

**LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACIÓN
PENAL: CRÍTICAS Y REFLEXIONES A LA LUZ DE SU EXEGESIS**

JUAN PABLO MORALES HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y CIENCIAS HUMANAS

ESPECIALIZACIÓN EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

**LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACIÓN
PENAL: CRÍTICAS Y REFLEXIONES A LA LUZ DE SU EXEGESIS**

JUAN PABLO MORALES HERNÁNDEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para acceder al título de Especialista en
Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y CIENCIAS HUMANAS

ESPECIALIZACIÓN EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

Asesor: Elías Castro Blanco

Bogotá, D.C., septiembre de 2022

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACIÓN PENAL: CRÍTICAS Y REFLEXIONES A LA LUZ DE SU EXEGESIS

- 1.1. El esquema de ponderación de Robert Alexy
- 1.2. El test de proporcionalidad en Colombia y su aplicación jurisprudencial
- 1.3. Método de aplicación de este test en Colombia

2. CRÍTICAS AL TEST DE PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY

- 2.1. Crítica de Jürgen Habermas
- 2.2. Crítica de Juan Antonio García Amado
- 2.3. Crítica de Manuel Atienza Rodríguez

3. EL TEST DE PONDERACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

- 3.1. Reflexiones sobre el test de ponderación y la interceptación de las comunicaciones en el proceso penal colombiano
- 3.2. Regulación en Colombia
- 3.3. Ejercicio de ponderación
- 3.4. Crítica a los ejercicios planteados

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Siempre se ha tenido como constante el enfrentamiento que se presentan en el derecho por su relación y la presentación de las antinomias inherentes a estos; todo esto a la luz del conflicto entre las normas de la misma jerarquía, que dan como resultado la necesidad de encontrar una solución justa y eficaz para la preeminencia de los derechos de los individuos en donde brille el valor axiológico y la importancia material.

Es diáfano que, “apenas es imaginable una norma jurídica que limite conductas o efectos jurídicos de conductas y que no suponga alguna restricción para un derecho fundamental constitucionalmente consagrado” (Amado, 2019); de allí, la relevancia de los operadores judiciales quienes tienen la obligación de darle una solución a estas controversias realizando reflexiones profundas, en las que comparen el carácter fundamental de cada uno de los derechos en juego, los cuales ostentan igual grado de importancia y relevancia en un hecho fáctico determinado, siendo necesario que exista una prelación justa en donde lo que se busca es que uno ceda ante el otro siendo lo mas garantista posible, dando así como resultado el proceso valorativo y racional identificado como la ponderación.

Entendiendo este punto, resulta sustancialmente pertinente y relevante las continuas discusiones que existen frente a la delgada línea que separan los derechos fundamentales de los coasociados con los limitantes que puede poner el estado para la prelación que pueda poner a uno por encima de otro. Todo esto en virtud de que no existen derechos absolutos para nadie y que, en aras de mantener el orden interno y la seguridad jurídica de las personas, el Estado como administrador de justicia tiene la obligación de brindar soluciones valorativas a estos conflictos, no sin antes dar unos parámetros tanto legales y jurisprudenciales que defiendan las garantías fundamentales de los individuos para la protección de los intereses generales en la aplicación de los derechos fundamentales.

Para darle una solución de fondo a esta situación, de conflicto entre dos principios o derechos constitucionales, se ha conseguido la aplicación de la discrecionalidad jurídica de los operadores judiciales en donde se debe acudir a un discernimiento como lo es el juicio de ponderación, el cual ofrece una solución válida y aplicable en cada caso particular.

En dicho test de “«ponderación», de lo que trata es de identificar cuál de los intereses «principios», en términos abstractos del mismo rango, posee mayor peso al caso concreto (*ALEXY, Teoría de los derechos, pp. 89 y 90*). La ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso, es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; finalmente, en un tercer paso, debe definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (*ALEXY, Epílogo, p 49*)” (Luque Sánchez y Ratti, 2012, p.69)

Cuando hablamos singularmente del proceso penal, tenemos una total conducencia en la valoración que se le ha dado a este precepto, pues al tratarse de las garantías individuales de los individuos frente al aparato punitivo del estado, se tienden a presentar muchas veces diferentes situaciones que generan conflicto en la aplicación de los principios del ámbito procesal penal; es entonces que vemos casos en donde se confrontan los intereses del estado y las finalidades de búsqueda de verdad y seguridad, con las garantías fundamentales de los procesados; en donde si bien los dos tienen preceptos que a la luz de los estados liberales son innegociables, se encuentra que, en múltiples ocasiones uno debe sobreponerse al otro, principalmente, el derecho del procesado se encuentra limitado para la protección de los intereses generales como puede ser la protección de fines esenciales del Estado, de bienes jurídicos o de fines constitucionales.

Entendiendo dicha noción, tenemos que esta tesis se tiene como base de los operadores judiciales, como aquella herramienta utilizada por los jueces para la prelación entre

derechos cuando estos se encuentren en colisión por distintas situaciones fácticas, en donde se ponen en tela de juicio los alcances constitucionales y valorativos que tiene cada derecho que se considera “fundamental”.

Por tal razón, su teleología pretende que en determinadas situaciones se proteja más un derecho a la luz de los verdaderos valores democráticos, dejándose de una aplicación positivista del derecho a ser más axiológica y dinámica en general. Señala así la doctrina, que “el ámbito de lo jurídicamente posible está determinado por principios y reglas que juegan en sentido contrario. Por su parte, los enunciados fácticos acerca del caso determinan el ámbito de lo fácticamente posible. Con el fin de establecer “la mayor medida posible” en la que un principio debe ser cumplido, es necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en sentido contrario” (Bernal Pulido, 2008^a, P.53)

En virtud de lo anterior, vale la pena realizar un estudio en lo relativo a la eficiencia e importancia que ha tenido la aplicación de los juicios de ponderación como tesis fundamental de los operadores judiciales en la aplicación de los derechos fundamentales, y la incidencia que este ha tenido en la realidad judicial, en aras de comparar de manera real la argumentación utilizada cuando existe la confrontación entre derechos fundamentales, y que dan como resultado la retórica composición de la seguridad jurídica y el estado de derecho, que debe preservar indiscutiblemente los intereses sociales y los valores democráticos que están plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ciertamente, los derechos fundamentales son limitables frente a la satisfacción de fines constitucionales del proceso penal, lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación. Sin embargo, lo propuesto en el Código de Procedimiento Penal (2004) no implica solamente su restricción, sino su completo sacrificio, puesto que, al momento que los funcionarios judiciales están frente a la tensión entre aquellos y la necesidad de proteger los

intereses constitucionales, la justicia y el interés de la comunidad, siempre tendrá que resolverse a favor de estos últimos por considerarlo el legislador y la Corte Constitucional más importante o de mayor valor, o que excepcionalmente para los actos investigativos deben ceder, con lo cual quedan en absoluto vacío los primeros.

La legislación procesal penal pretende así que los operadores judiciales apliquen durante la limitación de derechos fundamentales parámetros previstos especialmente para el campo del derecho constitucional cuando se enfrentan derechos fundamentales, olvidando que es el propio legislador quien ha establecido tales reglas, de manera que, su aplicación no obedece a un adecuado ejercicio de tensión de derechos, sino al cumplimiento de los presupuestos previstos en las leyes que lo regulan. Entonces, el esquema de la ponderación no es una herramienta argumentativa idónea para valorar el pronóstico de la limitación de los derechos fundamentales de los procesados en la investigación penal.

Para dar cuenta de lo anterior, se han planteado el siguiente objetivo general de la siguiente manera: Analizar la incidencia del test de ponderación en la tensión de derechos fundamentales el ámbito de la investigación penal y la aplicabilidad que le han dado los operadores judiciales. Para responder a este objetivo, se ha planteado los específicos, a saber:

- Conceptuar el esquema de ponderación y su relación con la teoría de los derechos fundamentales en la construcción de los Estados modernos
- Establecer en qué consiste el test de ponderación.
- Reflexionar respecto a las críticas más importantes realizadas respecto a esta teoría.
- Determinar en qué actos investigativos se emplea el test de ponderación en el Código de Procedimiento Penal (2004).
- Analizar un ejercicio ponderativo en la jurisprudencia.

1. LA TESIS DE LA PONDERACIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA PERSPECTIVA DOCTRINAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Partimos del precepto que tiene el derecho en el sistema de los jueces y la importancia de la aplicación jurisprudencial, es por eso que al día de hoy puede decirse que nos encontramos en la época del “*derecho de los jueces*” (Lopez Medina, 2001). En ese sentido, vemos que cada día cobra mayor protagonismo el rol de los operadores judiciales en la resolución de la interpretación y aplicación del derecho debido especialmente a los problemas de interpretación de Derechos Fundamentales. Dicha dificultad se encuentra debido a que los derechos fundamentales son preceptos constitucionales sustantivos con un alto grado de abstracción, generalidad e indeterminación, con importantes consecuencias en la interpretación (Alexy, 2002).

Para Kelsen (1934) el derecho es un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad, según la apreciación que estos le tengan, por tanto, podemos definir en cierta medida que estos son en abstracto válidos y consistentes, pero en determinadas situaciones concretas pueden dar lugar a conflictos, por lo que es importante para los administradores de justicia mantener la noción de un estado justo que brinde seguridad jurídica en la aplicación de las normas.

En tal sentido, la aplicación en presencia de un caso concreto en que se hace presente la incompatibilidad de derechos es la que nos da como respuesta la aplicación de un test de ponderación que tiene su entendimiento en la distinción de los principios y las reglas. Robert Alexy defiende la tesis de los principios como mandatos de optimización, dándonos a entender que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo que estas pueden chocar entre sí y prevalecer en determinados casos unas sobre otras. (Alexy, 2002).

Este sistema tiene sus orígenes en Alemania, de conformidad con la doctrina, en virtud del principio de proporcionalidad, la cual se caracterizó por utilizarse en nociones que eran meramente policivas; es decir, únicamente en trámites meramente propios del derecho de la administración pública. En este sentido, se tiene que “el Tribunal Administrativo de Prusia (preussisches OVG) sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo” (Arnold Martínez, et al., 2010, p.66). Se trataba así pues, de una prohibición de exceso estatal ante la capacidad discrecional de la administración.

En ese sentido, se señala que este juicio de proporcionalidad fue aplicado en los casos de derechos fundamentales, de igual manera y específicamente en lo relativo a la constitución de las garantías de defensa de los ciudadanos; de allí que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos aplicaron esta medida respecto a los trámites policivos y, poco a poco, los fueron llevando hacia las demás ramas de sus derechos; para así terminar como lo conocemos hoy, como el test de proporcionalidad en el ámbito del derecho procesal penal.

Así, por ejemplo, vemos que la aplicación de este método se da como fundamento de la interpretación en la hermenéutica jurídica, por lo cual señala la doctrina lo siguiente: “*Con ocasión de la presentación de las disputas relacionadas con el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional introdujo en Colombia el concepto de proporcionalidad como método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales. En efecto, la demanda de protección constitucional del derecho a la igualdad motivó la introducción del concepto de proporcionalidad*”. (Vivas, 2012).

De allí se tiene que, por ejemplo en el ordenamiento jurídico Colombiano, el alto tribunal constitucional realizaba unas reflexiones en donde ponderaba un análisis entre los móviles y las finalidades de esta figura, medios y los fines, asuntos propios del análisis judicial por el juicio de proporcionalidad, e incluso del fundamento de la ponderación de reglas y principios de Robert Alexy.

Se dice entonces que el principio de proporcionalidad en la actualidad cobra absoluta relevancia, especialmente en el campo del derecho penal y del derecho constitucional, como quiera que constantemente se presenta conflicto entre derechos fundamentales que deben ser resueltos a través de la ponderación, para determinar con el mayor acierto posible cuál de ellos habrá de resultar vencido para dar prevalencia al que mejor resuelva la situación planteada, o en otras circunstancias, se buscará un equilibrio que haga viable la coexistencia de los derechos en el caso concreto, dentro de ciertos límites de aplicación

El principio de proporcionalidad ayuda a detectar si el efecto de la norma es desproporcionado, lo que, en caso de serlo, obligaría entonces al juez a adoptar una solución que flexibilice la norma para evitar el impacto adverso en esos ciudadanos; dando prevalencia sobre una norma u otra y haciendo que la aplicación de esta sea optimizable, diferente a las reglas que se cumplen o no se cumplen, pues como se señaló con antelación, en los principios vemos que la ponderación lleva a una verdadera aplicación material del derecho.

1.1. El esquema de ponderación de Robert Alexy

La teoría de los principios empieza con la distinción normativa teórica entre las reglas y los principios. Esa condición de los principios como requerimientos de optimización lleva a una concepción necesaria entre los principios y la proporcionalidad. (Alexy, 2022a). La técnica de la ponderación que plantea Robert Alexy está relacionada con la concepción de los derechos constitucionales como principios y los principios como mandatos de optimización, que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, como ya se indicó.

Asimismo, para este autor, las reglas tienen condiciones de cumplimiento del tipo todo o nada, y se aplicarán por subsunción; por su parte, los principios pueden ser satisfechos en

distintos grados, y se aplicará mediante la ponderación: un razonamiento axiológico binario conducido sobre principios o juicios de proporcionalidad (Sardo, 2019, p.121)

Cuando se producen conflictos entre derechos, deben ser resueltos aplicando un test o principio de proporcionalidad que consta a su vez de tres fases o subprincipios: el de idoneidad (*geeignetheit*), el de necesidad (*Erforderlichkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas y en ellos la ponderación no juega ningún papel, a su vez, el último hace referencia a las posibilidades normativas, las cuales se determinan mediante reglas y, principalmente, mediante principios que entran en conflicto.

El subprincipio de la *idoneidad* es la primera fase y corresponde al análisis de la acción o medida respecto a los principios del ordenamiento mediante un juicio de racionalidad técnico de tipo medio-fin. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.,) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad (Atienza, 2019) de manera que, se excluye el empleo de medios que perjudiquen la realización de un principio, sin promover al menos un principio o logro para el cual ha sido establecido, “es una manifestación de la óptima de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas de otras” (Alexy, 2022b, p.82), ello es, una postura puede ser mejorada sin detrimento de la otra.

Una segunda fase corresponde al subprincipio de la *necesidad* que implica la optimización relativa a las posibilidades fácticas, en el que se verifica si existen otras medidas capaces de optimizar un cierto principio de forma tan eficaz, pero menos invasiva frente a un segundo principio que asume estar en conflicto con el primero, ello es, debe buscarse que la misma finalidad pueda alcanzarse con un coste menor. Ello implica que, se debe elegir entre dos o más medios adecuados o idóneos que promueven un principio el que intervenga menos intensamente: “en esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones

apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación” (Alexy, 2022b, p. 82).

Finalmente, la tercera fase o subprincipio, el de la *proporcionalidad en sentido estricto*, implica la optimización relativa a las posibilidades legales, jurídicas o normativas, aquí se establece el valor relativo de los principios en juego. Esta jerarquía se determina a partir de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación (Bernal Pulido, 2008b).

La ley de la ponderación consiste en que tanto mayor sea el grado afectación de un principio, mayor debe ser el grado de satisfacción del principio opuesto. Esta ley de ponderación se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso, las cuales son: el grado de afectación de los principios en el caso en concreto; el peso abstracto de los principios relevantes; y la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Alexy ha afirmado que la ley de la ponderación puede dividirse en tres pasos: en el primero se busca definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; un segundo paso en el que se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, finalmente, el tercer paso, en el que debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro (Alexy, 2008).

Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. De lo anterior, resulta que “las vulneraciones leves (...) ceden ante la protección media y la grave (...), y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde (...) el legislador goza de discreción

para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas” (Moreso, 2008). En igual sentido, Atienza (2019) advierte que en los casos en los que existe un empate en el peso de los principios, entran en juego reglas sobre la carga de la argumentación.

Solo resta señalar, que no es el propósito de este trabajo proceder a explicar o profundizar acerca de la fórmula del peso, consistente en el sistema de la escala triádica, la fórmula y la fórmula extendida ni pormenorizar las distintas ecuaciones que plantea el autor.

1.2. El test de proporcionalidad en Colombia y su aplicación jurisprudencial

Conocemos y tenemos por certeza que en virtud de la carta política de 1991, uno de los cambios trascendentales que se produjo lo constituyó la creación de la Corte Constitucional para el control de las decisiones directas a la Constitución; entonces, para el ejercicio de dicho control ese Tribunal ha acudido a lo que se denomina en la doctrina actual como el neoconstitucionalismo, esto es, a la aplicación de nuevas formas, figuras e instituciones dentro del derecho constitucional que le permitan cumplir esta función dejando de lado el excesivo formalismo que imponía el derecho positivo predominado por Kelsen para pasar a una visión más adelantada del derecho.

Gracias a la aplicación de esta tesis doctrinal y en virtud de las diferentes corrientes europeas liberales en cuanto al derecho, es que se viene dando la aplicación del esquema de proporcionalidad, el cual viene siendo uno de los métodos hermenéuticos más utilizados por la Corte Constitucional para el ejercicio del control constitucional, abstracto o concreto, en todas las temáticas del derecho. Tenemos entonces que este esquema de proporcionalidad o juicio de proporcionalidad ha sido introducido por la Corte Constitucional Colombiana al encontrarse ante la colisión de derechos o principios constitucionales fundamentales y deducida su posibilidad de aplicación a partir de la deducción de los siguientes preceptos:

de los artículos 1 — de la concepción de Estado social de derecho y del principio de dignidad humana, 2 — del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, 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 —que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción (Corte Constitucional, sentencia C-822/05, p. 53)

Teniendo en cuenta lo anterior, las proposiciones de Robert Alexy se han usado como elementos argumentativos a favor de una gran diversidad de postulados existentes en la jurisprudencia de constitucionalidad, de tutela y, por último, de unificación. Y es que este doctrinante ha expuesto una tesis que permite entender conceptos básicos para los tribunales como aquellos que se refieren a los marcos y límites del legislador, pasando por definiciones técnicas sobre derechos y principios fundamentales, hasta teorías que permiten dirimir conflictos de principios como la conocida fórmula del peso, aquella que aprueba ponderar derechos teniendo en cuenta puntuales variables como la certeza científica o las circunstancias del caso en concreto (Alexy, 2008).

Pero el aporte del profesor alemán no se limita, de ninguna manera, a sus definiciones sobre los mandatos de optimización ni a su concepción de la anhelada “respuesta correcta”; se ha recurrido a Alexy en pronunciamientos de nuestra Corte en muchas oportunidades y para reforzar muchos frentes. Entonces tenemos que este test ha sido relevante por cuanto su incidencia histórica en el mundo del derecho, pues llevó a un cambio del paradigma haciendo que nos encontremos en una fase la cual se denomina como el neoconstitucionalismo; y en principio, es la que ha hecho que el ordenamiento jurídico colombiano tenga un direccionamiento a la luz de los verdaderos principios valorativos y axiológicos de los derechos

humanos, en donde la aplicación material prevalece en la adecuación jurisprudencial emanada por los altos tribunales del país.

1.3. Método de aplicación de este test en Colombia

Tenemos entonces que este principio orienta la aplicación de un test que es el que ha definido las mayores situaciones jurídicas de la corte, este principio esencialmente tiene como elementos necesarios el actuar en ponderación, razonabilidad, igualdad material, medidas legislativas de intervención para garantizar la real la eficacia de los derechos, etc. (Corte Constitucional, Sentencia T-027/18, 2018); por lo que vemos, estos sin duda alguna constituyen parámetros que se imponen considerar actualmente en el ejercicio del control constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad a la luz de este principio.

En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional acudió desde 1992 a la técnica del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para realizar la función de control constitucional, y de esta manera garantizar el principio de supremacía constitucional. Señala la misma corte que, los elementos y características de este test en sentencia C-144/15 para su aplicación son los siguientes:

a. *La idoneidad o adecuación* de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “*suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir*”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.

b. La *necesidad* hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

c. El *test de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, esta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-144/15, 2015, p.17)

2. CRITICAS AL TEST DE PONDERACIÓN DE ROBERT ALEXY

No hay que olvidar que no hay una concepción única de la ponderación, ni tampoco un solo procedimiento empleado para dirimir los conflictos entre principios, de manera que existen diversos autores que tienen serios reparos con el método que defiende Robert Alexy.

2.1. Crítica de Jürgen Habermas

Primeramente, encontramos críticas a esta teoría en lo relativo a uno de los grandes filósofos del derecho contemporáneo. Habermas lleva su crítica no únicamente a la tesis en la ponderación como procedimiento racional, sino de la misma manera en contra de la tesis en que está fundamentada su exegesis doctrinal, que es singularmente, la principalística en general. Por ello, se aparta de la legitimidad que tiene el operador jurídico para poder sopesar y poner primero unos frente a otros, pues se dragan los planos objetivos de los derechos mismos y sus valores intrínsecos, por lo que se perdería la primacía de cada uno de estos que se caracterizan por los “puntos de vista normativos” (Habermas, 1998)

En tal sentido, la crítica realizada se centra en el ablandamiento de algunos derechos fundamentales que no pueden ser calificados en juicios racionales, en la medida en que dichos juicios racionales son objeto de parámetros inexistentes que no darían como resultado entregas justas a la consecución del derecho porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios (Habermas, 1998)

En segunda medida, Habermas sostiene que en la aplicación de esta tesis también hay un problema epistemológico y positivo, pues esta tesis saca al derecho de la esfera de lo racional e irracional, de lo justo e injusto; y lo lleva a una esfera en donde se tienden a presentar criterios optimizables de mayor o menor pertinencia, por lo que la discrecionalidad de los jueces es quien determina los valores del derecho y no lo establecido en la norma; en tal sentido los juicios no reflejan valores jurídicos concretos (Habermas, 1996).

De allí que, Habermas tenga ciertas reservas contra la jurisprudencia constitucional alemana por la asimilación que se hace de los principios y los valores, “los cuales debe ser realizados de forma óptima mediante una ponderación orientada a fines, pues el cumplimiento del mandato de optimización no puede determinarse a partir lo que establece la misma norma, sin embargo, al no apoyarse la ponderación en criterios racionales, el procedimiento termina siendo discrecional o arbitraria, o conducido de manera irreflexiva” (Carillo, Y, 2018, p. 462).

A su vez, el propio Robert Alexy ha resumido las objeciones de que Habermas hace a su teoría de la ponderación así:

La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”¹.

(...)

El peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los “juicios irracionales” según Habermas, no hay “parámetros racionales”² para ponderar:

1 Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 312.

2 *Ibidem* p. 316.

porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios³.

(...)

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que, con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito del o válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores, los juicios deben poder “resultar”, pero semejante ponderación jamás nos podría “justificar”, tener por correcto el juicio:

Entonces, la sentencia es *en sí misma* un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta⁴.(Alexy,2022b, Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 79-81)

2.2. Crítica de Juan Antonio García Amado

Por otro lado, tenemos al jurista español Juan Antonio García Amado, quien sostiene su crítica en que “ponderar se parece más a sopesar que a pesar” (García Amado, 2019b), con ello trata de decir que, cuando tratamos de pesar un objeto determinado y no tenemos cómo hacerlo, que en este caso serían los principios, lo que queda es que mediante nuestros sentidos y experiencia se trate de definir cuál tiene más peso con respecto al otro; por tanto, lo que se hace es un juicio aproximado de lo que estamos buscando, pero en manera alguna siendo objetivos.

3 Ibídem pp. 315-316

4 Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des anderen*, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369

García Amado afirma que la “ponderación de derechos no es un método que aporte objetividad y, además, sus defensores suelen responder que tampoco lo pretende. Por tanto, el “peso” que en la ponderación se establece no es propiamente un peso, sino un valor que el juzgador atribuye discrecionalmente, en uso de una discrecionalidad legítima como inevitable” (Amado, 2019a, pp.132-133).

En punto a las subreglas de la ponderación, García Amado (2019a) señala que se pondera simplemente diciendo que se ponderó, pero no se ilustra esa imaginaria balanza que denomina como el “ponderómetro”; que posteriormente se indica que la medida es o no es idónea, pero no se señala por qué hay o no beneficio para la garantía fundamental objeto de ese juicio de idoneidad; luego indica que, a pesar de que se aduce que cabían o no medidas alternativas perjudiciales para el otro derecho, no se explicita cuáles serían o porque se entiende agotada tal lista; por último, en relación a la proporcionalidad, en sentido estricto manifestó que el “pesaje” o resultado depende del peso que discrecionalmente decida el “pesador”.

Concluye a su vez que estos subprincipios adolecen de autonomía operativa y son triviales o prescindibles porque lo que se “pesa” y el “peso” resultante está condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso se hayan hecho (Amado, 2019a).

Señala que la idoneidad “sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime. Y es tal predecisión la que predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad” (Amado, 2019a, p.200).

Sobre la necesidad aduce que ese principio está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir las alternativas a analizar, es decir, “queda al albur de

las alternativas de intervención en los derechos fundamentales que el juzgador quiera plantearse; es decir, (...) se juzga justificada por la regla de necesidad cuando el juez no se plantea, no incluye en su análisis, opciones menos dañosas para ese derecho, pudiendo haberlas” (Amado, 2019a, p.212-213).

En tercer lugar, de la proporcionalidad en sentido estricto esboza que este depende de las preferencias valorativas del operador judicial y está determinado o subordinada por las determinaciones previas, criticando que “lo uno que se sopesa son las razones que avalan cada paso en ese proceso de corrección interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir, razones para adscribir significados o dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general” (Amado, 2019a, p.233).

Lo anterior, para finalmente sostener que “en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante “(Amado, 2019a, p.197).

2.3. Crítica de Manuel Atienza Rodríguez

Este autor en su escrito, a vueltas con la ponderación se cuestiona si es aceptable el concepto de ponderación que maneja Alexy.

Considera que aunque la postura de Alexy es atinada, su yerro radica en la presentación que hace de esta por lo que denomina falencias de carácter retórico, dado que, lo que Alexy llama la “fórmula del peso”, con sus asignaciones de valores numéricos no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no en la atribución de los valores respectivos (Atienza, 2019)

Cuestiona que el esquema de Alexy no es de justificación interna sino de la justificación externa de una de sus premisas, que trata de un método primeramente formal que no debe ser entendido como un algoritmo, sino como un recurso que puede ser utilizado al momento de presentarse problemas de casos difíciles, pero del que es procedente ahorrarse el esfuerzo matemático, es decir, no seguir a Alexy en su afán sistematizador, sino el de hacer un uso más pragmático de sus ideas. (Atienza, 2019).

Otra observación que le hace Atienza a Alexy, tiene que ver con la forma de entender todos los principios como mandatos de optimización, para lo cual hace mención al trabajo que adelantó junto a Juan Ruiz Manero en "*Las piezas del derecho*". "Lo que Atienza y Ruiz Manero denominan *principios en sentido estricto* no son mandatos de optimización, no tienen una naturaleza consecuencia lista, sino deontológica, cuando son aplicables lo son no de modo de maximizar nada sino como restricciones decisivas a favor del derecho concedido por el principio" (Moreso, 2017, p.219).

En relación con las tipologías de norma regulativas, entre las que se encuentran las reglas de fin de principios en sentido estricto, han señalado Atienza y Ruiz Manero que estas se:

caracterizan porque en su antecedente no se contiene otra cosa, sino que es una oportunidad de realizar la acción modalizada en el consecuente, y en este último la obligación (o prohibición o permiso) meramente *prima facie* de realizar tal acción. La obligación (o prohibición o permiso) es meramente *prima facie* porque la acción ordenada o permitida en el consecuente de un cierto principio puede ser, en la oportunidad de que se trate, una acción prohibida, naturalmente también *prima facie*, por otro principio (Ferrajoli, et al, 2014, p. 41)

También, Atienza expone la posibilidad de hacer uso del principio de equidad, tal como lo advirtió Aristóteles en la ética a Nicómaco un principio (o metra-principio) interpretativo, del que señala que hay eventos en las que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente a la ley, lo cual sería en consecuencia un criterio para ponderar en un cierto sentido. (Atienza, 2019).

Ya en punto, lo que debe entenderse por el esquema de ponderación, manifiesta que debe ser vista como “un procedimiento con dos pasos: en el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver” (Atienza, 2019, p.34). Finalmente, debe indicarse que Atienza precisa que:

La ponderación supone que el razonamiento justificativo de un juez no arranca de reglas, sino de principios, y que lo que tiene que hacer el que pondera es preguntarse si está justificado acudir a ella, en razón a que la ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone una dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y, en todo, debe siempre cuestionarse la posibilidad de evitarse la ponderación por lo menos cuando se trata de problemas en el nivel de reglas. (Atienza, 2019.)

3. EL TEST DE PONDERACIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO PENAL

Debe decirse en primera medida que, el concepto de proporcionalidad o ponderación ha sido incorporado de manera expresa en el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal (2004) como uno de los componentes del principio rector de los moduladores de la actividad procesal, lo anterior implica que “el principio de proporcionalidad es de obligatoria aplicación para los operadores jurídicos en aquellas actuaciones en las que puedan verse afectados

derechos fundamentales, ya que al tener carácter de principio rector, orienta la interpretación de todo el ordenamiento procesal penal” (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013a, p.434)

En la exposición de motivos, Proyecto de ley estatutaria N°. 1 del 20 de julio de 2003 Cámara, se planteó en relación con este principio rector que, como existía un conjunto de actuaciones que la fiscalía debía someter a control de legalidad ante los jueces, estos debían apoyarse en las reglas jurídicas hermenéuticas para establecer entre otros, la proporcionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales (Granados y Morris, 2015)

La Corte Constitucional ha señalado que, en el Código de Procedimiento Penal (2004) corresponde al juez con función de control de garantías buscar un punto de equilibrio entre los derechos de las personas que se relacionan con la actuación penal y la eficacia y prontitud de la administración de justicia, sobre el particular, ha dicho:

En efecto, en varias oportunidades esta Corporación ha dicho que el juez de control de garantías, juez constitucional por excelencia, es el *“garante de los derechos constitucionales y ... supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto”*. De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto (...) se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-396-2007, 2007, p.42):

Como se indicó, en el proceso penal colombiano - sistema penal acusatorio- el juez con función de control de garantías es el protector de los derechos fundamentales en la actividad investigativa a través de los controles judiciales que debe ejercer al momento de analizar la procedencia, la ejecución y los hallazgos de un acto de investigación. En el evento del control previo se propende por la prevención de la injerencia ilegítima de los derechos fundamentales y, en sede de control posterior, además de lo anterior, deberá adelantarse un análisis acerca del respeto de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones investigativas con miras a evitar avalar el exceso y la arbitrariedad, así como la de reparar eventualmente esa limitación ilegal o ilícita (Corte Constitucional C-334/10, 2010), de manera que, como tales actividades afectan derechos fundamentales, la Sala de Casación Penal ha advertido que debe acudir a los criterios moduladores de la actividad procesal (STP6135-2017, 2017) postura que se reiteró en decisiones STP8627-2019, STP1947-2020, y STP2855-2020 así:

Desde esta perspectiva, sin mayor esfuerzo se deduce que los jueces deben actuar con sumo cuidado al analizar la procedencia de un acto de investigación que pueda afectar derechos fundamentales, pues es su responsabilidad mantener un punto de equilibrio entre el cabal ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, el ejercicio de la defensa y la protección de los derechos que pueden resultar afectados con el respectivo procedimiento.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha emitido múltiples decisiones, en las que ha resaltado que el Juez, al tomar este tipo de decisiones, inevitablemente debe considerar aspectos como los siguientes: (i) la trascendencia de la información que se pretende obtener, (ii) el nivel de afectación de los derechos fundamentales que podrían resultar comprometidos con el acto de investigación, (iii) la existencia de otros procesos que permitan lograr el fin investigativo con una menor exposición de los derechos fundamentales, (iv) la proporcionalidad –en sentido estricto– entre el fin perseguido y la

vulneración de derechos que pueda derivarse del medio utilizado, etcétera (C-822 de 2005, C-336 de 2007, C-334 de 2010, C-186 de 2008, entre otras).

(...)

Si estos conceptos, básicos por demás, se pasan por el tamiz de lo establecido en los artículos 10 y 27 de la Ley 906 de 2004, que tratan de la obligación de desarrollar la actuación *“teniendo en cuenta el respeto por los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia”*, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial, y disponen que *“en la investigación y el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”*, sin mayor esfuerzo puede concluirse que para negar un acto de investigación que se muestre como necesario para obtener los medios de prueba pertinentes según las hipótesis factuales propuestas por las partes, deben mediar razones trascendentes desde la perspectiva constitucional, lo que supone un juicioso análisis por parte del Juez, que, obviamente, no puede reducirse a los aspectos formales. (STP6135-2017, 2017, pp. 15-16)

Lo anterior deviene importante puesto que, se debe ser meticuloso por la frontera que existe entre la legitimidad de la limitación de derechos fundamentales y la ilegalidad o ilicitud por el desconocimiento de la reserva judicial o legal para proceder de esa manera. En ese sentido, entran en pugnas los derechos de las garantías de los procesados en el proceso penal y entre los fines esenciales del estado y sus intereses. Si bien es cierto, ambos principios son importantes, se debe sopesar, la necesidad de anteponer uno sobre el otro.

De allí la necesidad que los operadores jurídicos en el ámbito procesal penal tomen gran relevancia en este aspecto, dado que en razón a la estructura de un proceso de partes los

“límites que [se le] impone[n] a los jueces de control de garantías y de conocimiento, exige que las peticiones que restringen derechos fundamentales cumplan el requisito de proporcionalidad, esto es, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto” (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013b, p. 191)

Otro ejemplo, cuando una ordenanza permite lo que la ley prohíbe, en este evento por principio de jerarquía normativa superpone una frente a la otra, siendo la ley la superior. Diferente a este tipo de antinomias que se resuelven con criterios clásicos, existen las antinomias en concreto, externas o de aplicación, en las cuales colisionan dos principios o derechos constitucionales que guardan la misma jerarquía e importancia, tienen la misma vigencia, no tienen regla de excepción y se respaldan con la misma constitución o con normas supranacionales, por lo tanto no pueden ser resueltas a priori con criterios clásicos; por ello, que el funcionario judicial debe sopesar los dos principios y buscar armonizarlos o suprimir uno ante el otro, a través del juicio de ponderación.

En el proceso penal toda afectación de derechos fundamentales requiere un examen sobre la legitimidad constitucional de la medida que pretende adoptarse; tal examen debe ser realizado por parte del servidor judicial con la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad. Se parte de la existencia de una tensión entre principios constitucionales legítimos en un caso concreto y de la solución de esa tensión conforme a la técnica de la ponderación. (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 2013b, p. 240)

Para comprender de una mejor manera la aplicación de este test y las reflexiones dadas en el ámbito procesal penal, la corte constitucional colombiana nos da luces respecto a este tema, al señalar que el goce de derechos constitucionales en el ámbito del procedimiento penal deben ser adecuados para lograr el fin buscado, deben ser además necesarios, en el sentido de que no exista un medio menos determinantes en términos de sacrificio de otros principios

constitucionales para alcanzar el fin buscado y, por último, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar. Señala además que:

En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad (C-648/01,2001, p.24)

De allí se tiene que, en el derecho penal la proporcionalidad es la encargada de dominar las relaciones entre la pluralidad de entidades, como entre el grado de gravedad de una determinada acción y la sanción penal que se le determina en su realización; igualmente se da entre las causales de ausencia de responsabilidad penal y las de justificación, entre los grados de atenuación y agravación de una pena, o entre el alcance de un daño y su respectivo resarcimiento, también en materia probatoria entre los derechos fundamentales de los procesados y los diferentes actos investigativos a cargo de la Fiscalía General de la Nación, por lo que es una necesidad la aplicación de este test para el juez en aras de buscar una respuesta ajustada a la materialidad.

Debe decirse que, para la realización de esta tarea, no hay métodos exactos o inequívocos, pues, así lo señala la Corte Constitucional:

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos En el juicio de razonabilidad, cuando éste

incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad (C-916/02, 2002, p.41).

Sobre su aplicación en materia probatoria en el proceso penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto lo siguiente:

De esa manera, la proporcionalidad, que no es ajena al campo penal, surge necesaria siempre que una autoridad judicial restrinja los derechos fundamentales, más no es dable acudir a ella en tratándose de la aplicación de las normas procedimentales que fijan la consecuencia que por adversa que resulte a los intereses del afectado, deberá asumirse. (AP5816-2016, 2016, p. 23)

En otra decisión, acerca de su utilización en la actuación penal, el órgano de cierre en lo penal expuso:

Ciertamente los derechos fundamentales son *limitables* de cara a la satisfacción de fines constitucionales, –lo cual significa que también cuentan con algún margen de aplicación–. Sin embargo, lo propuesto por la recurrente con la primera afirmación no implicaría solamente su restricción, sino su total aniquilamiento, pues, de acuerdo con su opinión, *la tensión entre aquellos y el interés de la comunidad, siempre tendría que resolverse a favor de este último por ser más importante o de mayor valor*, con lo cual quedarían en absoluto vacío los primeros.

Para que esto no ocurra el examen o juicio de *proporcionalidad* abstracto o concreto, requiere: (i) previamente verificar que tanto el *medio* como el *fin* en sí mismos sean

constitucionales, es decir que la elección del primero y fijación del segundo estén dentro del margen de acción que proporciona el Ordenamiento a la autoridad competente para su imposición, y (ii) adelantar el test a través de tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *ponderación –o proporcionalidad en sentido estricto–*.

La *idoneidad* exige que el medio –restrictivo del derecho individual– sea adecuado para la satisfacción del principio que se beneficia con la realización del fin propuesto, en tanto no es aceptable limitación alguna cuando quiera que con ello no se cumple el propósito constitucional aducido por la autoridad; la *necesidad* demanda que, de todos los medios posibles de idéntica eficacia, el órgano estatal escoja el que sea menos restrictivo de los derechos; y la *ponderación* impone que la intensidad de la limitación de la garantía iusfundamental que implica el uso del medio, no resulte mayor que el beneficio jurídico que puede proveer la consecución del fin perseguido. (AP7109-2016, 2016, P. 16

Lo anterior nos permite colegir que el método de ponderación que se ha aplicado jurisprudencialmente tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Penal corresponde al planteado por Robert Alexy.

3.1. Reflexiones sobre el test de ponderación y la interceptación de las comunicaciones en el proceso penal colombiano

Entendemos que las constituciones de cada país son las encargadas de establecer el modelo de estado que se constituye, donde se establecen principios, derechos, garantías, pero también deberes y obligaciones de cada actor social, para que así se constituya idóneamente un armónico funcionamiento estatal. Es diáfano que no existen derechos absolutos para nadie, y que, en aras de mantener el orden interno y la seguridad nacional del país, el Estado puede inmiscuirse en la esfera personal de cada individuo, no sin que antes exista una regulación legal y jurisprudencial que defiendan las garantías fundamentales de los individuos además de

las reglas que deban seguirse cuando quiera optarse la injerencia a derechos fundamentales durante la investigación penal.

En desarrollo de la indagación e investigación, el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, podrá afectar derechos fundamentales como el de la libertad a través de la captura o las medidas de aseguramientos; el de la intimidad en actividades como las de registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, actuación de agentes encubiertos, entrega vigilada; el del hábeas data y autodeterminación informativa y de los datos por la búsqueda selectiva en base de datos; el de la dignidad humana en conjunto con otros como la libertad, integridad física, intimidad, etc., por medio de la inspección corporal, el registro personal, la obtención de muestras que involucren al imputado; y cualquier otra actuación dirigida a asegurar elementos materiales probatorios que implique afectación de derechos fundamentales.

Como se puede observar, hay un permanente enfrentamiento entre el desarrollo de la acción penal por parte del Estado y el goce legítimo de los derechos fundamentales por parte de las personas que tienen alguna relación con un proceso penal, que los últimos no son absolutos y que por el contrario su ejercicio puede ser disminuido. Para este trabajo, el análisis se restringirá a la restricción del derecho a la intimidad por la interceptación de comunicaciones, puntualmente en lo que tiene que ver con la forma de abordar esta actividad desde la proporcionalidad.

3.2. Regulación en Colombia

El artículo 15 de la Constitución Política de Colombia (1991) establece el secreto de las comunicaciones, la cual existe con la finalidad de que se proteja la intimidad de todos los individuos, en el que señala que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y

familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar, asimismo, que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables, no obstante, pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

De otro lado, la Constitución también señala en el artículo 250 (Const.) que la Fiscalía General de la Nación es la titular del ejercicio de la acción penal y está en la obligación de investigar los hechos que revistan las características de un delito y, para cumplir esta función, se señala en el numeral segundo que deberán adelantar, entre otras actividades las de interceptaciones de comunicaciones, las cuales deberá someter a control de legalidad ante el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación del acto.

En ese sentido, dada la facultad otorgada por la Constitución, el legislador estableció en los artículos 14, 114 – numeral 3 - 235 y 237 del Código de Procedimiento Penal (2004) las reglas básicas para que se dé esta figura en la investigación criminal. En virtud de lo dispuesto en el precepto 235, allí se señala que el fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones.

Ese artículo también especifica que la orden de interceptación se debe fundamentar por escrito, además de cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 114 numeral 3, 146 numeral.1 y 154 numeral 1, las que no son meras formalidades, sino que se trata de requisitos esenciales que el juez de garantías debe verificar a efectos de determinar si mediaron criterios de proporcionalidad y necesidad para limitar, el derecho a la intimidad con fines de investigación (Corte Suprema de Justicia, AP3128-2021, 2021).

En virtud del punto anterior, entendemos lo peligroso que puede llegar a ser esta figura para el poder del Estado, propiamente a la fiscalía, por ello, en Colombia encontramos un gran blindaje constitucional, normas convencionales que son aplicables a la luz del bloque de constitucionalidad, legal y jurisprudencial en esta materia, como de la defensa y la protección dada por la constitución misma, además de lo establecido en el precedente de la protección de la intimidad de las personas. Como se observa, en un proceso penal sólo la Fiscalía está autorizada para ordenar la interceptación de las comunicaciones y en todo caso su labor queda sometida al control judicial del juez con función de control de garantías.

Ahora, si bien por regla general cualquier actividad investigativa que implique la limitación de derechos fundamentales requiere de una orden previa, escrita de autoridad judicial competente y sometida a control judicial, existen actos que por su naturaleza deben ejecutarse de manera inmediata, urgente y secreta, razón por la cual, no se requiere el aval de un juez de garantías, pero sí la emisión de la orden por el fiscal, dirigida a policía judicial, cuyo resultado, en todo caso, requiere el control posterior por parte de la autoridad judicial competente (Corte Constitucional, Sentencia C 336/07, 2007)

De acuerdo a lo señalado en los preceptos constitucionales y legales, los presupuestos formales para la interceptación de comunicaciones son: (i) La existencia de una orden de un fiscal a su policía judicial para la intervención mediante grabación magnetofónica o similar que utilice cualquier red de comunicación; (ii) un mandamiento escrito que reúna los requisitos de los artículos 162 y 222 de la Ley 906 de 2004; (iii) que aquella tenga como finalidad el cumplimiento de la obligación constitucional de investigar unos hechos que tengan las características de un delito; (iv) comunicar la determinación a la entidad encargada del desarrollo de la actividad; y, (v) un plazo máximo de 6 meses. Ahora, en lo referente a los requisitos materiales hay que señalar: (i) la existencia de motivos razonablemente fundados y su respaldo probatorio –artículos 220 y 221– ibídem; (ii) la fundamentación de la orden; (ii) la

relevancia de la información para los fines de la actuación –utilidad, conducencia y pertinencia– ; (iv) criterios moduladores de la actividad procesal; y, (vi) el control correspondiente al procedimiento o ejecución y a los resultados o hallazgos con especial cuidado a las prohibiciones, excepciones y la expectativa razonable de intimidad.

3.3. Ejercicio de ponderación

Sobre el particular, deviene complejo hacerlo desde la práctica forense porque esas diligencias tienen la condición de reservadas conforme al artículo 155 inciso 2.º de la Ley 906 de 2004, además, porque de hacerlo, eventualmente podría incurrirse en alguna conducta delictiva o disciplinable por la utilización de una información o datos sometidos a reserva y que deben permanecer en tal condición. No obstante, para este evento se considera apropiado analizar el test de ponderación propuesto en la Directiva N.º. 004 del 2 de noviembre de 2021, expedida por el fiscal general de la nación, por medio de la cual se unifican criterios para la interceptación de comunicaciones. En el mencionado documento en lo que tiene que ver con la ponderación señala lo siguiente.

9. *El test de proporcionalidad de la medida*⁵. El fiscal debe adelantar un estricto test de proporcionalidad con miras a demostrar que la orden de interceptación de comunicaciones es (a) idónea para cumplir una finalidad constitucional legítima, (b) necesaria y (c) proporcional en sentido estricto⁶, bajo los criterios jurisprudenciales fijados en esta materia:

a. *Idoneidad de la interceptación de comunicaciones para lograr finalidades constitucionalmente legítimas*. La orden de interceptación de comunicaciones se

5 Sobre el mandato de proporcionalidad en esta materia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, 27 de enero de 2009. Igualmente: Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

6 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 11 de abril de 2018. Rad: 52320. Cfr. Corte Constitucional sentencia SU-414 de 2017

justifica para lograr unos fines que el ordenamiento jurídico considera legítimos⁷. De conformidad con el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal (2004), esta medida se justifica para "buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados". Dado que la idoneidad de las medidas se refiere a la capacidad o aptitud para realizar los fines descritos, el ejercicio del fiscal consiste en determinar las razones por las cuales la interceptación puede contribuir al logro de ellos. En síntesis, lo que se pretende en este análisis es que la medida se encuentre racionalmente vinculada con el logro del fin que se busca, en el marco de la función de investigación y esclarecimiento de los hechos que revisten las características de delitos.

b. *Necesidad de la interceptación de comunicaciones*. El análisis de necesidad en la interceptación de las comunicaciones ha sido desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸. La primera de ellas señaló que "la necesidad de la medida se afirma en la imposibilidad de acudir a mecanismos investigativos menos invasivos de las garantías fundamentales para lograr el fin propuesto"⁹. En otras palabras, se debe demostrar que la interceptación es indispensable porque, al compararla con otros medios de investigación, no es posible lograr el fin buscado. Esto, habida cuenta de que la medida comporta una intromisión en un espacio inviolable de libertad y privacidad del individuo, que debe ser protegido frente a su familia, la sociedad y el Estado¹⁰. Así las cosas, el criterio de necesidad está llamado a demostrar que la interceptación de comunicaciones y la limitación del derecho fundamental a la intimidad que de ella se deriva resulta

7 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-594 de 2014.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 18 de enero de 2016, Rad: 34099; Corte Constitucional. Sentencia C-594 de 2014; Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 18 de enero de 2016, Rad: 34099.

10 Cfr.: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-594 de 2014

indispensable y es la menos lesiva para alcanzar el fin legítimo. Lo anterior puede determinarse mediante un ejercicio comparativo frente a otras herramientas de investigación, que permita demostrar su pertinencia, efectividad y eficacia en el logro del fin que se persigue.

c. Proporcionalidad en sentido estricto. Después de demostrar que la interceptación de comunicaciones es idónea y necesaria para buscar los elementos probatorios o para ubicar al imputado, indiciado o condenado, se debe establecer la proporcionalidad de la medida en sentido estricto. Esta etapa exige sopesar los principios enfrentados a partir de una relación costo beneficio. Ello implica evaluar si la satisfacción de los fines que persigue la administración de justicia y su propósito de recopilar elementos materiales probatorios que permitan esclarecer los hechos materia de investigación, los sujetos responsables y los demás elementos relevantes en orden a determinar la verdad de lo sucedido, justifican la afectación del derecho a la intimidad que se genera como consecuencia de la interceptación. (Fiscalía General de la Nación, Directiva 0004 de 2021)

De otro lado, si bien tampoco se advierte alguna decisión de la Sala de Casación Penal correspondiente a la Ley 906 de 2004, si existe una con fundamento en la Ley 600 de 2000, en sede de audiencia preparatoria en un proceso penal contra una aforada constitucional. En dicho auto se desarrolla tal argumentación así

Ahora, el art. 301 inc. 1º CPP faculta la injerencia *con el fin de buscar pruebas judiciales que tengan interés para los fines del proceso*. Las medidas investigativas aquí cuestionadas se ordenaron y practicaron con el propósito de materializar tal cometido, cumpliéndose así con el criterio de idoneidad de la medida, la cual se focalizó en los ámbitos comunicativos de la procesada. Así, decae el supuesto carácter indeterminado de las interceptaciones.

La necesidad de la medida se afirma en la imposibilidad de acudir a mecanismos investigativos menos invasivos de las garantías fundamentales para lograr el fin propuesto. La hipótesis delictiva corresponde a un evento de criminalidad organizada, cuya idónea investigación presupone develar múltiples nexos entre personas pertenecientes a redes delictivas. Sin la injerencia secreta de las comunicaciones entre los sospechosos, difícilmente podría alcanzarse tal cometido. En esa misma dirección, dada la máxima gravedad del delito investigado y las dificultades probatorias inherentes a estos casos, es predicable la compatibilidad con el criterio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

En consecuencia, estando revestidas las órdenes de interceptación de legalidad formal y legitimidad constitucional, de ninguna manera es dable excluirlas del procedimiento, pues no se configura ninguna eventualidad de ilicitud. (Corte Suprema de Justicia, AP098-2016, 2016, pp. 54-55).

Claramente se observa que el esquema de ponderación propuesto por el órgano de persecución penal y el empleado por la Sala de Casación Penal corresponde al que plantea Robert Alexy.

3.4. Crítica a los ejercicios planteados

Como se ha visto, la teoría más acreditada, la empleada por las altas cortes y la sugerida por la Fiscalía General de la Nación a sus delegados es la de Robert Alexy. Ahora bien, la crítica que se hará tiene como propósito no la de cuestionar la indebida aplicación de la fórmula o la tesis de la ponderación, sino en el hecho de si es necesaria o no su utilización para este caso en concreto de actividades investigativas de interceptación de comunicaciones en el proceso penal colombiano.

Como se ha dicho, ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, se ha establecido que el Estado puede acceder legítimamente a su contenido, entre otros eventos, a través de un acto de investigación como lo es el de la interceptación de comunicaciones.

Que en el proceso penal la autoridad habilitada para disponerla es la Fiscalía General de la Nación, que para ello deberá proferir una orden escrita y cumplir con las exigencias de reserva legal y judicial.

Que en efecto, la obligación de la Fiscalía General de la Nación es la de investigar los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento y, para cumplir esa función constitucional, deberá adelantar actividades de investigación a través de los órganos de policía judicial con el propósito de recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida tendientes a establecer la verdad de los hechos comunicados, la existencia de una conducta punible y el o los responsables. Una de esas labores es la interceptación de comunicaciones.

Ahora, aun cuando se señala que, en una interpretación exegética del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal (2004) únicamente se podría expedir la orden de intervención en las telecomunicaciones a efectos de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, en consecuencia, la fiscalía debería motivar su orden en tal sentido o mejor, ese sería el objeto de injerencia (Guerrero, 2010). Es decir, que la finalidad en sí, no es la escucha de las comunicaciones sino la obtención de elementos o ubicación de personas, un simple medio para llegar a otra cosa, lo que en nuestra opinión no es acertado.

La interceptación de comunicaciones no está limitada a servir como un mero instrumento para la obtención de otros elementos o de ubicación de individuos, puesto que,

buscar significa “Hacer algo para hallar a alguien o algo” (Real Academia Española, s.f., definición 1) también, “Hacer lo necesario para conseguir algo” (Real Academia Española, s.f., definición 2) esa consecución de elemento material probatorio y evidencia física también corresponde a la de lograr interceptar y registrar las conversaciones de interés para la actuación, cuyo contenido tiene la condición de elemento material probatorio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP569-2022, 2022) y que tal circunstancia se deduce en el Código de Procedimiento Penal (2004) del artículo 275 –numeral h *los demás elementos materiales similares a los anteriores*–. Entonces, las interceptaciones de comunicaciones constituyen un instrumento, un medio más que tiene la Fiscalía General de la Nación para cumplir esa función constitucional, pero que se diferencia de los demás actos de investigación, porque su aplicación se restringe a acceder al secreto de las comunicaciones magnetofónicas.

En conclusión, la única manera que ha establecido el legislador para acceder a las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y cualquiera que utilice el espectro electromagnético, es decir, la conversación a distancia entre el emisor y el receptor que utilizan la vía electromagnética, es a través de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas. No existe otra actividad investigativa que adelanta tal gestión y lo que no puede confundirse con la grabación de escuchas, la implantación de micrófonos o captación de conversaciones.

Luego de estas precisiones, procedemos a descender al esquema de ponderación sugerido por la Fiscalía General de la Nación.

Tenemos que, en punto a la *subregla o subprincipio de la idoneidad* se dice que el acto investigativo se justifica para lograr unos fines legítimos, como el de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados y la aptitud de esta para lograr ese fin.

Evidentemente, está afirmación no tiene mayor relevancia puesto que, el mismo artículo 235 del Código de Procedimiento Penal (2004) así lo señala, lo que implica que, basta a acudir o aplicar directamente la regla allí establecida para proceder de esa manera y no a la subregla de la idoneidad, es decir, el de ahorrarse la argumentación dirigida a que esta medida (la interceptación de comunicaciones) que limita un derecho fundamental (intimidad – secreto de las comunicaciones) para satisfacer otro (fines esenciales del Estado, protección de bienes jurídicos, fines constitucionales) es idónea para acceder a las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y cualquiera que utilice el espectro electromagnético, promoviendo de esta manera el segundo principio.

En lo que tiene que ver con la *subregla o subprincipio de la necesidad* se señala en la Directiva (Directiva N.º 0004, 2021) analizada se dice que se debe acreditar que la interceptación de comunicaciones y la limitación del derecho fundamental a la intimidad que de ella se deriva resulta indispensable y es la menos lesiva para alcanzar el fin legítimo. Lo anterior puede determinarse mediante un ejercicio comparativo frente a otras herramientas de investigación.

Este análisis deviene vacío porque, como ya se planteó, no hay otra actividad investigativa con la cual se pueda hacer una injerencia sobre el secreto de las comunicaciones a través del acceso a las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y cualquiera que utilice el espectro electromagnético, es decir, no hay otra posibilidad, otro medio adecuado o idóneo para escucharlas, captar el contenido de las conversaciones y grabar al momento. No puede confundirse la finalidad general de investigar los hechos que revistan las características de un delito o el propósito trádico de la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida para hacer cualquier tipo de comparación, por cuanto el análisis debe hacerse desde el objeto específico para el que fue establecido el acto

investigativo, ello es, la limitación del secreto de las comunicaciones telefónicas, sobre el cual, el propio legislador ha descartado cualquier tipo de comparación.

Finalmente, al analizar la *subregla o subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto* en los términos indicados en la Directiva (Directiva N.º 0004, 2021) se afirma que se debe sopesar si la satisfacción de los fines que persigue la administración de justicia y su propósito de recopilar elementos materiales probatorios que permitan esclarecer los hechos materia de investigación, los sujetos responsables y los demás elementos relevantes en orden a determinar la verdad de lo sucedido, justifican la afectación del derecho a la intimidad que se genera como consecuencia de la interceptación. Este análisis resulta también inane por cuanto es el propio legislador ya hizo esa actividad teniendo como límite la propia constitución y a su vez, la Corte Constitucional en las decisiones C-626/96 y C-131/09 ya ha hecho el correspondiente análisis de procedencia de la limitación en virtud de orden judicial.

La proporcionalidad en sentido estricto viene condicionada por las conclusiones realizadas en la idoneidad y necesidad. Es claro que, el legislador al momento de fijar las actividades investigativas en el proceso penal y, puntualmente, aquellas que limitan el derecho a la intimidad, estableció unas reglas que no son otras que las de la reserva legal y la reserva judicial, asimismo, consideró que el derecho a la intimidad no es absoluto y que debe ceder, en lo que tiene que ver con el secreto de las comunicaciones a través del acceso a las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y cualquiera que utilice el espectro electromagnético, cuando en ellas curse o haya información de interés para una indagación penal. Sobre esta circunstancia, la Sala de Casación Penal se ha señalado:

Por lo tanto, la tensión entre el interés del Estado de investigar los hechos denunciados y los derechos del ciudadano investigado, en manera alguna puede resolverse hipertrofiando las garantías constitucionales que se le han reconocido a este, al punto

de anular la potestad punitiva del Estado, sino procurando la racionalidad de su ejercicio. (SP2865-2018, 2018, p. 26)

El propio legislador ha delimitado la actividad en lo que tiene que ver con el tiempo de la intervención, el espacio y las personas a cargo, el procedimiento, no ha establecido un listado taxativo de delitos respecto de las que procede, pero, jurisprudencialmente se ha señalado que debe tratarse de conductas graves, es decir, ha condicionado la actividad represora del Estado, de manera que, resulta inútil ese esfuerzo teórico para llegar a la misma conclusión que ya se dispuso en una regla, bastando tan solo la subsunción.

Seguidamente, haremos la misma actividad sobre el método de ponderación que empleó la Sala de Casación Penal (AP098-2016, 2016).

Frente a la *subregla o subprincipio de idoneidad* se dice que la interceptación de comunicaciones cumplió el cometido de buscar pruebas judiciales que tengan interés para los fines del proceso porque se circunscribió en los ámbitos comunicativos de la procesada, sin que se señalaran (por su evidente inexistencia) de otra actividad investigativa que permitiera acceder a esas conversaciones.

En cuanto a la *subregla o subprincipio de la necesidad* se dijo, en coherencia con lo anterior que, por la dificultad investigativa, por tratarse de un evento de criminalidad organizada, sin la injerencia secreta de las comunicaciones entre los sospechosos no se hubiera alcanzado la finalidad (la persecución del delito, la búsqueda de la verdad y la identificación de los responsables). En este caso se hace una comparación abstracta e indeterminada en relación con el objetivo general, pero sin considerar la finalidad específica de la escucha de las comunicaciones.

Por último, en la *subregla o subprincipio de la proporcionalidad en sentido* se afirmó que, dada la máxima gravedad del delito investigado y las dificultades probatorias inherentes a

estos casos, es predicable de la actividad su proporcionalidad. Sobre la particular, resulta aplicables el mismo argumento atrás expuesto.

Todo lo anterior permite concluir que, si el derecho a la intimidad no es absoluto y que puede ser limitado en virtud de un mandamiento escrito por parte de autoridad judicial competente por lo motivos previamente definidos en la ley y establecida por el legislador, esa reserva judicial y legal, es decir, fijada la regla para su procedencia, corresponde analizar si se reúnen los requisitos esenciales para su aplicación, sin necesidad de acudir a la ponderación para resolver el problema jurídico en el nivel de las reglas a través de la subsunción.

CONCLUSIONES

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se superó en nuestro país esa visión orgánica y procedimental limitada a la estructura política e institucional del Estado en una carta política, para incorporar una parte dogmática integrada por una serie de derechos, reglas, principios, valores, bienes constitucionales, fines constitucionales vinculantes y superiores a todo el ordenamiento que ha generado un cambio en todo el sistema jurídico y, ese espíritu ha llevado a la expedición de un código de procedimiento penal que se ajuste esas exigencias.

La introducción de estos aspectos sustantivos constitucionales ha generado dificultades a la hora de aplicar el derecho, bien sea por el alto contenido moral del mismo o por su abstracción e indeterminación, problema interpretativo que aumenta al momento de darse un conflicto entre estos, controversias que no solo se dan en el ámbito constitucional sino también en el proceso penal.

He procurado señalar demostrar que la tesis generalmente admitida por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal para resolver la tensión de principios es la concepción de la ponderación que defiende Robert Alexy con su esquema compuesto en tres subreglas, fases o subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo proceso tiene como finalidad mostrar una relación entre medios, fines y derechos, a efectos de optimizar los principios y de establecer un orden de preferencia.

Que no existe una concepción única de ponderación y que hay autores que la consideran una actividad discrecional o arbitraria, su racionalidad por carecer de criterios objetivos para determinar el valor de los principios en colisión; por ser decisionista, carente de autonomía e irrelevante.

Luego de lo anterior, se abordó el test de ponderación y su incidencia en el proceso penal y se expuso cómo en el Código de Procedimiento Penal (2004) se estableció que el proceso debe desarrollarse teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas relacionado con este y considerando la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia, en el que, en el desarrollo de la investigación y en el juzgamiento, los funcionarios judiciales deben ceñirse entre otros criterios, al de la ponderación para evitar excesos, es decir, de obligatorio cumplimiento y orientación al momento de administrarse justicia.

En esta parte del ensayo se trató de resaltar los permanentes conflictos que se dan entre los principios en favor de los procesados y las diferentes actividades investigativas, limitando el estudio a la interceptación de comunicaciones, en el que se pretendió demostrar los presupuestos para su procedencia y la actividad del juez con función de control de garantías sobre tal acto.

Este análisis nos llevó a considerar el ejercicio de ponderación que ha sugerido la Fiscalía General de la Nación a sus delegados y una decisión jurisprudencial, de cuyo estudio he intentado demostrar cómo la ponderación deviene en superflua o irrelevante.

Que el juez con función de control de garantías sigue aplicando el método tradicional interpretativo subsuntivo y que aborda un esquema de ponderación carente de sentido por cuanto en estricto sentido, su rigor argumentativo no es otra cosa que subumir en el caso particular las reglas establecidas por el legislador y el precedente jurisprudencial para proceder a la limitación de derechos fundamentales y, que en todo caso, lo que concluye como desproporcionado no es otra cosa que el incumplimiento de la regla, es decir, lo decisivo sigue siendo la interpretación previa de las normas concurrentes.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). La fórmula *del peso*. En, M, Carbonell (coord.) , *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 13 - 42) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy, R. (2022a). Racionalidad, proporcionalidad y derechos constitucionales. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Derechos fundamentales. Proporcionalidad, Racionalidad, Argumentación Legal, Derechos Constitucionales* (Nº. Vol., 14, pp. 15 -40) Ediciones Nueva Jurídica.
- Alexy, R. (2022b). Proporcionalidad y Derechos. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Derechos fundamentales. Proporcionalidad, Racionalidad, Argumentación Legal, Derechos Constitucionales* (Nº. Vol., 14, pp. 73 - 90) Ediciones Nueva Jurídica.
- Arnold, R., Martínez Estay, J., y Zuñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Estudios Constitucionales Año 10*, Nº 1, 2012, pp. 65 - 116. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>
- Atienza, M. (2019). A vueltas con la ponderación. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Un debate sobre la ponderación* (Nº. Vol., 10, pp. 17-46) Ediciones Nueva Jurídica.
- Auto AP098-2016. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Sala de Casación Penal) 18 de enero de 2016.
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Auto AP3128-2021. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Fabio Ospitia Garzón, Magistrado Ponente) 28 de julio de 2021.
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Auto AP5816-2016. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Patricia Salazar Cuéllar, Magistrada Ponente) 31 de agosto de 2016.
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Auto AP7109-2016. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Patricia Salazar Cuéllar, Magistrada Ponente) 12 de octubre de 2016.
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Bernal Pulido, C. (2008). La Racionalidad de la ponderación. En, M, Carbonell (coord.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 43 - 68).Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia.

- Bernal Cuéllar, J., y Montealegre Lynnet, E. (2013). *El proceso penal: I fundamentos constitucionales y teoría general*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Cuéllar, J., y Montealegre Lynnet, E. (2013). *El proceso penal: II Estructura y garantías procesales*. Universidad Externado de Colombia.
- Carillo De la Rosa, Y. (2018). *Filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Código de Procedimiento Penal [CPP] Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004. Congreso de la República. Diario Oficial N°. 45.658. (Colombia)
- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Constitución Política de la República de Colombia [Const.] 7 de julio de 1991. Gaceta Constitucional N°. 116 del 20 de julio de 1991. (Colombia)
- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Diccionario Real Academia Española. (s.f.). Cultura. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 28 de agosto de 2022, de <https://dle.rae.es/buscar?m=form>
- Directiva N°. 0004. [Fiscalía General de la Nación] Por medio de la cual se unifican criterios para la interceptación de comunicaciones, se dictan medidas para preservar el derecho a la intimidad frente a estas actuaciones y se provee lo pertinente para garantizar la funcionalidad e integridad del sistema de interceptaciones. 2 de noviembre de 2021.
- <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2021-DIRECTIVA-0004-CRITERIOS-INTERCEP-COMUNIC-Y-PRESERVAR-DERECHO-A-INTIMIDAD.pdf>
- Ferrajoli, L., Juan Ruiz Manero, y Paulino, P. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Palestra.
- García, Amado, J. (2019a). El juicio de proporcionalidad y sus partes. Una crítica. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Teoría de la decisión judicial Subscisión, Argumentación, Ponderación* (N°. Vol., 4, pp. 195-255) Ediciones Nueva Jurídica.
- García Amado, J. (2019b). Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Un debate sobre la ponderación* (N°. Vol., 10, pp. 49- 95) Ediciones Nueva Jurídica.
- Granados, J, y Morris, M. (2015). *Principios rectores y garantías fundamentales: sistema penal acusatorio Tomo II*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Guerrero Peralta, O. (2010). *Control de Garantías*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-5.pdf> .
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta.
- Habermas, J. Carlos, J., & Gerard Vilar Roca. (1999). *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Paidós, Reimp.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría pura del derecho*. Libros Hidalgo.

- López Medina, D. (2001). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudencial y teoría del derecho judicial. Legis.
- Luque Sánchez y Ratti, G.B. (2012) *Acordes y Desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Montesquieu, C. L. (1748). *el espíritu de las leyes*.
- Moreso, J. (2008). Alexy y la aritmética de la ponderación. En, M, Carbonell (coord.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 69 - 84).Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.Moreso, J. (2017).
- Moreso, J. (2017). Atienza: dos lecturas de la ponderación. En, Aguiló, J y Grández, P (coord.) , *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 43 - 68).
- Sardo, A. (2019). Alexy, Proporcionalidad y Pretensión de Corrección. En, Hernández Díaz, C., Ortega Gomero, S., y Salazar Figueroa, M (coords.), *Principios, ponderación y pretensión de corrección en el constitucionalismo discursivo de Robert Alexy* (Nº. Vol., 6, pp. 119 - 142) Ediciones Nueva Jurídica.
- Sentencia C-131/09. Corte Constitucional. (Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado Ponente). 24 de febrero de 2009.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-131-09.htm>
- Sentencia C-144/15. Corte Constitucional. (Martha Victoria Sáchica Méndez, Magistrada Ponente). 6 de abril de 2015
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-144-15.htm>
- Sentencia C-334/10. Corte Constitucional. (Juan Carlos Henao Pérez). 12 de mayo de 2010.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-334-10.htm>
- Sentencia C-336/07. Corte Constitucional. (Jaime Córdoba Triviño). 9 de mayo de 2007.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-336-07.htm>
- Sentencia C-396/07. Corte Constitucional. (Marco Gerardo Monroy Cabra, Magistrado Ponente). 23 de mayo de 2007.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>
- Sentencia C-626/96. Corte Constitucional. (José Gregorio Hernández Galindo, Magistrado Ponente). 21 de noviembre de 1996.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-626-96.htm>
- Sentencia C-648/01. Corte Constitucional. (Marco Gerardo Monroy Cabra, Magistrado Ponente). 20 de junio de 2001.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-648-01.htm>
- Sentencia C-822/05. Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente). 10 de agosto de 2005.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm>

Sentencia C-916/02. Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado Ponente). 29 de octubre de 2002.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-916-02.htm>

Sentencia SP2865-2018. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Fernando Alberto Castro Caballero, Magistrado Ponente). 18 de julio de 2018.

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SP569-2022. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Luis Antonio Hernández Barbosa, Magistrado Ponente). 2 de marzo de 2022.

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia STP1947-2020. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Patricia Salazar Cuéllar, Magistrada Ponente). 18 de febrero de 2020.

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia STP2855-2020. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Luis Antonio Hernández Barbosa, Magistrado Ponente). 10 de marzo de 2020.

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia STP6135-2017. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Patricia Salazar Cuéllar, Magistrada Ponente). 3 de mayo de 2017

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia STP8627-2019. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Eugenio Fernández Carlier, Magistrado Ponente). 28 de junio de 2019.

<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia T-027/18. Corte Constitucional. (Carlos Bernal Pulido, Magistrado Ponente). 12 de febrero de 2018.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-027-18.htm>

Vivas Barrera, T. (2012). control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana. *Novum Jus*. 2012, Vol 6 N°. 2. p. 29-68

https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/663/681