposition of derisory penalties, seriously violate the aforementioned principle; which, however, admits exceptions in transitional justice processes through which it intends to integrate various efforts in order to face the

consequences of massive violations and widespread or systematic human rights abuses, suffered in the development of an armed conflict, with the purpose of building paths of peace, respect, reconciliation and consolidation of democracy; it is precisely for this reason that the application of the aforementioned principle in legislative processes and in legal and administrative proceedings acquires a huge preponderance, because if the essential postulates that stem from this principle are not met, there will be no truth, nor justice, nor proportional reparation and therefore, it will not be fulfilling the duty of peace and will not enjoy this such right.

**Key Words:** Principle of Proportionality, Fundamental Rights, Penalties, Transitional Justice, Victims, Conflict, Peace.

### Résumé

Dans le constitutionnalisme moderne, une série de principes ont surgi, tendant à développer le caractère substantif de normes supérieures et à l'intérieur de ceux-ci, il est indubitable, la prépondérance qui a acquis le principe de proportionnalité, qui en matière pénale permet d'établir convenablement les limites minimales et le maximum des peines, en étant de plus, le critère principal pour définir la peine dans le cas concret. De la même manière, le principe précité permet d'établir une application différenciée des peines par la justice ordinaire et transitionnelle, en remarquant la justice transitionnelle privilégie la justice réparatrice, face à la rétributive. De telle sorte que l'application du principe de proportionnalité est indispensable dans la phase législative et au moment de l'application judiciaire de la peine. C'est pourquoi, la somme de ces peines ne doit pas excéder l'ampleur de la gravité qui représente pour la société le fait punissable qui est sanctionné. Parallèlement, l'établissement et l'imposition de peines dérisoires enfreignent gravement le principe précité. Toutefois ce principe admet des exceptions dans les processus de justice transitionnelle à travers la laquelle, de divers efforts essaient d'être intégrés pour faire face aux conséquences de violations massives et d'abus répandus ou systématiques en matière des droits de l'homme subis dans développement d'un conflit armé, avec le propos de construire des chemins de paix, de respect, de réconciliation et une consolidation de la démocratie. C'est pour cela que l'application du principe mentionné auparavant, dans les formalités législatives et dans les rôles juridiques et administratifs acquiert une prépondérance extraordinaire, puisque si les postulats essentiels qui proviennent de ce principe ne sont pas respectés, il n'y aura pas de vérité, ni de justice, ni de réparation proportionnelle et donc, le devoir de la paix ne sera pas accompli, et d'embout tel droit ne sera pas profité.

Mots-clés: principe de proportionnalité, droits fondamentaux, sanctions, justice transitionnelle, victimes, conflit, paix.

### Resumo

No constitucionalismo moderno, surgiram uma série de princípios tendentes a desenvolver a natureza substantiva de padrões mais elevados e, dentro deles, a preponderância que

adquiriu o Princípio Da Proporcionalidade é inquestionável, que em matéria penal permite estabelecer adequadamente os limites mínimo e máximo de sentenças, sendo também o principal critério para definir a penalidade no caso específico; da mesma forma, o mencionado princípio permite estabelecer uma aplicação diferenciada de sentenças na justiça ordinária e transicional, observando que, na segunda, a justiça restaurativa é privilegiada em detrimento da justiça retributiva. Sendo assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade é essencial tanto na fase legislativa como no momento da aplicação judicial da pena; portanto, a quantidade destes não deve exceder a magnitude da gravidade que para a sociedade representa o ato punível que é sancionado, paralelamente ao estabelecimento e imposição de sanções irrisórias, quebram seriamente o princípio mencionado acima; que, no entanto, admite exceções nos processos da justiça transicional por meio dos quais pretende integrar vários esforços para enfrentar as consequências de violações em massa e abusos generalizados ou sistemáticos dos direitos humanos, infringidos no desenvolvimento de um conflito armado, com a finalidade de construir estradas de paz, respeito, reconciliação e consolidação da democracia; é precisamente por este motivo que a aplicação do referido princípio nos processos legislativos e nos processos judiciais e administrativos adquire uma enorme preponderância, pois de não obedecer aos postulados essenciais que emanam desse princípio, não haverá verdade, nem justiça, nem reparação proporcional e, portanto, não estará cumprindo o dever de paz e, é claro, não gozará desse direito.

**Palavras-Chave:** Princípio Da Proporcionalidade, Direitos Fundamentais, Penas, Justiça Transicional, Víctimas, Conflito, Paz.

---

## Introducción

En el área del Derecho Público se ha venido presentando una serie de desarrollos relacionados en forma particular con el Derecho Constitucional, evolucionando hacia un neoconstitucionalismo que señala que las Constituciones son normas sustantivas aplicables a la vida social y política de un Estado, lo cual impone la necesidad de que las decisiones jurisdiccionales sean el resultado de un ejercicio argumentativo racional y razonado que demandan del operador judicial amplios conocimientos en el área del derecho público. Concretamente en el ámbito del Derecho Constitucional, aparecen una serie de principios siendo el de mayor relevancia el principio de proporcionalidad, el cual se desarrollará en el presente artículo en la forma que posteriormente se señalará; sin embargo, previo a ello, es preciso resaltar que en las últimas décadas se presenta un auge extraordinario en el desarrollo de este principio en el derecho comparado; el cual, viene siendo objeto de desarrollos jurisprudenciales en diversas Cortes Internacionales como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, La Corte Interamericana de Derechos Humanos así como en Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia de Europa, Norteamérica y Latinoamérica (Carbonell, 2010, pág. 257).

Aunque el principio de proporcionalidad presenta un desarrollo importante en Europa desde hace aproximadamente cincuenta años, en Latinoamérica es reciente su aplicación, por ejemplo en México, se aplicó por primera vez por parte de la Corte en el año 2004 (Diez Gargari, 2012, pág. 66), en Colombia solo con la creación de la Corte Constitucional en el año de 1991 se empezó a dar un desarrollo importante en el ámbito del Constitucionalismo y el desarrollo de principios tales como el que ahora nos ocupa. En punto del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, celebrado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, el principio de proporcionalidad adquiere una relevancia extraordinaria, pues solo a partir de un conocimiento amplio y la aplicación razonada y responsable de dicho principio, el cual permite imponer ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al correlativo derecho de las víctimas, se logrará la paz que conforme al artículo 22 Constitucional, es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

De otra parte, es preciso advertir que este artículo es producto de la realización de un trabajo de investigación de mayor profundidad; así las cosas, esta publicación constituye un preámbulo y una invitación a la comunidad académica para el aporte de elementos de juicio que contribuyan a resolver el problema jurídico que se plantea en ella, el cual se contrae a establecer, qué implicaciones tiene el principio de proporcionalidad con relación a las penas en la justicia ordinaria y transicional.

## 1. Aspectos generales del Principio de Proporcionalidad

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a épocas pretéritas ya que en la obra de Platón, “Las Leyes”, se establece la exigencia de que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito; posteriormente, en la época de la Ilustración se reafirma el precitado principio en la obra de César Beccaria, “De los Delitos y de las Penas”, en la cual se señala que la pena debe ser “necesaria e infalible”, características con las cuales desde dicha época se complementa la noción o el principio de proporcionalidad (Rojas, 2015).

No obstante lo anterior, es innegable que el origen del principio de proporcionalidad en la forma en que lo entiende el constitucionalismo moderno tiene su origen, tanto doctrinal como judicial en Alemania, pues fue este el primer país en usar este método para resolver la colisión de principios y porque la Ley Fundamental Alemana de 1949 y el diseño del Tribunal Constitucional Alemán han influido en un gran número de países incluido a nivel Latinoamericano casos como el de México (Diez Gargari, 2012, págs. 70-71).

De otra parte, debe señalarse que evidentemente no fue Robert Alexy el primer jurista en abordar el principio de la proporcionalidad; sin embargo, su aporte es fundamental en el desarrollo de tal principio dado a que su obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” (Alexy, 2003) es referente obligatorio para su estudio. Para

Robert Alexy el principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios que son: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto conocido también como principio de ponderación. Antes de intentar definir el principio de proporcionalidad es necesario abordar conceptos de derecho constitucional, tales como la distinción entre reglas y principios, entendiendo las primeras como aquellas normas que exigen algo de manera categórica, por tanto, son mandatos definitivos, en los cuales su forma de aplicación es la subsunción, de tal forma, que si una regla es válida y las condiciones para su aplicación son satisfechas, entonces debe realizarse exactamente lo que la regla exige; por el contrario, los principios son mandatos de optimización y por tanto ellos exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (Alexy, 2007, págs. 67-69).

El principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios a saber: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios, expresan en su conjunto la idea de optimización; los dos primeros se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas y el último se refiere a la optimización respecto a las posibilidades jurídicas. El primer subprincipio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado; por su parte, el subprincipio de necesidad exige que entre dos medios igualmente idóneos se elija aquel que sea menos lesivo, es decir, que se debe elegir aquel medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, y el de proporcionalidad en sentido estricto, tiene que ver con la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas y se considera idéntico a la regla llamada “Ley de la ponderación” la cual establece lo siguiente: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Alexy, 2007, pág. 138).

En punto del tercer subprincipio, Bernal Pulido señala que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica en especial tratándose de derechos fundamentales; analizando si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas para luego cuestionar hasta qué punto puede ser racional la ponderación, y finalmente, examinando la fórmula de peso propuesta por Robert Alexy, considerándola como un modelo que soluciona en la mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación.

En aquellos casos en los que sea posible utilizar medios diferentes para establecer un límite o este admita diversas graduaciones en su intensidad o en el grado de aplicación, debe acudir al principio de proporcionalidad, pues este es la técnica a través de la cual se hace efectivo el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco; es así, como a través del principio de proporcionalidad se logra que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de forma tal que el límite cumpla su función sin que este se convierta en una imitación de sanción por la creencia de que se estaba ejercitando

un derecho fundamental, tampoco se trata de una manera de disponer del derecho mismo, y en síntesis, la finalidad última del principio de proporcionalidad es evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere en su aplicación su contenido esencial (Villaverde Menéndez, 2008, pág. 182).

El estudio del principio de proporcionalidad y particularmente en lo referente a la proporcionalidad de las penas, es de innegable importancia en la coyuntura actual colombiana; pues de una parte, en las últimas décadas, el Derecho Penal Colombiano se ha caracterizado por un aumento indiscriminado de las penas y una expansión desmedida del *ius puniendi* del cual no es producto de un análisis racional y ponderado o de una política criminal apropiada para nuestro medio, sino que más bien, ha sido producto de una creencia generalizada en la ciudadanía, y un aprovechamiento de tal situación de la clase política Colombiana, según la cual se considera que el castigo y particularmente la pena de prisión es la única y mejor alternativa para disuadir a la sociedad de quebrantar la ley y para reparar a las víctimas el daño ocasionado con la comisión de diversas conductas punibles; aumento de penas que se viene realizando de manera desmedida sin estudios previos y sin sustento sobre la eficacia de tal mecanismo; esta situación, ha generado que la Corte Constitucional en las Sentencias T-338 de 2003 y T-762 de 2015 haya declarado el estado de cosas inconstitucional generado por la crisis producto del hacinamiento carcelario, por tanto, se hace imperioso que juristas, jueces, magistrados, catedráticos, doctrinantes y estudiantes de derecho, asuman a profundidad el estudio del principio de proporcionalidad con el énfasis que se propone en este artículo, que no es otro que la proporcionalidad de la pena.

Ahora bien, para abordar el tema antes planteado es necesario establecer los criterios de proporcionalidad de la pena según la doctrina en la cual se fundamenta; así las cosas, en la doctrina de la pena se encuentran entre otras: i) La pena debe ser justa, lo cual presupone que responda en su duración e intensidad con la gravedad del delito; es decir, que lo compense (Roxin, Derecho Penal. Parte General, 1997, pág. 82); ii) Doctrinas de prevención especial, en las cuales la proporcionalidad de la sanción penal debe fundamentarse en el criterio de la resocialización del delincuente, quien debe contar con la oportunidad para reintegrarse a la sociedad luego del cumplimiento de su pena (Roxin, Derecho Penal. Parte General, 1997, pág. 87); iii) La doctrina de la prevención general, pretende que la pena demuestre “la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo” (Roxin, Derecho Penal. Parte General, 1997, pág. 91); iv) Denominadas como doctrinas de la unión, pues pretenden conjugar las anteriores con el propósito de alcanzar el fin de la pena y legitimarla en el ámbito de un Estado Social de Derecho; ellas, se fundamentan tanto en la prevención general como en la especial, eliminando los fines meramente retributivos, llegando a fijar el monto de la pena con fundamento en la culpabilidad del autor.

Las últimas doctrinas citadas parecen ser las tesis que se siguen en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en buena parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en tanto que en estas fuentes se advierte el fin resocializador como básico para legitimar el poder punitivo, pero así mismo no se desconoce los beneficios de prevención general a las condignas sanciones penales (Cita Triana & González Amado, *La proporcionalidad de las penas en la legislación Penal Colombiana*, 2017, págs. 23-24). Algunos autores consideran que el Legislador Colombiano ha venido adoptando la base fundamental de los precitados esquemas punitivos en la medida en que ha acudido al incremento desproporcionado de las sanciones penales fundándose en dos premisas: i) Considera que la pena legal por sí misma disuade a quienes pretendan infringir la ley penal teniendo en cuenta la gravedad de la sanción que determine el legislador; ii) El legislador colombiano considera que el incremento de penas, responde a las demandas de justicia de las víctimas, particularmente en los casos que genera mayor repudio y alarma en la sociedad y pretendiendo con ello contrarrestar una posible, abstracta y generalizada victimización (Cita Triana & González Amado, *La proporcionalidad de las penas en la legislación Penal Colombiana*, 2017, pág. 26). Los modelos de determinación de la pena, previamente descritos presentan problemas tales como: se seguirán incrementando las penas y creando nuevas formas de criminalización, pues es evidente que se seguirán cometiendo comportamientos delictivos que justificaran el aumento de la pena; asimismo, estas teorías consideran que todos los autores y partícipes en hechos delictivos son motivados racionalmente al delito, desconociendo que existen muchas otras formas de llegar a cometer un ilícito; también, desconocen que la experiencia enseña que penas muy altas tienen poco efecto intimidador, pues los índices de realización de dichas conductas son bastante elevados.

Entonces, si bien el derecho moderno reconoce un papel preponderante a las víctimas, estas no pueden condicionar el grado de satisfacción de justicia hacia ámbitos extraños a los fines constitucionales y legales de la pena llevando a incrementos exagerados y subjetivando la aplicación del derecho punitivo; por tanto, es evidente que las teorías sobre las penas, sus fines y legitimación no pueden ofrecer más que criterios auxiliares para la actividad legislativa, la cual conserva su alto grado de discrecionalidad y encuentra sus límites en los principios democráticos tales como la dignidad humana y la libertad. Es en este panorama donde el constitucionalismo moderno acoge el principio de proporcionalidad plenamente aplicable en un Estado Social de Derecho como es el modelo acogido por el constituyente y plasmado en el artículo segundo de la Constitución Política; este criterio de proporcionalidad de las penas en Colombia, encuentra sustento en el Derecho Internacional bajo tres campos específicos de acción que son el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal.

En el mismo sentido, es necesario precisar, que como quiera que la imposición de la pena en concreto corresponde a órganos judiciales y que a través de la imposición de la pena se afecta de manera indirecta derechos fundamentales, es ineludible para los jueces aplicar en sus decisiones en debida forma el principio de proporcionalidad y para tal propósito es imprescindible valorar los fines inmediatos de la pena consagrados en

el artículo 4 del Código Penal que en su conjunto recogen los fines perseguidos con la sanción penal, situándose así dentro de las teorías mixtas bajo las cuales simultáneamente se pretende con la pena fines retributivos y preventivos.

## 2. Principio de Proporcionalidad frente a los Derechos Fundamentales

En rigor jurídico debe señalarse que no existe conflicto alguno entre derechos fundamentales, sino que dichos conflictos se presentan entre los derechos fundamentales y sus límites, ello en la medida en que estos últimos se encuentren en conflicto con los derechos fundamentales o constitucionales de terceros; así las cosas, las expectativas de conductas amparadas en un derecho fundamental en ocasiones, solo se hacen realidad a costa de otra expectativa de conducta objeto de protección constitucional o legal; razón por la cual, un conflicto solo puede resolverse ponderando los derechos, bienes o intereses en disputa. Los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza, pues son en realidad derecho positivo a nivel constitucional, lo cual no es suficiente para explicar su naturaleza, pues la positividad representa solo un lado de los derechos fundamentales; es decir, su lado real o fáctico, pero igualmente los derechos fundamentales poseen una dimensión ideal por cuanto son derechos que han sido consagrados en la Constitución con el propósito de transformar los derechos humanos en derecho positivo, es decir, positivizar los derechos humanos (Alexy, 2006, págs. 15, 17, 29).

En cuanto al carácter abstracto de los derechos humanos debe señalarse que ellos se refieren a objetos tales como la libertad e igualdad, la vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor; así pues, que como derechos abstractos que son, los derechos humanos inevitablemente colisionan con otros derechos humanos y con bienes colectivos tales como la protección del medio ambiente y la seguridad pública; razón por la cual, los derechos humanos requieren de una ponderación (Alexy, Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, 2011, págs. 24-25). En síntesis, puede afirmarse, que existen dos posiciones básicas respecto de la relación existente entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad. Una de dichas posiciones afirma que existe una necesaria conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad; la otra posición, sostiene que la pregunta acerca de que si los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad están conectados depende de si el constituyente así lo ha decidido, es decir, de si lo ha positivado. A la primer tesis, se le conoce como “la tesis de la necesidad” y la segunda como “tesis de contingencia”. De acuerdo con la primera, la legitimidad del análisis de proporcionalidad es un asunto referido a la naturaleza de los derechos fundamentales y de acuerdo a la segunda, es una cuestión de interpretación (Alexy, 2011, págs. 11-29).

### 3. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana

Como se dijo, la imposición de la pena en concreto corresponde a órganos judiciales, y a través de ella, se afecta de manera indirecta derechos fundamentales; por tanto, es ineludible estudiar el principio de proporcionalidad desde la óptica de los altos tribunales de la justicia y puntualmente para el caso colombiano desde la perspectiva de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, la Corte Constitucional al abordar el tema de la pena y los límites en su imposición ha señalado que conforme a la definición legal, mediante la pena el Estado le impone a una persona la carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos, que de otra manera permanecerían intangibles frente a la acción estatal; sin embargo, también precisa, que ello debe realizarse dentro de los límites establecidos en la Constitución y la ley y preservando la dignidad de la persona humana y el respeto de los derechos humanos. (Corte Constitucional, Sentencia C-647/01, 2001) En la providencia en cita la Corte reconoce la legitimidad del Estado para acudir a las penas como medio de control social, pero igualmente enfatiza que este debe ser el último recurso, pues en un Estado social y democrático, el derecho penal solo tiene justificación como la última ratio y solo con el propósito de garantizar la pacífica convivencia de los ciudadanos y previa valoración de la gravedad de la conducta, valoración que es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado.

Bajo tal panorama, considera la Corte que en un Estado democrático la pena no solo debe estar definida en la ley, sino que ha de ser justa, lo que se traduce en que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia el Estado puede imponer penas desproporcionadas, innecesarias, o inútiles, lo cual encuentra sustento en el artículo 2 de la Constitución Política en el cual se asigna como uno de los fines del Estado, el de asegurar la “convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” Respecto de la proporcionalidad de la pena, advierte la Corte, que en razón a que el delito vulnera un bien jurídico protegido por el legislador, para la tasación de la pena se exige una valoración entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, teniendo en cuenta las circunstancias que la agravan o la atenúan; lo cual implica que es la proporcionalidad la que establece los límites mínimos y máximos de las penas; aspecto que de manera general le corresponde al legislador, en tanto que atañe a los jueces dentro de dichos límites individualizar la pena conforme a las circunstancias del caso concreto y aplicando las reglas propias de la dosimetría penal.

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre el tema objeto de este artículo, señalando que el principio constitucional de proporcionalidad en materia penal trae consigo la prohibición de exceso y tiene sustento normativo en los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 de la Constitución Política; advierte, que el ejercicio del ius puniendi en todo Estado Social de Derecho tiene límites encaminados a proteger los ámbitos de libertad formalmente reconocidos a los asociados, lo cual se materializa

por medio de garantías consustanciales al propósito de la protección del individuo frente al poder estatal.

La Corte Suprema de Justicia pone de presente cómo una de esas garantías, la constituye precisamente el principio de proporcionalidad cuya aplicación advierte es imprescindible, tanto en la fase legislativa como en el momento de la aplicación judicial de la pena; la proporcionalidad, implica correlación entre el monto de la pena y la gravedad del delito y es por ello que en un Estado constitucional y democrático, el derecho penal debe determinar la gravedad de las penas conforme a la trascendencia social de los hechos punibles. Corolario de lo anterior, demandar proporción entre delitos y penas significa que el monto de estas últimas no debe exceder la magnitud de la gravedad que para la comunidad posee el hecho reprochado y correlativamente significa que la imposición de sanciones leves en casos de extrema gravedad implica quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas, y por tanto, constituye una forma deplorable de impunidad y consecuentemente de injusticia; es así como el Estado, a través de sus jueces y fiscales falta de forma grave a su deber cuando no investiga, juzga y sanciona adecuadamente a los responsables de conductas punibles (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 38242, 2014).

De otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que la justicia transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda, en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Esos mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, tienen distintos niveles de participación internacional y comprenden el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos. (Corte Constitucional, Sentencia C- 694/15, 2015, págs. 143 - 144) Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia antes referenciada evocó la definición de justicia transicional acogida en anteriores sentencias señalando que esta es: “Una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respecto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales corrientes”. (Corte Constitucional, Sentencia C-771/11, 2011).

Dicho lo anterior, habrá de precisarse que la justicia penal es solo uno de los mecanismos de la justicia transicional que debe aplicarse de manera simultánea con medidas de verdad, reparación y no repetición a fin de satisfacer los derechos de las víctimas. (Teitel, *Transitional Justice*, 2000) Asimismo, no debe perderse de vista que la percepción general de la comunidad frente a lo que en derecho penal debe ser la justicia está estrechamente ligado con el concepto de castigo; sin embargo, la complejidad de los procesos de la

justicia transicional y su necesidad de responder a violaciones masivas hacen que los mismos no puedan, ni deban centrarse exclusivamente en medidas penales y que estas sean el eje central para el cumplimiento de los propósitos de la justicia transicional. (De Gamboa Tapias, 2006).

Conforme a lo expuesto, la justicia transicional tiene el gran reto de lograr al mismo tiempo la paz y la justicia (Teitel, 2000, pág. 51) por ello la Corte Constitucional de cara al proceso de justicia transicional que se viene implementando en Colombia ha establecido numerosas reglas para lograr el propósito antes citado, entre las cuales se destacan las siguientes: i) La obligación del Estado de luchar contra la impunidad, ii) La obligación del Estado de establecer mecanismos de acceso a la justicia ágiles, oportunos, pronto y eficaces para la efectiva protección de los derechos de las víctimas de los delitos, iii) El deber constitucional del Estado de velar porque los mecanismos judiciales internos tanto de la justicia ordinaria, como de procesos de transición hacia la paz, tales como amnistías e indultos, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad. (Corte Constitucional, Sentencia SU 254/13, 2013).

Conforme a lo expuesto por la Corte, sobre el tema objeto de estudio, puede señalarse que el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados, solo admite excepciones en procesos de justicia transicional, en los cuales se debe investigar a fondo las violaciones de derechos humanos, se debe restablecer a las víctimas los derechos a la verdad y a la reparación integral y se deben diseñar medidas destinadas a evitar su repetición; en tal sentido, debe tenerse en cuenta lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia que sobre este asunto señaló lo siguiente: “La determinación de límites frente a figuras de exclusión de responsabilidad penal o de disminución de las penas en procesos de transición, en cuanto no es admisible la exoneración de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, y por tanto el Estado deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados. Esta regla, como lo ha señalado la Corte, solo puede tener excepciones en procesos de justicia transicional en los cuales se investiguen a fondo las violaciones de los derechos humanos y se restablezcan los derechos mínimos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral y se diseñen medidas de no repetición destinadas a evitar que los crímenes se repitan. (Corte Constitucional, Sentencia C-715/12, 2012)

#### 4. El Principio de Proporcionalidad de las penas en la Justicia Ordinaria y Transicional

El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico que nació en Alemania pero que en la actualidad es utilizado prácticamente en todo el mundo y aplicable a las diversas áreas del derecho; advirtiendo, que el concepto de proporcionalidad no es unívoco (Schlink, Rosenfeld, Sajó, & Bomhoff); en el contexto del neoconstitucionalismo, el precitado principio se ha convertido en el instrumento de adjudicación más importante.

Este principio ha evidenciado su utilidad particularmente en razón a su flexibilidad y capacidad para legitimar la transparencia en las decisiones judiciales y dada la compleja estructura de los ordenamientos constitucionales y de los conflictos entre sus principios que la integran, la proporcionalidad se ha convertido en un recurso indispensable para una adecuada interpretación y aplicación de los bienes constitucionales promovidos o exigidos por el constituyente y que requieren de satisfacción opuesta en un caso concreto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual ha sido usado bajo diversos nombres, pero que en últimas, todos ellos conciben la idea de una solución justa a un caso concreto; en tal sentido también se le conoce como principio de razonabilidad, juicio de ponderación o denominaciones similares.

De otra parte, es preciso señalar que el principio de proporcionalidad también es de plena aplicación actualmente en toda América Latina, particularmente durante los últimos veinte años; así mismo, se resalta que la utilización de este principio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido fuente para que en la actualidad prácticamente todas las Cortes Constitucionales y Supremas de Latinoamérica hayan implementado esta metodología en la aplicación de los derechos fundamentales y para resolver colisión de principios entre los mismos; es así como existen precedentes jurisprudenciales de Tribunales Constitucionales como México (Sánchez Gil, 2006), Brasil (De Toledo Barros, 2003), Perú (Grández Castro, 2010) Chile (Humberto, 2003) y Ecuador (Seni Pinargote, Ruth, Sentencia No. 002-09-SAN -CC, 2009) en otros.

Siguiendo a Bernal Pulido, es necesario precisar que en estricto sentido el principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico nuevo en la doctrina constitucional, sino que la proporcionalidad es un concepto general que se remonta a épocas pretéritas y cuyo origen puede situarse en las matemáticas y otras áreas del conocimiento; igualmente, puede señalarse que la proporcionalidad entendida como la relación entre el medio y el fin aparece en la filosofía de la Grecia Clásica, influyendo posteriormente en la cultura jurídica Romana, y alcanzando importantes desarrollos en el ámbito del derecho privado; posteriormente, ya en tiempos modernos este principio hace su incursión en el derecho público y desde entonces ha continuado su difusión en todas las áreas del derecho, particularmente en aquellas que regulan relaciones entre el poder público y los particulares.

La aparición del principio de proporcionalidad en el Derecho Público Europeo tiene su génesis en el contractualismo ius naturalista de los tiempos de la ilustración en donde empieza a afirmarse la premisa de que se debe privilegiar el disfrute de la libertad, entendiendo esta como la situación normal, en tanto que la intervención estatal respecto de ella constituye una circunstancia excepcional limitada en sus efectos únicamente a lo inexcusable (Jellinek, 2000). Bajo esta concepción, se empezó a exigir que las intervenciones del Estado en la libertad individual de la persona fueran proporcionadas, es así como César Beccaria aboga por el principio de proporcionalidad de las penas, señalando que los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida de que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción

a los estímulos que impulsan a ellos, por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas (Beccaria, 1982, pág. 138).

Esta doctrina aparece posteriormente en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el cual se establece que la Ley no debe disponer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y en el siglo XIX, a partir de la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado, el principio de proporcionalidad comienza a aplicarse en las diversas áreas del derecho Administrativo Alemán, y posteriormente desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta la presente época, el principio de proporcionalidad se ha convertido en criterio fundante de control sobre las decisiones y actos de la administración, difundiéndose en casi todos los países y alcanzando su mayor desarrollo en el derecho constitucional y administrativo; es así, como las jurisdicciones Francesas e Italianas lo aplican continuamente con el propósito de controlar la legalidad de los actos administrativos, particularmente de aquellos que se expiden en el ejercicio de poderes discrecionales (Philippe, 1990). En Italia, en el ámbito del derecho administrativo, el principio de proporcionalidad viene siendo aplicado por parte de los Tribunales como un criterio autónomo; sin embargo, también en ocasiones se le considera como un componente de criterios tales como el de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, criterios que son utilizados para estudiar la legalidad de los actos administrativos (Sandulli, 1995).

De otra parte, es preciso establecer que diversos Tribunales Europeos y Latinoamericanos han reconocido el principio de proporcionalidad como principio general del derecho que obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto (González Cuéllar-Serrano, 1990); el precitado autor señala que se trata de un principio general del derecho que expresa un criterio hermenéutico y constituye una de las nuevas herramientas para orientar a los Tribunales en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos y jerarquizándolos a fin de lograr la resolución de conflictos; en similares términos, J. Barnes señala que la proporcionalidad constituye un principio general del derecho ampliamente reconocido que se aplica con absoluta naturalidad por parte de los Tribunales Europeos y jueces nacionales de los derechos fundamentales en un sinnúmero de los Occidentales (Barnés, 1998, pág. 22).

La consagración del principio de proporcionalidad como un principio general del derecho ha sido difundida por diversos autores de varios países distintos a los ya expuestos; así por ejemplo tenemos a Fr. Ossenbühl (Ossenbühl, 1993, pág. 152) y E. Grabitz (Grabitz, pág. 568 s.s) en el Derecho Constitucional Alemán; H. Schneider (Schneider, 1990, pág. 924 s.s), A. Bleckmann (Bleckmann, 1982, pág. 1177 y s.s), D-U. Galetta (Galetta, 1993, pág. 837 y s.s) en el Derecho Comunitario Europeo; de H. Huber (Huber, 1979) y U. Meyer-Blaser (Meyer-Blaser, 1985, pág. 30) en el Derecho Público Suizo y de J. Lemazurier en el Derecho Administrativo Francés (Lemazurier, 1974, pág. 550).

Verificada la importancia, preponderancia e incidencia del principio de proporcionalidad en el derecho comparado; en las siguientes líneas se estudiara dicho principio específicamente frente a la imposición de la pena en el Derecho Penal; para tal propósito es pertinente traer a colación lo que para Claus Roxin es la política criminal, quien la entiende no solo como el proceso de escogencia de las sanciones más eficaces para la prevención del delito, sino también como el conjunto de principios fundamentales que según la constitución y el Código Penal presiden la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad; de tal forma, que para Roxin los grandes principios limitadores del Derecho Penal como lo es el de legalidad y el de culpabilidad, forman parte de la política criminal (Roxin, Política Criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad, 2000, págs. 57 a 94, esp. p. 65).

Roxin respecto de las penas sostiene una teoría preventivo-integradora que busca armonizar puntos de vista preventivo-generales y especiales, junto a la satisfacción de los intereses de la víctima. Presenta una teoría unificadora preventiva arraigada en tres postulados básicos (Roxin, Política Criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad, 2000, pág. 95 y s.s): i) El fin exclusivamente preventivo de la pena, bajo el entendimiento de que las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y un orden social que está a su servicio; ii) La renuncia a toda retribución, de tal forma que bajo su punto de vista, no sería correcto afirmar que el castigo de los criminales (nazis) ya integrados socialmente y que no representan ningún peligro solo se justificaría desde un punto de vista retribucionista, pues existe una necesidad preventivo-general de castigar estos hechos dado que de lo contrario podría estremecerse gravemente la conciencia jurídico general; iii) El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención, Roxin reconoce que a pesar de la renuncia a cualquier retribución este elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte de la teoría preventiva por él defendida; así las cosas, la pena no puede exceder en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación, revelen como deseable una detención más prolongada.

En la concepción de Roxin es fundamental la idea de que si la pena tiene una finalidad preventiva entonces no puede bastar para su imposición solo la culpabilidad del autor, sino que además, tiene que ser necesaria desde el punto de vista preventivo; por lo cual, si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse (Roxin, Política Criminal y dogmática jurídico penal en la actualidad, 2000, pág. 61). La culpabilidad sirve como límite, más no como fundamento de la pena por cuanto considera que el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena es insuficiente y por tanto debe ser abandonado, pero sin embargo, debe seguirse manteniendo como principio limitador de la pena y puede fundamentarse en esta segunda función. (Roxin, Reflexiones Político Criminales sobre el Principio de Culpabilidad, 1981, pág. 41 a 56)

La anterior afirmación de Roxin ha sido objeto de críticas, pues se afirma que si la culpabilidad limita la pena, en igual forma debe fundamentarla; crítica a la cual responde Roxin afirmando que la frase conforme la cual la culpabilidad limita la pena, pero no la fundamenta, es incorrecta desde el punto de vista lógico; pero que ello, obedece a su incorrecta formulación, ya que lo que debería decirse es que la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas, y que una sanción jurídico-penal limitada por el principio de culpabilidad se llama pena; por tanto, considera que la culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente de la pena. (Roxin, Reflexiones Político Criminales sobre el Principio de Culpabilidad, 1981, págs. 49-50) Acorde con el anterior planteamiento, debe entonces entenderse que entre la prevención general positiva y el principio de la retribución justa mediante una adecuada compensación de la culpabilidad se presenta una estrecha relación; por tanto, el monto de la pena que se establezca en el tipo penal debe determinarse conforme al interés del Estado por evitar las lesiones o puestas en peligro a los bienes jurídicos por él protegidos y conforme al valor jurídico asignado a cada uno de ellos.

## 5. El Principio de Proporcionalidad en el marco del Conflicto Armado Colombiano

En punto de la justicia transicional, y conforme a los objetivos del presente artículo, es imprescindible hacer mención al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, celebrado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, y consecuentemente, hacer referencia a los Actos Legislativos 01 de 2016, mediante el cual se autoriza al Congreso de la República para producir actos legislativos en una sola vuelta y en cuatro debates dentro de un procedimiento especial de reforma a la Constitución conocido como “fast track”, el cual tiene como propósito fundamental servir de instrumento para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del precitado acuerdo; e igualmente, se hará mención al Acto Legislativo 01 de 2017 por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

En este contexto, aparece la justicia transicional que tiene como objetivo, además de velar por la restitución y protección de los derechos humanos, avanzar en reformas estructurales inclusivas, superar la concesión tradicional de la justicia retributiva por una restaurativa y, por supuesto, realizar concesiones a quienes se integran a la comunidad reconociéndose recíprocamente como actores válidos, a pesar de las distintas posturas ideológicas y teniendo como fundamento de la reconciliación los principios de verdad, justicia, reparación y condiciones de no repetición (Corte Constitucional, Sentencia C-699/16, 2016, pág. 22 y 168).

En este escenario surge el principio de ponderación como criterio que permite imponer ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas

a la misma, a fin de lograr una paz estable y duradera que permita que el país salga del conflicto armado que por varias décadas viene presentándose en Colombia, pero a la vez este principio sirve de criterio orientador para establecer que la paz no justifica todo, sino que también, es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho, particularmente los derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que acuerdos como el que se menciona, les impone con el propósito de lograr el fin del conflicto armado (Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, 2006).

Bajo el juicio de proporcionalidad, existe una relación de complementariedad entre los derechos a la justicia y a la paz, pues si bien, el interés en buscar esta última y establecer mecanismos jurídicos para desarticular los grupos armados al margen de la ley está en aparente tensión con el interés de la justicia, la protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario; dicho dilema no es insoluble y debe resolverse precisamente con fundamento en el principio de proporcionalidad. Nótese que tanto la paz como la justicia son intereses que tienen sustento en la Constitución Política de 1991, particularmente en los artículos 2, 5, 22, 93 y 229 e igualmente la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la realización del derecho a la justicia es un elemento muy importante para alcanzar la convivencia pacífica (Corte Constitucional, Sentencia C-228/02, 2002); en el mismo sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó el conjunto de principios para la promoción y protección de los derechos humanos, mediante la lucha contra la impunidad y en tal instrumento se señaló que la justicia y la paz no son derechos opuestos, intereses contradictorios o valores excluyentes entre sí a la luz de la Constitución; sino que por el contrario, en el ordenamiento constitucional, la justicia en caso de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho humanitario, es un camino que resulta indispensable recorrer para llegar a alcanzar la paz; por ello, en estos contextos es necesario conceder beneficios penales a quienes han cometido graves violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Humanitario, a fin de lograr superar el conflicto armado.

Pues bien, como quiera que el objeto de este artículo es el principio de proporcionalidad con énfasis en lo relacionado con la proporcionalidad de las penas, es preciso finalizar entonces resaltando que si bien el sustrato filosófico, doctrinario y jurisprudencial; es el mismo en la justicia ordinaria y transicional, los alcances de dicho principio en materia punitiva difieren sustancialmente, pues con el propósito de lograr el fin superior de la paz y sin renunciar al valor de la justicia el precitado principio permite flexibilizar las penas a imponer a los partícipes del conflicto armado privilegiando así la justicia restaurativa sobre la retributiva.

## Conclusiones

En el ámbito del Derecho Constitucional Contemporáneo vienen apareciendo una serie de principios tendientes a desarrollar el carácter sustantivo de las normas Constitucionales y dentro de ellos, es innegable la preponderancia que ha adquirido

el principio de proporcionalidad, que a su vez está conformado por tres subprincipios que son: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Los diversos modelos de determinación de la pena no aportan criterios claros sobre la proporcionalidad en las sanciones penales, pues solo aportan orientaciones abstractas respecto a la pena, más no señalan criterios cuantificables que permitan establecer la cantidad y calidad de la pena que debe imponerse ante una infracción penal; por ello, el constitucionalismo moderno viene acogiendo el principio de proporcionalidad aplicable a un Estado Social y Democrático de Derecho como el de Colombia, el cual tiene sustento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal.

El principio de proporcionalidad debe ser aplicado tanto en la actividad legislativa como en la actividad judicial, pues en la primera se fijan los límites punitivos, en tanto que en la segunda, se individualiza la pena; por ello, el desconocimiento de las bondades del precitado principio lleva a establecer penas desproporcionadas, inidóneas y en ocasiones innecesarias, e igualmente, en no pocas ocasiones los operadores jurídicos particularmente jueces y fiscales en el ámbito de sus competencias violan dicho principio tanto por exceso como por defecto.

La Corte Constitucional Colombiana en diversos pronunciamientos ha señalado que el principio de proporcionalidad es el que establece los límites mínimos y máximos de las penas a imponer; por tanto, en la tasación de la pena debe existir una valoración adecuada entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella teniendo en cuenta todas las circunstancias que la agravan o la atenúan.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana señala que el principio constitucional de proporcionalidad en materia penal, trae consigo la prohibición de exceso y que por tanto el ejercicio del ius puniendi en un Estado Social de Derecho tiene límites encaminados a proteger el ámbito de la libertad; por ello, el precitado principio constituye una garantía de aplicación imprescindible tanto en la fase legislativa como en el momento de la aplicación judicial de la pena, la cual debe ser correlativa con la gravedad del delito; así las cosas, demandar proporción entre delito y pena significa que el monto de esta última no puede exceder la magnitud de la gravedad que para la sociedad representa el hecho reprochable y correlativamente significa que la imposición de sanciones leves en caso de extrema gravedad implica quebrantar el principio de proporcionalidad de las penas, lo cual constituye una forma deplorable de impunidad y consecuentemente de injusticia.

La Corte Constitucional establece el concepto de justicia transicional como aquella que está constituida por un conjunto de procesos de transformación política y social profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver problemas derivados de abusos a gran escala, precisando que la justicia penal es

solo uno de los mecanismos de la justicia transicional que debe aplicarse de manera simultánea con medidas de verdad, reparación y no repetición; así mismo, este alto Tribunal ha fijado reglas tales como la obligación del Estado de evitar la impunidad, de establecer mecanismos de acceso a la justicia ágiles, oportunos y eficaces para la protección de los derechos de las víctimas y el deber constitucional de este porque los mecanismos judiciales, tanto de justicia ordinaria como transicional, no conduzcan a la impunidad y al ocultamiento de la verdad. No obstante lo anterior, precisa la Corte que el Estado tiene el deber de juzgar y condenar a penas adecuadas y proporcionales a los responsables de los crímenes investigados, admitiendo excepciones solo en procesos de justicia transicional, en los cuales se debe investigar las violaciones de los derechos humanos, se debe reestablecer los derechos a las víctimas y se deben diseñar medidas para evitar su repetición.

En momentos de ardua discusión política y social sobre justicia o injusticia en la implementación de los acuerdos de paz, es necesario comprender de mejor manera el contenido y alcance de la justicia transicional, teniendo presente que el término justicia hace referencia a un sustantivo, en tanto que el término transicional es un adjetivo o circunstancia especial que particulariza el concepto de justicia a un ámbito determinado; por tanto, la justicia transicional es entonces un sistema o tipo de justicia de características específicas que debe aplicarse de manera excepcional y solo en determinados escenarios, privilegiando la justicia restaurativa sobre la retributiva.

Solo una ilustrada, argumentada, razonada y adecuada aplicación del principio de proporcionalidad en la justicia ordinaria y transicional permitirá resolver en justicia y con propósitos de paz, las tensiones y problemas surgidos en el desarrollo normativo y aplicación judicial y administrativa de las reformas constitucionales y legales tendientes a superar el conflicto armado Colombiano, pues tal principio permite imponer ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al correlativo derecho de las víctimas a fin de lograr la paz que conforme al artículo 22 Constitucional, es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

### Referencias

- Alexy, R. (2003). *Teoría de los Derechos Fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdés*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- Alexy, R. (2006). *Discourse theory and fundamental Rights en Arguing fundamental rights Agustín Menéndez y Erik Oddvar Eriksen, traducción al castellano de Pablo Larragaña*. Dordrecht, Springer.

- Alexy, R. (2007). *A theory of constitutional rights, traducción al inglés de Julián Rivers, Oxford, Oxford University press 2002. paginas.47-49, traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: Teoría de los Derechos Fundamentales 2ª Edición.* Madrid: Editorial Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24-25.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29.
- Barnés, J. (1998). *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar.* Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y de las penas.* Madrid: Aguilar.
- Bleckmann, A. (1982). Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs. *NfW* (No. 22).
- Carbonell, M. (2010). El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 17, No. 1*, 257.
- Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación Penal Colombiana.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana* (Gustavo Ibáñez Carreño ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 694/15, Expediente D- 9818 (11 de noviembre de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-/17, Expediente RPZ-003 (14 de noviembre de 2017).
- Corte Constitucional, Sentencia C-228/02, Expediente D-3672 (3 de abril de 2002).
- Corte Constitucional, Sentencia C-370/06, Expediente D-6032 (18 de mayo de 2006).
- Corte Constitucional, Sentencia C-647/01, Expediente D-3292 (20 de junio de 2001).

Corte Constitucional, Sentencia C-699/16, Expediente D-11601 (13 de diciembre de 2016).

Corte Constitucional, Sentencia C-715/12, Expediente D-8963 (13 de septiembre de 2012).

Corte Constitucional, Sentencia C-771/11, Expediente D-8475 (13 de octubre de 2011).

Corte Constitucional, Sentencia SU 254/13, Expediente T-2.406.014 (24 de abril de 2013).

Corte Constitucional, Sentencia SU-642/98, Expediente T-164970 (5 de noviembre de 1998).

Corte Constitucional, Sentencia T-015/94, Expediente T-21.434 (25 de enero de 1994).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación 38242, SP6759-2014 (28 de mayo de 2014).

De Gamboa Tapias, C. (2006). La transición democrática y la responsabilidad de la comunidad por su pasado. (U.d. Rosario, Ed.) *Justicia Transicional, Teoría y Praxis*, 154.

De Toledo Barros, S. (2003). *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais* (3a. ed.). Brasília, Brasil: Brasília Jurídica.

Diez Gargari, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la nueva Corte. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 26*, p.66.

Diez Gargari, R. (2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 26*, pp. 70-71.

Feijoo, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate Europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *Revista para el análisis del derecho*. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>.

Galetta, D.-U. (1993). Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria. *en Riv. it. dir. pub. com.*

- González Cuéllar-Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex.
- Grández Castro, P. P. (2010). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima.
- Huber, H. (1979). *über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht*. Berlín: M. Lutter et al., eds.
- Humberto, N. A. (2003). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica para la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno. *Ius et Praxis*(No. 2 año 9).
- Jellinek, G. (2000). *Teoría General del*. Granada: Comares.
- Jordana de Pozas, L. (1951). El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, 11 ss.
- Kai, A. (2009). El marco jurídico de la Justicia de Transición. En *Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Fundación Konrad Adenaur.
- Lemazurier, J. (1974). *Vers un nouveau principe général du droit? Le principe du bilan coûts-avantages*. París: AA. BB. Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit politic.
- Meyer-Blaser, U. (1985). *Zum verhältnismäßigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*. Berna: Stämpfli & Cie AG, Graphaischesunternehmen, Berna.
- Ossenbühl, F. (1993). *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*. München: P. Badura y R. Scholz.
- Philippe, X. (1990). *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Marsella: Economica University Press de Aix-Marseille.
- Rojas, I. Y. (2015). *La proporcionalidad en las penas*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- Roxin, C. (1981). Reflexiones Político Criminales sobre el Principio de Culpabilidad. En C. Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (F. Muñoz Conde, Trad., págs.: 41 a 56). Madrid, España: Instituto Editorial REUS.

- Roxin, C. (1981). Reflexiones Político Criminales sobre el Principio de Culpabilidad. En C. Roxin, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (F. Muñoz Conde, Trad., págs. 49-50). Madrid, España: Instituto Editorial REUS.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal*. Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. (No. 2 ed.). (C. Gómez Rivero, Trad.) Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Sánchez Gil, R. (2006). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia Mexicana*. (M. Carbonel, Ed.) México: Universidad Autónoma de México.
- Sandulli, A. (1995). Eccesso di potere e controllo di proporzionalità, profili comparati. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 329-371.
- Schlink, B., Rosenfeld, M., Sajó, A., & Bomhoff, J. (s.f.). *Sobre diferentes conceptos de proporcionalidad* *cf. Proporcionalidad en Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Oxford University Press, Oxford 2012* *cf. Genealogies of balancing as discourse*.
- Schneider, H. (1990). *Die Einstweilige Anordnung gem. art. 186 EWGV und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Berlin.
- Seni Pinargote, Ruth, Sentencia No. 002-09-SAN -CC, CASO 005-08-AN (Tribunal Constitucional del Ecuador 2009 de abril de 2009).
- Teitel, R. (2000). (O. U. Press, Ed.) *Transitional Justice*, 51.
- Teitel, R. (2000). *Transitional Justice*. *Oxford University Press*, 27-55.
- Villaverde Menéndez, I. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Primera ed.). (M. Carbonell, Ed.) Quito: V&M Gráficas.
- Viver Pi-Sunyer, C., De Mendizábal Allende, R., González Campos, J. D., Vives Antón, T., Conde Martín de Hijas, V., & Jiménez Sánchez, G. (22 de febrero de 1999). *Tribunal Constitucional de España*. Obtenido de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/cs-CZ/Resolucion/Show/SENTENCIA/1999/18>